

Il volume è incentrato sulla tematica inerente le implicazioni del principio costituzionale del divieto di analogia in materia penale tanto nel suo aspetto rivolto al legislatore quanto nel suo profilo rivolto al giudice. Sotto questo secondo profilo il volume esamina altresì la tematica inerente la sanzionabilità della lesione del divieto di analogia in sede di giudizio sulle leggi. Il volume analizza anche il fondamento costituzionale del divieto in esame e la spinosa questione relativa alla distinzione fra analogia ed interpretazione estensiva.

ANDREA BONOMI è professore associato di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. È autore di altre monografie e di numerosi articoli su tematiche giuspubblicistiche e più in particolare in materia di fonti del diritto, di giustizia costituzionale e di diritti fondamentali.

ISBN 979-12-5965-210-2



9 791259 652102

€ 22,00

52

COSTITUZIONE E DIVIETO DI ANALOGIA IN MATERIA PENALE

A. BONOMI



PROFILI DI
INNOVAZIONE

52

Collana diretta da
Raffaele Guido Rodio
Vincenzo Tondi della Mura

ANDREA BONOMI

COSTITUZIONE E DIVIETO DI ANALOGIA IN MATERIA PENALE

Collana fondata da
ALDO LOIODICE

Su iniziativa
dell'Istituto di diritto Pubblico
della
Università degli Studi di Bari

CACUCCI  EDITORE
BARI

LA COLLANA "PROFILI DI INNOVAZIONE"

Nelle ricerche giuridiche i profili di innovazione sono talvolta assenti; ciò accade specialmente negli studi che, seguendo la moda o gli orientamenti delle riforme da tempo ventilate, proposte o elaborate, si legittimano con una sorta di rincorsa verso l'attualità che attira l'immediato interesse dei lettori. Tale tendenza rischia di collocare la riflessione giuridica, più seguita, nei periodici di informazione o nei quotidiani. Nell'eleganza della presentazione, nel carattere informato dell'esposizione o nella vivacità di elaborazione di molti studi, anche se in volumi consistenti o scritti sulle riviste giuridiche, spesso l'innovazione appare, ma rischia di perdersi in un'ondata di "consumismo" scientifico che lascia perdere le sue tracce dopo poco tempo, salvo rari casi di recupero da parte di qualche attento studioso che intende adempiere al dovere di dominare la letteratura anche più risalente, ma rilevante, sui temi affrontati. Emerge, in questa dimensione, una complessità e pesantezza di informazioni e dati (aggiornati talvolta *ad horas*) che si trasferiscono da un lavoro all'altro lasciando in ombra (se non oscurando) i profili stabili di innovazione che possono provocare un'efficace risposta pluridimensionale: scientifica, culturale, operativa e pratica. L'innovazione significativa nelle scienze giuridiche resta, alcune volte, in questi studi, consegnata a sintetiche riflessioni che, depurate dalla prolissità, dall'attualità o dagli sfoggi di erudizione, muovono approfondimenti e interessi conoscitivi, non di mera attualità, ma proiettabili in tempi più lunghi in cui si ravviva un dibattito culturale e scientifico di spessore. Questa tendenza richiede allora una rinnovata modalità di esposizione dei temi per verificarne, nella reazione conoscitiva, culturale e di ricerca che si provoca, il profilo di innovazione suscettibile di creare forme di liberazione della scienza e della conoscenza giuridica dallo scadimento nella mera osservazione dell'attualità, senza relegarsi in un ambito astratto ed alienante di esclusiva prospettazione teorica. Il dibattito scientifico-culturale a medio o a lungo termine, in questi casi di innovazione (o quanto meno contenenti la proposta di un profilo innovativo da verificare), deve impegnarsi su testi propositivi, anche sintetici, che offrano al lettore di varia estrazione un immediato risultato conoscitivo, persuasivo o meno (non interessa), di chiara identificazione nelle premesse, nell'impostazione, nelle conclusioni e nella documentazione di riferimento. Si può, in altri termini, utilizzare lo schema di una relazione scientifica su di un tema desumibile da uno o più documenti di base costituiti da fonti normative di rilievo, orientamenti giurisprudenziali, testi politici, economici, sociali, culturali e religiosi suscettibili di fornire alle riflessioni scientifiche profili giuridicamente rilevanti. In tal modo la sintesi espositiva congiunta ai documenti di base allegati o richiamati, può fornire elementi utili per un percorso di innovazioni seguito ed arricchito dagli studiosi di settore, ma aperto, interessante e stimolante per lettori non specializzati che vogliono rendersi conto dei nuovi istituti che si aprono nell'applicazione del diritto.

25 aprile 1999

Aldo Loiodice

PROFILI DI INNOVAZIONE

Collana diretta da Raffaele Guido Rodio e Vincenzo Tondi della Mura

Comitato Scientifico: Luca Antonini, Vincenzo Baldini, Paola Bilancia, Michele Carducci, Emilio Castorina, Elisabetta Catelani, Antonio D'Aloia, Antonio D'Andrea, Luigi D'Andrea, Antonio D'Atena, Gianmario Demuro, Filippo Donati, Mario Esposito, Francesco Gabriele, Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, Laura Lorello, Massimo Luciani, Alessandro Mangia, Stelio Mangiameli, Andrea Morrone, Anna Maria Nico, Ida Nicotra, Vasco Pereira da Silva, Anna Maria Poggi, Fabrizio Politi, Raffaele Guido Rodio, Roberto Romboli, Emanuele Rossi, Antonio Ruggeri, Gerardo Ruiz-Rico Ruiz, Antonio Saitta, Antonella Sciortino, Giovanni Serges, Massimo Siclari, Sandro Staiano, Vincenzo Tondi della Mura, Filippo Vari, Giuseppe Verde, Aljs Vignudelli, Lorenza Violini.

Comitato Editoriale: Andrea Bonomi, Marco Galdi, Nicola Grasso, Giuseppe Laneve, Maria Grazia Nacci, Mario Palma, Cecilia Pannacciulli, Michele Troisi.

Segreteria Editoriale: Giorgio Cataldo, Romina Cataldo, Antonello Denuzzo, Antonio Gusmai, Pasquale Procacci.

Le monografie pubblicate nella collana sono sottoposte a procedura di valutazione secondo il sistema di peer review a doppio cieco.

La medesima procedura è adottata per ogni singolo contributo dei volumi collettanei.

Gli atti della procedura di revisione sono consultabili presso il Direttore.

Andrea Bonomi

**COSTITUZIONE E DIVIETO DI
ANALOGIA IN MATERIA PENALE**

CACUCCI  EDITORE
BARI

Volume stampato con il contributo dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Il volume è stato pubblicato nel mese di febbraio 2023

ISBN: 979-12-5965-210-2

© 2023 Cacucci Editore – Bari
Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacuccieditore.it> – e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

INDICE

Introduzione pag. 9

CAPITOLO I

L'INCOMPATIBILITÀ LOGICA FRA IL PROCEDIMENTO ANALOGICO E IL DIRITTO PENALE

1. La tesi della compatibilità logica fra la materia penale e l'operazione analogica esposta da Norberto Bobbio » 19
2. La tesi dell'incompatibilità logica fra la materia penale e l'operazione analogica » 24

CAPITOLO II

IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DEL DIVIETO DI ANALOGIA IN MATERIA PENALE

1. La tesi che rinviene il fondamento costituzionale del divieto di analogia in materia penale nella certezza del diritto » 35
2. La tesi che individua il fondamento costituzionale del divieto di analogia in materia penale nel principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 Cost. » 39
3. La tesi che identifica il fondamento costituzionale del divieto di analogia in materia penale nella riserva di legge e nel principio di determinatezza delle fattispecie criminose previsti dall'art. 25, comma 2 Cost. » 51

CAPITOLO III

L'ASPETTO DEL DIVIETO DI ANALOGIA IN MATERIA PENALE RIVOLTO AL LEGISLATORE

1. Premessa » 59
2. Le fattispecie ad analogia esplicita » 61
3. La giurisprudenza costituzionale relativa alle fattispecie ad analogia esplicita: A) La sentenza n. 27 del 1961 – Segue: B) La sentenza n. 120 del 1963 – Segue: C) La sentenza n. 327 del 2008 » 67

CAPITOLO IV

L'ASPETTO DEL DIVIETO DI ANALOGIA IN MATERIA PENALE RIVOLTO AL GIUDICE

1. Premessa pag. 82
2. La sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale – A) Il divieto di analogia a sfavore del reo fra assolutezza del “valore” del divieto di analogia in materia penale e “subordinazione” dell’interpretazione conforme a Costituzione ai significati letterali della disposizione incriminatrice – Segue: B) Il divieto di analogia a sfavore del reo fra prospettiva sovranazionale e prospettiva interna – Segue: C) Il divieto di analogia a sfavore del reo e la riferibilità della disposizione incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali » 82
3. La problematica distinzione teorica fra l’interpretazione estensiva e l’analogia a sfavore del reo A) La negazione della stessa distinzione concettuale fra interpretazione estensiva ed analogia: la tesi del “primo” Bobbio – Segue: B) La tesi dell’affermazione di una distinzione concettuale fra interpretazione estensiva ed analogia – Segue: C) La tesi secondo la quale interpretazione estensiva ed analogia, pur concettualmente separate, devono essere ritenute entrambe vietate in materia penale – Segue: D) La tesi secondo la quale l’interpretazione estensiva, contrariamente all’analogia, è ammissibile nel campo penale e l’individuazione del criterio distintivo fra le due » 109
4. Gli aspetti problematici che derivano dalla distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia sul piano pratico A) L’ipotesi in cui il legislatore impiega nella disposizione incriminatrice espressioni chiare e precise – Segue: B) L’ipotesi in cui il legislatore impiega nella disposizione incriminatrice espressioni vaghe e indeterminate » 130

CAPITOLO V

LA SANZIONABILITÀ IN SEDE DI GIUDIZIO SULLE LEGGI DELLA LESIONE DEL DIVIETO DI ANALOGIA A SFAVORE DEL REO NEL PROFILO RIVOLTO AL GIUDICE

1. La diffusa tesi della non sanzionabilità della lesione del divieto di analogia in materia penale in sede di giudizio sulle leggi » 161
 2. Una nuova tesi: la sanzionabilità della lesione del divieto di analogia in materia penale in sede di giudizio sulle leggi » 164
- Bibliografia » 183

INTRODUZIONE

Se esiste un principio costituzionale scarsamente indagato dalla dottrina costituzionalistica, questo è il divieto di analogia – e, più specificamente, di analogia *in malam partem*¹ – in materia penale, divieto

¹ È noto infatti che, nonostante l'avviso contrario espresso da alcuni pur autorevoli commentatori (cfr., per es., P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975, 117; G. MARINI, Nullum crimen, nulla poena sine lege. a) *diritto penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano 1978, 958 e *ivi* nota 38; 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, 257, secondo i quali il divieto di analogia opera anche rispetto alle norme favorevoli al reo ed in particolare a quelle che prevedono scriminanti), la dottrina largamente maggioritaria ritiene ammissibile l'analogia *in bonam partem*. Secondo una tesi autorevolmente avanzata (cfr., fra gli ultimi, G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano 2021, 90) – che sembrerebbe accolta anche nella giurisprudenza di legittimità [cfr. Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381 (punto 11 del cons. in dir.)] – il divieto di analogia in materia penale opera soltanto qualora l'applicazione analogica vada a sfavore dell'agente: l'art. 1 cod. pen. e l'art. 14 delle preleggi vietano al giudice di fare ricorso all'analogia per punire fatti penalmente irrilevanti o per applicare pene più gravi di quelle previste dalla legge; ne segue che il divieto di analogia non si estende alle norme che escludono o che attenuano la responsabilità (analogia *in bonam partem*). Tuttavia, pur se ammissibile in linea di principio l'applicazione analogica delle norme favorevoli all'agente, il ricorso all'analogia va incontro a tre limiti: a) la norma non deve ricomprendere il caso in esame neppure se interpretata estensivamente; b) la lacuna individuata dall'interprete non deve essere intenzionale, cioè frutto di una precisa scelta del legislatore; c) la norma favorevole non deve avere carattere eccezionale. Assai discussa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza è in modo particolare la tematica consistente nell'appurare se l'analogia a favore del reo sia ammissibile in relazione a cause di giustificazione, a scusanti e a cause di esclusione della punibilità e circostanze attenuanti. In tema vedansi G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 91-93. Anche F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in www.sistemapenale.it 22 marzo 2021, § 5, osserva che «nel nostro mondo penalistico l'analogia è bandita *in malam partem* e da una parte minoritaria ma autorevole della dottrina è vista con diffidenza e sospetto anche quando sia *in bonam partem* a causa della componente di *incertezza* dei confini del punibile che essa comunque comporterebbe. Ma l'analogia è strumento di *giustizia*: non va dimenticato che, specie in un mondo giuridico complesso in

in cui si sostanzia quello che viene comunemente definito come il principio di tassatività².

Eppure risulta ormai fuori discussione l'assoluta rilevanza costituzionale del principio in questione, che, ad eccezione di qualche

cui il legislatore fatica a star dietro all'evoluzione sociale, il sacrificio implicato dal divieto di analogia è grande. È un sacrificio doveroso quando è in funzione di tutela della libertà, ma non si vede perché esitare e manifestare diffidenza verso l'analogia quando non produce effetti sfavorevoli».

² La *communis opinio* riferisce la formula principio di tassatività da una parte al divieto, ricavabile dalla Costituzione, nei confronti del legislatore di consentire l'applicazione analogica di una disposizione penale e dall'altra parte al divieto, anch'esso inferibile dalla Carta costituzionale, nei riguardi del giudice di applicare analogicamente la disposizione incriminatrice (così che T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 1993, 31, può osservare che la determinatezza «si proietta all'interno della fattispecie, vincolandone il modo di formulazione legislativa», mentre la tassatività «costituisce... lo sbarramento esterno della fattispecie stessa, impedendo che essa possa essere riferita ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta», ragion per cui «la determinatezza impone... al legislatore di procedere alla redazione di precetti penali dal contenuto precisamente definito; la tassatività preclude al giudice di estendere per analogia la loro applicazione»). Tuttavia è opportuno precisare che alcuni commentatori identificano la formula principio di tassatività con il principio di determinatezza delle fattispecie criminose attribuendo alla stessa dunque il significato secondo cui le disposizioni incriminatrici devono essere formulate in modo preciso ed intelleggibile: cfr., esemplarmente, G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.* (web) 30 luglio 2017, 3 e 5; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova 2020, 67, la cui posizione, però, è un po' particolare perché l'Autore sostiene che il principio di tassatività sta ad indicare «nella sua intrezza» il dovere per il legislatore di procedere al momento dell'approvazione della disposizione incriminatrice ad una precisa determinazione della fattispecie legale affinché risulti tassativamente stabilito ciò che è e ciò che non è penalmente rilevante e il divieto per il giudice di applicare la disposizione a casi da essa non espressamente previsti e quindi dell'analogia. La Corte costituzionale, che pure nella dec. n. 247 del 1989 ritenne la formula principio di determinatezza – intesa, lasciando la parola alla suddetta pronuncia, come il “modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma” – preferibile rispetto ad altre formule ed in particolare a quella di tassatività, nella sua più recente giurisprudenza sembra non aver voluto differenziare tali formule: lo dimostra la sent. n. 278 del 2019 in ordine al reato di favoreggiamento della prostituzione in cui la Consulta specifica che “con la medesima sentenza n. 141 del 2019, questa Corte ha ritenuto, altresì, infondata la questione di legittimità costituzionale della sola figura del favoreggiamento, per asserito contrasto con il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice: questione che il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale ordinario di Reggio Emilia oggi ripropone evocando, con significato equivalente, il «principio di precisione»” (con corsivo nostro).

isolata opinione contraria³, è dai più ritenuto di derivazione illuministica⁴.

³ Il riferimento è a M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, 96-97, secondo il quale è «frutto di un'intuizione tanto affrettata quanto gratuita» la diffusa credenza che l'origine storica e la fondazione teoretica dei divieti di analogia quali istituti propri del diritto penale sia da ricercare nel pensiero illuministico e quindi liberale perché «salva l'origine storica che è ben più remota, il pensiero illuministico, nonché offrire fondamenti teoretici a divieti d'analogia propri del diritto penale, li offre, per arbitrari che siano, a un generale ripudio dell'analogia, che in effetti ricorre in quel pensiero. Sotto un profilo storico è vero soltanto che nel porre al bando l'analogia, il pensiero illuminista non fu esente da un motivo di reazione polemica contro l'arbitrio caratteristico della giustizia punitiva nei regimi di monarchia assoluta... Ed è anche vero che di derivazione illuministica furono le prime moderne statuizioni legislative di divieti d'analogia in diritto penale, anteriori, contemporanee o successive alla rivoluzione francese. Sotto un profilo teoretico, poi, è ben noto che il pensiero illuminista perviene a un generale ripudio dell'analogia, implicito nella tesi... che propugna la totale passività del giudice di fronte al testo legislativo, cioè l'esclusione in ogni settore dell'ordinamento, non tanto dell'analogia, quanto di ogni forma di interpretazione di quel testo».

⁴ Sul punto cfr. G. VENZI, *Analogia*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino 1937, 437, il quale osserva che solo con le tesi esposte dal Beccaria il divieto dell'applicazione analogica in materia penale fu rigorosamente disposto ed applicato, mentre prima dell'avvento di quelle tesi l'analogia era largamente applicata in quella materia al punto tale che «ciò valeva lasciare in balia del giudice l'onore e la libertà dei cittadini»; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma 1990, 5, il quale ricorda che il divieto di analogia *in malam partem* «risale a matrici illuministiche: le digressioni diagnostiche *de ratione legis* ripugnano all'universo legale elucubrato dai *philosophes*, esplicito, saturo, geometrico, illusoriamente univoco; le regole positive sul *référé*, ovviamente rimaste sulla carta, aspirano a un automatismo operativo senza termini interpretabili dal giudice, tutto essendo predefinito; nel sogno illuministico ogni dettato appartiene a una lingua altamente artificiale, dove ogni variabile sia sciolta e non esistano aloni né residui». In un lavoro specificamente dedicato all'approfondimento della posizione del giudice di fronte alla legge nel periodo comunale U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova 1955, 67-73, ricorda che «nel campo penale il principio di giustizia fondato su quello di uguaglianza, che è alla base della costituzione comunale, ha il massimo rilievo, data l'importanza della materia che involge direttamente la persona del reo e le pene concretamente a contatto con la legge e con l'autorità che la rappresenta e l'eseguisce. Ora il procedimento analogico, cioè l'applicazione di una uguale legge, e di una uguale pena a tutti i casi aventi una uguale *ratio*, anche se il legislatore non ne avesse espressamente previsti che alcuni determinati, veniva suggerito spontaneamente da un ben inteso principio di uguaglianza. Infatti si pensava:... il legislatore, di fronte al caso sfuggito alla sua attenzione, disporrebbe oggi analogamente a quanto già ebbe a disporre per casi simili» (p. 67); ancora «nel diritto statutario non vigono... le massime “nullum crimen sine lege” e “nulla poena sine lege” o “sine proevia lege penali”, come le intese la dottrina moderna. Dopo l'Illuminismo, con queste apodittiche proporzioni, si volle significare il divieto della applicazione del procedimento analogico “in malam partem” in materia penale, come quello che porrebbe l'uomo e non la legge al di sopra del cittadino nel campo penale, ove

Dopo che – soprattutto in tempi passati – qualche voce dottrinale sostenne l’assenza di copertura ad opera della Costituzione in relazione ad esso⁵, attualmente, sulla scorta anche di quanto si evince

ogni arbitrio gronda più facilmente di lacrime e di sangue perché tocca la libertà individuale. Possiamo tuttavia dire che quelle massime vigono nel loro senso più vero; cioè che il principio – che è il vero fondamento delle massime stesse – della precostituzione e della certezza della norma e quello della riserva della legge penale vigono indubbiamente nella legislazione statutaria; pur che non si intendano questi principii, come si suol fare erroneamente, come divieto dell’applicazione dell’analogia, ma come affermazione che solo e sempre alla legge – e naturalmente legge certa e precostituita – spetta in definitiva la incriminazione e la punizione di un fatto anche se si tratta di legge emanata per un caso simile» (pp. 70-71); e infine «l’applicazione del procedimento analogico, che oggi si vorrebbe escludere nelle materie penali per amor della legge, garanzia dei cittadini, nella età intermedia era... voluta per amor della legge e non metteva per nulla in pericolo – come si temette dall’Illuminismo in poi, quando la vietata applicazione dell’analogia in diritto penale divenne la bandiera della libertà individuale – quei diritti soggettivi di libertà che i Comuni difendevano, affermando i quali, anzi, erano sorti» (pp. 72-73).

⁵ Il riferimento è in particolare ai seguenti autori: M. BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, cit., 85 ss., secondo il quale, se nel suo significato letterale il brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* «vale ad esprimere una riserva a favore della legge, non vale ad esprimere un divieto d’analogia, non potendosi dire *sine lege* il *crimen* che si configurasse in base a una non vietata interpretazione analogica, né la *poena* che di conseguenza venisse irrogata» (p. 86) e dunque «quanto all’art. 25 II co. Cost... si deve ritenere, ritenuta la funzione interpretativa dell’analogia, che la norma attribuisca carattere di costituzionalità non a un divieto d’analogia, ma solo al principio di riserva a favore della legge e a quello dell’irretroattività della legge penale» (p. 91), nonché ID., *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’Autore – «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 preconcetto 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*»; C.F. GROSSO, *L’art. 121 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 773 e il divieto di analogia in diritto penale*, in *Giur. it.* 1961, I, 1, 1055, secondo il quale, «se si confronta la lettera dell’art. 25, 2° comma, Cost. con quella dell’art. 1 codice penale, appare immediata la considerazione che nel primo manca, accanto all’affermazione che la legge soltanto è fonte ammessa di diritto penale, il termine significativo del divieto di analogia. Questa circostanza, alla quale si può aggiungere il fatto che ogniqualevolta il legislatore ha riguardo alla interpretazione analogica

dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente⁶, tanto la pressoché unanime dottrina penalistica⁷ quanto la giurisprudenza dei giudici comuni ed in particolar modo della Corte di Cassazione⁸ nonché quella

impiega locuzioni specifiche, e non una meramente indicativa della riserva di legge (precisa disposizione, oltre i tempi ed i casi considerati, ecc.), ci sembra costituire un indice sufficientemente univoco del fatto che la semplice formula “nessuno può essere punito se non in forza di una legge...” non possa essere intesa come espressione utile ad indicare il divieto di analogia»; 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. in modo dubitabile può ancorarsi il divieto di analogia impiegando esso termini molto meno «precisi» rispetto all'art. 1 cod. pen.; F. CORDERO, *Legalità penale*, cit., 5, secondo cui «non vigono limiti costituzionali all'analogia penale (o almeno è dialetticamente arrischiata l'opinione opposta): l'art. 25, 2° co., impone una legge anteriore al fatto, e tale requisito risulta adempiuto dall'eventuale condanna in base a norme analogicamente inferite»; 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'Autore peraltro – a p. 56 – osserva comunque che «qualsivoglia divieto di analogia è destinato a naufragare».

⁶ Ricorda che durante i lavori preparatori nella lettera del comma 2 dell'art. 25 Cost. fu riconosciuta la prescrizione non solo dell'irretroattività della legge penale, ma anche della determinatezza della fattispecie di reato e del divieto di analogia P.G. GRASSO, *Il principio “nullum crimen sine lege” nella Costituzione italiana*, Milano 1972, 78 e *ivi* nota 65 per riferimenti agli interventi e alle discussioni al riguardo in sede di Assemblea costituente.

⁷ Basti per tutti ricordare le pregnanti osservazioni di G. VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 162-163, il quale si pone la seguente domanda: «come si potrebbe pensare che il Costituente, all'indomani tra l'altro di esperienze condannate sul piano politico, come quella sovietica del 1925 e quella nazional-socialista del 1935, non avesse in animo di vietare il ricorso all'analogia anche al futuro legislatore penale? E volesse fare invece, in un certo senso, un passo indietro rispetto ai contenuti chiarissimi dell'art. 1 c.p. e dell'art. 14 delle Preleggi, che sempre erano stati citati come consacrazioni solenni del principio “nullum crimen, nulla poena sine lege” e che secondo alcuni scrittori già facevano parte della nostra costituzione materiale?». L'Autore nel collegare il principio di tassatività all'art. 25 Cost. conclude il suo pensiero così: «pur non essendo il ricorso analogico, in se stesso, un arbitrio, esso è stato usato – e potrebbe essere usato – per finalità arbitrarie persecutorie e in definitiva *contra legem*. La tassatività delle incriminazioni e delle pene è un principio di alto contenuto politico e non si può pensare che l'art. 25 Cost., codificato in quella parte della Costituzione che è dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, abbia inteso trascurarlo».

⁸ Cfr., per tutte e con toni assai nitidi, Cass., Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959, in cui si trova scritto che “la Corte non ignora l'esistenza di ragioni... di rispetto dei principi fondamentali di stretta legalità e tassatività delle norme incriminatrici” (punto 1.4 del cons. in dir.) e la già citata Cass., Sez. Un., 26 novembre 2020, n. 10381, secondo cui “il divieto di analogia in materia penale, ricondotto all'art. 25 Cost.,... si rivolge alle... disposizioni punitive... In sostanza, l'art. 25, comma 2, Cost. proibisce... l'analogia *in malam partem*” (punto 11 del cons. in dir.).

della Corte costituzionale⁹ sono concordi nel riconoscerne la copertura costituzionale. Più avanti esamineremo meglio questo profilo; per il momento ci limitiamo ad osservare che non mancano divergenze in ordine alla norma della Carta costituzionale a cui agganciare tale principio¹⁰.

Ne consegue che nel settore penale il ricorso all'analogia è precluso non solo in virtù di quanto, come è a tutti noto, prevedono sia l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale¹¹ sia gli artt. 1 cod. pen.¹²

⁹ Cfr. in modo particolare la sent. n. 98 del 2021 alla quale si dedicheranno approfondimenti successivi, ma già in precedenza la sent. n. 447 del 1998 in cui si trova scritto *expressis verbis* che “è principio essenziale in campo penale, e garanzia fondamentale per la persona, che non si possa addebitare a titolo di reato alcuna condotta diversa ed ulteriore rispetto a quelle in tal senso esplicitamente qualificate da una legge in vigore al momento della commissione del fatto (art. 25, secondo comma, della Costituzione). Solo il legislatore, dunque, può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali. È il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a cui si riconducono sia la riserva di legge vigente in materia penale, sia il principio di determinatezza delle fattispecie penali (non potendosi lasciare che la individuazione della condotta incriminata dipenda da valutazioni discrezionali del giudice, e quindi non sia prevedibile da parte del destinatario della legge penale: cfr. sentenza n. 364 del 1988), sia il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici. Al di fuori dei confini delle fattispecie di reato, come definiti dalla legge, riprende vigore il generale divieto di incriminazione, anche là dove siano configurabili altre ipotesi di illecito e di responsabilità non sanzionate penalmente” (punto 3 del cons. in dir.).

¹⁰ Anche tale profilo sarà oggetto di successivi approfondimenti.

¹¹ “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”.

¹² “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* previsto dalla legge come reato” (con corsivo nostro).

Sul “rapporto” fra l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale e l'art. 1 cod. pen. cfr. G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Milano 1942, 34-35, il quale rileva che di fronte al disposto di cui all'art. 1 cod. pen. l'art. 14 delle Preleggi ha, «malgrado la manifesta ripetizione, un valore altissimo di conferma e di ulteriore consacrazione legislativa; in quanto che a dieci anni di distanza esso viene a ribadire inequivocabilmente un principio che proprio nel decennio intercorso tra le due disposizioni è stato sottoposto a varie critiche anche presso di noi e che – soprattutto – è stato giudicato espressione di sorpassate concezioni liberali, e conseguentemente ripudiato, da regimi politici analoghi al regime vigente in Italia, come quello nazionalsocialista germanico». In argomento cfr., in tempi più recenti, 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 dicembre 2016, 9; G. LICCI, *Criteri ermeneutici nel diritto penale. Il conflitto fra Stato di diritto e Stato di giurisdizione nell'ordinamento italiano*, Napoli 2016, 83-94.

e 199 cod. pen.¹³, ma anche secondo i dettami della Costituzione.

Sulla base di quanto appena osservato e cioè dello strettissimo collegamento esistente fra le suddette disposizioni legislative e la Carta costituzionale¹⁴ risulta evidente, peraltro, che per la loro eventuale modifica o addirittura abrogazione non sarebbe sufficiente il normale procedimento previsto per l'approvazione delle leggi ordinarie, ma risulterebbe necessario il procedimento aggravato di revisione costituzionale¹⁵.

Questa conclusione perderebbe validità nell'ipotesi in cui si ritenesse che il "canone ermeneutico"¹⁶ rappresentato dal divieto di analogia in materia penale si concretizza in un principio supremo della Costituzione: ipotesi, quest'ultima, che, come si vedrà meglio nel

¹³ "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza fuori dei casi dalla legge preveduti".

¹⁴ Per un collegamento fra l'art. 25 Cost. e l'art. 1 cod. pen. cfr. la sent. n. 19 del 1974 Corte cost. in cui si trova scritto che "l'art. 25 citato 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" (punto 3 del cons. in dir.).

¹⁵ Così, nelle sue conclusioni, anche – sia pure scomodando, in sede di motivazione, il "concetto" di costituzione materiale – A. PAGLIARO, *Legge penale*. a) *Principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 1041-1042, il quale sostiene che gli artt. 1 e 199 cod. pen. «in quanto concernono la tutela dei diritti fondamentali, appartenevano alla costituzione materiale già prima che, con l'art. 138 Cost., venisse creata la categoria delle leggi formalmente costituzionali, per l'emanazione delle quali è previsto un procedimento aggravato. Ora, l'entrata in vigore della Costituzione non ha fatto venire meno la validità degli artt. 1 e 199 c.p., dato che questi non solo non contrastano con alcuna disposizione contenuta nella Costituzione stessa, ma addirittura esprimono nel modo più preciso quel che è statuito nei due capoversi dell'art. 25 Cost. Ciò significa che gli artt. 1 e 199 fanno tuttora parte della costituzione materiale con la conseguenza che, per la loro modifica, sarà richiesto, come per ogni altra modifica della costituzione materiale, il procedimento aggravato di revisione costituzionale, e non il normale procedimento previsto per l'emanazione delle leggi ordinarie».

Tutt'altro il discorso da svolgersi per la parte dell'art. 14 delle Preleggi che si riferisce alle disposizioni eccezionali: è stato infatti osservato che «si può... seriamente dubitare della conformità a Costituzione dello stesso divieto di estendere analogicamente disposizioni eccezionali, dato che questo può essere sempre operato attraverso il sindacato di costituzionalità condotto alla stregua del principio di eguaglianza, quando pone limiti esterni alla intrinseca *ratio* delle norme considerate» (così A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano 1976, 46 nota 4; in senso conforme si esprime A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino 1999, 53 nota 13).

¹⁶ Così la sent. n. 98 del 2021 Corte cost. (punto 2.4 del cons. in dir.).

prosieguo, sembrerebbe corroborata di veridicità dalla sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021.

È evidente infatti che neppure il procedimento di revisione costituzionale potrebbe essere sufficiente al fine di abrogare gli artt. 1 e 199 cod. pen. qualora il divieto in esame fosse qualificato un principio supremo.

D'altra parte, l'importanza del divieto di analogia in materia penale si coglie non solo, appunto, per il rilievo costituzionale che allo stesso deve essere riconosciuto, ma anche e, anzi, ancora prima per il suo contenuto: esso presenta in effetti profili di estrema delicatezza tanto da renderlo «una delle pietre angolari dell'edificio penalistico moderno»¹⁷.

Il divieto di analogia *in malam partem* impedisce infatti sia al giudice sia al legislatore di estendere la disciplina contenuta nelle disposizioni incriminatrici¹⁸ al di là dei casi in esse espressamente previsti e quindi non soltanto, come è ovvio che sia, a casi totalmente diversi ed eterogenei rispetto a quelli *expressis verbis* contemplati dalla legge, ma anche a casi simili.

Questa affermazione è valida anche qualora le stesse esigenze di tutela (l'*eadem ratio*) che stanno alla base della disposizione incriminatrice avessero potuto indurre il legislatore ad inserire nella previsione espressa quei casi simili non contemplati¹⁹.

Anche se il tema sarà oggetto di successivi approfondimenti si può fin da subito osservare che il divieto in esame ha dunque un contenuto molto rilevante perché esso è preposto alla tutela del *favor liber-*

¹⁷ Così M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, 1, secondo il quale «insinuare dubbi sulla sua idoneità a sostenere quell'edificio, insieme con gli altri corollari del principio di legalità, non può che apparire ai più come una profanazione di valori e credenze indiscutibili...».

¹⁸ ... ovvero le disposizioni penali in senso stretto dette anche punitive o imperative o proibitive, ossia quelle che «configurano, in forma semplificata od in forma aggravata, un reato e per esso prevedono l'applicabilità, in genere, di determinate specie di pena»: così G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, cit., 33-34, il quale rileva che a tali disposizioni devono essere poi aggiunte, in virtù dell'art. 199 cod. pen., le disposizioni che prevedono l'applicabilità di misure di sicurezza contro gli stati di pericolosità criminale.

¹⁹ Come osserva E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano 2004, 95, l'interprete penalistico va considerato, «con un'immagine calviniana, 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. Il divieto di interpretazione analogica segna, infatti, una netta – almeno in via astratta – linea di confine tra il penale ed il resto del mondo giuridico».

tatis contro ogni limitazione dalla legge non espressamente stabilita: in altri termini, tale divieto è espressione del monopolio del legislatore nella configurazione dei reati e mira a garantire i consociati nei riguardi dei possibili arbitrii del potere giudiziario.

Infine, oltre che per il fondamento costituzionale e per il contenuto, l'importanza del principio di tassatività si coglie anche sotto il profilo della garanzia del rispetto di esso: in altri termini, la lesione di questo principio è giustiziabile e, se sì, eventualmente in quale misura e con quali modalità?

Il lavoro in oggetto è volto proprio ad indagare più a fondo la copertura costituzionale, il contenuto e le modalità attraverso le quali deve o può essere garantito il rispetto del divieto di analogia *in malam partem*.