



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. III

(ESTRATTO)

ANDREA BONOMI

**IL DIVIETO DI ANALOGIA A SFAVORE DEL REO: IL RUOLO DI UN
PRINCIPIO COSTITUZIONALE CHE COSTITUISCE UN *UNICUM***

10 NOVEMBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Bonomi

**Il divieto di analogia a sfavore del reo:
il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un *unicum****

ABSTRACT: *The paper concerns the role that can assume the prohibition of analogy against the offender in the judgment on the laws. This role is examined both in the "face" of the same prohibition turned to the legislator, and above all in the "face" of the same prohibition addressed to the judge: regarding this second "face" will be analyzed the supposed non-sanctionability in the judgment of the violation of the prohibition of analogy to the detriment of the offender and the vexata quaestio about the distinction, in many cases difficult to delineate, between extensive interpretation and analogy.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al legislatore ordinario. – 3. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al giudice: la [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale e la valorizzazione di tale “volto” del divieto sotto vari profili. A) L’interpretazione conforme a Costituzione e i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. B) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” fra prospettiva sovranazionale e prospettiva interna. C) L’ancoraggio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. D) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” e la riferibilità della disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali. – 3.1. La non sanzionabilità in sede di giudizio sulle leggi della lesione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. – 3.2. La problematica distinzione fra l’interpretazione estensiva e l’analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”. – 3.3. Il rapporto fra la linea di confine esistente tra l’interpretazione estensiva e l’analogia da un lato e il grado di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore penale dall’altro.

1. Premessa.

È ampiamente noto che al procedimento analogico si ricorre qualora il caso oggetto di risoluzione non rientri in alcuna delle ipotesi astratte formulate dal legislatore e che l’essenza di tale procedimento consiste nell’attribuire al caso non disciplinato dalla legge la regolamentazione prevista per un caso simile che invece è regolato: questo avviene sempre che il caso non contemplato e quello previsto abbiano in comune la *ratio legis*¹ e che dunque l’applicazione al primo della disciplina prevista per il secondo costituisca attuazione né più né meno dell’antica massima *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*².

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ Come rileva G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l’illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in [Rivista AIC](#) 6 novembre 2012, 6, affinché si possa ricorrere al procedimento analogico «la concordanza delle *rationes* rimane presupposto indispensabile».

² Come ben rileva A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 194, l’operazione analogica soccorre allorquando per ragioni testuali o contestuali non contemplare non significa escludere perché, se non contemplare significa invece escludere, allora è necessaria la decisione additiva; interessanti risultano altresì le osservazioni svolte a suo tempo sotto altro profilo da M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano 1966, 27, secondo il quale l’autorizzazione legislativa all’uso dell’analogia si basa sulla rinuncia del legislatore «alla tentazione di impostare la normazione in termini di riserva assoluta di legge» e sull’opzione «per quella relativa. Il legislatore riserva a sé soltanto le scelte politiche costituenti il fondamento di una certa disciplina e la formulazione di un paradigma esplicito di questa: domanda poi al potere giudiziario... la esplicitazione della ratio e il completamento della disciplina».

È altrettanto noto che, se nel settore penale³ il ricorso all'analogia è precluso in virtù di quanto prevedono sia l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale⁴ sia gli artt. 1 cod. pen.⁵ e 199 cod. pen.⁶, in tale settore viene unanimemente attribuito anche un fondamento costituzionale al divieto di analogia, da alcuni commentatori definito come il principio di tassatività⁷.

Alcune voci dottrinali rinvergono tale fondamento nel combinato disposto dell'art. 25, comma 3 Cost. e dell'art. 13, comma 2 Cost.: si sostiene che queste disposizioni costituzionali si basano sulla locuzione "casi" e dunque adottano una locuzione sostanzialmente identica a quella utilizzata nell'art. 14 delle preleggi⁸.

Altre voci dottrinali ricavano il fondamento di tale divieto nelle disposizioni costituzionali dedicate agli organi giurisdizionali: si sostiene che da tali disposizioni si desume univocamente il rifiuto di attribuire a siffatti organi la competenza ad operare interventi innovativi in materia penale⁹.

La maggior parte dei commentatori – con l'avallo della Corte costituzionale¹⁰ – individua l'origine del divieto di analogia nell'art. 25, comma 2 Cost.¹¹: pur se con riserva di approfondire la

³ Come è ampiamente noto, il ricorso all'analogia è precluso altresì per le norme eccezionali: a questo proposito ci si limita solo a ricordare l'opinione di chi ha sostenuto che il limite posto all'analogia nel diritto penale è un limite non logico – come è per le norme eccezionali –, ma assiologico perché il limite previsto per le norme eccezionali – a differenza di quello previsto per le norme penali – «non è realmente un limite, ma è solo un modo di definire l'analogia (e, correlativamente, il diritto eccezionale)» (così L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, I, Torino 1987, 328).

⁴ «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

⁵ «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* previsto dalla legge come reato» (con corsivo nostro).

⁶ «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza fuori dei casi dalla legge preveduti».

Insistono molto sul fondamento del divieto di analogia in materia penale tratto da questa e dalle disposizioni citate nelle precedenti note 4 e 5 G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano 1942, 32-35; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma 1990, 5; G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli 2016, 83-94.

⁷ Cfr., ad esempio, G. VASSALLI, *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano 1992, 540, il quale riferisce l'espressione principio di tassatività al divieto di analogia nel suo duplice "volto" inteso nei termini che saranno in seguito sopra nel testo esplicitati, nonché sulla stessa lunghezza d'onda più di recente, *inter alios*, F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in [La Legislazione Penale](#) 18 marzo 2019, 32 nota 91.

⁸ Cfr. in modo particolare M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 28-30.

⁹ In tal senso cfr. G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. a) *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 957, il quale comunque non manca di operare un riferimento anche all'art. 25, comma 2 Cost. quale disposizione a cui ancorare il divieto di analogia in ambito penale.

Molto più vaga risulta essere, invece, la tesi sostenuta da M. ROTONDI, *Legge (interpretazione della)*, in *N.ssmo dig. it.*, VIII, Torino 1975, 900, secondo il quale le disposizioni incriminatrici «sono per ovvie considerazioni di carattere logico e politico sottratte alla possibilità di una loro applicazione che vada oltre i limiti segnati dalla lettera della norma» (con corsivo nostro).

¹⁰ La Corte costituzionale nella [sent. n. 19 del 1974](#) – ribadita sul punto, sia pure in modo molto più sfumato, nella successiva [sent. n. 148 del 1984](#) – ha ritenuto che l'"espressamente" contenuto nell'art. 1 cod. pen. – che è a fondamento del divieto di analogia in materia penale – sia implicitamente fatto proprio anche dall'art. 25, comma 2 Cost. perché, muovendo "dal dato storico (non revocabile in dubbio) del riferimento della Costituzione proprio al sistema esistente al momento della sua entrata in vigore", allora "l'art. 25 [Cost.]... sostanzialmente... ricalca le disposizioni del codice penale sui principi di legalità e irretroattività: rispettivamente, gli artt. 1 e 2, per la pena e 199 cod. pen., per la misura di sicurezza". In dottrina cfr. D. FALCINELLI, *L'analogia vietata e le riserve di sistema secondo la Corte costituzionale. Il binomio "leggi penali" e "leggi eccezionali" nel vocabolario dell'art. 14 disp. prel. c.c.*, in *Arch. pen.* (web) 20 settembre 2016, 11 nota 31, la quale evidenzia che comunque la dichiarazione di equivalenza dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 1 cod. pen. è contenuta esclusivamente nella [sent. n. 19 del 1974](#) e tutt'al più nella [sent. n. 127 del 1979](#).

¹¹ Si ricordano soltanto coloro che contestano il collegamento con l'art. 25, comma 2 Cost., ovvero M. BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.* 1980, I, 1539-1540, secondo il quale sull'art. 25, comma 2 Cost. dubitabilmente può ancorarsi il divieto di analogia impiegando esso termini molto meno «precisi» rispetto all'art. 1 cod. pen.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 29, il quale nega che dall'art. 25, comma 2 Cost. sorga il divieto di analogia in materia penale perché la formula in quella disposizione contenuta «non contiene né, come l'art. 1

tematica nel prosieguo, basti per il momento osservare come la prevalente dottrina ritenga che il criterio ispiratore di tale divieto, pur non presente in tutti gli ordinamenti liberal-democratici¹², obbedisce alla medesima *ratio* di garanzia della libertà del cittadino in generale sottesa al *nullum crimen sine lege* del quale il divieto in esame «rappresenta una delle più importanti proiezioni»¹³.

Al fine di rendere più chiaro il motivo per il quale il procedimento analogico è vietato nel campo penale è soltanto il caso di ricordare succintamente che tale procedimento si pone diversamente nel diritto civile e, appunto, in quello penale¹⁴. Nel primo il ricorso al procedimento analogico tende perlopiù ad impedire che il giudice venga a trovarsi di fronte al rischio di un sostanziale *non liquet*¹⁵. Il fatto di negare al caso concreto una regolamentazione significherebbe spesso bloccare la stessa possibilità di dar vita a schemi negoziali anche solo in parte diversi da quelli fino a quel momento praticati nell'ambito delle relazioni private, campo in cui oltretutto la regola giuridica non già limita, bensì semmai incentiva la libera manifestazione della volontà dei singoli nel provvedere in vario modo al soddisfacimento dei propri bisogni e delle proprie aspettative: l'analogia in questo caso risulta così funzionale alle stesse esigenze economico-sociali in cui si manifesta l'esercizio della libertà sottesa alle relazioni private¹⁶.

c.p., un avverbio rafforzativo della riserva di legge né, come l'art. 14 delle preleggi, un riferimento univoco ed esclusivo ai casi e ai tempi considerati nella legge da applicare» anche se poi l'A. conclude osservando come, dato che l'analogia comporta una deroga della riserva assoluta di legge penale, dato che essa si pone in sostanziale contraddizione col divieto di retroattività della legge penale e dato infine che il principio di tassatività è un'implicazione logica di quello della certezza e prima ancora della concezione che del diritto penale "giusto" ha il nostro legislatore, tutto ciò sia sufficiente ad escludere che il silenzio dell'art. 25, comma 2 sulla questione comporti l'irrelevanza costituzionale del divieto di analogia in diritto penale; M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, Roma 1990, 4-5, secondo cui l'opinione in virtù della quale il principio di legalità in materia penale implica il divieto di analogia *in malam partem* postula l'assunto che l'analogia non abbia funzione interpretativa ma abbia funzione creativa, ovvero l'assunto che il giudice il quale concludesse che la disciplina statuita per il caso A, contemplato, vale anche per il caso B, non contemplato, non interpreterebbe la disposizione riconoscendole un contenuto conforme alla sua *ratio* – e come tale coerente in termini di logica e giusto in termini di giustizia intesa come uguale trattamento degli uguali –, ma formulerebbe una norma da valere per il caso singolo e ad essa conformerebbe il suo giudizio: il che – osserva l'A. – «sottintendendo che il significato linguistico della formula legislativa costituisca limite del contenuto delle norme, e che al giudice competano poteri normativi diversi da quelli di normazione individuale che si esprimono nel provvedimento, ci sembra non meno preconcepito che artificioso. E dunque ritenuta la "funzione interpretativa" dell'analogia si dovrà ritenere che l'art. 25, II e III co., Cost. non abbia costituzionalizzato il divieto di analogia *in malam partem*» (p. 5); A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli 2013, 70, il quale sostiene che il principio *nullum crimen sine lege* «non può significare uno stretto divieto di analogia, in quanto questo presupporrebbe che il delitto possa, in ultima analisi, esser definito nella fattispecie legale attraverso concetti univoci. E ciò è impossibile»: l'A. peraltro – a p. 56 – osserva comunque che «qualsivoglia divieto di analogia è destinato a naufragare».

¹² Come osserva G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1552, in molti ordinamenti di sicura tradizione liberal-democratica, ovverosia dall'Inghilterra ai Paesi scandinavi, il divieto di analogia non esiste.

¹³ Così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna 1994, 89.

¹⁴ A giudizio di E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 95, il divieto di operare analogicamente «segna... una netta – almeno in via astratta – linea di confine tra il penale ed il resto del mondo giuridico»: proprio per questo motivo l'A. non solo considera l'interpretazione nel ramo penale, secondo la felice metafora radbruchiana, «una nave la quale nell'uscita dal porto viene guidata dal pilota del porto nelle vie prescritte fra le acque portuali, ma poi, giunta in alto mare cerca, sotto il controllo del capitano, una propria rotta» (p. 72), ma considera anche, utilizzando un'immagine calviniana, l'interprete penalistico come «una sorta di cavaliere dimezzato che non possiede tra le sue armi lo strumento che più di ogni altro consente di "creare" diritto e cioè l'analogia» (p. 95).

¹⁵ In proposito cfr. le osservazioni di A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., a cura di A. Gaito - B. Romano - M. Ronco - G. Spangher, IX, Torino 2016, 407.

¹⁶ A tutto questo deve aggiungersi che il legislatore di regola è favorevole all'ammissione nel sistema del procedimento analogico sia perché ritiene che il potere giudiziario offra garanzie di imparzialità in misura maggiore che non l'esecutivo (e ciò probabilmente «vale a bilanciare, nel suo giudizio, il punto di svantaggio che l'analogia ha, sul piano della certezza del diritto, rispetto al regolamento, che è il tipico strumento normativo dell'esecutivo»), sia perché appare al legislatore che completando le lacune della normazione astratta utilizzando la sua stessa *ratio* «ci si incammina sulla strada della giustizia del caso concreto, ossia della vera giustizia»: così M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 27-28.

Nel campo penale è ben vero che il ricorso a quel «salto mentale»¹⁷ che è l'analogia consentirebbe al giudice, all'occorrenza, di ripristinare l'uguaglianza di trattamento correggendo quelle discriminazioni che sono ritenute irragionevoli e che vengono a crearsi quando la fattispecie incriminatrice, ritagliata dal legislatore intorno a una determinata modalità di aggressione, traslascia di punirne altre simili e dotate di pari disvalore¹⁸.

Tuttavia è altrettanto vero che la circostanza che la fattispecie punitiva non “disegni” un'area di libertà ma incorpori tutt'al contrario una sua specifica limitazione fa sì che il diritto penale venga a trovare la sua consacrazione nella fisionomia essenziale del cosiddetto tipo criminoso¹⁹.

A questo proposito è stato addotto l'esempio del reciproco confronto fra due vestiti di stoffa simile, ma di differente misura: l'uno calza a pennello sul corpo di Tizio, ma risulta troppo grande per quello di Sempronio, ragion per cui i due vestiti presentano analoga fattura e servono al medesimo scopo, ma, ciò nonostante, l'uno non può essere utilizzato per le esigenze di una persona diversa da quella che è in grado di indossarlo²⁰.

Analogamente la *ratio* del “tipo criminoso” è tale «da 'includere'... i casi che vi corrispondono, ma da *escludere* quelli che, al contrario, vi risultino estranei»²¹: in altri termini, i due profili essenziali del procedimento analogico – la lacuna normativa e l'affinità di *ratio* – sono lontani dalle logiche del diritto penale in quanto «una *ratio* analoga non può esservi, perché le 'lacune' (in realtà, solo apparentemente tali) non possono essere 'riempite', in quanto il legislatore ha *voluto* che esistessero»²².

2. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al legislatore ordinario.

Tanti interrogativi circondano il principio costituzionale del divieto di analogia in materia penale.

Si pensi soltanto a titolo esemplificativo alla seguente *vexata quaestio* che riguarda in generale il procedimento analogico, ma che esplica i suoi riflessi finanche sul divieto del ricorso a siffatto procedimento in ambito penale: l'analogia costituisce una forma di interpretazione o è un vero e proprio mezzo di integrazione delle norme legali?

¹⁷ Così O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.* 2018, n. 4, 58, la quale rileva che «l'analogia è un “salto mentale”. Ora, la distanza tra il salto piccolo, che contribuisce alla fisiologica creazione della norma, e il salto lungo, che dà luogo a un'inammissibile supplenza giurisprudenziale, nel diritto non può essere misurata in centimetri e deve essere, piuttosto, misurata in... temerarietà. È temerario il salto senza rete né appigli... Sviluppando la metafora per precisare il concetto, potremmo identificare nel testo la “rete” e aggiungere che il testo-rete è imprescindibile, ma a volte insufficiente e comunque inidoneo ad evitare, da solo, arbitri. Occorre, infatti, che l'interpretazione si aggrappi a degli “appigli”».

¹⁸ In tal senso cfr. F. GIUNTA, *Nota introduttiva*, in *Opinioni a confronto tra analogia e interpretazione estensiva a proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia* 2010, 347. Dopotutto, come ben si comprende dalla lettura dell'opera di U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955, spec. 39 ss., 61 ss. e 228 ss., l'analisi del principio di legalità nell'età dei Comuni pone in luce quanto largo ricorso – pur nel pieno vigore che il principio di legalità nel diritto penale ebbe in quell'epoca – si facesse all'analogia nell'interpretazione e nell'applicazione della legislazione statutaria e come l'applicazione analogica della legge fosse nelle inevitabili deficienze degli Statuti garanzia di uguaglianza fra i cittadini e valido riparo contro il ricorso alla consuetudine e soprattutto contro l'arbitrio che altrimenti fatalmente sarebbe subentrato da parte del giudice o da parte del principe: sul punto cfr. le osservazioni relative sia al periodo dell'Illuminismo sia ai regimi politici autoritari di G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *N.smo dig. it.*, XI, Torino 1976, 496.

¹⁹ Per tipo criminoso si intende 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: sul punto cfr. A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova 1967, spec. 111 ss., nonché, più di recente, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2018, partic. 106 e 109, secondo il quale «il diritto penale rappresenta invero un diritto 'chiuso' nei tipi».

²⁰ L'esempio, senz'altro calzante, è portato da G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 118.

²¹ Così G. DE FRANCESCO, *op. e loc. ult. cit.*

²² G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 119.

Un'altra *quaestio* che ha affaticato non poco la dottrina è la seguente: il divieto di analogia in materia penale ha carattere assoluto, ovvero riguarda sia le disposizioni incriminatrici sia quelle di favore (che prevedono, cioè, cause di non punibilità o di estinzione del reato, cause di giustificazione o di attenuazione del rigore sanzionatorio ecc. ...), oppure presenta carattere relativo, ovvero inerisce le sole disposizioni penali sfavorevoli?

In questa sede l'attenzione sarà centrata sul seguente interrogativo di particolare interesse: qual è il ruolo che il principio costituzionale in esame può assumere nel giudizio sulle leggi?

Al fine di rispondere al quesito in modo non frettoloso o azzardato è opportuno precisare che il principio costituzionale in questione costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento perché presenta un duplice "volto"²³.

Quanto al primo "volto", esso è rivolto al legislatore ordinario nella misura in cui gli preclude non solo – in base a quanto già rilevato – l'abrogazione delle disposizioni che vietano al giudice l'applicazione analogica delle disposizioni incriminatrici e *a fortiori* la contestuale introduzione di disposizioni che rendano possibile il ricorso all'analogia in materia penale, ma anche l'approvazione di disposizioni incriminatrici che, dopo aver delineato una o più condotte non omogenee bensì eterogenee fra di loro, contemplino espressioni del tipo "e altri simili" oppure "e altri analoghi"²⁴.

Si tratta delle cosiddette fattispecie ad analogia esplicita, che sono descritte così da impedire l'individuazione di un genere comprensivo sia delle ipotesi espressamente menzionate nella disposizione sia dei casi non menzionati ma evocati con le formule "e altri simili" o "e altri analoghi": tali fattispecie pertanto comportano come conseguenza che il giudice risulta chiamato ad un'opera di vera e propria "creazione" caso per caso della disposizione che individua le ipotesi "simili". Vediamo di indagare quanto appena esposto. *Nulla quaestio* qualora il legislatore elenchi una serie di ipotesi omogenee, che consentono, cioè, di individuare un genere nel senso sopra indicato e che dunque possono essere ricondotte ad una più vasta categoria unitaria: in questa ipotesi l'elenco ha carattere soltanto esemplificativo e quindi si presta ad essere tradotto in una formula sintetica in grado di abbracciare una classe di situazioni più ampia rispetto ai casi espressamente menzionati, ma dai contorni comunque sufficientemente precisi.

In siffatta ipotesi l'interprete – ed *in primis* il giudice – sarà tenuto a considerare "casi simili" i soli casi dello stesso genere di quelli espressamente menzionati nella disposizione incriminatrice: qualora, ad esempio, una disposizione proibisse, sanzionandola penalmente, la condotta di chi distrugge cose altrui "usando bombe, dinamite, nitroglicerina o altri tipi simili di esplosivi", il giudice non potrebbe ritenere che un tipo analogo di esplosivo sia il petardo dal momento che le sostanze esplosive specificamente menzionate nella disposizione *de qua* sono caratterizzate dall'idoneità a causare esplosioni enormemente dannose e pertanto risultano tutte ben diverse dai petardi²⁵.

²³ Evidenzia F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*. Volume I. *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 298-299, che questo doppio "volto" è un'acquisizione dovuta soltanto all'avvento della Costituzione repubblicana: infatti l'art. 1 cod. pen. in regime di Costituzione elastica con l'utilizzo dell'avverbio "espressamente" vietava l'analogia ma solo rispetto all'interprete ed *in primis* al giudice e non al legislatore ordinario al cui esclusivo apprezzamento era in definitiva affidata la salvaguardia o meno del principio, mentre «in regime di costituzione rigida, l'art. 25 comma 2 assume il significato di vincolo preclusivo sia per l'interprete che per il legislatore ordinario, al quale viene, altresì, interdetta l'abrogazione dell'art. 14 disp. prel. codice civile» (299).

²⁴ In tal senso si esprimono esplicitamente, *inter alios*, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 299-300; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, *Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano 2001, 169-170 e 182-184.

²⁵ Il caso è tratto da una sentenza della *Supreme Court* statunitense: per maggiori ragguagli cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 184, i quali rilevano come sia particolarmente istruttiva l'esperienza degli Stati Uniti d'America laddove il criterio dell'appartenenza allo stesso genere – la cosiddetta regola dell'*eiusdem generis* – è costantemente utilizzato dalla giurisprudenza al fine di interpretare le disposizioni incriminatrici che elenchino una serie di casi seguiti dalla clausola finale "o altro" ("or other") atteso che una formula di questo tipo – si ritiene – deve essere interpretata come se dicesse "casi dello stesso genere" di quelli specificamente elencati.

Quale esempio emblematico di questa prima ipotesi si pensi agli artt. 710-711 cod. pen. – abrogati nel 1999 – i quali delineavano la condotta di “chiunque eserciti il mestiere di fabbro, chiavaiuolo o un altro simile mestiere”²⁶.

In tale caso il giudice è chiamato a sussumere il caso concreto sotto una classe di fatti già individuati dal legislatore perché in luogo della formula poco sopra indicata, che sembra a prima vista prospettare una fattispecie di tipo analogico, il legislatore avrebbe potuto porre un'altra formula, ovvero “chiunque fabbrica o vende oggetti diretti ad aprire o a forzare serrature”.

Come è stato ben osservato, quest'ultima formula, «in chiave di normazione sintetica, segnala più chiaramente la realtà da valutare, tramite il parametro costituito dal riferimento all'oggetto dell'attività»: in altri termini, la formula da ultimo prospettata si estrinseca in una locuzione sintetica idonea ad individuare con ragionevole precisione la classe di mestieri nell'esercizio dei quali possono commettersi i reati previsti dalle due disposizioni codicistiche in questione, ragion per cui «la formula normativa è... solo apparentemente tale da autorizzare un ricorso allo strumento analogico ed è, quindi, compatibile con il dettato costituzionale»²⁷.

A tutt'altra conclusione si deve addivenire nell'ipotesi in cui il legislatore non si attiene a quello che è stato definito il criterio della «razionalità delle fattispecie indicative o esemplificative»²⁸: qualora le fattispecie presentino «discontinuità o dissonanze»²⁹ e pertanto non risulti possibile individuare un'ampia categoria dal momento che di tale ampia categoria le stesse fattispecie all'evidenza non sono espressione, allora si verifica una violazione del divieto di analogia.

Si pensi ad esempio all'art. 121 T.U.L.P.S., pure salvato dalla dichiarazione di incostituzionalità in una discussa [sentenza della Corte costituzionale del 1961](#)³⁰ e anch'esso comunque abrogato nel 2001.

²⁶ Corsivo nostro.

²⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 301; in senso analogo cfr. M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, Torino 2000, 154.

²⁸ Così P. PITTARO, *sub art. 25, commi 2 e 3*, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 260.

²⁹ P. PITTARO, *op. et loc. ult. cit.*

³⁰ Si allude alla [sent. n. 27 del 1961](#) nella quale si trova scritto che “in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es.: artt. 600, 601, 602, 705, 708, 710, ecc. Cod. pen.), ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come 'e simili', 'e altri simili', 'e altri analoghi'. In tali casi, ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione”. Tale sentenza ha ricevuto da taluno il consenso sia nella sua parte motivazionale sia nel suo dispositivo [cfr. R. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, in E. DOLCINI - T. PADOVANI - F. PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni. Una ricerca sulle fonti del diritto penale e del diritto sanzionatorio amministrativo*, Milano 1994, 7-8, secondo la quale il legislatore «può avvalersi nella costruzione di talune norme della c.d. “analogia interna”, cioè del particolare procedimento di formulazione della fattispecie attraverso il quale si stabilisce la espressa parificazione di trattamento di fatti che si presentano analoghi a quello espressamente disciplinato da una data norma»], ha ottenuto da altri un assenso solo nel dispositivo ma non anche nella parte motivazionale [cfr. C. ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.* 1961, 538-539, secondo il quale con tale sentenza la Consulta «ha disposto bene ma ha ragionato male» atteso che, «mentre in base alla disposizione dell'art. 1 c.p. (ove essa fosse stata immessa nella Costituzione) si sarebbe potuto affermare la costituzionalità della disposizione dell'art. 121 del t.u. di pubblica sicurezza solo mostrandosi che essa non implica applicazione analogica di disposizioni di legge, viceversa tale dimostrazione non era né necessaria né utile ai fini della dimostrazione della compatibilità del t.u.l.p.s. con la disposizione della Costituzione sulle pene»], ma ha perlopiù prestato il fianco a forti critiche ad opera di una parte cospicua dei commentatori: cfr., *inter alios*, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. costituz.* 2000, 33, secondo la quale con la motivazione espressa nella [sent. n. 27 del 1961](#) la Corte «sembra voler rinunciare del tutto all'utilizzazione del principio di determinatezza/tassatività della legge penale quale parametro»; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 184-185, i quali osservano che la decisione *de qua* «ha svuotato di ogni contenuto il principio di tassatività» perché si è espressa «in termini tanto generali quanto apodittici» nel momento in cui ha specificato che “in tali casi l'ufficio dell'interprete non è di applicare per analogia la norma a casi non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione”. Su tutta questa tematica ci permettiamo di rinviare anche alle osservazioni

Tale disposizione puniva chiunque senza previa iscrizione in un apposito registro esercitasse “il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cencioli, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiolo, lustrascarpe *e mestieri analoghi*”³¹: il legislatore ha circoscritto, sì, l’obbligo di iscrizione nel registro nei confronti non di chi eserciti qualsiasi mestiere ambulante bensì solo di chi eserciti alcuni mestieri ambulanti, ma si tratta di mestieri fra loro così palesemente eterogenei – dal venditore di merci al saltimbanco, dal cocchiere al lustrascarpe, dal servitore di piazza al barcaiolo – da non consentire di racchiuderli in un *genus* comune e da lasciare dunque all’arbitrio del giudice la “creazione” della norma caso per caso in violazione del divieto costituzionale di analogia³².

Un’altra figura di fattispecie ad analogia esplicita incompatibile, come tale, col dettato costituzionale è quella che si verifica qualora il legislatore descriva non una serie di ipotesi, ma una sola ipotesi seguita dal riferimento a “casi simili” a quell’unico caso menzionato dalla disposizione: anche questa figura di fattispecie ad analogia esplicita è caratterizzata nel senso che risulta impossibile all’interprete ed in primo luogo al giudice ricavare dalla legge un *genus* sotto il quale ricondurre, come *species*, i casi simili evocati nel testo legislativo.

A tale ultimo proposito un esempio emblematico che può essere addotto è quello dell’art. 600 cod. pen. nella cui originaria formulazione³³ erano contenute le espressioni “schiavitù” e “condizione analoga alla schiavitù”: in assenza di qualsiasi indicazione legislativa idonea ad inquadrare la schiavitù in un più ampio concetto di genere l’individuazione delle condizioni analoghe alla schiavitù risultava integralmente rimessa al giudice secondo lo schema tipico del procedimento analogico³⁴.

da noi svolte altrove, ovvero in A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose: un parametro costituzionale sempre più “inesistente”*, in *Rivista AIC* 15 ottobre 2020, 165 nota 115.

³¹ Corsivo nostro.

³² A giudizio di M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, cit., 33-34, i casi nei quali si ha a che fare con espressioni linguistiche in cui il legislatore introduce un riferimento analogico ricomprendono finanche la disposizione che punisce colui che “*in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*”, la disposizione che, reprimendo comportamenti lesivi della pubblica circolazione, utilizza l’espressione “*o comunque ostruisce od ingombra*” e la disposizione che rinvia “*a qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio*” (in tutte le citazioni il corsivo è dell’A. ad indicare il riferimento supposto dalla stessa A. come analogico): secondo l’A. si tratta infatti di disposizioni simili a quelle di cui la Corte costituzionale si è occupata sia nella *sent. n. 27 del 1961* sia nella *sent. n. 120 del 1963*.

³³ A seguito dell’entrata in vigore della l. n. 1304/1957, con cui si è provveduto a dare esecuzione nell’ordinamento italiano alla Convenzione supplementare relativa all’abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù firmata a Ginevra il 7 settembre 1956, la nozione di “condizione analoga alla schiavitù” «è stata sottratta all’arbitrio giudiziario» (così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 183) grazie ad un’analitica definizione che fra l’altro comprende “tutte le istituzioni o pratiche in forza delle quali un fanciullo o un adolescente minore di diciotto anni può essere ceduto dai genitori o da uno di essi o dal tutore ad un terzo, dietro pagamento o meno, in vista dello sfruttamento della persona o del suo lavoro” (art. 1, lett. d)). Sul punto cfr. G. SPAGNOLO, *Schiavitù (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, 636, il quale osserva che una volta resa esecutiva la Convenzione supplementare di Ginevra del 1957 «devono considerarsi condizioni analoghe alla schiavitù, secondo l’ordinamento giuridico italiano (e quindi anche agli effetti degli art. 600 ss. c.p.), tutte le situazioni e soltanto le situazioni indicate nell’art. 1 della... Convenzione supplementare...». L’art. 600 cod. pen. è stato poi modificato nel 2003 e poi ancora nel 2014 allorché è stato espunto il riferimento alla “condizione analoga alla schiavitù” e sono state descritte analiticamente le nozioni di “schiavitù” e di “servitù” sottraendo così la disposizione codicistica in questione ad ogni dubbio di incostituzionalità per violazione del principio di tassatività.

³⁴ In tal senso cfr. le osservazioni di G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *op e loc. ult. cit.* A giudizio di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 302, nel caso dell’art. 600 cod. pen. così come nell’ulteriore caso in cui il legislatore esaurisce nell’elencazione tutti gli elementi possibili rientranti nel *genus* e, malgrado ciò, richiami ulteriormente l’attenzione dell’interprete sui “casi simili o analoghi” «l’interpretazione, ai momenti di cui si compone quella ordinaria, ne aggiunge uno ulteriore, rivolto a stabilire, attraverso una serie di giudizi di somiglianza, che non posseggono tutti i crismi della certezza, il preciso contenuto della formula “ed altra ipotesi simile” (o “altro caso analogo”», reso ancor più sfuggente e impalpabile dal valore pregnante del segno linguistico o dell’elencazione che la precede».

Anche la Corte costituzionale ha fatto leva sull'omogeneità o eterogeneità dei casi menzionati nella disposizione incriminatrice al fine di valutare la sua conformità o difformità rispetto al divieto di analogia: ad avviso della Corte infatti solo l'omogeneità delle indicazioni esemplificative consente di individuare – lasciando la parola alla [sentenza n. 120 del 1963](#)³⁵ – “un preciso criterio di identificazione delle attività simili a quelle espressamente menzionate” ed esclude così che la disposizione conferisca “al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato”.

Questa scelta di principio ha trovato conferma più di recente nella [sentenza n. 327 del 2008](#) a proposito della formula “altro disastro” inserita nell'art. 434, comma 1 cod. pen.: posto che tale disposizione codicistica punisce “chiunque... commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità”, i giudici costituzionali hanno sottolineato che “l'altro disastro, cui fa riferimento l'art. 434 c.p., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo sul piano delle caratteristiche strutturali rispetto ai disastri contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai delitti di comune pericolo mediante violenza”³⁶.

3. Il “volto” del divieto di analogia a sfavore del reo rivolto al giudice: la [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale e la valorizzazione di tale “volto” del divieto sotto vari profili.

Quanto al secondo “volto”, il divieto costituzionale di analogia, come si esporrà meglio in seguito, diventa molto più problematico.

Esso infatti è rivolto al giudice in funzione di garanzia per i consociati nei confronti dei possibili arbitrii, appunto, del potere giudiziario: più in particolare, al giudice è precluso di fuoriuscire dai confini tassativamente imposti dalla legge ad ogni fattispecie criminosa sostituendosi caso per caso al legislatore e creando di fatto disposizioni incriminatrici più ampie di quelle previste dal legislatore stesso³⁷.

In questo secondo “volto” il divieto in esame è stato particolarmente esaltato nella recente [sentenza n. 98 del 2021](#) della Corte costituzionale.

Nella circostanza la Corte ha ritenuto inammissibile una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata il quale stava celebrando un processo contro un imputato accusato dal pubblico ministero di “Atti persecutori” aggravati ai sensi dell'art. 612-bis, comma 2 cod. pen. per una serie di condotte compiute nei confronti di una donna con cui

³⁵ La [sent. n. 120 del 1963](#) è relativa ad una disposizione in materia di tutela salariale dei lavoratori nei rapporti d'appalto. A dir la verità, in questa occasione la Corte costituzionale ha individuato, sì, il criterio discrezionale fra ipotesi conformi e ipotesi difformi dal principio di tassatività nel carattere rispettivamente omogeneo o eterogeneo delle situazioni menzionate nell'elenco esemplificativo, ma poi all'atto pratico nel caso di specie «ha scorrettamente applicato tale principio»: così G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 185, i quali osservano che la Corte ha negato che vi fosse un'eterogeneità di indicazioni esemplificative in una disposizione che faceva riferimento ad attività diversissime come quelle di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività simili; al fine di aggirare l'eterogeneità delle esemplificazioni legislative – ricordano i due Autori – la Corte ha ritenuto decisivo il rilievo che tutte le attività in questione presuppongono “l'esistenza di un rapporto di appalto” e che “l'attività dell'impresa appaltatrice si svolge nell'interno dell'impresa appaltante”.

³⁶ Come rileva A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.* 2016, n. 7/8, 2710, la figura innominata di disastro contemplata nell'art. 434 cod. pen. «integra un'ipotesi di analogia esplicita e anticipata dal legislatore: con il termine “altro disastro”, il legislatore si riferisce, infatti, ad ogni altro e analogo disastro e, cioè, ad un accadimento non sussumibile nelle disposizioni precedenti, ma che, tuttavia, presenti... identità morfologica e contenutistica (*eadem ratio*) rispetto agli eventi in esse tipizzati...».

³⁷ Per dirla con F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, in *Comm. della Cost. – Rapporti civili – Art. 24-26*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 258, al giudice è interdetta «ogni possibile interpretazione che alteri la fisionomia descrittiva, prima che sostanziale, delle fattispecie penali».

intratteneva da qualche mese una relazione affettiva e che frequentava abitualmente la sua casa familiare.

Al termine del dibattimento il giudice aveva prospettato alle parti la possibilità di una riqualificazione dei fatti contestati all'imputato nel più grave delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" ai sensi dell'art. 572 cod. pen.: questo sulla base di un consistente orientamento della Corte di Cassazione che considera integrato tale reato in presenza di condotte maltrattanti compiute in un "contesto affettivo protetto" caratterizzato da "legami forti e stabili tra i partner" e dalla "condivisione di progetti di vita".

In altri termini, posto che quest'ultima disposizione risulta applicabile a chiunque "maltratta" "una persona della famiglia o comunque convivente", il sintagma "una persona... comunque convivente" andrebbe letto come riferito, appunto, ad un "contesto affettivo protetto" caratterizzato – come si legge nell'ordinanza di rimessione – da "legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire".

In tale ipotesi, dunque, il più grave delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" assorbirebbe la fattispecie di reato aggravata di "Atti persecutori": quest'ultima fattispecie verrebbe così ad abbracciare le sole ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate (o non più caratterizzate) da un'"attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima".

A questo punto l'imputato aveva chiesto di essere ammesso al giudizio abbreviato e di godere così del relativo sconto di un terzo della pena in caso di condanna ed il giudice, pur prendendo atto del fatto che il codice di procedura penale non consente di chiedere il rito abbreviato al termine del dibattimento, aveva tuttavia ritenuto che, in un caso come questo, una simile preclusione fosse incompatibile con i principi di eguaglianza, del giusto processo e dello stesso diritto di difesa: a giudizio del Tribunale il mutamento prospettato della qualificazione giuridica del fatto comporta infatti uno stravolgimento dei rischi sanzionatori che l'imputato aveva considerato con il proprio difensore nel momento in cui aveva deciso di affrontare il dibattimento anziché chiedere di essere giudicato con rito abbreviato o di patteggiare la pena.

Conseguentemente il Tribunale ha sollevato questione di costituzionalità mirante, appunto, a consentire all'imputato, di fronte alla prospettazione di una possibile riqualificazione giuridica del fatto contestatogli, di optare per il rito abbreviato.

La Corte costituzionale non ha esaminato nel merito la questione ritenendo che il Tribunale rimettente non avesse adeguatamente motivato sulla sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti del mutamento della qualificazione giuridica del fatto contestato dal pubblico ministero.

A tale proposito la Corte ha innanzitutto sottolineato che il reato di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" presuppone, per quanto qui rileva, che le condotte siano compiute nei confronti di una persona della stessa "famiglia" oppure di una persona "convivente" e che, invece, il reato di "Atti persecutori" aggravati prevede che le condotte vengano compiute nei confronti di persona che sia o che sia stata legata all'autore da una "relazione affettiva".

I giudici costituzionali hanno poi rammentato il fondamentale canone ermeneutico in materia penale basato sull'art. 25, comma 2 Cost. e rappresentato dal divieto di analogia inteso come il divieto di applicare la legge oltre i casi da essa espressamente stabiliti.

Il Giudice delle leggi precisa che questo divieto costituisce "il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale".

Sul versante della garanzia apprestata dalla riserva assoluta di legge in materia penale non v'è dubbio che essa assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato: il presupposto di fondo è che una simile decisione spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale.

Sulla base di queste premesse la Corte osserva che si verificherebbe nella sostanza uno svuotamento di tale garanzia qualora ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge.

Sotto il profilo della garanzia apprestata dal principio di determinatezza della legge penale non è revocabile in dubbio che essa abbia due scopi: evitare che il giudice assuma un ruolo creativo attraverso l'individuazione, in luogo del legislatore, dei confini tra le diverse fattispecie di reato e ancor prima fra il lecito e l'illecito; assicurare al destinatario della disposizione una percezione sufficientemente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta.

In base a quanto osservato il Giudice delle leggi rileva che anche in tal caso si verificherebbe il pratico svuotamento di tale garanzia qualora al giudice penale fosse consentito di assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato può desumere dalla sua immediata lettura.

Quanto al suo contenuto, il divieto di analogia impedisce – proseguono i giudici costituzionali – “di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”.

Dopo aver effettuato queste precisazioni la Corte evidenzia che il giudice del procedimento principale non ha spiegato le ragioni per le quali ha ritenuto che, a fronte di una relazione affettiva durata qualche mese e caratterizzata da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro, la vittima possa essere considerata, alla stregua del linguaggio comune, come persona già appartenente alla medesima “famiglia” dell'imputato.

Inoltre la Corte osserva che il giudice *a quo* non ha spiegato i motivi per i quali, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come un'ipotesi di “convivenza”.

I giudici costituzionali concludono che, in assenza di questa dimostrazione, l'applicazione del reato di “Maltrattamenti contro familiari e conviventi” anziché di quello di “Atti persecutori” costituirebbe il frutto di un'operazione analogica a sfavore del reo della disposizione penale, ragion per cui il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di analogia *in malam partem* in relazione al caso di specie comporta una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate che ne determina l'inammissibilità.

A leggere bene la sentenza non può non rilevarsi la grande enfaticizzazione del divieto di analogia a sfavore del reo³⁸ anche se – come si tenterà di dimostrare – è possibile scorgere, in relazione al divieto in esame, un ruolo ancor più da protagonista di primo piano di quanto non emerga dalla [sentenza n. 98 del 2021](#).

Procedendo con ordine, la grande enfaticizzazione a cui si è appena alluso è evidente sotto diversi profili.

A) *L'interpretazione conforme a Costituzione e i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

³⁸ Rileva a questo proposito F. VENTURI, *La Corte costituzionale torna sul divieto di analogia in malam partem in materia penale: canoni di tecnica ermeneutica e indicazioni di politica criminale nello scenario della crisi della legalità*, in [Diritti Comparati](#) 29 luglio 2021, 1 ss., come la Corte stabilisca che «i principi di garanzia formale della libertà personale rappresentano un valore irrinunciabile del nostro ordinamento costituzionale e che nessuna esigenza sostanziale di tutela penale, per quanto “comprensibile”, può giustificare il sacrificio».

Sotto un primo profilo quanto appena osservato emerge in modo lampante qualora si muova dal presupposto, difficilmente controvertibile, in virtù del quale l'interpretazione del delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi", che il giudice *a quo* ha tratto da un orientamento assunto come consolidato della Corte di Cassazione e che ha fatto propria, appare come costituzionalmente orientata in riferimento al suo contenuto.

In virtù di tale interpretazione si assiste infatti alla valorizzazione, sottesa alla dilatazione delle nozioni di "famiglia" e di "convivenza", dei profili personalistici.

Questo si sostiene perché l'interpretazione in esame si fonda sull'assunto secondo il quale il delitto di "Maltrattamenti contro familiari e conviventi" risulta applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma anche a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creatisi, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale: di conseguenza, il delitto in questione sarebbe configurabile anche laddove mancasse una stabile convivenza e sussistesse, con la vittima degli abusi, un rapporto familiare di mero fatto caratterizzato dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza.

Tuttavia la presenza di un'esegesi costituzionalmente orientata non è sufficiente a superare i dubbi inerenti alla lesione del divieto di analogia nutriti dalla Corte³⁹, la quale mostra di non essere affatto convinta della correttezza di tale esegesi: osservano infatti i giudici costituzionali che il giudice *a quo* deve dimostrare che "la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima 'famiglia' dell'imputato" o, in alternativa, che "un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di 'convivenza'"; in difetto di una tale dimostrazione l'interpretazione fatta propria dal giudice *a quo* è "magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustrate dal rimettente, ma [è] comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost."⁴⁰.

Come è stato acutamente rilevato⁴¹, questo significa che il divieto di analogia pare presentare un "valore" assoluto, ovvero sottratto a qualsiasi bilanciamento con altri "valori" pure costituzionalmente rilevanti.

Non basta, ma v'è di più.

Questo significa anche che l'interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più "libero" rispetto agli altri procedimenti interpretativi e dunque finalizzato alla ricerca di un qualunque risultato interpretativo purché esso sia comunque conforme a Costituzione⁴².

³⁹ Osserva M.A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa"* in malam partem (Nota a Corte cost. 14 maggio 2021 n. 98), in *Giustizia Insieme* 31 maggio 2021, 1 ss., che «la "giustizia sostanziale" nei confronti della vittima, in nome della quale la Suprema magistratura penale (nelle numerose pronunce richiamate dal giudice remittente e citate nella sentenza in commento) ha ritenuto che l'ipotesi di reato descritta dall'art. 572 c.p. possa comprendere anche le condotte abusive nei confronti della persona convivente, non è... un elemento sufficiente a superare (*recte*, violare) il limite di stretta legalità e chiara prevedibilità nel quadro legislativo stabilito dall'art. 25, co. 2, Cost. e il principio di separazione dei poteri».

⁴⁰ Il corsivo è nostro a sottolineare che l'interpretazione sistematica – qual è quella conforme a Costituzione – non è tale da superare i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia a sfavore del reo.

⁴¹ Cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, in *Dir. pen. proc.* 2021, n. 9, 1218 ss., secondo il quale il significato più profondo e più dirompente della [sent. n. 98 del 2021](#) «sta proprio in questa sorta di monito al fine di scuotere i giudici comuni da un certo torpore critico nei confronti di quelle operazioni interpretative – e certo non mancano – che, sotto le mentite spoglie dell'interpretazione teleologica o addirittura conforme a Costituzione, gabbellano una vera e propria analogia costituzionalmente vietata».

⁴² Insomma, non si tratta – o, meglio ancora come si dirà poco oltre sopra nel testo, non si tratta più – di un «vincolo assoluto» per il giudice come pure sembra ritenere G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, n. 3, 1114 (da cui è tratta la precedente citazione), a detta del quale «se di una norma è

A dir la verità, l'interpretazione conforme a Costituzione non ha assunto più questa connotazione da alcuni anni a questa parte e cioè da quando – a far data perlomeno dalle [sentenze n. 221 del 2015](#) e [n. 42 del 2017](#)⁴³ – la Corte costituzionale, mutando parzialmente la propria giurisprudenza in tema di interpretazione costituzionalmente orientata⁴⁴, ha chiarito che laddove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a ritenere *la lettera della disposizione ostativa ad un esito costituzionalmente conforme* «ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito»⁴⁵.

Insomma, questo *revirement* giurisprudenziale ha fatto sì che l'interpretazione conforme non sia più una “strada” finalizzata a raggiungere un certo risultato interpretativo a priori privilegiato e volta a far sì che il giudice sia «necessariamente portato a cercare la prevalenza del parametro costituzionale rispetto a qualunque altra opzione interpretativa della disposizione in questione»⁴⁶.

È evidente infatti il peso decisivo assunto ora dal perimetro letterale della legge il quale potrebbe ostare all'esito costituzionalmente conforme.

Tanto premesso, la [sentenza n. 98 del 2021](#) ribadisce questo recente orientamento della giurisprudenza costituzionale perché in essa l'interpretazione conforme a Costituzione viene connotata, sì, nel senso di estrinsecarsi nella scelta del significato che appare conforme o più conforme a Costituzione fra più significati possibili, ma questo alla condizione che tali significati siano tutti interni al perimetro letterale, individuato secondo il linguaggio comune, delle espressioni utilizzate dal legislatore.

B) *Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” fra prospettiva sovranazionale e prospettiva interna.*

Sotto un secondo profilo la sentenza è assai chiara nel rapportarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di legalità penale.

Nella prospettiva sovranazionale ai sensi dell'art. 7 CEDU viene riconosciuto, come è ampiamente noto, un ruolo basilare al diritto giudiziario nel configurare il contenuto del reato: questo ruolo è subordinato alla sola condizione che sia comunque rispettata l'“essenza” fondamentale del reato stesso, ovvero la “sostanza dell'incriminazione”⁴⁷.

possibile un'interpretazione conforme il giudice *deve prescegliere questa tra tutte le altre*, e se vi sono più interpretazioni conformi *privilegerà quella più conforme*» (con corsivo nostro); per osservazioni critiche sull'estremo rigore che almeno fino al 2015 ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale sulla manifesta inammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate senza aver prima esperito la via dell'interpretazione conforme a Costituzione cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano 2016, 469 e 472.

⁴³ L'indirizzo si è oramai consolidato in sede di giurisprudenza costituzionale: cfr., fra le più recenti, la [sent. n. 102 del 2021](#) in cui si trova scritto che “l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”, nonché la recentissima [sent. n. 204 del 2021](#) di analogo tenore.

⁴⁴ Discorre forse ancora più propriamente di «integrazione» dell'obbligo di interpretazione conforme R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino 2020, 74.

⁴⁵ Così M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Rivista del Gruppo di Pisa* 30 ottobre 2019, 38.

⁴⁶ Così F. PALAZZO, *L'illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu 18 marzo 2020, 9.

⁴⁷ Per maggiori ragguagli in merito cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 75-76; V. MANES, *sub art. 7*, in S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova 2012, 258 ss., spec. 278 ss.; M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in R. ACQUAROLI - E. FRONZA - A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma 2021, 444 e *ivi* nota 15.

La Corte costituzionale, invece, sostituisce al limite rappresentato dall'“essenza” fondamentale del reato l'argine molto più rigido e ferreo costituito dal significato delle parole secondo il linguaggio comune: insomma i giudici costituzionali si accostano ad un'idea di legalità più “legale” di quella patrocinata a Strasburgo⁴⁸.

Non solo, ma, posto che la prevedibilità della decisione giudiziaria rappresenta il contenuto fondamentale della legalità convenzionale, la prevedibile applicazione dell'art. 572 cod. pen. al fatto oggetto di giudizio sarebbe stata assicurata dal consistente – ancorché forse non consolidatissimo⁴⁹ – filone di precedenti inferibili dalla giurisprudenza di legittimità: di conseguenza, sarebbe risultato ragionevolmente garantito il rispetto della garanzia del *nullum crimen sine lege* nella misura in cui la sua *ratio* viene individuata dalla Corte EDU nella protezione del consociato da possibili applicazioni imprevedibili dello *ius puniendi* dello Stato.

Nonostante la prevedibilità assicurata dall'interpretazione fatta propria dalla Corte di Cassazione, la Corte costituzionale specifica che tale esito interpretativo non perde per ciò solo il proprio carattere incostituzionale qualora si appuri che esso si estrinseca in un'operazione analogica in quanto si colloca al di là del significato delle parole secondo il linguaggio comune: questo dimostra come i giudici costituzionali non intendano ridurre la legalità alla colpevolezza e dunque alla prevedibilità⁵⁰.

C) *L'ancoraggio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

Sotto un terzo profilo merita condivisione la ricostruzione offerta dalla Corte secondo la quale il divieto di analogia ha un ancoraggio costituzionale molto forte perché si ricollega a quelli che all'interno dell'area penalistica europeo-continentale sono «dei tradizionali principi-tabù»⁵¹, ovvero sia alla riserva di legge in materia penale sia al principio di determinatezza delle fattispecie criminose⁵².

A voler essere rigorosi si dovrebbe osservare che il divieto in esame trova il proprio fondamento, più che nella riserva di legge in materia penale, soprattutto e forse esclusivamente nel principio di determinatezza delle fattispecie di reato.

È ben vero infatti che dal punto di vista della riserva di legge il principio democratico sta alla base della legalità penale e pretende una concentrazione del potere normativo penale nelle mani del legislatore in quanto unico soggetto investito di una piena e diretta legittimazione democratica: di

⁴⁸ In tal senso cfr. anche F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss.

⁴⁹ ... se è vero, come rileva la Corte costituzionale nella [sent. n. 98 del 2021](#), che una recente sentenza della Corte di Cassazione – invero successiva all'ordinanza di rimessione – ha escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi assai simile a quella oggetto del processo *a quo* e caratterizzata da una relazione “instaurata da non molto tempo” e da una “coabitazione” consistita soltanto “nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia” (Corte di Cassazione, Sezione terza penale, sentenza 25 gennaio 2021, n. 2911) e che dunque “la giurisprudenza di legittimità... fornisce... indicazioni assai meno univoche di quanto appaia dall'ordinanza di rimessione circa la possibilità di sussumere entro la figura legale descritta dall'art. 572 cod. pen., e non in quella di cui all'art. 612-bis, secondo comma, cod. pen., condotte abusive poste in essere nel contesto di una relazione affettiva con le caratteristiche illustrate nell'ordinanza di rimessione”.

⁵⁰ In tal senso cfr., anche con varietà di argomentazioni, M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio AIC* 5 ottobre 2021, 205.

⁵¹ Così G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, 239.

⁵² In senso difforme si esprime, invece, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, 58-59, a giudizio del quale il divieto di analogia in materia penale deve essere ricollegato al principio di irretroattività, ovvero all'impedire la punizione di un fatto che, al momento in cui fu commesso, non era previsto come reato: l'A. – a p. 58 – osserva che tale divieto «finisce per allontanarsi dalla categoria oggettiva della legalità-determinatezza, spostandosi sensibilmente verso la categoria soggettiva della *colpevolezza*: cos'altro significa, infatti, punire un comportamento le cui conseguenze penali non sono ragionevolmente prevedibili se non punire un comportamento non colpevole?».

conseguenza, il principio democratico porta ad escludere che il giudice possa spingersi in operazioni altamente valutative degli interessi in gioco come sono quelle che si celano dietro il procedimento analogico⁵³.

Tuttavia, è anche ed altrettanto vero che l'analogia «non comporta affatto la conseguenza che il caso non previsto espressamente sia disciplinato da una fonte normativa *diversa* dalla legge, bensì... precisamente la conseguenza opposta e cioè che sia sempre e soltanto *la legge* (quella che disciplina il caso simile) a regolare il caso di cui si tratta»⁵⁴.

In realtà, il divieto di analogia si ricollega al principio di determinatezza.

Si deve premettere che quest'ultimo principio è funzionalmente collegato con il principio del carattere necessariamente frammentario della tutela penale⁵⁵ e che per frammentarietà si intende che non ogni comportamento integrante un'aggressione all'oggetto della tutela concreta l'illecito penale ma solamente quello che avviene *nei modi* della previsione legislativa del fatto⁵⁶: tanto premesso, da tali due principi – determinatezza e frammentarietà – «non può non derivare il divieto di analogia, vista la radicale antinomia che esiste tra frammentarietà ed analogia»⁵⁷.

A questo si aggiunga che, se è vero che il ricorso all'analogia presuppone innanzitutto l'esistenza di una lacuna di disciplina e dunque l'esistenza di una fattispecie non prevista dalla disposizione ma rispetto alla quale sia prospettabile la medesima esigenza di disciplina (*eadem ratio*), è anche vero che l'identità di *ratio* presuppone a sua volta che la fattispecie non prevista sia simile alla fattispecie contemplata dalla disposizione.

Dunque è la somiglianza tra le due fattispecie messe a confronto il punto centrale del procedimento analogico, ovvero quello dal quale dipende, poi, anche la possibilità di ipotizzare la ragionevolezza di un'identità di disciplina.

Tuttavia, come è stato giustamente messo in evidenza, «la somiglianza tra due dati della realtà non è esso stesso un carattere naturalistico, ma il risultato di un giudizio valutativo di similitudine condizionato dal criterio di valore assunto»⁵⁸: così, ad esempio, fra un'autovettura e una bicicletta vi

⁵³ Rileva a questo proposito I. GIUGNI, *Diritto giurisprudenziale e irretroattività della legge penale scritta. Compatibilità e limiti di un binomio antitetico*, in www.legislazionepenale.eu 17 settembre 2021, 3, che «il principio di legalità *sub specie* riserva di legge finisce per costituire la proiezione 'fisiologica' del principio della separazione dei poteri di matrice illuministica, impedendo possibili abusi sia da parte del potere esecutivo, sia da parte di quello giudiziario».

⁵⁴ Così G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari 2004, 52, secondo il quale dunque «occorre... liberarsi dal pregiudizio che il divieto d'analogia... per le norme incriminatrici... altro non sia che la diretta ed inevitabile conseguenza del principio della riserva di legge, in senso formale. Ciò non è per nulla vero e, fra l'altro, è storicamente dimostrabile che sistemi normativi nei quali tale principio era presente quali, ad es., il codice penale germanico del periodo nazista e quello sovietico dell'era staliniana... contemplavano altrettanto espressamente la possibilità di ricorrere al procedimento analogico e, addirittura, quella di definire il reato, nella sua essenza, in conformità dei c.d. principi generali del sistema»; in senso conforme cfr. altresì, di recente, P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale: il divieto di analogia e la questione dell'interpretazione estensiva*, in *Arch. pen.* (web) 23 marzo 2020, 31.

⁵⁵ Il principio di frammentarietà viene tratto da un'interpretazione sistematica a livello costituzionale perché, posto che «il diritto penale non può punire che le azioni più gravi e non anche quelle solamente riprovevoli», è proprio la frammentarietà del diritto penale da un lato a garantire «la sua conciliabilità col principio di libertà» e dall'altro ad essere attuata «proprio dalla determinatezza di formulazione delle singole fattispecie, che – se “ben delimitate” – risultano l'un l'altra separate da più o meno ampie zone di liceità»: tutte e tre le citazioni sono tratte da F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale – La fattispecie*, Padova 1979, 172.

⁵⁶ Per maggiori lumi sul significato e sulla portata del principio di frammentarietà nel nostro ordinamento costituzionale cfr., fra i tanti e oltre all'Autore indicato nella nota appena precedente, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, 238 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, a cura di R. Guerrini, Torino 2017, 23 ss.

⁵⁷ Così F.C. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino 1993, 363; in senso diverso sembra, invece, esprimersi G. VASSALLI, *Tipicità*, cit., 540, a detta del quale «si potrebbe anche pensare ad un ordinamento in cui esista il principio di determinatezza delle fattispecie senza il divieto di una loro applicazione analogica...».

⁵⁸ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, Torino 2013, 147; in senso sostanzialmente analogo cfr. già O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006, 268-269-270, la quale rileva che «la somiglianza/diversità di *ratio* non rappresenta un dato intrinseco, oggettivo e dunque eteroreferenziale. Per un verso, la sua valutazione è etero-indotta, poiché si fonda sul *contesto* normativo, ma anche su quello

è somiglianza in considerazione delle esigenze che fondano un divieto di transito a tutti i veicoli in una cosiddetta zona pedonale, ma vi è dissomiglianza rispetto alle esigenze che fondano il divieto di accesso in autostrada per certe categorie di veicoli.

Nel momento in cui si dichiara la somiglianza tra due fattispecie poste a confronto si privilegia implicitamente quel criterio di giudizio rispetto al quale sono determinanti e significativi certi elementi comuni: per riprendere l'esempio precedente, si può osservare che la bicicletta e l'autovettura sono due veicoli parimenti disturbanti il passeggio dei pedoni.

Poiché però nell'analogia la fattispecie simile non è prevista dalla legge, sussiste sempre il dubbio che possa essere privilegiato l'altro criterio di giudizio rispetto al quale sono al contrario determinanti e significativi gli elementi differenziali: per rifarsi sempre all'esempio di prima, può essere rilevata la diversa velocità sviluppata dalla bicicletta e dall'autovettura.

Ne viene, in definitiva, che il procedimento analogico presuppone sempre tanto il potenziale contrasto e il suo successivo superamento tra due o più criteri di valutazione della somiglianza e della diversità fra le due fattispecie confrontate, quanto un'operazione valutativa degli interessi e dei contro-interessi messi in gioco dalla fattispecie.

Il divieto di analogia è posto in funzione di preservare il principio di determinatezza anche nella misura in cui intende precludere radicalmente e una volta per tutte questo genere di operazione al giudice penale⁵⁹.

D) Il divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto” e la riferibilità della disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali.

Sotto un quarto profilo la sentenza del Giudice delle leggi in esame valorizza il divieto di analogia a sfavore del reo nella misura in cui enuclea il criterio di accertamento della violazione del divieto nell'impossibilità di riferire la disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali⁶⁰: più in particolare, si legge nella [sentenza n. 98 del 2021](#) che “non è tollerabile che la sanzione possa colpir[e il consociato] per fatti che *il linguaggio comune* non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore”⁶¹.

Il postulato in esame contesta in radice dunque la tesi secondo la quale insuperabili difficoltà si oppongono all'individuazione del significato letterale o dei possibili significati letterali dei segni linguistici utilizzati dal legislatore a causa dell'ineliminabile imprecisione della lingua dallo stesso utilizzata: quest'ultima si serve in larga parte di segni linguistici tratti dal linguaggio comune e pertanto non è e non può essere “esatta” a differenza della lingua altamente formalizzata dei logici e dei matematici⁶²; in altri termini, a giudizio di questa ricostruzione dottrinale l'equivocità, l'incoerenza, la vaghezza e la porosità del linguaggio comune risulterebbero ostative alla determinazione non solo di un preciso significato alla disposizione, ma anche di un'area di possibili significati della disposizione medesima.

Nella [sentenza n. 98 del 2021](#) la Consulta, invece, riprende fedelmente l'opinione, espressa in passato proprio dal relatore/redattore della sentenza *de qua*, secondo cui affinché il divieto di

fattuale, sociale, culturale ecc. in cui il fatto deve essere deciso. Per altro verso, non può neutralizzarsi la personale credenza dell'osservatore, che orienterà in una direzione o nell'altra la sua decisione».

⁵⁹ Qualcosa di molto simile in fin dei conti sosteneva già M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, partic. 95 e 100.

⁶⁰ L'adozione di questo criterio di accertamento da parte della Consulta nella sentenza in esame è condivisa da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Milano 2021, 84-85.

⁶¹ Corsivo nostro.

⁶² Nella dottrina tedesca questa teoria è stata sostenuta soprattutto a cominciare da M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin 1975, partic. 223.

analogia abbia un senso come «*limite esterno all'attività interpretativa*»⁶³ il criterio sul quale esso deve basarsi «può essere ravvisato soltanto nel riferimento esclusivo al *linguaggio comune*, inteso come sistema *eteronomo* rispetto all'interpretazione della norma»⁶⁴.

Si deve muovere dal presupposto secondo cui il divieto in esame assume un'essenziale funzione non soltanto democratica ma anche garantistica intesa come garanzia di prevedibilità della decisione giudiziale: quest'ultima, a sua volta, è condizione affinché il cittadino possa orientare liberamente e in maniera sicura le proprie scelte d'azione.

È noto che la legge penale si indirizza non solo al giudice nella sua funzione di “norma di giudizio”, ma anche al cittadino nella sua funzione di “norma di condotta”: se ciò è vero, allora essa deve “parlare” «un *linguaggio comprensibile al cittadino*: il quale... ha un 'diritto a non essere *ingannato*' dalla norma incriminatrice. Proprio ciò che avverrebbe ove il giudice – in esito magari ad itinerari interpretativi irreprensibili – finisse per applicare la norma ai casi *non 'coperti'* dal significato letterale – ricostruito secondo il *sistema linguistico* dei destinatari primari della norma, i cittadini – delle parole utilizzate dal legislatore»⁶⁵.

A dir la verità, la tesi che ancora il divieto di analogia al criterio del linguaggio comune incontra varie difficoltà che da quello stesso criterio insorgono.

Una prima difficoltà concerne l'individuazione del sistema linguistico alla cui stregua ricostruire il significato letterale dei termini utilizzati dal legislatore e consiste nel chiarire se deve trattarsi del linguaggio comune o del linguaggio tecnico-giuridico.

Questo dilemma può essere però agevolmente risolto a favore del primo corno dell'alternativa soprattutto per ragioni sostanziali legate alla *ratio* di garanzia del divieto di analogia: la disposizione penale infatti “ingannerebbe” il cittadino qualora i segni linguistici da essa utilizzati fossero interpretati secondo il sistema linguistico “iniziativo” dei giuristi, diverso da quello noto al cittadino medesimo⁶⁶.

Una seconda difficoltà concerne la risposta al seguente quesito: la compatibilità di una determinata interpretazione con il divieto di analogia deve essere vagliata alla stregua del linguaggio comune in uso nel momento dell'approvazione della disposizione o nel momento in cui la norma dev'essere applicata?

Anche questo dilemma può essere risolto abbastanza agevolmente.

A favore della prima soluzione potrebbe essere invocato senz'altro il principio che esige da parte del giudice una piena applicazione della volontà del legislatore storico e tuttavia il senso del divieto in esame è quello di assicurare ai destinatari della disposizione la sua comprensibilità e la conseguente garanzia di non essere da essa “ingannati”: ne discende allora la necessità di ricostruire il significato letterale in base al sistema linguistico dei destinatari della disposizione nel tempo in cui essa svolge la sua funzione di orientamento della loro condotta⁶⁷.

Una terza difficoltà è quella più problematica, ovvero riguarda le modalità di accertamento del significato letterale o dei possibili significati letterali delle espressioni utilizzate dal legislatore:

⁶³ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*. I. *L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, 214.

⁶⁴ Così sempre F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 215.

⁶⁵ Così ancora F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 215-216.

⁶⁶ Naturalmente – precisa F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 216-217 – «nulla vieta che il legislatore possa stabilire autoritativamente, attraverso una *norma definitoria*, il significato che l'interprete (e il cittadino stesso) dovranno attribuire ad un dato termine che compare in una o più norme incriminatrici: e ciò anche, a nostro avviso, nel caso in cui tale definizione si allontani più o meno marcatamente dal linguaggio comune. In tal caso, in effetti, la norma definitoria dovrà considerarsi implicitamente richiamata dalla norma incriminatrice, incorporandosi con essa; con il risultato che il divieto di analogia dovrà applicarsi alle stesse espressioni che compongono la definizione medesima».

⁶⁷ Per dirla con F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 217-218, «il significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore come limite invalicabile all'interpretazione (= come criterio di *falsificazione* di una data interpretazione) non potrà che essere ricostruito alla luce del sistema linguistico dei *destinatari* della norma, *nel tempo* in cui la norma esercita di fatto la sua funzione di orientamento della loro condotta».

come stabilire, ad esempio, se la condotta di chi si sdraia sui binari per costringere un tram a fermarsi sia qualificabile, ai sensi del linguaggio comune, quale condotta violenta⁶⁸?

È evidente che né gli esperti di linguistica né i dizionari offrono risposte sicure al riguardo: questo perché il problema è quello non della ricerca di una o di più definizioni dell'espressione linguistica secondo il linguaggio comune, ovvero dell'"intensione" dell'espressione linguistica, bensì della riferibilità dell'espressione linguistica medesima ad una determinata situazione concreta, ovvero dell'"estensione" della stessa espressione linguistica ad una determinata realtà individuale.

Dopotutto gli stessi dizionari si limitano ad indicare le accezioni più frequenti e più consolidate di un determinato termine, ma lasciano impregiudicata la possibilità di riferire il termine anche ai casi situati in quella zona in cui le certezze del linguista sull'utilizzabilità del termine vacillano.

La conclusione più logica sembrerebbe quindi consistere nella necessità di affidare il giudizio ultimo di compatibilità con il linguaggio comune di una data soluzione interpretativa al giudice: egli è infatti lo stesso soggetto autore dell'interpretazione la cui compatibilità con il divieto di analogia dovrebbe, dall'esterno, essere vagliata.

Tuttavia le preoccupazioni che questa terza difficoltà così prospettata renda irriconoscibile il confine dei significati letterali ed arbitraria una sua determinazione ad opera del giudice possono essere giudicate, ad una più attenta riflessione, oltremodo esagerate.

A tale proposito l'esempio che può risultare illuminante è quello dell'espressione linguistica "uomo" contenuta nell'art. 575 cod. pen. relativo al reato di omicidio.

È da considerarsi già uomo secondo il linguaggio comune e dunque possibile soggetto passivo di un omicidio senz'alcuna violazione del divieto di analogia il frutto del concepimento al nono mese di gravidanza o ancora il frutto del concepimento durante il parto? E, in caso di risposta affermativa, lo è anche all'ottavo mese di gravidanza? O al settimo? O al sesto quando le *chances* di sopravvivenza al di fuori del grembo materno sono minime? Dove si deve fissare secondo il linguaggio comune la linea di demarcazione fra uomo in quanto possibile soggetto passivo di un omicidio e feto in quanto possibile soggetto passivo di un aborto?

A questo interrogativo autorevole dottrina risponde in modo del tutto condivisibile così: «il linguaggio comune non è chiamato a fornire la risposta circa l'applicabilità o non applicabilità della norma sull'omicidio a chi cagioni la morte di un 'feto' (o di un 'uomo') durante la gravidanza o durante il parto: il linguaggio comune deve solo garantire, per così dire, la 'copertura' della soluzione cui l'interprete sia *aliunde* pervenuto, attraverso l'intero armamentario dei suoi tradizionali strumenti esegetici»⁶⁹.

In altri termini, assume un'importanza secondaria la circostanza che un numero più o meno consistente di "parlanti" in una determinata "comunità linguistica" sia, in ipotesi, disposto a riconoscere la "qualità" di uomo ad un feto al nono mese di gravidanza ucciso nel ventre materno da un feroce assassino laddove un tale esito interpretativo sia escluso dal giudice in seguito, per esempio, ad una lettura sistematica delle disposizioni in tema di omicidio e di aborto⁷⁰: dopotutto «i limiti concettuali di ogni singola espressione *non sono mai conchiusi nel testo, ma sempre*

⁶⁸ Si tratta di problemi comuni anche alla prassi giudiziaria in altri Stati: cfr. F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 206, il quale getta un rapido sguardo alla giurisprudenza tedesca che, a titolo esemplificativo, ha ritenuto pacificamente sussistente l'aggravante dell'uso di armi nel getto di acido muriatico contro la vittima, ha qualificato banda un'associazione composta da solo due persone ecc., escludendo pacificamente in ognuno di questi casi qualsiasi contrasto col significato letterale della disposizione incriminatrice.

⁶⁹ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 228.

⁷⁰ È evidente infatti che le espressioni linguistiche non vanno mai isolate dal contesto sintattico e logico in cui esse sono inserite perché, anzi, proprio tale contesto consente usualmente di escludere a priori come irrilevante una serie di accezioni delle espressioni in questione con conseguente drastica riduzione dell'area di equivocità semantica del segno linguistico che viene in considerazione. Sull'interpretazione sistematica in ambito penale cfr. G.P. DEMURO, *L'interpretazione sistematica nel diritto penale*, cit., 1088 ss.

modificati dal contesto»⁷¹ nel senso che «la singola parola si riempie di significato anche in funzione della disposizione in cui è inserita e del sistema giuridico entro il quale si colloca»⁷².

Ciò che conta, invece, è che, ad esempio, la soluzione interpretativa che riconosce la qualità di possibile soggetto passivo del delitto di omicidio al feto durante il parto sia legittimata, sul piano del divieto costituzionale di analogia, almeno dalla possibilità di ricondurre quell'essere vivente al «concetto» di uomo secondo il giudizio di un «parlante medio»⁷³.

Insomma, «la funzione del raffronto con l'uso linguistico corrente è... meramente *negativa*: quella cioè, eventualmente, di *falsificare* una determinata interpretazione per la sua *incompatibilità* con il linguaggio comune. E ciò accade *soltanto* quando l'oggetto da definire ricada tra i *candidati negativi* del concetto, ossia quando la sua riconduzione al termine utilizzato dal legislatore sia senz'altro da *escludere* dal punto di vista del linguaggio comune: mentre, allorché l'oggetto da definire ricada tra i 'candidati neutri' del concetto, ossia allorché la riconduzione al termine in questione appaia dal punto di vista del linguaggio comune *possibile*, anche se non sicura, al 'parlante medio', l'interprete resterà libero di applicare la norma al caso di specie, senza timore di violare il divieto di analogia»⁷⁴.

La questione su cui si incentra tutto il problema è pertanto quella della distinzione fra i cosiddetti candidati negativi e i cosiddetti candidati neutri.

Infatti solo rispetto ai primi può ritenersi operante il divieto di analogia e tale distinzione dovrà essere operata dal giudice adottando quale parametro di riferimento il suo «personale senso della lingua»⁷⁵: solo l'assunzione di quel ruolo non di esperto di diritto ma di «parlante medio» potrà consentire allo stesso di compiere il giudizio – i cui esiti dovranno essere puntualmente motivati⁷⁶ – di compatibilità o di incompatibilità con il linguaggio comune dell'interpretazione a cui egli sia pervenuto per altra via e con altri strumenti. L'esame analitico di tutti i vari profili poc'anzi indicati

⁷¹ Così – con corsivo nostro – M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 710 nota 30.

⁷² Così G. CHECCACCI, Facebook *come un luogo pubblico: un caso di "analogia digitale"* in malam partem, in *Criminalia* 2014, 511, il quale osserva che «in un contesto come quello penalistico, ... caratterizzato da insopprimibili esigenze di garanzia, il fondamentale canone ermeneutico dell'interpretazione letterale può, in alcuni casi, non riuscire da solo a scongiurare il rischio di operazioni sostanzialmente analogiche»; sull'importanza del contesto legislativo e dunque del criterio sistematico cfr. anche C. FIORE, *Diritto penale*, Parte Generale, Volume primo, *Introduzione allo studio del diritto penale. La legge penale – Il reato*, Torino 1993, 76, nonché G. CARCATERRA, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 351-352.

⁷³ In questi termini si esprime F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 229.

⁷⁴ Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 228; in senso in buona sostanza analogo si rivela essere la distinzione operata da F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., il quale rappresenta il significato linguistico delle parole con l'immagine di tre cerchi concentrici (il primo, ovvero quello più interno, è costituito dall'area semantica in cui sono ricompresi i dati di realtà sicuramente denotati dal termine in questione; il secondo è quello in cui si trovano quei dati di realtà affetti da incertezza in quanto possono come no essere ricondotti all'area semantica del termine a seconda delle considerazioni teleologiche e valoriali di volta in volta prevalenti; il terzo è quello della certezza negativa, cioè dei dati di realtà che sicuramente non possono essere ricondotti nell'area semantica del termine in questione) e conclude nel senso che il fatto che «un margine di certezza *linguistica*, ancorché negativa, debba essere riconosciuto e imposto non solo dall'esistenza delle norme sul divieto d'analogia, che altrimenti dovrebbero essere considerate *tamquam non essent*, ma soprattutto ed ancor prima dal fatto che, se realmente non esistessero margini di certezza – positiva e negativa – il linguaggio risulterebbe inidoneo alla sua funzione naturale e istituzionale che è quella comunicativa». Giudica inappagante l'immagine icastica dei tre cerchi concentrici M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 203, secondo il quale tale immagine «ha un valore meramente ricognitivo, che non offre tuttavia alcuno strumento euristico funzionale al sindacato di legittimità per tutte le ipotesi che si collocano nella zona grigia, ovvero nel cerchio dell'incertezza semantica; se è innegabilmente vero che esiste un'area di certezza linguistica – che definisce in positivo e in negativo la tipicità di ciascuna fattispecie incriminatrice –, è altrettanto vero che si tratta di certezze molto limitate..., mentre tutti i casi "discutibili" si collocano nella sfera dell'incertezza».

⁷⁵ F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 229.

⁷⁶ Osserva a tal proposito F. VIGANÒ, *op. e loco ult. cit.*, che solo un'adeguata motivazione – che dovrà reggere al controllo delle istanze superiori di giudizio e dunque al metro della personale sensibilità linguistica di altri giudici al fine di ridurre i margini di opinabilità e di soggettività insiti nel giudizio del primo giudice – può evitare il fenomeno descritto da Hassemer come 'argomentazione per omissione' in materia di divieto di analogia.

rende chiaro che nella [sentenza n. 98 del 2021](#) si assiste ad una valorizzazione del divieto di analogia nel suo secondo “volto”, quello rivolto al giudice. Nonostante ciò, secondo un’opinione piuttosto diffusa tale “volto” del divieto in esame continua a costituire di fatto un argine non troppo robusto nei riguardi degli eventuali arbitrii del potere giudiziario per un duplice ordine di ragioni.

3.1. *La non sanzionabilità in sede di giudizio sulle leggi della lesione del divieto di analogia a sfavore del reo nel secondo “volto”.*

La prima ragione viene individuata nella circostanza che il divieto di analogia a sfavore del reo, oltre a costituire un *unicum* perché, come già detto, presenta un duplice “volto”, rappresenta un *unicum* anche perché nel suo secondo “volto” soffre di quello che è stato autorevolmente definito un «clamoroso paradosso che passa in genere sotto silenzio presso la dottrina italiana»⁷⁷. Si sostiene così che la Corte costituzionale non può avere l’occasione di sanzionare la lesione del divieto in esame perché manca «una norma espressa che contravvenga il divieto [di analogia] (che potrà essere violato semmai da singoli comportamenti interpretativi del giudice)»⁷⁸: la conseguenza che ne viene tratta è che il divieto di analogia in questo secondo “volto” assume, sì, «un significato politico-simbolico che risulta nel complesso (ancora) irrinunciabile», ma che si tratta pur sempre dell’unico principio costituzionale la cui lesione non appare «giustiziabile, di un’arma destinata a restare spuntata»⁷⁹. Ed effettivamente, mentre nel “volto” riferito al legislatore così come in precedenza delineato il divieto in esame può senz’altro costituire un parametro in sede di giudizio sulle leggi e anzi può consentire di annullare le leggi che contemplino fattispecie ad analogia esplicita, apparentemente non altrettanto sembra potersi sostenere in relazione al “volto” riferito al giudice⁸⁰: questo perché a vegliare su tale “volto” del divieto – al quale pure, come già detto, viene

⁷⁷ Così F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.* 19 dicembre 2016, 7, il quale osserva che rimane irrisolto nel nostro sistema il dubbio del *quis custodiet custodes* che è, invece, «superato in quegli ordinamenti – come quello tedesco – che ammettono un ricorso in ultima istanza del condannato alla Corte costituzionale per violazione del divieto di analogia da parte della giurisdizione penale comune».

⁷⁸ Così R. BIN, *sub art. 25*, in V. CRISAFULLI - L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990, 186.

⁷⁹ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli 2020, 413; sulla stessa lunghezza d’onda cfr. anche già V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in *Dir. pen. cont.* 17 gennaio 2018, 12 nota 54, il quale rileva il «“tradizionale” difetto di giustiziabilità del divieto di analogia, da sempre apparso come *lex imperfecta*». La stessa Massaro osserva che «quando la determinatezza fallisce... e l’esito è quello di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole, da cui derivi un ampliamento della sfera del penalmente rilevante o, comunque, un trattamento meno favorevole per il reo, non resta che affidarsi alla garanzia della irretroattività... Se... alla violazione, pur palese e “spudorata” del divieto di analogia non segue alcuna “sanzione” (a parte lo stigma impresso dalla dottrina) e se, soprattutto, l’estensione analogica si stabilizza all’interno dell’ordinamento, l’esigenza diviene almeno quella di “limitare i danni”, verificando se l’ordinamento disponga di meccanismi rimediali che consentano, almeno, di raggiungere questo obiettivo minimo» (A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 416-417). Sotto quest’ultimo profilo cfr. M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 370, nonché ID., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.* 2018, n. 4, 87, laddove l’A. osserva che «questo carattere frammentario del diritto penale, che impone il divieto di analogia *in malam partem* quale postulato costituzionale identitario di tutta la disciplina... non è superabile attraverso l’*escamotage* ermeneutico del divieto di retroattività: una interpretazione estensivo-analogica non diventa lecita se applicabile solo alle fattispecie future. È illecita in sé senza sanatorie, per violazione dell’articolo 25 cpv. Cost. e delle corrispondenti regole europee convenzionali».

⁸⁰ Se allora, come sostiene M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.* 2001, V, 35, i principi costituzionali in materia penale sono distinguibili in principi che vedono riconoscere la propria giustiziabilità in decisioni di accoglimento (quali il principio di legalità, quello di irretroattività delle disposizioni incriminatrici, quello di determinatezza, quello di colpevolezza ecc...), in principi in riferimento ai quali i margini di discrezionalità politica sono così ampi da risultare normalmente non sindacabili da parte della Corte costituzionale o al massimo censurabili solo nei limiti del più generale criterio di ragionevolezza (quali i principi di sussidiarietà, di frammentarietà, di laicità, di effettività, di materialità ecc...) ed

da tutti riconosciuto un rango costituzionale – è soltanto la giurisprudenza comune “nelle vesti” della Corte di Cassazione la cui attività ermeneutica paradossalmente si vorrebbe però limitata proprio da quel “volto” del divieto⁸¹.

Sulla base di quanto appena osservato si potrebbe a ragion veduta ritenere che nasca quella che è stata definita la «ragionevole presunzione da parte dei giudici ordinari di avere piena e indiscutibile signoria giuridica nel definire l'estensione di significato del testo legislativo»⁸²: infatti il Tribunale di Torre Annunziata, ovvero il giudice *a quo* nel processo costituzionale conclusosi con la [sentenza n. 98 del 2021](#), non si è minimamente posto il problema della legittimità costituzionale dell'opzione interpretativa prescelta *sub specie* di violazione del divieto di analogia a sfavore del reo.

Vediamo però di approfondire quanto sopra rilevato nel tentativo di dimostrare che in realtà sussistono dei margini di intervento della Corte costituzionale in grado di sanzionare l'assodata lesione del divieto di analogia nel suo secondo “volto”.

Si ponga l'ipotesi che un giudice di merito ritenga di dover applicare una disposizione penale nel significato da essa assunto sulla base della formazione di un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁸³: il particolare riferimento riguarda quello creatosi in seno alle Sezioni Unite⁸⁴.

infine in principi a metà strada fra gli uni e gli altri qual è il classico caso del principio di offensività (cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.* 2021, n. 1, 197-242), il secondo “volto” del principio costituzionale del divieto di analogia a sfavore del reo non sembra inseribile in nessuna di queste tre categorie di principi se si parte dal presupposto che la sua violazione non è in alcun modo giustiziabile in sede di giudizio sulle leggi.

⁸¹ Il ragionamento assumerebbe contorni totalmente differenti qualora fosse accolta la proposta di istituire una qualche forma di ricorso diretto alla Corte costituzionale mediante il quale, senza passare dalla previa deliberazione del giudice, si possa eccepire l'incostituzionalità di una specifica opzione interpretativa e dunque anche la sua eventuale analogicità: sulla proposta cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., il quale mette in guardia dalla circostanza che la Corte – a proposta accolta – sarebbe molto probabilmente inondata da una grande massa di ricorsi diretti e presumibilmente si trasformerebbe di fatto in un organo di quarta istanza giurisdizionale. Diverse le proposte di G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.* 1988, V, 489, secondo il quale dovrebbe essere previsto il ricorso ad un particolare organo giudicante che «il cittadino dovrebbe essere facultato ad investire senza dover attendere la mediazione di giudizi intermedi, affinché la questione di “legalità” della incriminazione possa essere decisa, una volta per sempre, sin dal sorgere del processo, e nel momento stesso in cui la contestazione venga formulata, prima ancora che siano compiuti gli accertamenti istruttori rivolti alla verifica della sussistenza concreta del fatto e della possibilità di attribuirne la commissione all'imputato. Una sorta, dunque, di pregiudiziale di rilevanza costituzionale, da sottoporre ad un organo non “condizionato” dalla cognizione dei termini fattuali della vicenda, ed in grado, dunque, di valutare con totale ed assoluta obiettività, senza interferenze motivazionali di alcun genere, i termini della questione», nonché di A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes? La necessità di un meccanismo di controllo dell'interpretazione della legge penale*, in R. ACQUAROLI - E. FRONZA - A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, cit., 302-303, il quale, dopo aver escluso la possibilità di ricorrere alla Corte di Strasburgo di fronte a violazioni del divieto di analogia da parte della giurisprudenza di legittimità atteso che la Corte EDU non ha compiti interpretativi del diritto dei singoli Stati, avanza la soluzione di creare un organismo di *amparo* a cui il cittadino possa ricorrere contro le pronunce della Cassazione al solo fine di verificare la plausibilità dell'interpretazione di quest'ultima, ovvero l'eventuale analogicità dell'operazione ermeneutica compiuta, e di rendere inefficace tale operazione analogica qualora assodata.

⁸² Così M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 201, il quale discorre di una vera e propria consapevolezza – per quanto al limite possa essere inconscia – da parte dei giudici comuni dell'assenza di un reale sindacato costituzionale sull'attività interpretativa.

⁸³ Come osserva A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes?*, cit., 299, se un giudice opera analogicamente “creando” una nuova norma ma il suo *dictum* non ha efficacia vincolante su altri giudici, questi ultimi potranno «tranquillamente ricondurre l'applicazione di quella norma al suo normale e fisiologico ambito interpretativo, e dunque quella “nuova norma” – determinata dall'indebito ampliamento interpretativo della norma scritta – non avrà né forza legislativa né para-legislativa».

⁸⁴ È stato osservato che a seguito dell'introduzione dell'art. 618, comma 1 *bis* cod. proc. pen., secondo cui “se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso”, i *dicta* delle Sezioni Unite «divengono inattuabili dalle Sezioni semplici, che, se ritengono di dipartirsi da un precedente delle Sezioni Unite, devono chiamare ad una nuova decisione le stesse Sezioni Unite»: così A. CADOPPI, *Quis custodiet ipsos custodes*, cit., 298; ridimensiona in parte, invece, il vincolo del

Nessun problema si pone qualora il giudice, convinto che tale orientamento consolidato non è il frutto di un'operazione analogica, possa fare applicazione della disposizione penale nel significato da essa assunto secondo il diritto vivente⁸⁵.

Qualora invece il giudice di merito si convincesse che l'opzione interpretativa in cui si concreta il diritto vivente è realmente analogica, allora non avrebbe altra strada da percorrere se non quella di investire la Corte della questione di costituzionalità del diritto vivente in considerazione del fatto che questo si pone in violazione del divieto di analogia⁸⁶.

La possibilità per la Corte di entrare nel merito di una simile questione di legittimità costituzionale è però ancora tutta da dimostrare.

Meglio ancora, questo molto probabilmente avverrebbe se nel nostro ordinamento vigesse il principio dello *stare decisis*: in quel caso infatti il giudice non potrebbe discostarsi dall'applicazione della disposizione penale nell'orientamento consolidatosi presso la Corte di Cassazione⁸⁷.

Questo principio non trova, però, formale cittadinanza nell'ordinamento italiano, che invece consacra il principio di soggezione del giudice alla sola legge ai sensi dell'art. 101, comma 2 Cost.⁸⁸.

precedente proveniente dalle Sezioni Unite ai sensi della disposizione codicistica sopra citata G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.* 29 gennaio 2018, 15 ss.

⁸⁵ È chiaro che il giudice potrebbe anche errare nella sua valutazione e che pertanto quell'orientamento consolidato in realtà potrebbe essere il risultato di un'operazione analogica: in questo caso l'ordinamento non contempla in effetti alcun rimedio a tale valutazione sbagliata. Ma, dopotutto, questo ragionamento è passibile di essere svolto in riferimento a qualunque legge: se il giudice erroneamente ritiene che la questione di costituzionalità della legge, della quale deve fare applicazione nel giudizio e che è assunta nell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, non può essere sollevata perché non sussiste il requisito della non manifesta infondatezza, l'ordinamento non predispone alcun rimedio alla decisione del giudice di non sollevare la *quaestio* e di applicare, invece, nel giudizio quella legge nell'indirizzo consolidato.

⁸⁶ Quanto appena sopra nel testo significato esplica validità anche nel "rapporto" che si viene ad instaurare fra Sezioni semplici della Corte di Cassazione e Sezioni Unite: infatti, come ha bene chiarito la Corte costituzionale, "l'obbligo per una sezione semplice della Corte di cassazione di astenersi dal decidere in contrasto con il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite attiene al piano dell'interpretazione della legge, non a quello della verifica della compatibilità della legge (così come interpretata dalle Sezioni unite) con la Costituzione; verifica, questa, che l'ordinamento italiano affida a ogni autorità giurisdizionale durante qualsiasi giudizio, consentendo a tale autorità di promuovere direttamente questione di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte, senza dover sollecitare allo scopo altra istanza superiore di giudizio" ([sent. n. 33 del 2021](#)).

⁸⁷ A giudizio di F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss., forse un'ipotesi in qualche modo vicina a quella dello *stare decisis* potrebbe essere individuata nel caso in cui l'interpretazione analogica fosse avallata dalle Sezioni Unite e la Sezione semplice, che avesse inteso discostarsene, avesse ricevuto un diniego dal Collegio riunito e chiamato a decidere ai sensi dell'art. 618, comma 1-bis cod. proc. pen.: in questo caso si potrebbe immaginare la possibilità di invocare l'intervento risolutivo della Corte costituzionale vertendosi in materia costituzionalmente molto sensibile anche se – si affretta a precisare l'A. – dal punto di vista strettamente giuridico nemmeno in questo caso sussisterebbe l'obbligo per la Sezione remittente di uniformarsi alla ribadita soluzione delle Sezioni Unite. Sul punto vedasi comunque la nota appena precedente.

⁸⁸ Come ha chiaramente specificato il Giudice della leggi nella famosa [sent. n. 230 del 2012](#), "l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite 'aspira' indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma... si tratta di connotati solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente 'persuasivo'". Nonostante ciò, è opportuno ricordare come alcuni commentatori ritengano che il diritto vivente "conforma" il diritto in ogni disciplina ivi comprese quelle soggette ad uno stretto principio di legalità come il diritto penale: cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 135-136, secondo i quali «la continuità della giurisprudenza è così tanto importante che... anche là dove non esistano "dottrine" dello *stare decisis*... è pur sempre riconosciuto nell'esperienza concreta... un grande valore, se non un valore vincolante», nonché da ultimo in tal senso F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#) 19 gennaio 2021, 18, secondo il quale «il principio di parità di trattamento di fronte alla legge (art. 3 Cost.) e l'esigenza di assicurare un'efficace funzione orientativa della condotta dei consociati... esigono... l'opportunità di rifuggire da letture dell'art. 101, secondo comma, Cost. che immaginino il giudice *solo* di fronte alla legge, del tutto libero di interpretarla a prescindere da come la legge sia stata, in passato, interpretata da altri giudici».

Di conseguenza, la Corte, investita di quella questione di costituzionalità, potrebbe dichiararla inammissibile sulla base del presupposto che il dubbio di legittimità si risolve in realtà in un dubbio sanabile dal giudice direttamente e autonomamente in via interpretativa.

In altri termini, l'inammissibilità sarebbe motivata sul postulato che il giudice comune, lungi dal dover necessariamente applicare la disposizione nell'opzione interpretativa assurta a diritto vivente, ben avrebbe potuto "azionare" il basilare dovere interpretativo volto a ricercare un altro significato normativo della disposizione incriminatrice sia pure sempre dentro i confini del testo legale⁸⁹.

Certo non v'è dubbio che, qualora il giudice di merito si accostasse ad una lettura interpretativa diversa dal diritto vivente ritenuto analogico, tale lettura interpretativa sarebbe destinata ad essere "cassata" ad opera delle giurisdizioni superiori ed in particolare della Corte di Cassazione, che a sua volta farebbe presumibilmente valere il proprio orientamento interpretativo, ovvero quello consolidato⁹⁰.

Proprio al fine di evitare questo epilogo il Giudice delle leggi potrebbe allargare il filtro dell'ammissibilità della questione di costituzionalità⁹¹ e valorizzare quell'indirizzo espresso in sede di giurisprudenza costituzionale in virtù del quale in presenza di un diritto vivente il giudice può, sì, non uniformarsi e seguire una diversa soluzione interpretativa, ma è libero anche di assumere l'interpretazione assurta a diritto vivente e di richiederne il vaglio di compatibilità con i parametri costituzionali⁹²: dopotutto la recente [sentenza n. 32 del 2020](#) – relativa all'estensione del principio di irretroattività all'Ordinamento penitenziario ogniqualvolta la novazione normativa manifesti ricadute gravose sulle quote di libertà concretamente incise in fase esecutiva⁹³ – è la prova concreta del fatto che la Corte utilizza la tecnica dell'interpretativa di accoglimento al fine di annullare la norma risultante dal diritto vivente la cui incostituzionalità sia appurata⁹⁴.

Anzi, a giudicare dalla più recente giurisprudenza costituzionale a nostro avviso questa ultima osservazione non perde validità anche in presenza non di un diritto vivente, bensì di un diritto che

⁸⁹ Nota a questo proposito M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile*, cit., 452 e ivi nota 38, che sono frequenti le decisioni di inammissibilità fondate su un utilizzo improprio del giudizio incidentale di costituzionalità atteso che il giudice *a quo* ha, attraverso la *quaestio*, cercato solo un avallo interpretativo da parte della Corte costituzionale.

⁹⁰ Ben rileva a questo proposito G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2016, 2002, quanto segue: «io voglio soffermarmi ora su disposizioni che il diritto vivente applica analogicamente, punendo oltre il testo. Che può fare il piccolo giudice che dissenta da questo diritto vivente? Ritornare al testo, assolvere, ad esempio: salverà la sua coscienza, come fece il marchese di Cardigan per l'onore della sua brigata leggera, ma la disfatta interverrà nei giudizi di impugnazione, attivabili ormai senza limiti dall'onnipotente organo dell'accusa. Invece delle cannonate russe gli si rovesceranno addosso i rosari di *ex plurimis* del diritto vivente».

⁹¹ Discorre di ulteriore attenuazione del suo rigore in punto di inammissibilità da parte della Corte costituzionale F. PALAZZO, *Costituzione e divieto d'analogia*, cit., 1218 ss.

⁹² Quale emblema di tale indirizzo della giurisprudenza costituzionale cfr., ad esempio, la [sent. n. 12 del 2020](#); in dottrina per altri riferimenti sul suddetto indirizzo giurisprudenziale cfr., *inter alios*, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, 181-182.

⁹³ Nel caso della [sent. n. 32 del 2020](#) peraltro la Corte nel censurare l'indirizzo ermeneutico assunto a diritto vivente ha censurato il mancato intervento del legislatore diretto ad escludere espressamente la retroattività delle modifiche *in peius*: su questo specifico profilo cfr. in senso adesivo alla soluzione adottata dalla Corte A. PUGIOTTO, *Divieto di retroattività penale, ma non solo: i tanti profili d'interesse della sentenza n. 32/2020*, in *Quad. cost.* 2020, n. 2, 397-398, il quale osserva che la Corte ha il compito di rimuovere dall'ordinamento la norma vivente illegittima che riempie un vuoto legislativo e che «velleitaria, in tali condizioni, sarebbe stata un'interpretativa di rigetto priva di effetti *erga omnes*»; in senso critico verso la soluzione adottata dalla Corte cfr., invece, A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in peius in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giur. cost.* 2020, 271, secondo il quale «per effetto del soverchio valore normativo attribuito al 'diritto vivente', il vaglio di costituzionalità è stato operato *come se* la disposizione in esame prevedesse espressamente la propria applicabilità ai condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019».

⁹⁴ Del resto, come nota M. SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.* 2014, 2630, i giudici costituzionali non detengono il potere di imporre alla Cassazione vincoli interpretativi o limiti esegetici ma questo soltanto al di fuori di una pronuncia di accoglimento ivi compresa quella interpretativa. Che questo sia però solo parzialmente vero è da noi sostenuto poco oltre sopra nel testo a cui si rinvia.

potrebbe essere definito quasi vivente, che consista in una singola sentenza della Corte di Cassazione⁹⁵.

Pur assumendo infatti il difetto di un vero e proprio diritto vivente ma l'esistenza di una sola pronuncia del giudice della nomofilachia in ordine all'interpretazione di una certa disposizione incriminatrice, è la stessa Corte costituzionale a mettere in guardia dalla circostanza che un'eventuale pronuncia di dissenso in merito a quell'interpretazione da parte del giudice che deve decidere un caso dovendo fare applicazione di quella disposizione lo esporrebbe ad un'assai probabile riforma della propria decisione.

Più in particolare, i giudici costituzionali sostengono che, qualora, in una situazione quale quella appena descritta, non sollevasse la questione di costituzionalità, il giudice dovrebbe adeguarsi ad un'interpretazione che non condivide oppure assumere una pronuncia in contrasto che sarebbe però, se impugnata, presumibilmente destinata ad essere riformata: di conseguenza, l'unica possibilità di evitare che continui ad essere applicata una disposizione assunta come costituzionalmente illegittima è la sollevazione della questione di costituzionalità⁹⁶.

Insomma, nell'ipotesi considerata la questione proposta non si risolve nella mera ricerca di un avallo interpretativo da parte del Giudice delle leggi perché la soluzione prescelta dal giudice, ovvero quella di ritenere l'interpretazione data dalla Corte di Cassazione non altrimenti superabile, non lascia spazio all'adozione di altre opzioni atteso che tutte verrebbero comunque a scontrarsi con quella seguita dal giudice di ultimo grado⁹⁷.

Non è un caso se è stato sostenuto che, investita della questione di costituzionalità del diritto vivente – e, si potrebbe aggiungere sulla base di quanto appena ricordato, anche del diritto quasi vivente – supposto in contrasto con il divieto di analogia a sfavore del reo, la Corte costituzionale potrebbe e, anzi, dovrebbe controllare il corretto e il convincente utilizzo dei criteri interpretativi al fine di appurare se una soluzione ermeneutica “incerta” sia davvero riconducibile al preteso significato letterale secondo il linguaggio comune della disposizione penale.

Più in particolare, si sostiene che i giudici costituzionali non sono certamente i «depositari del contenuto normativo ipostatizzato nella lettera della legge», ma che, «se determinate evoluzioni di significato... sono ragionevolmente percepibili dalla collettività e ricavabili anche dalla giurisprudenza ordinaria, altre evoluzioni, più discutibili e dunque problematiche, possono e devono meritare un giudizio *super parte*... rispetto alle opzioni ermeneutiche in gioco»⁹⁸.

In questo modo si verificherebbe, a nostro avviso, un sensibile avvicinamento dell'ordinamento italiano all'ordinamento tedesco laddove la violazione del decalogo dei criteri interpretativi determina una censura di costituzionalità attraverso la sanzione, in sede di giudizio di

⁹⁵ In senso critico sul ruolo che la Consulta sembra attribuire nella sua più recente giurisprudenza al diritto quasi vivente cfr. M. PIAZZA, *Il computo del servizio reso in missioni O.N.U., a confronto con quello relativo alle campagne di guerra in senso stretto. È davvero impossibile un'equiparazione, quando i rischi sono del tutto analoghi?*, in *Giur. cost.* 2016, 2167-2168 e *ivi* nota 7, il quale in relazione alla [sent. n. 240 del 2016](#) (su cui vedasi la nota successiva e il testo sopra) osserva da un lato che si deve attribuire un peso maggiore al “grado” dell'organo giurisdizionale che emette la sentenza più che al “grado” di adesione ad una certa scelta ermeneutica e dall'altro lato che, poiché nella circostanza veniva in considerazione una singola decisione del Consiglio di Stato nemmeno assunta in Adunanza plenaria, l'impressione che se ne potrebbe trarre è che la Consulta abbia voluto fornire un *surplus* di legittimazione all'orientamento adottato dal Consiglio di Stato.

⁹⁶ È molto chiara in tal senso la [sent. n. 240 del 2016](#) (punto 6 del cons. in dir.).

⁹⁷ Appare emblematica a questo proposito, da ultima, la [sent. n. 1 del 2021](#) (punto 2.1 del cons. in dir.).

⁹⁸ Le ultime due citazioni sono tratte da M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., 211, il quale muove dall'assunto secondo il quale il diritto vivente di fonte giurisprudenziale non è un'«entità giuridica indiscutibile nella sua genesi, la cui validità può essere scrutinata rispetto a tutti i vincoli costituzionali, ma non rispetto alla legalità penale/tassatività, il cui rispetto dovrebbe essere presunto in via assoluta dalla teorica derivazione della “norma” da una “legge”» (p. 205).

Ad una conclusione analoga sia pure sulla base di una motivazione differente addiviene A. MANNA, *Corso di diritto penale*, Parte Generale, I, Padova 2007, 72, secondo il quale laddove il giudice operasse analogicamente travalicando i limiti della disposizione penale l'unico rimedio a livello costituzionale sarebbe quello di sollevare questione di costituzionalità della disposizione in questione per contrasto col principio di legalità *sub specie* di tassatività perché il giudice penale, mediante l'analogia, avrebbe evidentemente usurpato un potere riservato al legislatore.

costituzionalità ad opera del *Bundesverfassungsgericht*, del cosiddetto illecito interpretativo commesso dai giudici ordinari⁹⁹. La soluzione così prospettata senz'altro affascina anche se si presta a qualche "inconveniente". Qualora la Corte adottasse una sentenza interpretativa di accoglimento con cui elimina dall'ordinamento il diritto vivente valutato come il risultato di un procedimento analogico, non tutti i problemi potrebbero dirsi infatti risolti.

Se dopo aver dichiarato incostituzionale il diritto vivente a quel punto indicasse anche l'interpretazione corretta, ovvero quella conforme a Costituzione in quanto non analogica, la Corte in buona sostanza non farebbe altro che usurpare un potere che per Costituzione compete ad altro organo¹⁰⁰.

Se, invece, dopo aver dichiarato incostituzionale il diritto vivente non offrisse al contempo indicazioni in merito all'interpretazione corretta in quanto conforme a Costituzione, la Corte non usurperebbe certamente poteri che non le spettano, ma la decisione emessa avrebbe una scarsa efficacia pratica.

Questo si sostiene perché in assenza di indicazioni precise da parte del Giudice delle leggi la giurisprudenza – ivi compresa quella di legittimità – sarebbe, come non a caso insegna l'esperienza tedesca¹⁰¹, molto probabilmente indotta a «minimizzare la portata della decisione della Corte costituzionale»¹⁰²: in teoria nulla infatti vieterebbe ai giudici comuni ed in particolare alla Cassazione di trarre dalla disposizione una norma che, pur essendo diversa dal diritto vivente dichiarato incostituzionale in quanto valutato come analogico, è però ugualmente la risultante di un procedimento analogico.

Tuttavia questo "inconveniente" non sembra insuperabile.

Infatti la "nuova" norma tratta dalla disposizione potrebbe essere portata anch'essa al vaglio della Corte costituzionale dal giudice che si trovasse a doverla applicare: questo si sostiene in quanto anche tale norma è frutto, come quella "vecchia" già annullata, di un'operazione di tipo analogico.

3.2. La problematica distinzione fra l'interpretazione estensiva e l'analogia a sfavore del reo nel secondo "volto".

La seconda ragione che induce una *communis opinio* dottrinale ad osservare come il secondo "volto" del divieto di analogia a sfavore del reo continui a costituire in pratica un argine piuttosto debole nei riguardi degli eventuali arbitrii del potere giudiziario è individuata nel non sempre certo *discrimen* fra interpretazione estensiva, da qualche autore definita come analogia interna, ed analogia¹⁰³, qualificata da taluno quale analogia esterna per distinguerla dall'altra¹⁰⁴.

⁹⁹ Per maggiori ragguagli sulla giurisprudenza del *BverfGE* in materia cfr. A. NISCO, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.* (web) 21 novembre 2017, 28 ss., partic. 31.

¹⁰⁰ ... senza contare che molto probabilmente la pronuncia non sarebbe nemmeno in grado di vincolare, attraverso l'indicazione dell'interpretazione corretta in quanto non analogica, i giudici comuni se è vero che «nessun'altra autorità che non sia quella puramente di fatto che è propria dei meri precedenti giurisprudenziali può avere, rispetto agli altri giudizi (costituzionali e comuni), in cui venga in questione il testo legislativo di cui trattasi, l'interpretazione... data dalla Corte a quel testo»: così M. PORZIO, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Roma 1966, 16-17.

¹⁰¹ Sul punto per maggiori approfondimenti vedansi l'Autore e l'opera indicati nella nota appena successiva.

¹⁰² Così F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale*, cit., 188, secondo il quale «le... chances di determinare una reale modificazione del "diritto vivente", nel senso di una riduzione dell'area del penalmente rilevante, appaiono complessivamente ridotte».

¹⁰³ È appena il caso di ricordare che l'analogia va distinta non solo – come diremo poco oltre sopra nel testo – dall'interpretazione estensiva, ma anche dall'interpretazione additiva: quest'ultima si ha, ad esempio, nel caso famoso della violazione di domicilio che come reato si concreta solo se c'è una volontà contraria – espressa o tacita – di chi ha il diritto di escludere altri dal domicilio ed una precisa condotta – l'introduzione nell'altrui domicilio – dell'autore del reato. Orbene la giurisprudenza ha creato la fattispecie della violazione di domicilio per dissenso presunto affermando

Benché soprattutto in passato nel campo penale alcuni commentatori abbiano negato ogni differenza concettuale fra interpretazione estensiva ed analogia sulla base dell'osservazione che si tratta di una distinzione «creata artificiosamente»¹⁰⁵, attualmente pressoché la quasi totalità della dottrina ritiene che la distinzione fra le due «resta salva e doverosa»¹⁰⁶. Dalla distinzione in esame discendono conseguenze degne di rilievo: risulta infatti del tutto minoritaria la tesi secondo cui tanto l'interpretazione estensiva quanto l'analogia, pur se concettualmente non equiparabili, devono però essere considerate entrambe vietate nel settore penale. Questa tesi è sostenuta sulla base del seguente argomento: poiché l'art. 1 cod. pen. stabilisce che nessuno può essere punito per un fatto che non sia qualificato *espressamente* come reato dalla legge, questo implicherebbe orientare gli interpreti verso quell'interpretazione – cosiddetta restrittiva – che restringe il significato di una disposizione penale rispetto al senso ordinario delle parole¹⁰⁷. In altri termini, le disposizioni incriminatrici dovrebbero essere ritenute, propriamente, norme “eccezionali”, ovvero «da interpretarsi dunque in senso strettamente “letterale”»¹⁰⁸: ne conseguirebbe, in conclusione, che, se il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione alla regola costituita dal primato della libertà, diviene difficile giustificare la “dilatazione interpretativa” dell'intervento punitivo perché il risultato a cui conducono sia l'analogia sia l'interpretazione estensiva consiste «nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal singolo tipo normativo»¹⁰⁹.

che ricorre il reato tutte le volte in cui è possibile ritenere ragionevolmente che il soggetto avrebbe dissentito se avesse conosciuto gli scopi per il cui perseguimento l'autore si è introdotto nel domicilio. Qui, oltre a non esserci interpretazione – perché i giudici prescindono dall'utilizzo di ogni tipo di argomentazione letterale, sistematica, teleologica ecc... –, non c'è neppure analogia perché i giudici non ragionano argomentando per similitudine, ma aggiungono un elemento ulteriore alla fattispecie normativa ampliandone il campo d'applicazione. In tema cfr. G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, cit., 66 ss., secondo il quale «l'interpretazione additiva non solo è infedele, nel senso che non rispetta il principio di legalità ed il divieto di analogia; non solo, ancora, è pericolosa, anche là dove sia animata dalle migliori intenzioni, perché rischia di sovrapporre agli obiettivi di politica criminale individuati dall'organo legislativo le scelte di una politica giudiziaria che, al limite, può risultare perfino alternativa rispetto a quella del legislatore; ma è, soprattutto, dannosa per l'impiego, cui inevitabilmente conduce, di sanzioni inadeguate o per difetto o per eccesso, rispetto alla valutazione che dal punto di vista sociale può essere fatta delle situazioni che vengono ad essere criminalizzate, attraverso la creazione, per via interpretativa, delle nuove fattispecie» (pp. 72-73).

¹⁰⁴ La terminologia è impiegata da O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 276 [«l'analogia vietata... è... quella che gioca fuori dell'area semantica delle parole (potremmo chiamarla *analogia esterna alla fattispecie*). Consentita è invece l'analogia *interna* (alla fattispecie): l'analogia che gioca dal di dentro...»] e, fra i contributi più recenti, da L. BARILE, *Appropriazione indebita di file informatiche: tra interpretazione estensiva e divieto di analogia il diritto penale è 'cosa mobile'*. Nota a Cass., Sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, Pres. Cammino, Rel. Di Paola, in *Sistema Penale* 19 marzo 2021, 144-145.

¹⁰⁵ Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 145-146. In tema cfr. anche A. ROSS, *On Law and Justice*, London 1958, traduz. it. di G. Gavazzi, *Diritto e Giustizia*, Torino 1965, 141, a detta del quale «interpretazione estensiva (od analogia) si ha quando considerazioni pragmatiche conducono all'applicazione della norma a situazioni che, alla luce del significato linguistico naturale, cadrebbero sicuramente fuori dal suo campo di riferimento» (con corsivo nostro); sulla stessa lunghezza d'onda cfr. altresì E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano 1971, 277 ss.

¹⁰⁶ Così G. VASSALLI, *Analogia nel sistema penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 160.

¹⁰⁷ Cfr. R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale - Art. 10-15*, Bologna-Roma 1974, 295, 298 e 300-301; R. GUASTINI, *Interpretazione. I) Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXVII, Roma 1989, 7.

¹⁰⁸ Così M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen.* (web) 22 febbraio 2017, 19, secondo il quale, qualora si optasse per un'interpretazione restrittiva dei diritti di libertà, «alla fine – anche cioè ritenendo che l'interpretazione abbia natura meramente “ricognitiva” (= “riconoscitiva”) del significato della legge – lo stesso “confine” tra il “lecito” e l’“illecito” penale... sarebbe comunque rimesso, già a monte, al potere “interpretativo” del giudice, ossia, in sostanza, al suo assoluto “arbitrio”».

¹⁰⁹ Così N. MAZZACUVA, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 367. Sulla stessa lunghezza d'onda cfr. anche V. VELLUZZI, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 378, il quale sostiene che, «se si intende la legalità penale in senso stretto o strettissimo, la norma di chiusura del microsistema penale per cui (si perdoni la semplificazione) “tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito” andrebbe integrata con le seguenti parole: “in caso di dubbio se un comportamento sia riconducibile ai significati possibili, bisogna preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento”. La legalità penale così configurata funge da criterio meta-interpretativo per

La tesi in questione si fonda sul postulato secondo cui, tanto quanto il procedimento analogico, anche l'interpretazione estensiva si allontana da quel criterio che fra le diverse interpretazioni possibili impone di scegliere quella più rispettosa del diritto penale come *extrema ratio*¹¹⁰.

Si tratta di quel criterio antichissimo¹¹¹ che la dottrina e la giurisprudenza statunitensi conoscono sotto il nome di *rule of lenity*: quest'ultima altro non è che la regola ermeneutica che «esprime la ricaduta esegetica del principio assiologico del *favor rei*»¹¹² atteso che in base ad essa l'ambiguità della disposizione non deve mai condurre a risultati interpretativi sfavorevoli per il cittadino¹¹³.

In realtà, la stragrande maggioranza dei commentatori demolisce proprio tale postulato e continua pertanto a ritenere che l'interpretazione estensiva, al contrario dell'analogia, sia ammissibile nel campo penale: è questo l'orientamento anche della giurisprudenza con particolare riferimento sia a quella di legittimità¹¹⁴ sia a quella della Corte costituzionale¹¹⁵.

Si sostiene così che «il *favor rei* è un criterio di valutazione delle prove, non un criterio d'interpretazione»¹¹⁶: insomma, il criterio dell'*extrema ratio* può assurgere a criterio guida dell'attività legislativa nella misura in cui preclude criminalizzazioni sproporzionate rispetto al contenuto offensivo della condotta o non sufficientemente giustificate sul piano dell'utilità, ma nel

risolvere le questioni interpretative dubbie, ovvero le questioni sul se un certo esito sia interpretativo o non lo sia. Anche da non periti del diritto penale l'adozione della prospettiva della legalità penale in senso stretto o strettissimo pare in sintonia con il dato normativo vigente (in particolare con l'art. 1 c.p. e 25, comma 2, cost.); M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 713, il quale rileva che l'obbligo dell'interpretazione restrittiva costituisce «il giusto e coerente completamento, sul piano dell'interpretazione del diritto, del principio che, sul piano dell'interpretazione del fatto, suona nei termini antichi per cui il giudice deve risolversi, nei casi dubbii, a favore del reo (“*in dubio pro reo*”) ovvero, più modernamente, deve poter affermare la responsabilità dell'imputato soltanto quando essa sia provata oltre ogni ragionevole dubbio»; fra gli ultimi A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., 413-414, nonché G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma 2020, 71.

¹¹⁰ Cfr. in tal senso G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 89 e 105, i quali sostengono il proprio pensiero alla luce dei principi di sussidiarietà, di meritevolezza di pena e di frammentarietà e precisano altresì che l'interpretazione estensiva «quale interpretazione “teleologicamente” orientata... nel porre in relazione un comportamento con il significato di una norma procede per somiglianze, parziali concordanze e discordanze, onde è sempre latente il rischio di ricadere in un giudizio analogico mascherato». Gli Autori ribadiscono il concetto più recentemente in *Diritto penale*, Parte Generale, Bologna 2019, 122-123.

¹¹¹ Come osserva A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton (NJ) 1997, 29, «the rule of lenity is almost as old as the common law itself, so I suppose that is validated by sheer antiquity»; anche Justice Clarence Thomas nella sua *concurring opinion* in *Johnson v. United States*, 135 S. Ct. 2551, 2567 (2015), può osservare che “this rule of construction – better known today as the rule of lenity – first emerged in 16th century England”.

¹¹² Così F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in [Sistema Penale](#) 10 aprile 2020, 39.

¹¹³ Per approfondimenti sulla *rule of lenity* cfr. A. SCALIA - B. GARNER, *Reading Law: the Interpretation of Legal Texts*, St. Paul (Minn.) 2012, 296-302; A.R. GLUCK - R.A. POSNER, *Statutory Interpretation on the Bench: A Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeals*, in *Harvard Law Rev.* (vol. 131) 2018, 1298 ss., partic. 1300 ss.

¹¹⁴ Sull'ammissibilità ed anzi sulla doverosità della distinzione fra interpretazione estensiva – consentita – e analogia – vietata – nella giurisprudenza di legittimità cfr. limpidamente, fra le tante, Cass. pen., Sez. II, sent. 29 marzo 2019, n. 13795, nonché Cass. pen., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959 e Cass., Sez. Un. pen., 17 marzo 2021, n. 10831.

¹¹⁵ Cfr. le [sentt. n. 27 del 1961](#) e [n. 79 del 1982](#) in cui si trova scritto che “spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria o all'uso di espressioni meramente indicative... In taluni casi le norme si avvalgono anche di indicazioni estensive..., in altri di indicazioni esemplificative, più o meno numerose. E in siffatte evenienze è compito dell'interprete attuare il procedimento ordinario di interpretazione anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione” (con corsivo nostro).

¹¹⁶ Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, 167-168, secondo il quale «che senso avrebbe il vincolare l'interprete all'alternativa ermeneutica più restrittiva, quando la volontà storica del legislatore, o la *ratio legis*, o ragioni di coerenza sistematica o teleologica suggerirebbero di attribuire alla fattispecie un ambito più ampio, pur sempre compatibile con il linguaggio legislativo?»: l'A. conclude nel senso che «divieti pertinenti al momento interpretativo sono una ricorrente tentazione di legislatori, preoccupati di salvaguardare il proprio lavoro dalla *verbositas* e dalle *contrariae sententiae* dei commentatori. Si tratta di un'illusione, sempre fallita e destinata a fallire». In senso conforme cfr., più di recente, F. VIGANÒ, *L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum per giudici e avvocati penalisti*, in *Dir. pen. cont.* (Riv. trim.) 14 febbraio 2014, 175.

momento dell'interpretazione quel criterio non è in grado di svolgere un ruolo realmente euristico dei significati normativi¹¹⁷.

Addirittura i sostenitori dell'interpretazione estensiva rilevano come essa debba essere ritenuta non solo legittima ed in taluni casi forse «doverosa»¹¹⁸, ma anche utile al fine di rispondere rapidamente al mutare delle circostanze sociali, economiche e tecnologiche in cui operano individui ed organizzazioni: questo sostengono sia per l'impossibilità di prevedere gli sviluppi di certe situazioni o tecnologie, sia anche perché a causa di semplici sviste il legislatore non sempre riesce ad indicare espressamente tutte le condotte a cui associa un disvalore sociale e una legittima sanzione penale¹¹⁹.

Si osserva che dopotutto nel diritto penale il principio generale è quello del divieto di interpretazioni non solo *contra legem*, ma anche semplicemente *praeter legem* per ciò che concerne almeno le disposizioni incriminatrici: infatti un'interpretazione *praeter legem* conduce all'applicazione della legge penale oltre i casi da essa abbracciati e dunque ad una sua applicazione analogica.

Tuttavia anche nel diritto penale non è dubbia la legittimità di interpretazioni *secundum legem*, ossia estensive in quanto compatibili con il dato letterale della legge penale anche se non vincolate dal dato letterale stesso¹²⁰: d'altra parte, se l'interpretazione estensiva fosse da ritenere vietata e l'unica interpretazione ammissibile fosse quella strettamente letterale, si addiverrebbe ad una conclusione «difficilmente sostenibile» perché, «a parte altre considerazioni, renderebbe indecidibili tutti i casi non rari nei quali l'interpretazione letterale non è univoca e si apre ad una alternativa di diversi significati»¹²¹.

Una volta dunque dimostrata la distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia e posto inoltre che si tratta di una distinzione di notevole importanza in considerazione dell'ammissibilità

¹¹⁷ In questi termini si esprime F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 361, secondo il quale il *favor libertatis* può essere un criterio dotato di capacità operativa a livello legislativo richiamando il legislatore sulle conseguenze negative che la penalizzazione totale può produrre sul versante della libertà di azione dei cittadini, ma, una volta che la disposizione sia stata formulata, la sua interpretazione non può prescindere dalla *ratio* complessiva dell'incriminazione e quindi dalle specifiche esigenze di tutela per le quali essa è stata approvata.

¹¹⁸ In tal senso si esprime G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, Napoli 1991, 8, secondo il quale l'interpretazione estensiva è doverosa per alcune disposizioni perché «a causa della loro imperfetta formulazione linguistica, essa è l'unica interpretazione corretta, e, dunque, l'unica interpretazione, *tout court*».

¹¹⁹ Sottolinea bene questa posizione dottrinale G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, cit., 43-44, al quale si rimanda peraltro per una chiara delimitazione anche dell'opinione opposta, ovvero di quella in virtù della quale l'interpretazione estensiva è uno stratagemma al fine di ovviare al divieto di analogia usando un nome diverso per la stessa operazione di fondo ed estendendo illegittimamente l'intervento sanzionatorio dello Stato o comunque e nella migliore delle ipotesi altro non è che un modo discutibile di far prevalere le esigenze di difesa sociale su quelle garantistiche.

¹²⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., 15-16.

¹²¹ Entrambe le ultime citazioni sono tratte dalle pagine di G. CARCATERA, *Intervento*, cit., 349.

È stato anche sostenuto che l'interpretazione estensiva non è a ben guardare neanche «una forma specifica di interpretazione, ma è un risultato della interpretazione stessa, in dipendenza del fatto che il risultato di un corretto procedimento esegetico ha, in un caso particolare, una portata più vasta di quello che si poteva pensare a una prima sommaria indagine (attraverso il momento letterale della interpretazione). Negarne la validità significherebbe, in questi casi, vietare la interpretazione corretta per privilegiare una interpretazione superficiale»: così A. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 441, secondo il quale «un divieto di interpretazione estensiva avrebbe una efficacia pressoché nulla sul diritto vivente».

Peculiare l'opinione espressa, invece, da F. MODUGNO, *L'analogia nella logica del diritto*, in *Rivista AIC* 15 dicembre 2010, 17-18, secondo il quale «una differenza tra interpretazione estensiva e analogia è... indubitabile per ciò che concerne la struttura delle due operazioni. Nell'interpretazione di un enunciato (disposizione) si muove da questo al fine di ascrivergli un significato (la norma) esprimibile in un (ulteriore) enunciato interpretativo (per la intrascendibilità del linguaggio); nell'analogia si muove invece dalla norma (dall'enunciato interpretativo) al fine di ottenere una "nuova" norma applicabile al caso. Per ciò che concerne invece la funzione (unitaria) una distinzione è impossibile, perché entrambe le operazioni sono rivolte al rinvenimento di una norma applicabile al caso concreto, superando comunque la lettera dell'enunciato normativo ed operando una "estensione" rispettivamente dell'enunciato normativo o dell'enunciato interpretativo».

della prima contrariamente alla seconda, si pone la *quaestio* della difficoltà di operare una tale distinzione, come da sempre avvertito in dottrina¹²².

In linea puramente teorica siffatta distinzione può essere delineata senza particolari problemi.

Limitandoci a ricordare talune autorevoli opinioni in argomento, alcuni autori hanno rilevato che l'analogia estende la disciplina di una norma esistente ad un caso non previsto ma simile a quello regolato dalla norma esistente, mentre l'interpretazione estensiva estende «una o più parole della norma che esiste a tutti i casi, *non simili, ma eguali*, previsti nella norma stessa»¹²³.

Altri commentatori hanno sostenuto che, mentre nell'interpretazione estensiva il caso in esame rientra nell'ipotesi astratta configurata dal legislatore sia pure attribuendo alle parole contenute nella legge un significato più ampio di quello che risulta apparentemente da esse, nell'analogia il caso da decidere non può in alcun modo essere ricompreso nella disposizione per quanto l'interprete possa dilatarla «fino al limite della sua massima espansione»¹²⁴.

Altri studiosi ancora hanno sostenuto che l'interpretazione estensiva si muove in quell'area di incertezza contenuta comunque entro i limiti degli usi linguistici comuni e consentiti, mentre l'analogia opera dichiaratamente oltre tali limiti «consentendo alla ratio legis di dispiegarsi al di là della “gabbia” costituita dalla fattispecie»¹²⁵.

Si è detto inoltre che interpretazione estensiva si ha quando sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio che, per quanto non chiaramente enunciato, vi è incluso, mentre il ricorso all'analogia si ha quando si risale da una norma espressa ad un principio in essa contenuto e «dal quale è dato ridiscendere alla formulazione di una norma inespressa, quella che appunto contiene la regola del caso “analogo” a quello espressamente disciplinato»¹²⁶.

È stato poi affermato che, mentre nell'interpretazione estensiva è una norma che viene desunta dal testo quella che viene applicata anche ad ipotesi non previste, nell'analogia dalle norme vigenti si estrae una norma ulteriore per il caso non previsto e così si integra l'ordinamento con una norma fino a quel momento mancante: in definitiva, «l'interpretazione estensiva... si colloca ad uno stadio precedente a quello dell'integrazione analogica: l'analogia opera come norma di riconoscimento, che permette all'interprete di attingere, come da un serbatoio, dalle norme vigenti, per ricercare la norma mancante per il caso non previsto»¹²⁷.

Se dunque sul piano teorico la distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia risulta delineabile, quella medesima distinzione può diventare molto problematica per non dire difficilissima allorquando dal piano teorico ci si sposta sul versante pratico.

Su quest'ultimo versante non si può non constatare che la distinzione in esame soltanto in certi casi risulta agevole.

Il riferimento è a quelle disposizioni penali in cui sono contenute espressioni linguistiche il cui accertamento non passa per alcuna valutazione discrezionale da parte dei consociati, ovvero i cosiddetti elementi rigidi intesi come quegli elementi che «esprimono concetti... con un unico confine e che, perciò, rendono possibile un giudizio sicuro circa l'appartenenza o meno di un'ipotesi concreta al concetto»¹²⁸.

¹²² Cfr. perlomeno i classici studi di N. BOBBIO, *L'analogia e il diritto penale*, in *Riv. pen.* 1938, 139 ss., di M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus* 1941, 516 ss. e di L. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, partic. 353-354 e 357.

¹²³ Così G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Milano 1975 (rist. inalter.), 97.

¹²⁴ Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, dodicesima edizione aggiornata e integrata da L. Conti, Milano 1991, 86; in senso contrario a questa definizione dell'Antolisei cfr. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, 112, secondo il quale sostenere che l'analogia è un “uscire” dalla norma per l'impossibilità di ricomprendere il caso dentro la norma per quanto se ne allarghi il significato fino alla sua massima estensione presenta il problema di determinare quando effettivamente si possa dire che il significato di una norma sia stato esteso fino alla sua massima espansione.

¹²⁵ F.C. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 363.

¹²⁶ Così G. VASSALLI, *Analogia nel sistema penale*, cit., 159.

¹²⁷ Così A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna 2018, 81.

¹²⁸ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte Generale, Padova 1992, 102.

Si allude in primo luogo agli elementi descrittivi di tipo numerico: si pensi alle “cinque o più” persone di cui all’art. 112, comma 1, n. 1) cod. pen. in tema di circostanze aggravanti laddove è evidente che tale espressione linguistica è tale, di per se stessa, da azzerare la libertà interpretativa dell’interprete.

Si allude in secondo luogo anche agli elementi descrittivi di tipo naturalistico: si tratta, più in particolare, di quegli elementi che fanno immediato riferimento ad una realtà di natura individuabile *con sicurezza* attraverso l’esperienza comune¹²⁹.

A quest’ultimo proposito è particolarmente emblematico un esempio addotto in dottrina da due autorevoli commentatori¹³⁰.

L’esempio è quello di una disposizione che, muovendo dal presupposto secondo cui i quadrupedi possono recare molestie e disturbo alle persone, vieta di introdurli in determinati luoghi: è applicabile però la disposizione sopra riferita allo struzzo che è un bipede e che tuttavia a causa delle sue dimensioni e della sua selvatichezza può arrecare non minori molestie rispetto ai quadrupedi o perlomeno a certi quadrupedi come i cagnolini da salotto?

La lettera della disposizione segna uno sbarramento insuperabile all’inclusione del caso dello struzzo nella previsione normativa perché in tutti i suoi possibili significati l’espressione quadrupede non può includere gli animali con due sole zampe.

Se si rimane quindi sul piano dell’interpretazione ancorché estensiva, la disposizione non è applicabile allo struzzo perché la disposizione parla di quadrupedi e dunque essa non può applicarsi ai bipedi; se invece si supera il limite segnato dalla lettera della disposizione e quindi si fuoriesce dall’interpretazione estensiva, allora la *ratio* del divieto di portare quadrupedi in determinati luoghi risiede nell’esigenza di proteggere uomini e oggetti dalle molestie e dai danni potenzialmente causati da tali animali: poiché un bipede come lo struzzo è simile ad un quadrupede quanto a capacità di essere fonte di molestie e di danni, ne segue che il divieto espressamente enunciato per i quadrupedi può essere applicato per analogia anche ai bipedi.

Le due conclusioni sono entrambe logicamente ineccepibili, ragion per cui non è la logica, ma è solo il principio di legalità, fortemente connesso con le sottostanti esigenze di garanzia del cittadino, che impone al giudice penale di attenersi rigorosamente al significato letterale della disposizione vietando allo stesso di estenderne la disciplina per analogia.

L’esempio appena addotto comprova come risulti estremamente facile poter distinguere l’analogia dall’interpretazione estensiva qualora nella disposizione penale sia contenuto un elemento naturalistico che fa immediato riferimento ad una realtà di natura – qual è quella del quadrupede¹³¹ – individuabile con sicurezza attraverso l’esperienza comune¹³².

¹²⁹ Per dirla con E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 74, si tratta di quegli elementi che possono essere ritenuti «capaci di esprimere un significato semantico abbastanza chiuso, dal campo di applicazione non esorbitante né imprevedibile».

¹³⁰ L’esempio – già a suo tempo addotto da K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, ediz. it. a cura di A. Baratta, Milano 1970, 235-236, il quale a p. 238 portava anche l’esempio del § 46 StGB che assicura l’esenzione da pena al “soggetto agente” nell’ipotesi di desistenza volontaria dal tentativo e che fa sorgere la questione se secondo il senso letterale possa comprendersi nell’espressione “soggetto agente” anche un complice (come, per esempio, un istigatore od un correo) e concludeva così che «indubbiamente... il confine fra interpretazione da un lato (in specie interpretazione estensiva) e analogia dall’altro è fluido» – è rinvenibile in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 171.

¹³¹ Un altro esempio riguardante un elemento naturalistico che fa immediato riferimento ad una realtà di natura individuabile con sicurezza attraverso l’esperienza comune potrebbe essere quello dell’espressione libri osceni nella quale è costituzionalmente legittimo includere i ciclostilati ricorrendo all’interpretazione estensiva, mentre non lo è applicare ai dischi osceni la disciplina prevista per i libri osceni perché si tratterebbe di un’operazione analogica: l’esempio è portato da R. GUASTINI, *Interpretazione*, cit., 7.

¹³² Ed infatti in dottrina l’assunto è ampiamente condiviso: cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 1993, 31, che discorre del divieto di analogia come dello sbarramento esterno della fattispecie; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 119, il quale osserva che sussiste «un qualche *nucleo* formato dal diritto scritto (o ricavato da esso), nel quale va ravvisato il limite estremo delle ricostruzioni interpretative»; G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, 1254 ss., il quale ricorda l’emblematico ammonimento dell’Hassmer secondo il quale l’analogia vietata inizia dove finisce l’effettivo significato

In tutti i casi in cui la disposizione penale non incorpori però elementi numerici o naturalistici individuabili con certezza mediante l'esperienza comune diventa molto più difficile nei fatti delineare quella distinzione, che, in altri termini, risulta disagevolmente tracciabile allorché il legislatore penale inserisce nella disposizione espressioni linguistiche poco precise e poco determinate.

3.3. Il rapporto fra la linea di confine esistente tra l'interpretazione estensiva e l'analogia da un lato e il grado di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate dal legislatore penale dall'altro.

Ad avviso di chi scrive è proprio quest'ultimo il profilo più spinoso di tutta la questione, quello inerente il rapporto che intercorre fra i seguenti due "livelli": da una parte il "livello" di difficoltà di tracciare nella prassi la linea di confine che esiste tra l'interpretazione estensiva e l'analogia in riferimento a certe espressioni linguistiche inserite in talune disposizioni penali; dall'altra parte il "livello" di determinatezza delle espressioni linguistiche utilizzate ad opera del legislatore penale.

Questo rapporto presenta "inconvenienti" quando ci si imbatte nei cosiddetti «casi difficili»¹³³, ovvero in espressioni linguistiche, come appena specificato, connotate da una certa indeterminatezza o comunque caratterizzate da un grado di indeterminatezza assai maggiore di altre espressioni linguistiche più chiare e più precise *ab origine* nella loro formulazione¹³⁴: si pensi

delle parole; 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 *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2015, n. 2, 12, la quale rileva che «la lettera della legge è il punto di partenza e nel contempo resta il limite invalicabile dell'interpretazione»; D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 664, secondo cui «può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma se il testo significa qualcosa è sempre possibile escludere talune interpretazioni, come sicuramente sbagliate»; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema dell'interpretazione penalistica*, in E. DOLCINI e C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 533-534, il quale osserva che «l'argine del linguaggio – del testo – è necessario perché in sua assenza il bisogno di tutela espresso dalla realtà dei fatti concreti – con le loro vittime in carne ed ossa, con i sentimenti di giustizia e di vendetta che montano, con l'indignazione degli onesti – finirebbe molto probabilmente per compromettere la necessaria frammentarietà del diritto penale. Senza l'argine del linguaggio, sarebbe davvero difficile resistere all'inarrestabile bisogno di tutela, con la conseguenza che di analogia in analogia il diritto penale finirebbe per estendere la sua ragnatela, anzi la sua pesante cappa di piombo, sulla società uccidendo libertà individuale e vitalità sociale»; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, cit., 7-8, secondo il quale «nessuna deriva scettica – e forse nessuna *Freirechtslehre* – può giungere a sopraffare il ragionevole "significato letterale" della legge, che del resto rappresenta l'unico diaframma in grado di "smascherare" ricostruzioni analogiche. Il testo non può essere liquefatto nel contesto, o aggirato attraverso una ottimizzazione della *ratio legis*, ed ogni esperimento ermeneutico deve arrestarsi – per riprendere una felice metafora di Natalino Irti – ai "cancelli delle parole", giacché in ciascuna fattispecie è possibile e doveroso rintracciare un "carapace semantico" che nessuna interpretazione può perforare, se non al prezzo di trasformarsi in "normazione alternativa" o "creazionismo giuridico": dando vita, in definitiva, ad un surrettizio *declaratory power*, che conta in ogni stagione esempi tanto noti quanto discussi... e che non è solo antagonismo alla legge, ma ribellione alla Costituzione; frutto di autoritarismo, in definitiva, ancorché "ben intenzionato"; A. TESAURO, *Interpretazione convenzionalmente conforme e bilanciamento. Un'appendice*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2020, n. 4, 21, secondo il quale il vincolo al testo costituisce un «limite strutturale».

¹³³ La terminologia è impiegata da O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 280, secondo la quale casi difficili sono quelli «per la cui soluzione non bastano sintassi e semantica, dovendo l'interprete elevarsi ad un secondo livello, e cioè ricorrere ad un approccio *pragmatico*, intendendosi per *pragmatica* lo studio delle relazioni fra segni e parlanti (coloro che ne fanno uso e coloro a cui sono indirizzati)».

¹³⁴ A dir la verità, potrebbe anche presentarsi l'eventualità in cui «il lavoro di erosione della giurisprudenza riesce a sfumare o rendere dai contorni incerti elementi tassativi di fattispecie»: così F. BRICOLA, *sub art. 25, commi 2 e 3*, cit., 264, il quale adduce a questo proposito l'esempio del furto che, malgrado la sua apparente tassatività, è stato reso incerto dalla giurisprudenza la quale ha svuotato fino alla completa obliterazione il dolo specifico del "fine di profitto", ha ritenuto integrata la fattispecie anche quando da parte dell'agente non c'è stato né "impossessamento" né

soltanto alle cosiddette clausole generali, ovvero a quei concetti elastici¹³⁵ o «formule onnicomprensive»¹³⁶ che costituiscono un pericolo per la certezza del diritto. Tali formule o concetti infatti consistono in «tranelli che il linguaggio... dissemina sulla strada del pensiero» e che, tuttavia, risultano «difficili da svelare, poiché... le prime difficoltà sorgono già al momento definitorio»¹³⁷: questo avviene proprio in quanto essi sono connotati da un peculiare coefficiente di vaghezza o di indeterminatezza quantitativamente maggiore e qualitativamente diverso rispetto a quello implicito in ogni enunciato normativo¹³⁸.

A comprova del fatto che in presenza di espressioni linguistiche del tipo di quello da ultimo indicato nella distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia sono presenti «zone d'ombra»¹³⁹ che rendono assai difficile tratteggiarla¹⁴⁰, può senz'altro addursi il numero consistente di decisioni della Corte di Cassazione che non presentano una differenza sostanziale fra interpretazione estensiva ed analogia *in malam partem*¹⁴¹, ma appaiono come vere e proprie «forme di *cripto-*

«sottrazione» e ha assunto come concretata la fattispecie anche se non c'è «detenzione» della cosa da parte del soggetto passivo.

¹³⁵ Come è stato ben detto, è vero che i concetti elastici sono «organi respiratori» del sistema nel senso che adeguano costantemente la disciplina giuridica all'evoluzione della realtà sociale, ma «l'elasticità del parametro di valutazione richiamato dalla norma penale non può... non andare incontro a precisi limiti, pena il sacrificio del principio della tassatività della fattispecie»: così G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova 1984, 86.

¹³⁶ Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2016, n. 3, 2; sui «concetti-valvola» che altro non rappresentano se non «mandati in bianco» all'interprete cfr. nella dottrina tedesca lo studio in proposito svolto da P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1914, partic. 314.

¹³⁷ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.* 14 novembre 2012, 3, il quale – a p. 2 nota 2 – definisce le clausole generali una ««delega» al legislatore mediante quella sorta di *biancosegno*, bisognoso di integrazione valutativa».

¹³⁸ In senso contrario cfr., invece, A. PAGLIARO, *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 1046-1047, il quale osserva che «la precisione descrittiva che conta per il diritto non è quella propria delle scienze naturali: è, piuttosto, quella del linguaggio comune che, appunto perché tale, è il linguaggio che meglio può esprimere il significato sociale di una condotta e, dunque, la sua rilevanza penale. Espressioni come «interessi o vantaggi usurari»... e «di notte in luogo abitato»... sono certo più valide a indicare il contenuto del fatto, di quanto non sarebbero state l'indicazione di un preciso tasso di interesse, la specificazione (del resto impossibile, da un punto di vista naturalistico) di tutti i «vantaggi» che possono essere considerati «usurari» e, rispettivamente, la fissazione di un coefficiente di abitazione o di un tempo dopo il tramonto del sole e prima del suo sorgere. Fin troppo facile è rilevare che un certo tasso di interesse o un certo vantaggio può, secondo le circostanze concrete, assumere carattere usurario oppure no: come, del resto, né il numero delle persone né il rapporto temporale con il tramonto del sole sarebbero elementi capaci di meglio determinare la pericolosità della condotta»; in senso conforme al Pagliaro cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino 1979, 132-133, secondo il quale «l'elemento c.d. «elastico» a carattere temporale o quantitativo, pur concedendo un ampio spazio interpretativo al giudice, assolve ad una funzione di tipicizzazione della fattispecie, e di graduazione della responsabilità penale dell'imputato. Si tratta, cioè, di situazioni da collocarsi agli antipodi di quelle viziate dall'indeterminatezza, in cui la mancanza di una precisa scelta legislativa inficia la ragionevolezza dell'esercizio della funzione».

¹³⁹ L'espressione è tratta da M. ROMANO, *sub art. 1*, in *ID.*, *Commentario sistematico del codice penale - Art. 1-84*, Milano 2004, 48.

¹⁴⁰ Definisce la linea di demarcazione fra interpretazione estensiva ed analogia rispetto a certe fattispecie «elastiche» «sottile o impercettibile» F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108; analogamente vedasi anche M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, cit., 153, secondo il quale «la prassi giurisprudenziale... appare assai propensa a presentare come esiti di una ammissibile interpretazione estensiva soluzioni che, viceversa, sembrano autentiche estensioni analogiche della norma. In ciò talvolta (ma non necessariamente sempre) agevolata dalla indeterminatezza dei segni linguistici utilizzati». In tema cfr. inoltre E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 97; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 15-16; P. SCEVI, *L'interpretazione della legge penale*, cit., 32.

¹⁴¹ Il punto è sottolineato – anche attraverso vari esempi adottati al proposito – da D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionato dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia* 2016, 183-188, nonché, da ultimi, da G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 85-88. In tema cfr. altresì E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 96, il quale rileva che i rischi di applicazione mascherata dei procedimenti analogici derivano soprattutto dai «bassissimi standards tecnici che accompagnano la produzione legislativa degli ultimi anni»; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 710-711, il quale adduce l'esempio molto emblematico del concorso esterno in associazione mafiosa ed osserva che «evidente è la ragione dell'affacciarsi dell'istanza estensiva, che sta nell'opportunità politico-criminale di colpire con la sanzione

analogia, o analogia occulta»¹⁴² in alcuni casi “nascoste nelle pieghe” dell’interpretazione eurounitariamente conforme¹⁴³ o dell’interpretazione convenzionalmente conforme¹⁴⁴.

Si consideri, come esempio particolarmente emblematico¹⁴⁵, l’espressione linguistica “prostituzione” inserita nel reato di favoreggiamento della prostituzione previsto dalla l. n. 75/1958 (legge Merlin)¹⁴⁶.

penale il fenomeno della contiguità mafiosa, riconoscibile nei comportamenti di coloro che, nell’ambito imprenditoriale, professionale, politico e giudiziario, pur essendo estranei al sodalizio e non condividendone gli scopi, sono disponibili, per ragioni di interesse personale o per compromissione ambientale, a compiere atti illeciti che ridondano a vantaggio dell’ente. La dilatazione dell’area del penalmente punibile fino a ricomprendere le condotte contigue è compiuta con lo strumento del concorso eventuale, in forza del quale si puniscono come se fossero di partecipazione all’associazione condotte non partecipative, ma simili a esse per il contributo al consolidamento sul territorio del potere mafioso» e conclude così – a p. 711 nota 32 – che «se la legge volesse realmente riaffermare il suo primato (costituzionalmente garantito) rispetto alla giurisprudenza dovrebbe avere la forza lucida e razionale di staccare le condotte di contiguità dall’ambigua nozione della concorsualità esterna, individuando specifiche e determinate figure di complicità favoreggiatrice, autonomamente punite, imperniate casisticamente sul materiale extrapositivo fornito dall’ormai amplissima esperienza criminologica»; G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Osservatorio AIC* giugno 2015, 9 ss., il quale ricorda il traffico di influenze illecite formalmente inserito nel nostro sistema penale solo con la legge n. 190/2012 all’art. 346-bis cod. pen., ma in realtà già prima considerato punibile dalla giurisprudenza tramite un’applicazione analogica del delitto di millantato credito di cui all’art. 346 cod. pen. in quanto secondo la Suprema Corte di Cassazione questa figura criminosa copriva non solo le ipotesi di relazioni millantate, ma anche quelle di relazioni esistenti tra un sedicente mediatore ed un pubblico ufficiale.

¹⁴² Così M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. (Riv. trim.)* 2016, n. 3, 14, il quale rileva che il terreno di coltura più insidioso per questa cripto-analogia «rimane quello delle *clausole generali* e delle *fattispecie aperte*, poco tassative. Qui per definizione il legislatore apre all’analogia non avendo compiuto scelte politiche precise... Resta però vigente il dovere di un’interpretazione conforme al principio-regola della tassatività»: l’A. – a p. 13 nota 29 – ricorda vari casi in cui la Cassazione ha censurato sentenze di merito in nome del divieto di analogia *in malam partem*. In tema cfr. anche G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, cit., 1268; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Parte Generale, Padova 2015, 168-169.

¹⁴³ Come ben osserva V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 68, il problema reale è quello di distinguere le interpretazioni estensive – nei confronti delle quali comunque la Corte di Lussemburgo (col conforto della Corte di Strasburgo) ha dimostrato un netto sfavore (cfr. per maggiori ragguagli V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 67 e *ivi* nota 193) – da «ipotesi di *criptoanalogia* paludate sotto un procedimento di interpretazione conforme»: l’A. adduce, come esempio emblematico, l’estensione della nozione di minore, attorno alla quale gravitano le fattispecie italiane che incriminano la pedopornografia, anche alle ipotesi del minore virtuale o del minore apparente facendo leva sulla definizione accolta in sede comunitaria; in questo caso l’interpretazione conforme alla fonte sovranazionale determina effetti sfavorevoli per il singolo e questo stride con il riparto di competenze posto che anche sul fronte dell’Unione europea i singoli Stati membri non hanno accettato alcuna limitazione di sovranità consistente nella possibilità diretta ed immediata da parte dell’Unione di fondare o di modificare i termini della responsabilità penale degli individui (per ulteriori osservazioni cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 58-59).

¹⁴⁴ Mentre è discusso in dottrina se costituisca un limite all’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme il divieto di interpretazioni estensive della disposizione incriminatrice, nessuna discussione può insorgere sul divieto di operazioni analogiche pur se mosse dall’intento di assicurare la conformità rispetto agli obblighi di matrice convenzionale atteso che uno sbarramento insuperabile è costituito non solo dall’art. 25, comma 2 Cost., ma anche dall’art. 7 CEDU: in proposito cfr. V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019, 141 ss., partic. 152 e 159-162, il quale rileva che «potrebbe essere... predicabile – in ottica di prevenzione delle “criptoanalogie” – un criterio operativo... in base al quale, nei casi di dubbio circa la natura estensiva o analogica di una determinata soluzione ermeneutica, si dovrebbe optare per la seconda ipotesi e astenersi quindi dal praticare la soluzione stessa (*in dubio pro analogia et abstine*)» (p. 162).

¹⁴⁵ ... benché non sia certo l’unico. Si pensi soltanto alla contravvenzione del “Getto pericoloso di cose” di cui all’art. 674 cod. pen. che incrimina “chiunque getta... cose atte a... molestare persone”: ebbene in questa fattispecie può essere inclusa l’emissione di onde elettromagnetiche? In riferimento alla *quaestio* inerente il procedimento analogico e l’interpretazione estensiva la risposta cambia – come è comprovato dal famoso caso delle onde elettromagnetiche emesse dai ripetitori di Radio vaticana che costituivano una minaccia nei confronti di coloro i quali abitavano nei pressi – a seconda che si ritenga che l’espressione linguistica “cosa” abbracci soltanto gli oggetti tangibili o invece ricomprenda ogni possibile oggetto e che l’espressione linguistica “getto” possa essere estesa alle emissioni di

Si pensi soltanto a questo proposito all'“allargamento”, operato dalla Suprema Corte di Cassazione, della sfera di applicazione delle fattispecie, di cui a tale legge, relative allo sfruttamento e al favoreggiamento della prostituzione attraverso la ricomprensione nel “concetto” di prostituzione¹⁴⁷ anche dell'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti¹⁴⁸.

Questo ampliamento della sfera applicativa delle fattispecie di reato è qualificabile quale analogia?

La risposta sarebbe negativa qualora si ritenesse che il nucleo concettuale della prostituzione consiste soltanto nel mercimonio della propria sessualità ma non anche nel contatto fisico, il quale potrebbe essere ritenuto tutt'al più una «costante fattuale»¹⁴⁹.

Muovendo da questo presupposto, anche l'esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali espliciti rientra nel “concetto” di prostituzione attraverso un'interpretazione estensiva.

La risposta sarebbe, invece, affermativa qualora si ritenesse che il “concetto” di prostituzione alla base delle disposizioni incriminatrici contenute nella legge Merlin presenta, sulla base di quanto sarebbe lecito evincere dalla «realtà testuale, contestuale e logica della legislazione»¹⁵⁰, un nucleo centrale indefettibile.

Si allude alla “dazione del proprio corpo” in cambio di denaro o comunque di un'altra utilità economica esplicita attraverso il compimento di atti sessuali nel significato che l'espressione, per quanto inevitabilmente anch'essa elastica, assume già nello stesso linguaggio comune: atti che si sostanziano nel necessario contatto fisico fra cliente e prostituta¹⁵¹.

Partendo da questo presupposto, l'estensione del “concetto” di prostituzione alle esibizioni sessuali *on line* è il frutto di un'operazione analogica¹⁵².

È evidente che il problema della difficoltà di distinguere analogia ed interpretazione estensiva nasce nella misura in cui il termine prostituzione è poco preciso e poco determinato: questo problema risulta senza dubbio molto serio se è vero che esso si è posto anche in altri ordinamenti giuridici presso i massimi organi giudiziari¹⁵³.

onde. Per un approfondimento in materia vedansi G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, cit., 66-67; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 87.

¹⁴⁶ Come del resto è stato autorevolmente osservato più in generale sulle disposizioni penali di cui alla legge Merlin, esse «appaiono sotto l'aspetto tecnico... così infelicemente espresse che l'interprete non riesce a sottrarsi ad un senso di vero e proprio smarrimento. Si direbbe che le preoccupazioni di natura extragiuridica, nonché la fretta, abbiano fatto dimenticare i principi fondamentali che la scienza e la tecnica del diritto, con lunghi e faticosi sforzi, hanno elaborato per la formulazione delle leggi»: così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Speciale, a cura di Luigi Conti, I, Milano 1996, 523.

¹⁴⁷ Sostiene A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rilievi interpretativi ipotizzabili. Osservazioni a margine di Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018, Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri*, in *Dir. pen. cont.* 26 marzo 2018, 168, che tale “concetto” nel 1958 poteva forse presentare «vari caratteri tipici», ma che col passare degli anni e attualmente più che mai esso risulta del tutto vago e indecifrabile: l'A. osserva che nel 1958 «si sapeva bene cosa si dovesse intendere per prostituzione» perché tale “concetto” «richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti... il concetto era ben ricavabile dalla realtà sociale e anche dalle norme del TULPS vigenti fino all'entrata in vigore della legge del '58 (art. 190 ss.)». Sul punto cfr. altresì, volendo, per ulteriori ragguagli sul “concetto” di prostituzione e sulla sua possibile indeterminatezza 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?*, in *Dir. e società* 2020, n. 3, 594-596 nota 36.

¹⁴⁸ Anche A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 68, adduce quale esempio esponenziale di come quando ci si allontana dal cuore della disposizione e ci si spinge nei sobborghi dei suoi lati estremi regni inevitabilmente l'incertezza proprio quello della prostituzione via *web cam*.

¹⁴⁹ Così O. DI GIOVINE, *Intervento*, in *Opinioni a confronto*, cit., 363, la quale ritiene che il contatto fisico fra prostituta e cliente sia un «accidente in senso aristotelico».

¹⁵⁰ Così G. CARCATERA, *Intervento*, cit., 354.

¹⁵¹ In tal senso cfr. N. MAZZACUVA, *Intervento*, cit., 373.

¹⁵² Questa è la conclusione a cui addiuvano G. CARCATERA, *Intervento*, cit., 355.

¹⁵³ Si pensi soltanto al caso *McBoyle v. United States*, 283 U.S. 25 (1931), deciso dalla Corte Suprema federale statunitense negli anni trenta del secolo scorso. In quel caso William McBoyle aveva trasportato dall'Illinois all'Oklahoma un aeroplano che sapeva essere stato rubato e fu accusato di aver violato una legge del 1919 che

La realtà è che anche una disposizione incriminatrice in cui sono contenute espressioni linguistiche precise e determinate ben può essere oggetto di un procedimento analogico, ma in riferimento ad una tale disposizione risulta agevole e comunque possibile distinguere l'interpretazione estensiva dall'analogia.

Tutto all'opposto quello che accade in ordine ad una disposizione incriminatrice in cui sono contenute espressioni linguistiche poco precise e poco determinate¹⁵⁴.

Da un lato, nonostante il parere contrario espresso da alcuni commentatori¹⁵⁵, tale disposizione può pure essa essere applicata per analogia¹⁵⁶ atteso che il giudice ben può essere "tentato" di

sanzionava penalmente il trasporto interstatale di veicoli rubati benché quella stessa legge non menzionasse espressamente gli aeroplani. La legge parlava di veicoli a motore e nella Sezione 2 indicava espressamente le automobili, i camion, gli autocarri a rimorchio e i motocicli aggiungendo poi che doveva essere ritenuto rientrante nella disciplina "qualsiasi altro veicolo semovente non progettato per andare sui binari". Al fine di assodare se gli aeroplani rientrassero nella categoria da ultimo indicata ci si chiese se essi rientrassero nel novero dei veicoli a motore e ci si chiese poi se essi non rientrassero nei veicoli semoventi non progettati per andare sui binari. La Corte nell'opinione redatta dal giudice Holmes, pur notando che non era impossibile usare il termine veicolo per riferirsi ad un aeroplano e che in altre leggi potevano notarsi usi siffatti, aggiungeva però che per il comune parlante il termine veicolo suscita l'idea di qualche cosa che si muove per terra, ragion per cui l'infelice clausola veicoli semoventi non progettati per andare sui binari doveva riferirsi ai veicoli terrestri. La Corte ne concluse che la disciplina non poteva essere estesa agli aeroplani sulla base di una somiglianza rilevante sotto il profilo della *policy* perseguita (cioè con un argomento analogico in base alla *ratio* dell'atto legislativo) e che neppure si poteva estendere agli aeroplani l'interpretazione della Sezione 2 speculando sul fatto che, se il legislatore avesse considerato un caso del genere, lo avrebbe ricompreso nella disciplina usando delle formule più ampie: insomma la Corte rigettò tanto un'estensione analogica quanto un'interpretazione estensiva della disciplina essendo l'ambito penale un contesto in cui per il principio di legalità e per la protezione della libertà personale è sommamente importante vincolare l'interpretazione delle disposizioni ai significati che i comuni parlanti vi attribuiscono. Eppure la Corte d'appello del decimo circuito appena un anno prima aveva ammesso l'interpretazione estensiva motivandola con dizionari, etimologie, supposte intenzioni legislative.

¹⁵⁴ Osserva S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 30, che «in relazione a norme redatte con scarsa determinatezza... il rischio di un'applicazione poco tassativa è alto».

¹⁵⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, 307, secondo il quale «l'analogia, il cui divieto rappresenta il perno della tassatività, è estranea all'indeterminatezza perché essa ha bisogno di precisi parametri a cui riferire la somiglianza di situazione e cioè la comunità di ratio tra norma espressa e norma inespressa. Anzi, la tendenza verso i concetti cosiddetti elastici o le "clausole generali" è proprio una tendenza che si contrappone all'analogia come un diverso modo per evadere dalla certezza del diritto verso aspirazioni di giustizia e di uguaglianza sostanziali... Usando le cosiddette clausole generali delle norme incriminatrici non si ha più alcun bisogno di alcun ricorso all'analogia, ci si libera – potremmo dire – con un sol tratto di penna da tutti i problemi che questa propone»; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 180, secondo i quali, qualora il legislatore abbia fatto ricorso a termini tanto vaghi ed elastici da consentire che la norma venga riempita di qualsiasi contenuto, «il giudice non è più soggetto alla legge e il divieto di analogia viene svuotato di ogni significato».

¹⁵⁶ Scrive a questo proposito F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 6-7, che è proprio la disposizione indeterminata quella la cui applicazione richiede da parte del giudice il ricorso al procedimento analogico perché la disposizione redatta in termini non sufficientemente chiari e precisi «comporta necessariamente, nel suo momento applicativo, l'utilizzazione del procedimento analogico. Tant'è che un espresso divieto di analogia può avere un reale significato solo in un ordinamento che bandisca disposizioni legislative redatte in termini indeterminati»: l'A. conclude osservando – alle pp. 13-14 – che possono ben esservi disposizioni redatte in termini precisi ed univoci, ma suscettibili di estensione analogica, così come sono immaginabili disposizioni non suscettibili di applicazione analogica ma dal contenuto problematico come potrebbe essere una fattispecie costruita mediante un'elencazione "chiusa" in cui però compaiono due termini fra loro contraddittori e chiarisce che, «se è indubbio che un obbligo costituzionale di determinatezza comporti necessariamente un divieto di analogia per il carattere – almeno secondo la prevalente dottrina – indeterminato del procedimento analogico, viceversa un obbligo costituzionale di tassatività, anche se costituisce un indizio decisivo per un conseguente obbligo di determinatezza, non lo implica necessariamente», ragion per cui la conclusione è che «il precetto di determinatezza... ricomprende quest'ultimo [quello di tassatività] ma in esso non si esaurisce». Più di recente anche A. LAURITO, *Il rapporto fra il principio di determinatezza e il precedente vincolante. Considerazioni sui limiti costituzionali all'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea a margine del caso Taricco*, in *Arch. pen.* (web) 19 luglio 2017, 16, osserva che «tutte le disposizioni sono astrattamente suscettibili di estensione analogica...».

estendere l'ambito applicativo degli elementi indeterminati a dismisura, ovvero a tutti quei casi che possono essere identificati secondo un criterio di similitudine¹⁵⁷.

Tuttavia è doveroso specificare che, mentre il presupposto del procedimento analogico vero e proprio è una lacuna lasciata "inconsapevolmente" dal legislatore nel sistema, la ragione del procedimento analogico al quale conduce la disposizione indeterminata è una "consapevole" volontà legislativa di rinviare al giudice la regolamentazione in concreto dei casi¹⁵⁸.

Dall'altro lato la disposizione incriminatrice che incorpora espressioni linguistiche indeterminate è tale, per i motivi già illustrati in precedenza, che risulta difficilissima se non quasi impossibile l'operazione volta a distinguere fra interpretazione estensiva ed analogia¹⁵⁹.

È ben vero che il principio di determinatezza è svuotato di ogni significato laddove al giudice penale sia consentito di assegnare – per analogia – al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato può desumere sia dalla sua immediata lettura sia sulla base del linguaggio comune.

In ogni caso non c'è alcun dubbio che, se la disposizione è *ab origine* connotata da una certa indeterminatezza, il giudice può essere portato *naturaliter* ad operare con un'analogia mascherata da interpretazione estensiva pur di conferire determinatezza a quella disposizione: questo avviene senza che risulti possibile smascherare siffatta operazione dal momento che interpretazione estensiva e analogia diventano indistinguibili.

Solo disposizioni chiare e precise consentono di appurare se il giudice abbia fatto opera di interpretazione o, invece, di vera e propria "creazione" di norme incriminatrici e dunque se si sia mosso all'interno o tutt'al contrario al di fuori dei limiti segnati dai possibili significati letterali del testo legislativo: di conseguenza, in molte delle ipotesi nelle quali si rimprovera ai giudici di applicare le disposizioni incriminatrici al di là dei casi previsti dalla legge è piuttosto il legislatore che merita una censura nella misura in cui ha abdicato al suo monopolio nella "creazione" delle disposizioni penali e ha autorizzato il singolo giudice a diventare legislatore del caso concreto; è evidente così che la disposizione dovrebbe essere espulsa dall'ordinamento ad opera della Corte costituzionale per contrasto con il principio di determinatezza¹⁶⁰.

Insomma, si deve concludere che i giudici in molti casi realizzano operazioni analogiche difficilmente smascherabili in quanto non distinguibili di fatto dalle interpretazioni estensive: questa circostanza deriva dalla mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di determinatezza delle disposizioni contenenti espressioni linguistiche tanto elastiche quanto vaghe ed indeterminate. uale rimedio può essere individuato per ovviare a questo *status quo*?

È opportuno fare un'avvertenza.

¹⁵⁷ Non è un caso se un autorevole commentatore ha potuto qualificare tali elementi quali «forme di anticipata analogia» che sono incostituzionali per difetto di tassatività: così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 303.

¹⁵⁸ In tal senso cfr. anche F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 7-8.

¹⁵⁹ Come è stato ben detto, «la difficoltà o l'impossibilità di distinguere, rispetto a certe norme, tra l'una e l'altra sta a significare che la fattispecie è stata formulata non in conformità del principio di tassatività [inteso dall'A. come principio di determinatezza]: le formule generali indeterminate vengono, significativamente, definite come forme di "analogia anticipata"»: così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 108; analogamente cfr. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., 1555, 1557 e 1558, il quale sostiene che la difficoltà se non l'impossibilità di distinguere interpretazione estensiva ed analogia con riguardo a determinate disposizioni penali «è spesso dovuta ad una formulazione della fattispecie penale non conforme al principio di tassatività» e conclude che «molto dipenderà... dalle tecniche di redazione dei documenti legislativi, dai criteri adottati dal legislatore nel formulare le fattispecie delle norme penali incriminatrici, e soprattutto dal suo sforzo di fissare con chiarezza i significati delle parole e dalla sua rinuncia ad utilizzare elementi vaghi, emozionali od elastici, che comporterebbero l'indeterminatezza del precetto...» atteso che, per quanto il concetto di determinatezza della fattispecie penale sia «esso stesso indeterminato e il possibile senso letterale delle parole... [sia] pur sempre una costruzione ermeneutica, che viene eseguita secondo un principio assiologico e in struttura fondamentalmente analogica», tuttavia «il problema cruciale, anche se non facilmente solubile, div[ie]ne allora quello di fissare il grado di determinatezza che la fattispecie penale deve possedere per soddisfare il principio di tassatività».

¹⁶⁰ In tal senso si esprimono chiaramente anche G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 180.

L'attuale criterio utilizzato dal Giudice delle leggi per assodare la violazione, o meno, da parte di una disposizione penale del principio di determinatezza è quello della cosiddetta non interpretabilità della disposizione: in virtù di tale criterio non può sussistere violazione di tale principio da parte della disposizione penale nella quale sia presente un concetto elastico quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice, anche avvalendosi dell'interpretazione teleologica e di quella sistematica, di determinare il significato di quel concetto attraverso un'operazione interpretativa che non esorbiti dall'ordinario compito allo stesso costituzionalmente affidato¹⁶¹.

Ciò significa che, di fatto, il principio di determinatezza sarà leso solo nel caso in cui la disposizione incriminatrice non sia in alcun modo suscettibile di interpretazione nonostante l'utilizzo di tutti i diversi criteri interpretativi a disposizione.

Secondo la Corte il giudice dovrebbe senz'altro sollevare la questione di costituzionalità per violazione del principio di determinatezza qualora, pur avendo egli esperito tutte le possibili "vie" interpretative, la disposizione continuasse ad essere priva di contenuto e quindi non interpretabile: questo perché qualunque significato fosse attribuito a quella disposizione «non potrebbe che essere arbitrario»¹⁶².

Qualora, invece, l'esito di questa attività ermeneutica ponesse il giudice di fronte a due o a più opzioni interpretative, "entrerebbe in scena" quel particolare "criterio orientativo" dell'autorità giudiziaria comunemente definito dai commentatori e dai giudici comuni – ma anche dalla stessa Corte costituzionale¹⁶³ – interpretazione tassativizzante.

L'interpretazione tassativizzante è una sottospecie riconducibile al *genus* dell'interpretazione conforme a Costituzione, la quale presenta la seguente peculiarità: essa ha come parametro di riferimento non tutte le norme costituzionali, ma soltanto quella che incorpora il principio di determinatezza e dunque richiede al giudice di preferire, nel caso di plurime opzioni interpretative, quella che renda la disposizione determinata.

In fondo, l'interpretazione tassativizzante non si identifica con un criterio interpretativo ulteriore rispetto ai criteri di cui il giudice penale dispone ordinariamente, bensì sta ad indicare che il giudice stesso deve utilizzare uno o più dei criteri, appunto, di norma utilizzati nella sua attività ermeneutica: tuttavia i criteri a cui ricorre presentano la specifica particolarità di essere finalizzati a rinvenire un'opzione interpretativa che renda la disposizione determinata.

L'interpretazione tassativizzante esperita con successo implica che la disposizione incriminatrice sia interpretabile e dunque esclude a monte la violazione del principio di determinatezza¹⁶⁴.

Tanto premesso, il giudice potrebbe addurre l'argomento che in relazione alla disposizione penale della quale deve fare applicazione nel giudizio non è possibile operare una linea di confine fra interpretazione estensiva ed analogia: questo al fine di dimostrare che l'espressione elastica contenuta in quella disposizione incriminatrice è non interpretabile poiché è caratterizzata da vuoto

¹⁶¹ La formula è ricorrente nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi quindici/venti anni: cfr. le [sentt. 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](#) nonché la [sent. n. 145 del 2020](#) che, pur ricorrendo ad una formula apparentemente e formalmente non coincidente, in buona sostanza adotta il criterio della non interpretabilità della disposizione; da ultime sul principio di determinatezza vedansi le [sentt. n. 278 del 2020](#) e [n. 140 del 2021](#). In dottrina cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, cit., 144 ss.

¹⁶² Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 303.

¹⁶³ Cfr. la [sent. n. 24 del 2019](#) in cui si trova scritto che la lettura volta a conferire in via ermeneutica maggiore precisione alle fattispecie di reato è "talora indicata come 'tassativizzante'".

¹⁶⁴ Per approfondimenti e ragguagli sull'interpretazione tassativizzante quale «criterio interpretativo delle norme penali» (così G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 79) cfr., volendo, A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose e l'interpretazione tassativizzante come species del genus interpretazione conforme a Costituzione: spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, Napoli 2021, 505 ss., partic. 518, laddove abbiamo messo in evidenza che l'interpretazione tassativizzante presuppone *ex necesse* l'esistenza di almeno un significato preliminarmente individuato della disposizione, mentre, se quest'ultima non è interpretabile ma è tale che da essa risulta possibile ricavare solo una gamma di pure possibilità, allora sussiste realmente un vizio di indeterminatezza e di conseguenza l'interpretazione tassativizzante non è utilizzabile.

contenutistico e dunque qualunque significato le fosse attribuito attraverso l'interpretazione tassativizzante sarebbe arbitrario.

In questo caso la Corte dovrebbe appurare se l'elemento elastico consenta al giudice di compiere il basilare dovere interpretativo finalizzato a ricercare un significato normativo a quell'elemento entro i confini del testo legale: questa operazione condotta dal Giudice delle leggi sarebbe facilitata proprio dalla verifica dell'effettiva non tracciabilità della linea di confine fra interpretazione estensiva ed analogia.

Nell'ipotesi in cui la risposta della Corte prendesse atto dell'impossibilità per il giudice di compiere il dovere interpretativo in questione a causa della radicale non interpretabilità dell'elemento elastico allora la Corte stessa dovrebbe procedere all'annullamento della disposizione penale per la ritenuta violazione del principio di determinatezza.

Pertanto, al di là dell'enfaticizzazione del divieto di analogia a sfavore del reo operato nella [sentenza n. 98 del 2021](#), è possibile scorgere un ruolo ulteriore di tale divieto nel giudizio sulle leggi: si tratta di un ruolo che può dischiudere interessanti prospettive non solo nell'ottica della verifica dell'illecito interpretativo nei termini esposti in precedenza, ma anche nella giurisprudenza costituzionale relativa alla verifica del rispetto del principio di determinatezza ad opera delle disposizioni incriminatrici.

I giudici costituzionali finora si sono mossi «con molta cautela»¹⁶⁵ – eccezion fatta per alcuni casi del tutto marginali¹⁶⁶ – nell'assodare la violazione del principio di determinatezza ad opera di disposizioni che incorporano espressioni elastiche.

Attraverso la soluzione in questa sede prospettata la Corte potrebbe così arrivare a sanzionare con maggiore sistematicità le disposizioni penali per lesione di quel principio e così anche il divieto di analogia sarebbe maggiormente rispettato da parte dei giudici comuni.

¹⁶⁵ Così M. ROMANO, *sub art. 1*, cit., 43; in senso analogo cfr., *inter alios*, A. GARGANI, *La giurisprudenza costituzionale e la parte speciale del diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino 2017, 579-580, nonché N. PIGNATELLI, *sub art. 25*, in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, Bologna 2021, 189, il quale discorre di «relativizzazione» del principio di determinatezza ad opera della giurisprudenza costituzionale.

¹⁶⁶ Il caso maggiormente esponenziale di questi casi del tutto eccezionali e rarissimi è senz'altro quello rappresentato dalla [sent. n. 96 del 1981](#) in ordine al reato di plagio dichiarato incostituzionale sulla base di motivazioni – incentrate non sul criterio della non interpretabilità della disposizione incriminatrice, bensì sul criterio della cosiddetta verificabilità empirica – legate, sì, alla violazione del principio di determinatezza, ma a tal punto particolarissime da risultare inidonee ad essere applicate in eventuali giudizi successivi (ed infatti non sono state più applicate in seguito: ne è la dimostrazione vivente la [sent. n. 172 del 2014](#) che nel rigettare la questione di costituzionalità relativa al delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* cod. pen. ha ritenuto che reiterate minacce e molestie che comportino eventi quali un perdurante stato d'ansia o di paura ovvero un fondato per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto ovvero l'alterazione delle proprie abitudini di vita integrino «comportamenti effettivamente riscontrabili (e riscontrati) nella realtà» che il giudice può «appurare con ragionevole certezza»): cfr. P. PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.* 1988, 2157.