

**Università degli studi di Modena e Reggio Emilia**

**Dipartimento di Giurisprudenza**

**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

Tesi di Laurea in Diritto Penale

**L'analogia *in malam partem* nella giurisprudenza**

**Relatore:**

**Chiar.mo Prof. Massimo Donini**

**Candidato:**

**Antonio Della Pietra**

**Anno Accademico 2014-2015**



*A chi mosso da brama e da sete di conoscenza vede ogni traguardo come mero  
inizio di un nuovo, incessante, peregrinare ed apprendere.*



*“ E così, piange, che giunse anelo:  
piange dall’occhio nero come morte:  
piange dall’occhio azzurro come cielo.*

*Chè si fa sempre (tale è la sua sorte)  
nell’occhio nero lo sperar, più vano:  
nell’occhio azzurro il desiar, più forte.*

*Egli ode belve fremere lontano,  
egli ode forze incognite, incessanti,  
passargli a fronte nell’immenso piano,  
come trotto di mandre d’elefanti.”*

G. Pascoli, *Alexandros*, V, in *Poemi conviviali*.







### *Premessa*

La presente trattazione si propone di analizzare l'analogia, intesa in primo luogo come base inferenziale ed in seconda istanza quale *adminiculum* ermeneutico. L'iter argomentativo prende le mosse dal saggio di Enzo Melandri al fine di indagare i rapporti tra logica ed analogia, nonché la struttura stessa del ragionamento analogico. Dissertare di analogia, significa, una volta posta l'inferenza nel diritto, carpirne le multiple e recondite implicazioni ai fini del principio di legalità. Il giudizio di compatibilità tra l'analogia e l'art. 25 Cost. non può prescindere dall'inclusione o per converso dall'esclusione dell'analogia dall'*ars* ermeneutica; palesemente un'esclusione relegherebbe l'analogia nella poiesi, rendendola, in ordine al diritto penale, incompatibile con il monopolio del legislatore. La prima parte dell'elaborato, si conclude, con un'analisi della riforma del §2 *Stgb* tedesco, seguendo le valutazioni di Giuliano Vassalli, si tenta mediante uno sguardo al passato di rilevare prospetticamente le possibili conseguenze di una libero ricorso all'analogia. Così, spalancare i cancelli del diritto penale all'analogia significherebbe assicurare un arbitrio pressoché illimitato agli organi giudicanti, data la doppiezza del rapporto di simiglianza e la vaghezza della *ratio legis*, ambedue termini aperti a molteplici intendimenti. Posta l'analogia nella creazione del diritto, ritenutala di qui confliggente con il principio di riserva di legge e tassatività-determinatezza, concepita altresì quale ragionamento incerto né garante dell'uguaglianza, pare doversi auspicare, non un travalicamento del divieto ex art. 14 prel., bensì un suo rafforzamento. La seconda parte dell'opera, è rivolta all'analisi di alcuni casi giurisprudenziali, più propriamente di alcune fattispecie del codice penale, che, a causa della discutibile tecnica legislativa e dell'altrettanto discussa prassi giudiziale, sono state oggetto di sentenze, non sempre scaturigine di una legittima ermeneutica. Citando il caso della turbata libertà degli incanti (353 c.p.), la norma sanziona la turbativa

commessa nel corso di licitazioni private ed incanti, termini specifici, atti ad indicare peculiari modalità di scelta del contraente da parte della P.A.; ebbene in plurime decisioni recenti, la giurisprudenza, anche di Cassazione, ha esteso l'applicabilità della fattispecie, colà dove alcuna di queste due procedure era in corso. L'estendere la normativa vigente dal caso regolamentato, licitazione privata, a quello penalmente irrilevante, trattativa privata, ragionando sulla base di una mera *similitudo*, o *peior*, mossi da esigenze giustizialiste, significa esorbitare il testo di legge compiendo ciò che facilmente può definirsi analogia *in malam partem*. L'elemento decisivo, nel tentativo di scorgere l'analogia risiede, esattamente, nella tendenza di questa a trascendere il testo; ancor più sintomatico poi, è l'asserire che si tratti di interpretazione estensiva al fine di legittimare l'*extensio*. La scelta di collocare l'analogia fuori dal diritto penale, l'ostracizzarla e camuffarla con stracci e campanello, in guisa di lebbroso medievale, ha una ratio ben precisa, assicurare la certezza del diritto, limitare un arbitrio giudiziale altrimenti incontrollabile, regolare il divenire della normativa, affinché questo sia razionale e non consecutio di pulsioni sociali. Allo stesso modo, si aggiunga, è necessario affinare notevolmente i sensi per smascherare apparenti interpretazioni estensive, l'analogia per quanto travisata o negata, ad ogni passo provoca un tintinnio, così, si affini l'udito e si prepari l'όστραχον, affinché l'esilio non sia pari ad una decade, bensì, imperituro.





## *L'analogia in malam partem nella giurisprudenza*

### INDICE SOMMARIO

#### Parte prima

#### Capitolo I

##### *Prolegomeni: teoria , storia e prassi moderna dell'analogia*

<b>I.I L'inferenza analogica: cenni introduttivi al ragionamento analogico, e schema generale dell'analogia.....</b>	<b>29</b>
I.I.1 L'inferenza analogica: <i>analogia e ragionamento paradigmatico: valore probativo dell'esempio e capacità mediatrice.....</i>	<i>33</i>
I.I.2 L'inferenza analogica: <i>Logica ed Analogia, i pilastri del calcolo logico ed analogico, similarità e differenze.....</i>	<i>39</i>
<b>I.II Lo schema analogico calato nel diritto: cenni generali sull'analogia giuridica, la presunta certezza dell'inferenza.....</b>	<b>47</b>
I.II.1 Lo schema analogico calato nel diritto: <i>Gianformaggio e la denegata certezza del ragionamento analogico.....</i>	<i>51</i>

I.II.2 Lo schema analogico calato nel diritto: <i>Engisch ed il concetto di somiglianza analogica</i> .....	51
I.II.3 Lo schema analogico calato nel diritto: <i>l'analogia tra interpretazione e creazione, brevi cenni di un ampio dibattito</i> .....	51

## Capitolo II

### *L'analogia nel diritto: percorso storico, dottrinale e giurisprudenziale*

Premessa.....	54
---------------	----

#### Sezione storica

II.I Breve storia dell'analogia nel diritto: <i>gli albori dell'analogia legis, l'argumentum a simili ai tempi dello jus commune</i> .....	56
II.I.1 Breve storia dell'analogia nel diritto: <i>l'extensio e l'interpretazione giuridica, alcune voci dottrinali in epoca cinque-secentesca</i> .....	57
II.I.2 Breve storia dell'analogia nel diritto: <i>la Dialettica legale e i concetti di locus, argumentum argumentatio</i> .....	59
II.I.3 Breve storia dell'analogia nel diritto : <i>la giurisprudenza dialettica e la vexata quaestio dell'extensio ad similem o ad eandem</i> .....	61
II.I.4 Breve storia dell'analogia nel diritto: <i>Teologia morale ed analogia</i> .....	63

II.I.5 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>la nascita della dizione “interpretazione analogica”</i> .....	64
II.I.6 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>l’analogia nella temperie giusnaturalista</i> .....	65
II.I.7 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>comparsa dell’analogia in accezione moderna, uno strumento per colmare le lacune</i> .....	66
II.I.8 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>Thibault e l’unificazione concettuale di analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	67
II.I.9 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>Savigny e la sceverazione tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	67
II.I.10 Breve storia dell’analogia nel diritto: <i>breve cenno alla dottrina italiana dei primi del Novecento ed osservazioni conclusive</i> .....	68

### **Sezione normativo-dottrinale**

<b>II.II Analogia e principio di legalità: i corollari del principio di legalità e critiche alla tecnica legislativa</b> .....	70
II.II.1 Analogia e principio di legalità: <i>l’art. 434 c.p. e la questione di legittimità costituzionale, un caso problematico di “indeterminatezza” della fattispecie</i> .....	71
II.II.2 Analogia e principio di legalità: <i>l’art. 603 c.p., un altro caso di indeterminatezza della legge penale</i> .....	75
II.II.3 Analogia e principio di legalità: <i>L’indirizzo consolidato della Corte Costituzionale in materia di “determinatezza” delle fattispecie</i> .....	78

<b>II.III Analogia legis et juris fondamenti normativi: una necessaria critica alla concezione volontaristica</b> .....	81
II.III.1 Analogia legis et juris fondamenti normativi: <i>I fondamenti normativi dell'analogia nel diritto</i> .....	84
II.III.2 Analogia legis et juris fondamenti normativi: <i>l'analogia nella sua duplice accezione, alcune voci dottrinali</i> .....	85
II.III.3 Analogia legis et juris fondamenti normativi: <i>ancora sui fondamenti normativi dell'analogia, Bobbio e la criticata "ovvietà" dell'art. 12 prel</i> .....	87
II.III.4 Analogia legis et juris fondamenti normativi: <i>Il presunto fondamento ugualitario dell'analogia</i> .....	88
II.III.5 Analogia legis et juris fondamenti normativi: <i>critica all'assunto ugualitario</i> .....	89
<b>II.IV I divieti espressi ed impliciti di analogia: cenni introduttivi</b> .....	92
II.IV.1 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Garofoli ed principio di determinatezza come fondamento del divieto di analogia in materia penale</i> .....	93
II.IV.2 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Padovani e "lo svilimento della determinatezza", una tesi intermedia</i> .....	95
II.IV.3 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Marinucci-Dolcini e la concezione tripartita del principio di legalità</i> .....	96

II.IV.4 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Rinaldi e l'affermazione del divieto di analogia in materia penale, analogia come strumento integrativo</i> .....	97
II.IV.5 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Engisch ed un esempio di analogia che viene da lontano</i> .....	98
II.IV.6 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Il divieto di analogia in materia di misure di sicurezza di cui all'art.199 c.p.</i> .....	99
II.IV.7 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Il divieto espresso di cui all'art. 14 Preleggi</i> .....	100
II.IV.8 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>la posizione di Bobbio in relazione all'art. 14 prel.</i> .....	102
II.IV.9 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>la posizione di Gianformaggio e Boscarelli intorno all'art. 14 preleggi</i> .....	104
II.IV.10 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>A.Rocco ed il divieto analogia in ordine alle norme eccezionali</i> .....	107
II.IV.11 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Petroncelli ed il divieto di analogia in materia di norme eccezionali</i> .....	108
II.IV.12 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Bettiol , il divieto di analogia e le norme eccezionali</i> .....	109
II.IV.13 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Bellavista ed il divieto di estensione analogica delle norme eccezionali</i> .....	111
II.IV.14 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Vassalli ed il divieto di analogia in tema di norme eccezionali</i> .....	115

II.IV.15 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Fiandaca-Musco, le norme eccezionali ed il divieto di cui all'art. 14 prel.</i> .....	126
II.IV.16 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>conclusioni ed altri profili dottrinali in tema di norme eccezionali e divieto di analogia</i> .....	128
II.IV.17 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>Bobbio ed il divieto di analogia in materia di norme strictu sensu penali</i> .....	130
II.IV.18 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>la dottrina italiana moderna ed il divieto di estensione analogica delle norme penali</i> .....	134
II.IV.19 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>la dottrina contemporanea ed il divieto di analogia per le norme penali</i> .....	136
II.IV.20 I divieti espressi ed impliciti di analogia: <i>divieto di analogia e diritto penale, alcuni cenni alle problematiche di un rapporto conflittuale</i> .....	139

### **Micro-sezione giurisprudenziale**

<b>II.V Il divieto di analogia ed alcune pronunce paradigmatiche : <i>Sent. Scoppola il divieto di analogia ed il p. di determinatezza affermati dalla Corte Edu</i></b> .....	141
II.V.1 Il divieto di analogia ed alcune pronunce paradigmatiche : <i>la sentenza SS.UU. Beschi</i> .....	144

**Sezione dottrinale**

<b>II.VI Analogia ed interpretazione: Bobbio ed il carattere interpretativo dell'analogia</b> .....	148
II.VI.1 Analogia ed interpretazione: <i>Bellavista e l'analogia "interpretativa"</i> .....	151
II.VI.2 Analogia ed interpretazione: <i>la posizione di Boscarelli</i> .....	155
II.VI.3 Analogia ed interpretazione: <i>l'analogia come strumento normopoietico</i> .....	158
II.VI.4 Analogia ed interpretazione: <i>Zaccaria, l'interpretazione in chiave "evolutivo-creativa" ne "L'arte dell'interpretazione"</i> .....	159
II.VI.5 Analogia ed interpretazione: <i>Zaccaria-Viola, la concezione novativo-evolutiva dell'interpretazione e la peculiarità ermeneutica del diritto penale</i> .....	162
II.VI.6 Analogia ed interpretazione: <i>Donini, la diversità ermeneutica del diritto penale e "l'onestà" dell'interprete</i> .....	165
II.VI.7 Analogia ed interpretazione: <i>parere pro veritate di G.M. Flick, il conflitto tra determinatezza e tendenze creatrici della giurisprudenza</i> .....	168
<b>II.VII Analogia ed interpretazione estensiva: la concezione di Bobbio in ordine alla vexata quaestio</b> .....	169
II.VII.1 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>la posizione di Boscarelli</i> .....	172

II.VII.2 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>Gianformaggio ed il discrimen tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	175
II.VII.3 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>la tesi di Fiandaca-Musco</i> .....	176
II.VII.4 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>la posizione di Garofoli</i> .....	176
II.VII.5 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>Vassalli ed il rapporto tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	178
II.VII.6 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>Carcaterra ed il discrimen poetico tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	179
II.VII.7 Analogia ed interpretazione estensiva: <i>la posizione di Engisch</i> .....	182
II.VII.8 Analogia ed interpretazione: <i>Donini ed il rapporto tra analogia ed interpretazione estensiva, il paradigmatico caso Kreml</i> .....	183
II.VII.9 Analogia ed interpretazione: <i>Tarello, il discrimen tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	187
II.VII.10 Analogia ed interpretazione: <i>Quadri, il rapporto tra Analogia ed interpretazione estensiva ed il progetto di revisione costituzionale Boato</i> .....	189
II.VII.11 Analogia ed interpretazione: <i>la posizione di Rinaldi</i> .....	193
II.VII.12 Analogia ed interpretazione: <i>Contento, i rapporti tra analogia ed interpretazione estensiva</i> .....	195

**Sezione storico-giurisprudenziale**

<b>II.VIII La riforma del §2 del StGB: cenni introduttivi</b> .....	199
II.VIII.1 La riforma del §2 del StGB: <i>l'analisi di Nuvolone</i> .....	200
II.VIII.2 La riforma del §2 del StGB: <i>l'analisi di Vassalli</i> .....	208

## *L'analogia in malam partem nella giurisprudenza*

### **Parte Seconda**

Premessa.....	220
---------------	-----

### **Capitolo III**

#### *L'analogia nei reati contro il patrimonio: casi paradigmatici di applicazione analogica*

<b>III.I Truffa: profili normativi della fattispecie</b> .....	221
III.I.1 Truffa: orientamenti giurisprudenziali.....	223
<b>III.II.1 Insolvenza fraudolenta: lineamenti normativi della fattispecie</b> .....	230
III.II.2 Insolvenza fraudolenta: tra dottrina e giurisprudenza.....	231

### **Capitolo IV**

#### *L'analogia nei reati contro la Pubblica Amministrazione: casi paradigmatici di applicazione analogica*

<b>IV.I Turbata libertà degli incanti: profili normativi</b> .....	242
--	-----

IV.I.1 <b>Turbata libertà degli incanti: alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali</b> .....	248
IV.I.2 <b>Turbata libertà degli incanti: altri indirizzi dottrinali</b> .....	259
IV.I.3 <b>Turbata libertà degli incanti: giurisprudenza di Cassazione e ambito applicativo della fattispecie 353 c.p.</b> .....	264
IV.I.4 <b>Turbata libertà degli incanti: le gare informalmente formali, applicazione analogica ed auspici di riforma</b> .....	268

## **Capitolo V**

### ***L’analogia nei reati contro la pubblica incolumità: casi paradigmatici di applicazione analogica***

<b>V.I Il Disastro “innominato”: profili normativi della fattispecie 434 c.p.</b> .....	274
V.I.1 <b>Il Disastro “innominato”: origini della norma</b> .....	275
V.I.2 <b>Il Disastro “innominato”: rapporti con il principio di determinatezza</b> .....	277
V.I.3 <b>Il Disastro “innominato”: la questione di legittimità Costituzionale</b> .....	278
V.I.4 <b>Il Disastro “innominato”: la struttura della fattispecie</b> .....	281
V.I.5 <b>Il Disastro “innominato”: conclusioni “strutturali”</b> .....	285

V.I.6 Il Disastro “innominato”: <i>alcuni casi “facili”</i> .....	289
V.I.7 Il Disastro “ambientale”: « <i>Carneade! chi era costui?</i> » .....	291
V.I.8 Il caso ICMESA-Seveso: <i>un disastro ambientale ad effetto temporalmente concentrato</i> .....	297
V.I.9 Il caso Enichem-P.Margera: <i>un exemplum di analogia in malam partem</i> .....	304
V.I.10 Il caso Eternit S.p.a: <i>un’analogia prescritta analisi critica</i> .....	313
<b>V.II Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: lineamenti normativi della fattispecie</b> .....	329
V.II.1 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>il bene tutelato</i> .....	330
V.II.2 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>il pericolo e suoi profili generali</i> .....	331
V.II.3 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>il carattere diffusivo del pericolo</i> .....	334
V.II.4 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>Infortunio sul lavoro e tecnopatia, profili giurisprudenziali</i> .....	338
V.II.5 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>Infortunio sul lavoro e tecnopatia, alcuni indirizzi dottrinali</i> .....	342
V.II.6 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: <i>l’elemento soggettivo</i> .....	344

V.II.7 Il caso Enichem-P.Marghera: <i>infortuni analogicamente intesi</i> .....	347
V.II.8 Il caso Eternit S.p.a: <i>profili introduttivi</i> .....	357
V.II.9 Il caso Eternit S.p.a: <i>analisi critica</i> .....	363
V.II.10 Il caso ThyssenKrupp: <i>un exemplum ermeneuticamente corretto di applicazione dell'art. 437 c.p</i> .....	368
<b>CONCLUSIONI</b> .....	378
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	388
<b>RINGRAZIAMENTI</b> .....	398







## Parte prima

### Capitolo I

#### *Prolegomeni: teoria , storia e prassi moderna dell'analogia*

#### **I.I L'inferenza analogica: cenni introduttivi al ragionamento analogico, e schema generale dell'analogia**

L'analogia dal greco *ἀναλογίαν*, ossia somiglianza, similarità o proporzione presuppone un raffronto tra termini, siano essi fattori matematici, dunque numeri, siano viceversa elementi o entità fenomeniche del reale. Potenzialmente nulla è esente dal divenire oggetto di un potenziale ragionamento analogico. Passo dunque ad analizzare il secondo termine ,ossia "inferenza", quid est? inferenza dal latino "*inferre*" è un vocabolo facilmente rinvenibile in un qualsiasi saggio o trattato di dialettica, retorica ma altresì di logica; viene tendenzialmente e talvolta tendenziosamente utilizzato per indicare un ragionamento logico-consequenziale *veritatis ex veritate* (di una verità da un'altra verità). L'analogia ,intesa quale procedimento cognitivo-inferenziale, connota secondo il Melandri<sup>1</sup> la natura stessa del pensiero umano e sub umano, in particolare, dacché le cellule neuronali hanno iniziato a ricevere impulsi e modulazioni d'onda, l'uomo ha incipato a ragionare, comprendere *et judicare* per analogia. Una prassi cotanto risalente potrebbe facilmente indurre in fallaci asserzioni, infatti non sempre e soprattutto non sistematicamente da una inveterata prassi discende un'ampia e strutturata teoria. Di qui si aprono due possibili strade: rinunciare a qualunque dissertazione sul tema, impietriti come innanzi alla

---

<sup>1</sup> E. MELANDRI , *La linea e il circolo*, Macerata, 2012.

gorgone<sup>2</sup>, approdando( abbandonandosi) a quella che Melandri definisce “*Verdrängung*” (rimozione della consapevolezza), oppure per converso rendersi consci della disfunzione<sup>3</sup> ed indagare le cagioni della stessa. L’analogia come anzi detto è stata a lungo oggetto di teorie sovente lacunose o apodittiche, l’errore nel quale generalmente alcuni autori sono incorsi è quello di riconoscere priorità all’inferire *ως μέρος, προς μέρος* rispetto al sillogismo, o il dare precedenza al giudizio di somiglianza rispetto a quello di identità o di inclusione. Errori questi che porterebbero a fondare la logica sull’analogia, il che, come vedremo poco oltre non è ammissibile, essendo il pensiero logico e quello analogico fattori opposti, seppur complementari, formanti la dialettica. Aristotele nel definire l’analogia come ragionamento che procede dal particolare al particolare, la considera un *tertium genus* sia rispetto all’induzione, nota, per muovere dal particolare al generale, sia rispetto alla deduzione che muove dal generale al particolare. Questa concezione viene confutata da Melandri argomentando come il passaggio da un particolare ad un altro particolare sia possibile solo in due modi : A) presupponendo in conformità al ragionamento entimematico<sup>4</sup> una premessa generale, qui avremo quindi un ragionamento deduttivo; B) stabilendo la premessa generale nel passaggio da un particolare ad un altro particolare, qui avremo dunque un ragionamento induttivo.

Sebbene alquanto risalente la tesi dello Stagirita venne seguita e condivisa da J.S. Mill: «*all inference is from particular to particular*» e segnatamente :« *The Word Analogy , as the name of a mode of reasoning is generally taken for some kind of argument supposed to be of an inductive nature, but not amounting to a complete induction*»<sup>5</sup>. In questo modo si giunge ad identificare l’analogia come sottotipo d’induzione, la concezione dell’empirista inglese è manifestamente aristotelica,

<sup>2</sup> A .KOESTELER , *The Act of Creation, London 1964, I,i,3* (the Paradox of the Centipede) In E.MELANDRI, *op.cit.*, p.33ss. In assonanza con il celebre paradosso del centipede, è forse meglio non chiedersi quale sia il fondamento dell’analogia, per vitare di inciampare come il centipede intento a pensare alla sequenza con cui muovere le numerose zampe.

<sup>3</sup> Mancata teorizzazione compiuta dell’analogia.

<sup>4</sup> Tipologia di sillogismo nel quale una o più premesse sono implicite.

<sup>5</sup> J.S MILL, *A System of Logic*, In E.MELANDRI, *op.cit.*,p.50ss.

quivi l'analogia e l'induzione sono al contempo metodo di ricerca e di prova<sup>6</sup>. Di avviso diametralmente opposto Kant, il quale attribuiva all'inferenza induttiva ed all'analogia una valenza meramente giudicativa. Così posti i termini universale e particolare come estremi del ragionamento induttivo e considerate sussunzione e conoscenza quali fini dell'inferire, si riconducano la conoscenza dell'universale alla facoltà dell'"intelletto", la sussunzione del particolare nell'universale alla facoltà giudicativa. In questi termini si evince nel pensiero kantiano una netta separazione bifasica tra il momento (funzionale) conoscitivo-euristico e quello giudicativo<sup>7</sup>. Gli estremi suddetti rappresentano anche i poli del ragionamento analogico, ciò che differenzia l'analogia dall'induzione risiede per l'autore teutonico nel differente modo di procedere dal particolare (noto) all'universale (ignoto); così avremo induzione supponendo che ciò che spetta a molte cose note spetti anche a quelle ignote, purché appartengano alla stessa specie<sup>8</sup>; per converso avremo analogia supponendo che se alcune cose hanno in comune molte proprietà note debbano averne anche molte altre ignote.<sup>9</sup>

Segua un esempio<sup>10</sup> di rapporto tra ragionamento analogico ed induttivo: si consideri **A** (uomo appartenente alla popolazione dei pigmei = **L**), questi presenta una statura sotto la media mondiale come il resto degli appartenenti alla medesima

---

<sup>6</sup> Formazione delle ipotesi e verifica delle stesse procedono di pari passo, concezione euristico-probativa dell'analogia. La posizione dell'empirista non deve stupire, l'aristotelismo e l'empirismo classico presentano in comune la concezione classificatoria, generalizzatrice ed astrattiva della scienza.

<sup>7</sup> Ecco quindi la netta contrapposizione rispetto alla visione aristotelica, la quale, come visto, univa nell'induzione funzione ricognitiva e giudicativa.

<sup>8</sup> C.d. principio di "generalizzazione".

<sup>9</sup> C.d. principio della "specificazione".

<sup>10</sup> Una compiuta definizione viene fornita da MELANDRI, *op.cit.*, 444:

(i) *Induzione*.- Dato che i casi (individuali)  $a_1, a_2, \dots, a_n$ , i quali hanno in comune la proprietà  $P$  (sono casi della specie  $P$ ) abbiano in comune anche la proprietà  $Q$ : si suppone che il nuovo caso  $a_{n+1}$  per definizione appartenente alla specie  $P$  (avente in comune con i casi noti  $a_1, a_2, \dots, a_n$  la proprietà  $P$ ), abbia anche la proprietà  $Q$ .

(ii) *Analogia*.- Dato che i casi (individuali)  $a_1, a_2, \dots, a_n$ , i quali hanno in comune la proprietà  $P$  (sono casi della specie  $P$ ), abbiano in comune anche le proprietà  $Q_1, Q_2, \dots, Q_k$ : si suppone che il nuovo caso  $a_{n+1}$ , per definizione appartenente alla specie  $P$  (avente in comune con i casi noti  $a_1, a_2, \dots, a_n$  le proprietà  $Q_1, Q_2, \dots, Q_k$ ) abbia in comune con i casi noti anche un'ulteriore, ignota proprietà  $Q_{k+1}$ .

“etnia”<sup>11</sup>, dicasi questa qualità “S”. Si prenda un altro soggetto **B**, questi è simile ad **A** poiché anche **B** è **L** ovverosia pigmeo, di qui si potrà inferire che anche al secondo soggetto da noi considerato sia riferibile la qualità in esame **S** (avere una statura inferiore a quella media della popolazione mondiale). Fin qui siamo di fronte a quello che può essere definito semplicemente un ragionamento induttivo<sup>12</sup> (dal particolare al generale). Si sfocia nell’inferire analogico invece affermando che se **B** ( pigmeo quindi **L**) sarà **S**, allora **B** avendo altresì la qualità **P**(avere il naso aquilino, altra qualità ipoteticamente tipica dei pigmei), ci permetterà di dire che anche gli altri pigmei saranno **P** (induzione a partire da un solo caso osservato in precedenza). Secondo Pap l’attribuzione a **B** della qualità **P**, realizzata attraverso tale inferenza, non sarebbe è in alcun modo possibile **se non** ammettendo come già confermata la precedentemente induzione che ha visto attribuire a **B** la qualità **S**, l’induzione precede dunque l’analogia che presuppone una conferma delle precedenti induzioni in riferimento ai nuovi soggetti.<sup>13</sup>

Keynes<sup>14</sup> prendendo le mosse dalla posizione di Kant, dimostra viceversa come la precedenza dell’induzione sull’analogia non possa essere di tipo logico, un’analogia sussiste sempre, così se il nuovo soggetto  $a_{n+1}$  non presenta in comune con gli altri casi la qualità **S**, si può comunque far salva l’analogia prendendo quale condizione iniziale una differente qualità  $Q_1, Q_2, \dots, Q_k$  comune anch’essa agli altri casi  $a_1, a_2, \dots, a_n$ . l’autore poi riconosceva carattere ambivalente all’analogia potendo essere questa sia positiva che negativa<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Di qui la generalizzazione che tutti i pigmei (carattere L) hanno una statura inferiore alla media mondiale.

<sup>12</sup> Kantianamente si suppone chela statura di B è desunta dall’appartenenza alla medesima specie di A.

<sup>13</sup> A.PAP, *An introduction in the Philosophy of Science*, cit., parte III ,cap. ix, B par 7. in MELANDRI, *La linea e il circolo*, cit., p. 444.

<sup>14</sup> J.M KEYNES, *Treatise on Probability*, cit., parte III (induction and Analogy), cap xx, par.2. in MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II.

<sup>15</sup> I segni + e – sono complementari, dunque non ha senso dare assoluta preferenza alle analogie positive negando l’ammissibilità di quelle negative. Esistono analogie di senso negativo, la tendenza è tuttavia di preferire le analogie positive per motivi funzionalistici. Per esempio: A e B appartengono alla medesima specie P (struzzi), A possiede la qualità tipica –Q (non è quadrupede)

Il Melandri conclude: « In questo contesto la differenza fra induzione e analogia può esser resa perfettamente simmetrica (ed enantiomorfa). Possiamo ridurla a quella fra induzione (intesa come “formazione di ipotesi”) “estensionale e “intensionale”; L’induzione estensionale consiste nel supporre che se un individuo (caso eventuale) ha una certa proprietà, anche il successivo l’avrà. L’induzione intensionale consiste nel supporre che se due individui hanno una certa proprietà in comune ne avranno anche una seconda»<sup>16</sup>. Melandri più propriamente nel criticare la posizione di Aristotele e Mill, riconosce d’un lato l’esistenza dell’inferenza analogica, ma dall’altro la riconduce all’induzione, in particolare l’analogia sarebbe un’induzione tratta da un solo caso osservato precedentemente. (di qui la necessità di indagare la natura probatoria dell’esempio, o caso esemplare.)

### **I.I.1** L’inferenza analogica: *analogia e ragionamento paradigmatico: valore probativo dell’esempio e capacità mediatrice*

La definizione aristotelica di analogia era in origine riferita al paradigma (ragionamento paradigmatico)<sup>17</sup>, ossia, all’inferire mediante esemplificazioni; data la tendenza a ricondurre il *paradeigma* all’inferenza analogica pare qui opportuno indagare la portata dell’“esempio” come argomento analogico, seguendo quindi il fluire argomentativo de “*La linea e il circolo*”. L’*exemplum* ha una forte rilevanza in chiave dialettico- oratoria, soccorre l’oratore nell’esposizione della propria tesi ,così come parimenti funzionale risulta essere in

---

=> anche B sarà -Q (induttivamente); analogicamente B sarà anche -Z (non è un pesce). Ecco quindi la possibilità di costruire un’analogia negativa.

<sup>16</sup> E. MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II, par.83.

<sup>17</sup> An.pr,II,xxiv,694;Rhet.,I,ii,1357 “tradizionalmente il paradigma aristotelico è considerato l’esemplare dell’inferenza analogica” cit. MELANDRI, “*La linea e il circolo*”p.318 ,nota 13.

ambito matematico-filosofico. L'esempio può paragonarsi alla chiave di volta dell'arco argomentativo della maggior parte dei ragionamenti complessi e non, elemento essenziale per reggere la struttura dialettico consequenziale del ragionare. L'esempio è posto in *medias res* tra la fase distruttiva-critica del pensiero e quella più propriamente creativa o maieutica; tutt'altro che casuale è il ricorso all'aggettivo maieutico, infatti, questa terminologia è propria di una corrente filosofica, quella sofistica, che largo uso faceva degli esempi con fini inferenziali. I sofisti miravano a condurre l'uditore a comprendere e condividere un processo al contempo cognitivo e peripatetico, tale da smuovere la coscienza e la *mens* dell'uditore fino a portarlo ad accettare e la tesi dell'orator. Siamo di fronte ad una intima condivisione consistente nel considerare la tesi altrui scaturigine della propria mente, solo attraverso un "parto" indotto dal retore l'oggetto del suo arditto argomentare potrà essere appieno accettato e introiettato dall'uditorio, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di vivere politico. La Retorica è d'altronde un'arte, ma al contempo era<sup>18</sup> un eccezionale strumento per smuovere l'opinione dei concittadini della *polis*, si ricordi in merito l'esempio aristotelico, alquanto politico, della guerra tra confinanti (tanto caro a Bobbio<sup>19</sup>): « La guerra dei Tebani contro i Focesi è un male; la guerra degli Ateniesi contro i Tebani è simile alla guerra dei Tebani contro i Focesi (sono guerre tra confinanti); quindi anche la guerra degli Ateniesi contro i Tebani è un male». Ebbene Aristotele aveva un chiaro intento politico nel ricorrere a tale *paradigma*, ossia provocare la desistenza della popolazione ateniese dal muovere guerra ai Tebani, fondando l'argomentazione su una similitudine o su quello che Bobbio considererà elemento chiave dell'inferire analogico, ovvero, la somiglianza tra i due o 4 fattori (concependo il ragionamento analogico come Melandri ossia a quattro fattori e un predicato).<sup>20</sup> La forza dell'esempio va in una duplice direzione, possiede infatti una dirompente forza sgretolatrice e confutativa, individuata dal

---

<sup>18</sup> Ed è opportuno dire, "è" tuttora.

<sup>19</sup> N.BOBBIO *L'analogia nella logica del diritto*, cit.97.

<sup>20</sup> E.MELANDRI, *La linea e il circolo*, p.320.

Melandri nella  $\sqrt{2}$ , esempio in grado di elidere dalle fondamenta la concezione dei numeri in chiave meramente razionale, determinando così la scoperta degli irrazionali; è dunque sufficiente un solo *exemplum* per minare una teoria in modo indefettibile, sia essa propria dell'argomentare logico, oppure di quello oratorio. La *Vis destruens* del paradigma è più facilmente esplicabile del suo contraltare, così la proposizione particolare negativa: "esiste almeno un numero non pari", porta a confutare la proposizione universale affermativa: "tutti i numeri sono pari", più arduo è giungere ad inversa conclusione, ossia, l'assegnare *vis construens* all'*exemplum*.<sup>21</sup>

Per esempio: è sufficiente inferire l'esistenza di numeri dispari per dichiarare esistente "cinque"? Qual è dunque il valore probativo dell'esempio si chiede giustappunto Melandri?<sup>22</sup>:

«Nel quadro della logica generale l'esempio non è che un caso di "esemplificazione estensionale", cioè di interpretazione o applicazione particolare di un sistema matematico già prefissato, la cui validità sia per il momento fuori discussione. Ridotto a questi termini l'esempio non prova più nulla. Non verifica l'ipotesi; al massimo si può dire che la conferma: ammesso che si raccolgano molti esempi e non si trascurino le istanze contrarie.»<sup>23</sup>

Il problema della valenza probatoria dell'esempio si traduce nella possibilità di un "experimentum crucis", di un esempio assoluto tale da poter costituire *ex se* fondamento di una data teoria<sup>24</sup>:

« Negare la possibilità dell'esempio assoluto equivale ad affermare l'ingiustificanza della logica dell'esperimento...;e per converso, ammettere la

---

<sup>21</sup> Il problema, come vedremo, riguarda l'ammissibilità del passaggio dall'universale al particolare in merito anche alla *pars costruens*.

<sup>22</sup> E.MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II, p.321.

<sup>23</sup> E.MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II, cit. p 343.

<sup>24</sup> Esempiarmente, Einstein mediante l'*experimentum crucis* della curvatura dei raggi di luce ha pensato di poter provare la teoria della relatività.

validità dell'*experimentum crucis* equivale a ragionare per analogia, nel senso esemplificativo- paradigmatico di cui ci stiamo occupando.»<sup>25</sup>

Il Melandri in seguito deduce la valenza probatoria e dimostrativa dell'esempio dalla sua stessa "collocazione dialettica", riprendendo l'esempio iniziale: si consideri un elemento architettonico comune negli edifici in stile gotico, ovvero l'arco ad ogiva, ebbene l'intera struttura si regge sulla chiave di volta, punto perpendicolare alla corda dell'arco, nonché parte sommitale e al contempo mezzana nella campata dell'arco stesso. Tale chiave può ben rappresentare il paradigma nella sua *pars construens*, ovvero, rende solida la struttura dell'argomentare. Non si dimentichi però la *vis destruens* del paradigma, così come il privare l'arco<sup>26</sup> della sua chiave comporta un prevedibile ed immediato crollo, al pari un esempio esemplare è in grado di minare una qualunque teoria, così è stato con la  $\sqrt{2}$ .

Il carattere probatorio e dimostrativo è in costante tensione con quello confutativo, la capacità di mediare tra la confutazione della prima teoria e quella dimostrata<sup>27</sup> è fondamentale per la valenza probatoria dell'*exemplum*. Così Melandri: « Per provare l'esistenza di "giudizi sintetici a priori" Kant ricorre a degli esempi. Questi esempi provano che la dicotomia fin allora invalsa ("analitico a priori/sintetico a posteriori") non regge più, poiché c'è almeno un caso che non rientra in essa. Di qui la necessità di un nuovo sistema di pensiero, capace di rendere ugualmente ragione sia del vecchio sistema sia del caso anomalo. Questo schema di ragionamento si può ben definire "classico". Che funzione vi svolge l'esempio? – sul fatto che vi svolge una funzione genericamente dimostrativa non ci sono dubbi. L'esempio confuta per anomalia la teorizzazione già data e quindi induce per analogia a una nuova teorizzazione [...]»

<sup>25</sup> E.MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II, p.343.

<sup>26</sup> E così il privare un ragionamento argomentativo dell'esempio base, comporta il "crollo" dell'intero costruito cognitivo. Crollo che può derivare anche dalla scoperta di un esempio-anomalia.

<sup>27</sup> Cfr. MELANDRI, *op.cit.*, p.345.

Le due cose -“confutazione per anomalia” e “induzione per analogia” -vanno necessariamente insieme; infatti, se si rifiuta l’idea di un “giudizio sintetico a priori” anche gli esempi risultano incomprensibili.» Quindi si ripete, il valore probatorio dell’esempio discende dalla sua capacità di mediazione; Melandri infine si dedica alla confutazione di possibili obiezioni alla suddetta *vis mediatoria*, una in particolare: « in logica il passaggio dall’universale al particolare e viceversa è ammesso solo per la *pars destruens*. Una proposizione universale affermativa, come “tutti i giudizi sono o analitici a priori o sintetici a posteriori” è chiaramente confutata da una particolare negativa come “esiste almeno un giudizio tale che non è né analitico a priori né sintetico a posteriori”. Ma la cosa si ferma qui, e non è possibile dedurne la diversa e ben più interessante proposizione: “esiste almeno un giudizio sintetico a priori”. Il ragionamento su cui inoltre si basa la *pars construens* -“se c’è anche solo un giudizio sintetico a priori, questo impone una teoria generale del “sintetico a priori” -cade fuori dalla logica. Ora se questo è vero non si può parlare di mediazione fra la vecchia e la nuova teorizzazione. Se un tale passaggio sussiste, esso farà parte della psicologia dell’apprendimento, della sociologia della cultura o in generale dell’antropologia (sarà cioè esplicabile per sussunzione a leggi empiriche); ma in nessun caso farà parte della logica .»<sup>28</sup> La critica è indubbiamente pregnante, Melandri perviene a confutarla attraverso il carattere polisenso del termine “Logica”: « - Rispondiamo all’obiezione. (i) Qui o mai più è il caso di dire: tanto peggio per la logica! Su che mai si fonda l’obiezione? Sul fatto che, prendendo come paradigma della “logica” il quadrato delle opposizioni aristotelico -aggiungendovi, magari, la correzione di Boole e gli algoritmi del calcolo predicativo di primo grado -non è possibile giustificare formalmente una tale mediazione. Il che è vero; ma che cosa significa? Significa solo che, dati certi strumenti, non è possibile fare un certo lavoro. Non significa che non possano essercene altri in grado di farlo. Si capisce, nulla vieta di dare per convenzione il nome “logica” a tutto ciò che si

---

<sup>28</sup>E. MELANDRI, *op.cit.*, p.350 ss.

*può produrre mediante l'uso di certi e non altri strumenti.* In questo caso dire che un certo passaggio non è logico equivale a dire che non lo si può ottenere con questi strumenti di calcolo di cui si tratta nei manuali di logica X, Y, Z» Proseguiva l'autore: « [...] La prima risposta all'obiezione si fonda sull'ambiguità di significato oggi inerente al termine "logica": che per un verso vuol dire calcolabile coi mezzi di un certo sistema di segni, convenzionalmente definito (e fin qui va tutto bene); ma che, per l'altro, vuol dire -in accezione chiaramente metafisica -calcolabile in generale o in assoluto. Non si dimentichi che è da questa cattiva absolutezza che dipende per ultimo la distinzione tra il "formale" e il "fattuale". Se infatti si riduce la logica a un calcolo particolare, non è più possibile tracciare la linea di demarcazione fra le due cose.» Dunque Melandri rimarca il polimorfismo della logica, termine che in ragione dei molteplici sensi e dei variegati strumenti presenta confini mobili. Ciò comporta la possibilità di bollare come arbitrario il diniego del passaggio dall'universale al particolare per quanto attiene la *pars construens*, passaggio che non potrebbe ragionevolmente essere definito "illogico" o "irrazionale", essendo tale carattere dipendente meramente dagli strumenti impiegati e non da una sua intrinseca ed ontologica qualità. Prosegue l'autore: « (ii) Qui o mai più dobbiamo riconoscere d'essere in presenza di un fatto chiaro. La storia del pensiero scientifico dimostra *ad abundantiam* che l'anomalia rispetto a una legge già stabilita viene recepita come istanza confutatoria della medesima solo quando ci sia una legge, ipotesi o teoria alternativa in cui il caso anormale rientri senza eccezioni. Si dice allora che la nuova teoria è più "adeguata" ai fatti sperimentali. *Ma come potrebbe esserlo, se non fondandosi sulla simmetria fra i due concetti correlativi di "confutazione per anomalia" e "induzione per analogia"?* i fatti parlano chiaro. L'esperimento di Michelson-Morley e le equazioni di Lorentz resterebbero delle curiosità note forse solo agli specialisti di storia della fisica se non fosse intervenuta la "teoria della relatività" di Einstein a dar loro un significato unitario, solidale con altri fatti in precedenza ritenuti anomali.» Melandri conclude la trattazione rimarcando la necessità di insistere :

« sulla dialettica della scoperta o dell'invenzione, per cui il passaggio da una teoria a un'altra deve esser mediato da un fatto che neghi la prima teoria e da una nuova teoria che neghi la precedente negazione (in base alla dialettica della doppia negazione). Questa legge dialettica non ha di per sé alcun contenuto positivo, né naturale né strutturale in senso proprio. Forse l'unica indicazione concreta che contiene è di carattere funzionale: *la dialettica mette in evidenza la simmetria che deve necessariamente sussistere fra la "confutazione per anomalia" del vecchio ordinamento teoretico e l'"induzione per analogia" del nuovo, affinché si produca il passaggio. Il valore probativo dell'esempio sta quindi per intero sulla sua capacità di mediazione.*» Capacità che l'autore riconosce solo ad alcuni esempi, in grado questi di provocare il passaggio dalla vecchia alla nuova teorizzazione, determinando così un incremento di conoscenza. Dunque non può che affermarsi la piena capacità probativa dell'esempio, elemento in grado di assicurare una propulsione alla brama conoscitiva, a sua volta indefettibilmente correlata all'attività confutativa del già noto.

### **I.I.2** L'inferenza analogica: *Logica ed Analogia, i pilastri del calcolo logico ed analogico, similarità e differenze*

Il titolo di questo secondo paragrafo può destare stupore o sconcerto, oppure al contrario lasciare del tutto indifferenti, le molteplici reazioni possibili discendono dalla complessità e dalla conflittualità delle teorizzazioni inerenti l'analogia e i suoi rapporti con la logica. Indubbiamente qualunque tipo di inferenza presuppone alla base e nel suo fluire, il ricorso a criteri logici. Nel momento stesso in cui Aristotele paragona in guisa paradigmatica ed entimematica le guerre tra confinanti, compie evidentemente una serie di passaggi logici fondati sulla

συμπάθεια dei fattori, dunque sulla loro similarità o somiglianza. Può forse dirsi che il filosofo abbia proceduto in modo illogico quindi irrazionale? Così non pare, tuttavia lo Stagirita stesso afferma che l'analogia risulta inesplicabile con i soli mezzi della logica, qui dunque si apre un contrasto ed una problematica sapientemente affrontata dal Melandri nel suo saggio. La domanda al centro del paragrafo è dunque la seguente: qual è il rapporto tra calcolo logico e calcolo analogico<sup>29</sup>?

Il Melandri mette i due schemi di calcolo in netta contrapposizione enumerandone le differenze, che già di primo acchito disvelano una distanza incolmabile, riporto di seguito, data la sua chiarezza esemplare, la schematizzazione proposta nel saggio<sup>30</sup>, riservandomi successivamente di analizzarla .

LOGICA	ANALOGIA
D) Principio del tutto o nulla, di bivalenza(vero o falso)e di terzo escluso. Le logiche plurivalenti sono ricomprese a partire da una metalogica bivalente; lo stesso accade per la logica modale e la logica probabilistica	I') Principio della gradazione continua, di dipolarità (fra vero max e vero min) e di terzo incluso. Le logiche plurivalenti non hanno copertura metalogica e devono potersi interpretare direttamente; lo stesso dicasi della logica modale e della logica probabilistica.

<sup>29</sup> Il filosofo distingue tra calcolo, giudizio ed argomento, tuttavia per motivi di spazio e pertinenza ho preferito omettere trattazioni a riguardo.

<sup>30</sup> E.MELANDRI, *La linea e il circolo*, parte II,p.375.

<p>2) Principio di contraddizione esclusa. La presenza di una contraddizione nelle premesse toglie all'inferenza ogni valore probativo.</p>	<p>2') Principio della contraddizione inclusa , di contrarietà e di tensione. Nessuna contraddizione è mai incisiva. Un'inferenza prova qualcosa solo quando conduce al paradosso .</p>
<p>3) Principio di identità elementare: dati due predicati complementari, P e <math>\neg P</math>, a un qualsiasi individuo x spetta necessariamente o l'uno o l'altro; ciò che non soddisfa a questa condizione non è un "individuo", "elemento" o "atomo",</p>	<p>3') Principio di identità funzionale: l'individuo preso a sé non ha identità, se non in quanto valore x soddisfacente alle condizioni richieste dalla funzione da cui dipende; la stessa "el-identità" non è che un particolare requisito funzionale.</p>
<p>4) Principio di estensionalità: ogni funzione (di classe o di relazione di-, tri-, ..., n-adica) è definita a partire dai suoi elementi o da coppie, triadi, ..., n-adi di elementi (individui, atomi).</p>	<p>4') Principio di intensionalità: ogni elemento (individuo, atomo) è definito per astrazione a partire da una funzione, classificatoria o relazionale ( 2-,3-,.... N-adica), come valore x che ne soddisfa le condizioni.</p>
<p>5) Principio di estensività ( o di sommatività) ogni grandezza deve essere per principio misurabile e, quindi, "scalare"; ogni rapporto fra grandezze deve perciò potersi ridurre a una "cinematica" pura, priva di senso dinamico e completamente risolubile nei suoi dati.</p>	<p>5') Principio di intensività: è la misura delle grandezze dipende sempre da una qualche " analogia empirica"; quindi. La loro considerazione come grandezze orientate "vettoriali" include il senso di una "dinamica" non verificabile con mezzi cinematici.</p>

<p>6) Principio di discretezza: gli elementi (individui, atomi) non sono connessi tra di loro che da relazioni “esterne”, cioè tali che non ne modificano l’intrinseca natura</p>	<p>6’) Principio di continuità: tutte le relazioni sono per definizione “interne”. Fra ogni due elementi, per quanto prossimi, c’è sempre posto per un terzo.</p>
<p>7) Principio di finitezza: è il numero degli individui (elementi, atomi) è plurale ma non infinito ( se non in potenza) ; ogni insieme o collezione ha da essere “denumerabile”.</p>	<p>7’) Principio di infinità: non è detto che il numero degli individui (elementi, atomi) debba esser plurale; vale il criterio dell’uno-tutto, dell’infinito in atto, non- denumerabile e “riflessivo”.</p>

Si proceda dunque ad una sintetica analisi della sopracitata partizione:

Il Melandri ben delinea le differenze tra calcolo logico e analogico: (I) il pensiero logico ha carattere *bivalente*<sup>31</sup>, è per eccellenza basato sulla disgiunzione vero-falso, è un calcolo intensionale e di certezza ed è fondato sul principio del *tertium non datur* ( $A \vee \neg A$ )<sup>32</sup>. Il secondo pilastro è costituito dal *principio di contraddizione esclusa* (II)  $\neg (A \wedge \neg A)$ <sup>33</sup>, esso si identifica con il principio di identità semplice ( $A \supset A$ ) e con quello di terzo escluso ( $A \vee \neg A$ )<sup>34</sup>, vale a dire che se è vero che  $A$  è  $A$  non è vero che  $A$  è  $\neg A$ , la presenza di una contraddizione nelle premesse inficia la validità del ragionamento.

<sup>31</sup> Un’eccezione solo apparente viene ravvisata nelle logiche plurivalenti, quivi si hanno  $3, 4, \dots, n$  valori di verità, “vero” e “falso” sono gli estremi, quindi il “non vero” include il “falso” ma non si identifica con esso così vale anche per l’opposto. Si passa dal principio del *tertium non datur* al principio del *n+1 non datur*.

<sup>32</sup> Ovvero:  $A \vee \neg A$ .

<sup>33</sup> La proposizione  $A$  è anche non  $\neg A$  è falsa; più semplicemente non possibile che un enunciato ed il suo posto siano veri contemporaneamente.

<sup>34</sup> Ergo “ $A \vee \neg A$ ”.

Il terzo pilastro (III) è rappresentato dal principio di *identità elementare* ( $\mathbf{A}=\mathbf{A}$ )<sup>35</sup>, ogni cosa è uguale a se stessa,  $\mathbf{A}$  è uguale ad  $\mathbf{A}$ , dunque  $\mathbf{A}$  non può essere  $-\mathbf{A}$ . Altro punto cardine (IV) è il *principio di estensionalità* in base al quale ogni predicato di classe è definibile a partire dall'elencazione degli elementi che la compongono; così se la classe  $\mathbf{A}$  è composta dagli individui  $x;y;z;k$ , sarà a partire da questi così definibile:  $\mathbf{A} = \{x;y;z;k\}$ . Il quinto pilastro è il principio di *estensività* (V), ogni grandezza (individui, atomi) presa in considerazione deve essere "scalare", ovvero, espressa mediante numeri reali associati ad unità di misura, così da essere misurabile. Di qui ogni rapporto tra grandezze diviene oggetto di uno studio cinematico (del loro moto<sup>36</sup>) privo però di senso dinamico e relegato ad una mera analisi dei dati (dunque di grandezze non vettoriali). In base al principio di *discretezza* (VI) gli elementi (atomi, individui) della classe sono tra loro connessi da mere relazioni esterne non modificanti la loro natura intrinseca, l'unica relazione interna è quella che ogni individuo ha con se stesso, ovvero, la c.d. *identità elementare* (III). L'ultimo pilastro del logicismo è rappresentato dal *principio di finitezza*, in base al quale il numero degli individui o atomi componenti ogni classe, deve essere plurale ma denumerabile, dunque *finito*.

il calcolo analogico è (I') dipolare con continue gradazioni fra il  $vero_{max}$  ed il  $vero_{min}$  (*principio della gradazione continua*). Il pensiero analogico si caratterizza anche per il *principio del terzo incluso*, tale per cui  $\mathbf{A}$  e  $-\mathbf{A}$  non sono termini contraddittori ma solo contrari, estremi di una ipotetica scala in cui ogni piolo rappresenta una possibile gradazione. Un altro punto di rilievo (II') è costituito dal *principio di contraddizione inclusa*, mentre nel calcolo logico la presenza di una contraddizione all'interno delle premesse porta a vedere inficiata tutta l'impalcatura di pensiero, dall'altra parte

<sup>35</sup> A differenza del principio di identità semplice si applica solo agli individui (*unum per se*) non alle proposizioni.

<sup>36</sup> A prescindere dalle cause dello stesso.

l'inferenza analogica fonda la propria valenza dimostrativa sul paradosso, se l'inferire porta al paradosso, il ragionamento è da considerarsi concludente. Il terzo pilastro è il *principio di identità funzionale* (III') in netta contrapposizione con quello di identità elementare, nessun individuo o atomo preso di per sé stesso ha identità, « *se non in quanto valore  $x$  soddisfacente alle condizioni richieste dalla funzione da cui dipende*» Il *principio di intensionalità* (IV') è l'esatto contraltare del principio di estensionalità, ogni elemento (individuo o atomo) è definito a partire da un insieme cui appartiene in ragione delle sue peculiari qualità. Il *principio di intensività* (V') rappresenta il quinto pilastro del ragionamento analogico, non tutte le grandezze sono scalari, dunque espresse a mezzo di numeri reali, esistono anche grandezze vettoriali misurabili attraverso analogie empiriche. Tali grandezze vettoriali sono caratterizzate da una dinamica non esplicabile attraverso la "cinematica pura"<sup>37</sup>, ovvero priva di quel senso dinamico graficamente espresso dai vettori. *Principio di continuità* (VI), le relazioni tra atomi o individui sono esclusivamente interne; dunque d'un lato avremo il principio di discretezza ed il correlato calcolo sommatorio, dall'altro avremo il calcolo analogico ed il principio di continuità. L'ultimo pilastro del pensiero analogico è il *principio di infinità* (VII), gli individui o atomi non necessariamente devono essere in numero plurale, vale il criterio c.d. *dell'uno-tutto*, del *non denumerabile* e del *riflessivo*. Melandri definisce l'infinito "analogico" *ergodico*, ovvero, imprevedibile nel suo svolgimento, *tanto che nessuna matrice o funzione, definita con riferimento al suo stato iniziale, sarebbe in grado di esaurire tutte le implicazioni che ne derivano*.

La contrapposizione tra queste due tipologie di calcolo (analogico e logico) riflette essenzialmente quella tra calcolo sommatorio-analitico (per eccellenza quello

---

<sup>37</sup> La cinematica definita come geometria del movimento, è una parte della meccanica dedita allo studio del movimento dei corpi.

logico) ed il calcolo proporzionale (per converso quello analogico). Identificare l'analogia con il calcolo proporzionale non deve destare stupore, nella matematica antica, infatti, il termine *ἀνάλογίαν* indicava la *proportio* ossia l'uguaglianza di due rapporti  $\alpha:\beta = \gamma:\delta$  (4 fattori contro i 2 dell'inferenza logica). Il contrasto tra calcolo sommatorio e calcolo proporzionale è parimenti relativo alla natura dei due modi di inferire, nonché alle conclusioni che possono derivarne: mentre il c. proporzionale si connota per l'elevato grado di approssimazione e per la notevole rapidità nel procedere, per converso il calcolo digitale pur procedendo con maggiore lentezza assicura l'esattezza dell'esito. Melandri<sup>38</sup> cita a riguardo Wiener<sup>39</sup>: « Esistono oggi due grandi tipi di macchine computatrici: quelle, come l'analizzatore differenziale di Bush, che si dicono macchine analogiche, e in cui i dati sono rappresentati da misurazioni su una scala continua, così che l'accuratezza della macchina è determinata dall'accuratezza della costruzione della scala; e quelle, come la consueta macchina addizionatrice e moltiplicatrice da ufficio, che chiamiamo macchine numeriche, e in cui i dati sono rappresentati da una serie di scelte fra un certo numero di casi, così che l'accuratezza è determinata dalla precisione con cui i casi vengono distinti, dal numero di alternative presenti in ogni loro selezione e dal numero delle selezioni date». Il secondo esempio esposto dal filosofo, che gli permetterà in seguito di giungere ad una conclusione di complementarità-opposizione tra logica ed analogia, è quello inerente il sistema nervoso. Il cervello infatti, come è noto, è composto da neuroni o cellule cerebrali, le quali, ricevono impulsi nervosi e si trovano in uno stato dipolare di eccitazione o quiete (+)/(-). Il carattere duale si manifesta anche nel tipo di risposte fornite dai neuroni, che possono essere anch'esse di tipo positivo o negativo, ebbene, basandosi su questa preliminare disamina<sup>40</sup> si potrebbe dedurre il funzionamento dell'encefalo su base logica, equiparandolo così ad un

<sup>38</sup> E.MELANDRI, op.cit. p.379.

<sup>39</sup> N.WIENER, *Cybernetics, Or Control and Communication in the Animal and the Machine*, New York & London 1961 In MELANDRI, op.cit., 380 .

<sup>40</sup> W.S MCCULLOCH e W.H.PITTS, *A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity*, "Bulletin of Mathematical Biophysics" V,1943, pp.115-33 in MELANDRI, op.cit., p.381 ss.

calcolatore digitale. In realtà esiste altresì una componente analogica, infatti gli impulsi nervosi aventi la funzione di attivare ed eccitare i neuroni <sup>41</sup> vengono costantemente modulati, ancora Wieser a riguardo :«Il contenuto informativo di una tale trasmissione non sta nel singolo impulso, ma(...) nella frequenza delle successioni degli impulsi: e questa è una grandezza fisica, la quale (...) può assumere tutti i valori senza soluzione di continuità e perciò va considerata come un principio fondamentalmente analogico non digitale.»<sup>42</sup>

Di qui Melandri giunge ad affermare la complementarità tra analogia e logica: « In ogni modo è un fatto che in una fibra nervosa- la quale è una funzione molare di argomenti molecolari, cioè di neuroni – l'informazione trasmessa può variare secondo la frequenza della successione di impulsi. La variabilità di questo integrale, pur essendo continua, non contraddice al principio di discretezza (tutto-o-nulla) con cui operano i singoli neuroni.» Quindi è evidente il parallelismo compiuto dal filosofo: così come analogia e logica ,sebbene rette da principi dicotomici, convivono e si integrano reciprocamente nel pensiero razionale, lo stesso avviene nel funzionamento del cervello. L'encefalo dovrebbe considerarsi un calcolatore digitale valutando i *responsa* e lo status dei neuroni, per converso dovrebbe considerarsi un calcolatore analogico sulla base dell'alterna modulazione dell'impulso nervoso; ciò al fine di dimostrare una volta in più la complementarità del calcolo logico ed analogico, contrari ma complementari.

---

<sup>41</sup> Attenzione, come dice giustamente Melandri, l'impulso pervade la fibra nervosa non i singoli neuroni che la compongono, fibra nervosa definita: «come funzione molare di argomenti molecolari cioè appunto di neuroni.» E.MELANDRI op.cit., p.381 nota.74.

<sup>42</sup>; W.WIESER, *Organismen, Strukturen, Maschinen*. In E.MELANDRI, op.cit., p.382.

## **I.II Lo schema analogico calato nel diritto: cenni generali sull'analogia giuridica, la presunta certezza dell'inferenza**

Dopo aver ripercorso nei paragrafi precedenti le origini razionali dell'argomento analogico si è giunti sostanzialmente alla conclusione che l'analogia è vero il contraltare dell'inferire puramente logico-formale, nonché *de facto* inesplicabile con i mezzi della logica formalistica. In limine ho poi brevemente accennato alla rilevanza del paradigma o *exemplum* nella dialettica <sup>43</sup>, pervenuti a tale punto, penso sia il caso di accostarsi a quello che è più propriamente oggetto della presente trattazione, ossia, l'analogia nel diritto e tutte le problematiche che da essa hanno scaturigine. Lo *jus* è ambito nel quale logica e dialettica sono ontologicamente compresenti: l'una è la pretesa o effettiva fonte naturale delle norme, nonché strumento di giustificazione, l'altra è mezzo del discettare. Come affermato in precedenza lo schema generale ed astratto dell'inferenza analogica è esplicabile in questi termini: **A** è **X**, **B** è simile ad **A** allora **B** è **X**, orbene, da questo schema procedo ad articolare una serie di riflessioni che verranno ampiamente sviluppate in modo più organico nel secondo capitolo. Affermare che dato un **A** caso (normativamente previsto) al quale seguono le conseguenze giuridiche **X** debba essere equiparato, in ordine alle conseguenze, un caso **B** (normativamente non previsto), significa porsi nell'ottica di indagare la ragione logica (laddove sussista) ed ovviamente normativa di tale *extensio* e vieppiù di cosa si debba intendere per "simile". Partendo da tale schema generale è altresì possibile addivenire ad un secondo ordine di considerazioni: qual è la funzione dell'analogia nel diritto? La risposta di primo acchito appare tanto palese quanto facile da fornire, in realtà la spelonca nella quale ci si sta per addentrare è alquanto buia e dai confini incerti. Azzardando una possibile risposta, si potrebbe parlare di *extensio*? A che pro estendere la normativa se non per colmare lacune?! Ma esistono tali lacune?! Si badi bene la forma di interrogazione retorica non è

---

<sup>43</sup> Questo poiché nella logica aristotelica il ragionamento analogico era definito anche *paradigmatico*.

affatto casuale, se oggi infatti è possibile dichiarare *urbi et orbi*, con catafratta convinzione, l'imperfezione dell'*ordo juris*, in tempi non così remoti ciò non solo non era oggetto di condivisione ampia in dottrina, bensì era forte ragione di disagio e di riprovazione. E' una conquista recente la concezione dell'abbisogna di integrazioni del diritto legislativo, solo il superamento del dogma volontaristico, avversato tra i molti da Betti<sup>44</sup>, ha permesso di ammettere, seppur con non adeguate limitazioni, un'interpretazione non pedissequamente letterale, di abbandonare il dogma della volontà ( che ripeto nuovamente essere conquista recente e comunque non ancora totale) e di elevare così la figura dell'organo giudicante; questo da mero applicatore delle norme, in chiave cinesamente meccanica per dirla alla Nietzsche, diviene interprete, nel senso più vicino a come Schleiermacher intendeva l'*ars hermeneutica*<sup>45</sup>, ossia :« *Massima perfezione dell'interpretazione sarebbe quella di comprendere un autore meglio di quanto egli stesso possa rendere conto di se stesso*<sup>46</sup>». Il filosofo tedesco nell'espone tale concezione di ermeneutica, distingueva tra interpretazione grammaticale-negativa ed interpretazione tecnologica-positiva, quest'ultimo è il *locus amoenus* in cui possono trovare spazio i sentimenti e il pensiero dell'autore del testo; è evidente la necessità di un distacco dall'interpretazione meramente letterale o grammaticale per poter pervenire ad una integrazione del diritto in guisa differente. Sposando la tesi più propriamente volontaristica, si dovrà per converso esclamare : «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit!*» negando dunque la rilevanza giuridica di ciò che è al di fuori del diritto. Il brocardo latino potrebbe a ragione situarsi in un'epoca giustiniana, laddove qualsivoglia tipo di ermeneutica delle leggi era stata bandita (eccettuata quella dell'imperatore stesso). Sostenere oggi un carattere perfetto e non perfettibile del diritto scritto significa commettere una fallacia imperdonabile, le lacune sono una logica conseguenza non solo del fluire imperituro del tempo, e

---

<sup>44</sup> E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955.

<sup>45</sup> F. SCHLEIERMACHER, *Emeneutica*, Bompiani, trad. it.(a cura) di M.MARASSI,2000, p.87.

<sup>46</sup> Dunque un *quid* affatto meccanico.

si dica incontrollabile, ma anche della imperfezione ontologica della tecnica legislativa; nessun legislatore ,né ora né allora, è mai riuscito a dotare un qualsiasi ordinamento di un complesso organicamente adamantino di leggi. In ogni epoca abbiamo costanti innovazioni in molteplici campi del vivere, il numero delle quali è variabile, fattore tendenzialmente in ascesa su scala non lineare, bensì logaritmica. Soprattutto negli ultimi tre secoli la rapidità “dell’innovare” nella tecnologia deve considerarsi esemplare, mentre il progresso procede con la velocità di Achille, il legislatore segue costantemente e costantemente è attardato ,contrariamente alla tartaruga del mito<sup>47</sup>, ora di qualche anno, ora di decenni, pertanto, cosa deve definirsi lacuna *se non* questo gap che separa la realtà dal diritto?! Come è possibile anche solo ipotizzare un’assenza di queste deficienze dell’ordinamento?! Un *exemplum* valga per tutti: il D.lgs. n. 518/92 in recepimento della dir. 91/250/CEE<sup>48</sup> è stato introdotto per ovviare alle lacune normative in materia di software per elaboratore, fino a quel momento infatti veniva applicata ai fini di tutela, la risalente normativa sul diritto d’autore , nata, per tutelare le opere letterarie<sup>49</sup>. Questo esempio offre alcuni interessanti spunti di riflessione, infatti: se da un lato è lapalissiana la necessità di ammodernare l’ordinamento, è altrettanto lapalissiano come ciò possa avvenire con mezzi differenti , d’un lato la riforma legislativa, dall’altro, ed è esattamente questo un caso, mediante particolari espedienti interpretativi, nei quali rientrano appunto l’interpretazione estensiva e l’analogia. Soprassedendo e dissimulando disinteresse verso l’uso della correlazione, poiché dedicherò un paragrafo in seguito al distinguo tra le due

---

<sup>47</sup>Nel paradosso di Zenone la tartaruga parte con un vantaggio che le permette di sopravanzare al “traguardo” l’eroe omerico. Il paradosso è stato differentemente risolto con i mezzi offerti dalla moderna scienza matematica (somma degli infiniti addendi), l’esito vede Achille raggiungere la testuggine e colmare il *gap* spaziale. E’ impossibile che nel reale il legislatore possa terminare l’agone al pari (tantomeno sopravanzarlo)del progresso-Achille, d’altronde il disciplinare un *quid* di ancora non esistente nella prassi pare definibile quantomeno un paradosso.

<sup>48</sup> R. ZACCARIA-A.VALASTRO-E.ALBANESI; *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, p.634.

<sup>49</sup> Non si dimentichi in aggiunta l’importanza dell’integrazione dell’apparato sanzionatorio previsto dalla l. n. 633/41. in materia di diritto d’autore avvenuta con la L. n. 248/00.

figure<sup>50</sup>, mi voglio soffermare sull'uso che viene in questo caso fatto dell'analogia. E' facile infatti notare una similitudine con lo schema generale indicato ad inizio paragrafo, così anche qui ( diritto d'autore-tutela dei *software*) abbiamo rispettivamente: un caso regolato, un caso non regolato ed un predicato (leggasi conseguenza giuridica) che viene esteso dal primo al secondo. Ma quel che più interessa è: sulla base di cosa avviene tale *extensio*? Cercando di essere sintetici per ragioni, d'un lato di spazio, dall'altro per ragioni di "architettura" della trattazione<sup>51</sup>, mi limiterò ad analizzare il termine "*eadem ratio*", questa, secondo Bobbio che la colloca alla base della sua celebre legge di validità dell'analogia<sup>52</sup>, è l'architrave del ragionamento analogico; il giurista in tal guisa arguisce la possibilità di concepire l'analogia quale inferenza di certezza e non di mera probabilità, giungendo così a contraddire teorie alquanto risalenti<sup>53</sup>, ciò purché il *quid simili* sia al contempo anche la ragion sufficiente per cui al caso A è associato il predicato X.

Ecco esposta dunque la legge di validità generale dell'analogia<sup>54</sup>:

« Affinché il ragionamento per analogia sia valido, cioè necessariamente concludente, bisogna dunque che il rapporto di somiglianza sia accolto in un significato determinato, e non ci è che un modo solo, per cui due oggetti possano dirsi simili tanto da formare un'analogia logicamente valida. Vale a dire : è necessario che, posta la formula  $Q \text{ è } P ; S \text{ è simile a } Q ; S \text{ è } P$ , il qualcosa in comune, cioè M, per cui Q e S sono simili, sia insieme la ragion sufficiente di Q è P, e seguendo l'esempio aristotelico è necessario che l'appartenere alla categoria della guerra contro i popoli confinanti, per cui la guerra degli Ateniesi contro i Tebani e quella dei Tebani contro i Focesi sono simili, sia la ragione sufficiente,

---

<sup>50</sup> Di analogia e interpretazione estensiva posto che il dibattito in dottrina è da sempre molto ricco di contrasti e dissidi.

<sup>51</sup> La tematica del fondamento dell'analogia nel diritto e la sua storia verranno sviluppate nel secondo capitolo in ossequio alle tesi di N. Bobbio. *L'analogia nella logica del diritto*, 1938.

<sup>52</sup> N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938, p.96.

<sup>53</sup> Più recentemente: L. GIANFORMAGGIO *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*.

<sup>54</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, p.96, cita PFAENDER, *Logik*.

per cui la guerra dei Tebani contro i Focesi è stata posta come male .»<sup>55</sup>  
 Nella concezione di Bobbio alla base dell'analogia vi sarebbe ora un ragionamento deduttivo, laddove l'elemento in comune tra il caso contemplato e quello non contemplato fosse la causa efficiente, ora uno induttivo, qualora in comune vi fosse, per converso, la causa finale dell'effetto giuridico.<sup>56</sup>

### **I.II.1** Lo schema analogico calato nel diritto: *Gianformaggio e la denegata certezza del ragionamento analogico*

In aperto contrasto con la tesi di Bobbio, più recentemente Gianformaggio, l'autrice nega la possibilità di concepire l'analogia nel diritto quale ragionamento di certezza o di probabilità, non potendosi definire tale né un'inferenza né tantomeno una legge; queste potranno tutt'al più definirsi valide o invalide, vera o falsa sarà la conclusione. La critica distruttiva dell'autrice, ricollegandoci qui alla legge di validità poc'anzi esposta, prosegue affermando che :« il problema dell'analogia giuridica è, dunque, il problema della prova della giuridicità di M, e non quello della validità di un argomento che assuma M come già provato o come non bisognoso o non suscettibile di prova.»<sup>57</sup> La dissertazione viene corroborata citando Pfander <sup>58</sup>il quale :« proprio in considerazione dell'introduzione di M nello schema, introduzione necessaria per il controllo della conclusività dell'argomento, parla espressamente dell'analogia come uno di quei *material bedingter Schlusse* che fuoriesce dal dominio della logica formale»<sup>59</sup>; Gianformaggio dunque nega che l'analogia nel diritto possa avere carattere di certezza e nega parimenti la ricostruzione su cui Bobbio la fonda, poiché questa

<sup>55</sup> N.BOBPIO, *op. cit.*, p.96.

<sup>56</sup> M.BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, p.6.

<sup>57</sup> L.GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino,2008.

<sup>58</sup> PFANDER, *op. cit.*, in BOBBIO, *op.cit.*, 100 ss.

<sup>59</sup> L.GIANFORMAGGIO, *op.cit.*, p.75 ss.

sarebbe idonea ad individuare piuttosto un argomento *ab exemplo* o paradigma, dissimili dall'analogia in quanto danno la ratio della norma (Q è P) già per provata.

### **I.II.2** Lo schema analogico calato nel diritto: *Engisch ed il concetto di somiglianza analogica*

La somiglianza costituisce il naturale fondamento dell'inferire analogico, ciò è parimenti sostenuto da Engisch<sup>60</sup>, il quale, nell'interrogarsi sulla possibilità di far rientrare il sequestro di persona preceduto da consenso nelle lesioni personali ex § 226° StGB, concludeva in termini affermativi proprio sulla base della somiglianza delle due ipotesi. Somiglianza qui relativa al generale principio *volenti non fit iniuria*, che, presente in entrambi i casi, permette di estendere la disciplina vigente per le prime (lesioni personali quali tatuaggi et cetera) al secondo (sequestro di persona previo consenso). Engisch citava infine Aristotele per ricostruire la natura del ragionamento analogico nei suoi fondamenti di logica formale: « La concezione risalente ad Aristotele afferma che il ragionamento analogico deriva dall'unione di induzione e deduzione; soltanto se dal fenomeno particolare dal quale si conclude (nel nostro caso, la liceità della lesione personale con il consenso della parte lesa) viene astratto un concetto generale (induzione) , è possibile attuare la conclusione (deduzione) in un altro particolare (la liceità del sequestro di persona con il consenso della parte lesa ).»<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> K.ENGISCH, *introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970.

<sup>61</sup> ENGISCH, *op. cit.*, p.233.

### I.II.3 Lo schema analogico calato nel diritto: *l'analogia tra interpretazione e creazione, brevi cenni di un ampio dibattito*

Un altro motivo di dibattito in sede dottrinale è quello inerente la natura del procedimento analogico, si tratta di mera interpretazione della legge, oppure di vera e propria creazione? Anche qui le fazioni sono alquanto agguerrite, d'un lato v'è chi sostiene il carattere meramente interpretativo<sup>62</sup> dell'estensione di una legge ad un caso non contemplato, *extensio* come detto giustificata dalla *eadem ratio*; dall'altro v'è invece chi ne sostiene il carattere creativo<sup>63</sup> concependo *l'ars interpretandi* strettamente legata al dato testuale. Il dibattito appena citato diviene foriero di ancor più importanti problematiche in ambito penale, là dove entrano in giuoco valori primari di rango costituzionale, quali la libertà personale, la legalità e la stessa certezza del diritto; è facile capire d'altronde come l'ammettere in modo incontrollato il ricorso ad uno strumento creativo del diritto in sede giudicante, possa frustrare *tout court* la garanzia di tali diritti.

Anticipate dunque alcune delle *vexate quaestiones* inerenti l'analogia, dedico il primo paragrafo del prossimo capitolo alla istoria dell'analogia nel diritto per poi di lì affrontarne i risvolti più problematici in modo più diffuso ed organico.

---

<sup>62</sup> N.BOBBIIO, *op. cit.*, p.95 ss.

<sup>63</sup> Quali ad esempio BETTI.

## Capitolo II

### *L'analogia nel diritto: percorso storico, dottrinale e giurisprudenziale*

#### Premessa

L'analogia, come visto in chiusura di capitolo, è un tema alquanto dibattuto e controverso nel diritto, i suoi usi sono tanto molteplici quanto discussi, così come discussi sono i riferimenti normativi; non dimentichiamo infatti come l'analogia venga *ex lege* ammessa in base all'art. 12 c.1<sup>64</sup> delle Disposizioni sulla legge in generale, quale strumento integrativo e di supplenza nei confronti di un legislatore troppo spesso impreciso o non al corrente con i tempi. Tuttavia, come spesso accade, abbiamo scarsa certezza in ordine all'interpretazione del dettato legislativo e le stesse problematiche interpretative si presentano immancabilmente in ordine all'art. 14<sup>65</sup>, disciplinante appunto i limiti e le eccezioni all'analogia ammessa. Cosa si intende per legge eccezionale? Cosa ancora per legge penale? Si tratta di termini *analoghi*, forieri di ambigui e molteplici significati, dunque si badi bene, la risposta a tali quesiti è tutt'altro che ovvia e scontata. Procellosi confronti in dottrina si sono alternati e non mancherò di riferirli in apposita sezione, trattandosi qui di una mera premessa avente tutt'altra pretesa che quella d'essere pienamente soddisfattiva. Credo sia il caso, per affrontare adeguatamente il tema, di incipiere il presente capitolo riferendo in brevi ed ancillari paragrafi la

---

<sup>64</sup> Art.12 c.1 Disp. prel. sulla legge in generale: «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.»

<sup>65</sup> Art. 14 Disp. Prel. Sulla legge in generale: «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.»

storia dell'analogia nel diritto seguendo il percorso logico di Norberto Bobbio <sup>66</sup>,  
il quale, con clarissima dovizia ne ha ricostruito le fondamenta.

---

<sup>66</sup> N. BOBBIO, *op.cit.*,cap.1.

## Sezione storica

### II.I Breve storia dell'analogia nel diritto: *Gli albori dell'analogia legis, l'argumentum a simili ai tempi dello jus commune*

I giuristi dello *jus commune* non conoscevano l'analogia nei termini nei quali la intendiamo noi oggi, ossia come strumento integrativo delle lacune del diritto<sup>67</sup>, mancando *de facto* all'epoca una dottrina dell'interpretazione<sup>68</sup>. Quindi la nostra dizione “*analogia legis*”, a loro nota come *argumentum a simili*, deve più propriamente essere ricondotta a quella di *intepretatio extensiva* o *extensio legis*; qui inglobato, l'*argumentum* assumeva la medesima funzione svolta con diverso nome oggi, ossia, integrare le deficienze dell'ordinamento avendo come fondamento la *ratio legis*. L'*Extensio legis* comporta dunque l'allargamento nell'applicazione di una norma da un caso espressamente regolato ad un caso non regolato, il concetto di *extensio a simili* definisce un caso particolare di estensione basato sulla *similitudo* tra casi, *similitudo* inerente appunto la *ratio legis*. Altrettanto rilevante è il distinguo che veniva operato tra *comprehensio* ed *extensio*, la prima è attività ricognitiva della *mens legis* nonché prodromica a qualsiasi estensione, la seconda vera e propria *interpretatio*. Impiegato quindi il termine *interpretatio*, è opportuno chiarirne il significato nel contesto, i giuristi dell'epoca ritenevano parte imprescindibile dell'*interpretare* la legge l'integrarla, dunque l'*interpretatio* nell'accezione propria dei giuristi dello *jus commune* aveva una portata notevolmente più ampia di quella attuale; di qui Bobbio coglie il contrasto con la tendenza propria dei giuristi a lui contemporanei, per i quali

---

<sup>67</sup> È una tesi sostenuta nell'incipit de “l'analogia nella logica del diritto” da N. Bobbio.

<sup>68</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, cita in nota lo STROUX il quale a sua volta indica come causa precipua di tale vuoto dottrinale il divieto interpretativo imposto nel *Corpus juris civilis*, prescrizione contenuta appunto nella costituzione Tanta-Δεδωκέν(533), finalizzata a promulgare il Digesto, con cui l'imperatore Giustiniano decise di vietare qualsiasi interpretazione delle leggi scritte.

,secondo il giurista ,l'interpretazione è mera attività “passiva” da svolgersi “in stretta aderenza al testo”.

### II.I.1 Breve storia dell'analogia nel diritto: *l'extensio e l'interpretazione giuridica, alcune voci dottrinali in epoca cinquecentesca*

Un giurista che in epoca successiva dedicò ampia trattazione al tema fu Bartolomeo Cepolla nel “*De interpretatione legis extensiva*”, quivi l'autore descrive l'*extensio* come strumento per colmare le lacune e l'argomento analogico quale mezzo per raggiungere lo scopo. L'autore afferma la necessità di ricorrere all'*interpretatio* solo laddove il caso in esame non risulti compreso né nei *verba*, né nella *ratio*, né nella *mens legis*, tesi questa che verrà ripresa successivamente da altri autori. Petrus Andrea Gammarus<sup>69</sup> concepiva l'interpretazione bipartendola in due branche: *Circa verba* e *circa mentem*, la prima si ripartisce a sua volta in *intensio*<sup>70</sup> e *remissio*<sup>71</sup>, la seconda in *intensio*<sup>72</sup> ed *extensio*; Gammarus così descriveva il verificarsi dell'*extensio* :« *unus casus ad decisionem alterius penitus diversi assumatur, propter quandam convenientiam rationis, quae est in utroque.*»<sup>73</sup> L'autore successivamente asserendo che l'*extensio*<sup>74</sup> è non null'altro che l'*argumentum a simili* identificava analogia ed *extensio*.

<sup>69</sup> N.BOBBIIO, *op. cit.*, p.17 cita a proposito in nota P.A.GAMMARUS. *De extensionibus* in T.U. J., XVIII cc.247-260.

<sup>70</sup> Interpretazione *larga* di una parola.

<sup>71</sup> Interpretazione *stretta* di una parola.

<sup>72</sup> *Est quaendā dispositionis ampliatio, quae fit ex parte rationis.* Di qui il richiamo alla nota formula descrittiva della *comprehensio*:« *Cum ratio est generalis quae fit a casu expresso ad non expressum per rationis identitatem vocatur intensio.*»

<sup>73</sup> P.A. GAMMARUS, *op.cit.*, c.253.

<sup>74</sup> L'*extensio*: « *Quod nihil aliud est, quam argumentum a simili, ut quando casus non reperitur decisus et volumus illum per aliorum similitum rationes determinare.*»

Di particolare interesse in questo periodo è il trattato di Stefano Federici<sup>75</sup>, nel quale si rinviene una netta separazione tra l'attività di completamento della legge mediante esplicazione dell'intenzione implicita (attività ricognitiva) e l'attività di completamento dell'ordinamento mediante ragionamento logico<sup>76</sup>. Il trattato si presenta suddiviso in quattro parti senza riferimenti alla *comprehensio* ed *extensio*, bensì con l'impiego di termini famigliari alla dottrina moderna; così la prima parte è dedicata all'analisi di ciò che accade «*quando plus aut minus intellectum est quam scriptum*», di qui la suddivisione in due capitoli dedicati rispettivamente all'interpretazione estensiva (*plus*) ed all'interpretazione restrittiva (*minus*). La quarta ed ultima parte è dedicata al da farsi «*quando controversia lege diffinita non reperitur, tamen a similitudine alicuius legis definiri posse videtur*», ergo alla soluzione di eventuali lacune in presenza di un caso non previsto simile ad uno regolato. Nel Federici è quindi presente la netta scieverazione tra la ricostruzione della *mens legis*, in caso di divergenza tra *mens* e *verba*, e l'estensione della normativa da un caso simile ad un altro non disciplinato dall'ordinamento; così può dirsi nota all'autore quella moderna distinzione tra attività propriamente interpretativa ed attività più propriamente integrativa delle lacune, distinzione che tuttavia non trovò luogo nei trattati di autori a lui contemporanei<sup>77</sup>. In epoca secentesca abbiamo poi Forsteri<sup>78</sup> il quale si occupò di indagare i limiti dell'interpretazione estensiva, nonché il fondamento stesso dell' *extensio*, dunque del modo in cui è possibile estendere la norma sulla base di una asserita maggiore estensione della *mens legis* rispetto ai *verba*. Il Forsteri considerava l'analogia parte dell'interpretazione estensiva, nell'autore è altresì presente la riserva sulla fondatezza di chiamare *interpretatio* quella che non sia vera e propria

<sup>75</sup> STEPHANUS DE PHEDERICIS, *De interpretatione iuris, commentarii quattuor*. Lugduni, Hi36, in BOBBIO *L'analogia nella logica del diritto*, p.20 ss.

<sup>76</sup> Tale bipartizione non è solo originale rispetto agli autori contemporanei, ma porta a confutare la tesi propria degli autori successivi che non riconoscevano la scieverazione negli autori antichi.

<sup>77</sup> Tra questi proprio Forsteri.

<sup>78</sup> V.G.FROSTERI, *interpres sive de interpretatione iuris*, 1613. in N.BOBBIO, *op.cit.*, p.25 ss.

*extensio a similibus ad similia.*<sup>79</sup>

L'importanza dell'*argumentum a simili* fu grande come sostenuto da Bobbio ,d'altronde è sufficiente per giustificare tale tesi rimarcare una volta in più quanto nell'argomentare l'analogia possa esser d'ausilio; l'*argumentum a simili* ed *a fortiori* sono da sempre utilizzati nella dissertazione giuridica, sia per la loro *vis expansiva* sia per la capacità di corroborare i passaggi logici di un qualsivoglia percorso argomentativo.

## II.1.2 Breve storia dell'analogia nel diritto: la *Dialettica legale e i concetti di locus, argumentum e argumentatio*

La Dialettica legale<sup>80</sup> trasse ispirazione da grandi esponenti del pensiero logico, tra i quali Boezio(480 circa 524)<sup>81</sup> , che indagò i vari *topoi* della dialettica, e ancora ovviamente lo Stagirita; l'interesse verso l'argomentazione giuridica pervade il pensiero medievale dall'Agricola<sup>82</sup> all'Everardo<sup>83</sup> ,in particolare, l'interrogativo riguardò l'estensione analogica nella sua struttura e giustificazione. Le opere del periodo ripartiscono la scienza dialettica in dottrina del giudizio<sup>84</sup> e dottrina dell'invenzione<sup>85</sup>, di qui poi il distinguo tra *argumentum* e *locus*, il primo *ratio* dell'argomentazione, il secondo *sedes argumenti*. Dunque, dal locus si ricava l'*argumentum* e questo viene svolto con l'*argumentatio*. L'analogia riguarda la dialettica dell'*ars judicandi*, inerendo questa il paradigma

<sup>79</sup> S'è già detto del distinguo tra *interpretatio e comprehensio*.

<sup>80</sup> Più che una vera e propria corrente si tratta di un genere letterario risalente alla prima metà del 1500.

<sup>81</sup> Tra le varie opere "*de differentiis topicis*" che ripercorre appunto i topoi della dialettica.

<sup>82</sup> R.AGRICOLA, *De inventione dialectica*.

<sup>83</sup> EVERARDUS BOGARDUS, *Loci argumentorum legales*, in BOBBIO, *op.cit.*, p.30 ss

<sup>84</sup> *Ars judicandi* dedita allo studio dell'argomentazione logica nelle quattro forme aristoteliche di: sillogismo-induzione-entimema ed *argumentum a simili*.

<sup>85</sup> *Ars inveniendi* dedita invece allo studio dei vari loci, da ogni locus venivano poi tratte le varie argomentazioni.

aristotelico, ma riguarda parimenti la dialettica dell'*ars inveniendi*; infatti se la seconda "componente" della dialettica studia i vari loci, tra questi non si può non annoverare il *locus a simili*, presupposto e fondamento del ragionamento analogico.

Il Gammario<sup>86</sup> proprio in tema di dialettica ed analogia asseriva : « l'*exemplum* e il *locus a simili* si distinguono perché mentre il primo è l'*argumentatio*, il secondo è il *locus argumentationis* » la correlazione dunque è la seguente: *locus a simili* (locus)- analogia (argomento)- *exemplum* (argomentazione).

Il Gammario nel "*Dialectica legalis*" così definiva il ragionamento entimematico: « *Enthimema vocamus syllogismum imperfectum, no omnibus anteponebis sequitur sestinata conclusio unde iuue, sermone rotundo torqueri Enthimema dixit. Exemplum omnis ultima vòlutas est attendèda, ergo ultimù testamentum attendedum. Si enim que somitteda erat simillemus, taliter fuisset facta ratiocinatio. Omis Ult:uol:est atti :testamentum aute ultimū est ultima voluntas. Ergo testamentum ultimū attendu hoc argumentationis genere saepius brevitatis causa utunt doctores nostri. Illi aute argumentationes ad syllogismu reduci nequeunt: Enthimemata dici no poterunt. Ut titius est heres: & Sempronius legatarius. Ergo Titius est heres. oportet.n.semp ut antecedes sit chathegoricum no hipoteticu*».

Così invece in tema "De exemplo": « *Per exemplum sit argumentatio: cum unu particulare probat per aliud inquo aliquid simile repitur. Hoc modo. Patroni liberto existente pupillo sunt legitimi tutores. Ergo e patres existente filio emancipato sunt eius legitimi tutores: quoniam utrobique datur successiodeficientis pupilli. Ut paret infit. De legit.pat.tut.in ptincip. In hoc semp debet exprimi terminus similitudinis. De hoc habetur in.l.si.pater: in.l.i.ff.defol. & in. argumento . FF.de Au.&arg.leg.&elegantèr p. Bal in.l.i.ss.de iusti&iure. A loco a simili differt :Hoc argumentatio. Illud argumentationis locus. Alius tn est locus: quem doctores nostri ab exempli pntiositate vocant.ut.f.fugiantur ea q*

---

<sup>86</sup> N.BOBBIIO,*op.cit.*,p.32.

*malum caeteris exemplum pstant. De quo est tex.in.c.miratur»<sup>87</sup>* Dunque secondo il Gammaro l'entimema e l'esempio, per la tradizione scolastica forme imperfette di argomentazione, si caratterizzano per il passaggio da un particolare ad un altro in virtù della loro *similitudo*<sup>88</sup>, somiglianza che è la stessa fonte della validità di tali forme argomentative.

### II.I.3 Breve storia dell'analogia nel diritto : *la giurisprudenza dialettica e la vexata quaestio dell'extensio ad similem o ad eandem*

La giurisprudenza dialettica ripartiva, in linea con la logica scolastica, l'argomentare in quattro differenti forme di argomentazione: il sillogismo e l'induzione considerate perfette, l'entimema e l'esempio ritenute invece imperfette. Ebbene l'*exemplum* è palese derivazione del *paradeigma* aristotelico della cui struttura e valore probatorio si è discusso precedentemente. Il paradigma veniva definito quale induzione imperfetta al pari dell'entimema, descritto a sua volta da Nicola Vigelius<sup>89</sup> come *sillogismo imperfetto*. Il paradigma più propriamente si basa sul passaggio induttivo da un particolare ad un altro particolare e la sua validità dipende dalla *similitudo* tra i due termini correlati, ebbene, da qui discendono gran parte delle dispute tra i giuristi pratici: l'*extensio* è da ammettersi solo in caso di *eadem ratio* oppure anche in caso *similis ratio*? L'aggettivo *similis* destava dunque particolari crucci, questo seppur base del ragionamento analogico, era esso stesso termine fortemente analogo, passibile di plurime significanze; ha buon gioco il Bobbio a citare il Federici, giurista dialettico che denuncia un uso alquanto vario del termine, inteso ora come

---

<sup>87</sup> GAMMARUS, *Dialectica legalis* III/VI.

<sup>88</sup> Tema alquanto caro alla logica scolastica e ripreso in seguito dalla dialettica scolastica.

<sup>89</sup> N.VIGELIUS, *Iuris civilis de legatis et fidei commissis methodus dialectica.*; tesi conforme dunque a quella del GAMMARUS.

*identitas* ora come *paritas*, o ancora, quale *convenientia accidentum, ad diversas species*<sup>90</sup>.

Bobbio per giungere a maggiore chiarezza si richiama alla Metafisica<sup>91</sup> aristotelica, colà dove per *similitudo* si intendeva una concordanza dei termini in chiave qualitativa, definizione pienamente condivisa dai dialettici<sup>92</sup>. Ponendo la disputa in ambito prettamente logico giuridico *quid est haec qualitatem nisi ratio legis?* Ecco quindi il tema, quando si ragiona in chiave paradigmatico-esemplare, la qualità ,elemento come visto essenziale per ricostruire un rapporto di somiglianza a fini analogici, è da ricondurre alla *ratio legis*; così due casi saranno da ritenersi simili laddove condividano la medesima *ratio legis*, leggasi anche *identitas rationis*, non sarà dunque sufficiente una *similis ratio* ma verrà richiesta una *eadem ratio*.<sup>93</sup> Individuate le fondamenta dell'argomento analogico è facile desumerne le funzioni in chiave interpretativo-applicativa, a patto che si considerino caratteri ontologicamente tipici dell'*ordo juris* la perfettibilità e la presenza di lacune. Da qui al riconoscere una funzione integratrice al *locus a simili* il passo è invero breve, d'altronde la *vis expansiva* di questo *topos* è pressoché illimitata, tanto più laddove manchi un'opera di centuriazione semantica e legislativa dell'*ars* ermeneutica.

---

<sup>90</sup> N.BOBPIO, *op cit.*, p.34, FEDERICI, *de interpretatione juris*.

<sup>91</sup> ARISTOTELE, Met. V .libro.

<sup>92</sup> BOBBIO, *op.cit.*, p.34,cita il MASSA, *De exercitatione*, « Similitudo aliud est quam rerum differentum edem qualitas.»

<sup>93</sup> P.A.GAMMARUS, *Dialectica Legalis*, nel descrivere la *vis expansiva* del *locus a simili* « Nulla in iure crebrior est argumentatio ea quae fit per locum a simili seu a pari.»

## II.I.4 Breve storia dell'analogia nel diritto: *Teologia morale ed analogia*

La dissertazione in tema di analogia viene dal Bobbio integrata con un riferimento alla teologia morale<sup>94</sup>, i teologi si trovarono ad affrontare, al pari dei giuristi, l'ardua problematica dell'interpretazione e di qui dell'ammissibilità o inammissibilità di una *interpretatio* in chiave analogica. I risultati cui pervennero i teologi furono consonanti con quelli dei dialettici; laddove infatti si concepisca quale fonte naturale del diritto la *ratio*, intesa quale ragione o logica, l'analogia non solo sarà da ritenersi ammissibile ma financo naturale, basandosi questa proprio su una *identitas rationis*<sup>95</sup>. Al contrario qualora si concepisca quale fondamento dello *jus scriptum* la *voluntas* di un personificato legislatore, ebbene qui l'analogia dovrà escludersi e non ammettersi. Il punto da ultimo discusso è da tempo che cagiona un non sempre coerente congetturare dei giuristi, le critiche sul tema sono tanto numerose quanto fondate, cosa si intende per *voluntas*? Volontà? Pensiero? o forse scopo che il legislatore ha inteso assegnare alla norma? è infine possibile concepire un sistema di leggi in chiave volutaristica? Rimando per una trattazione completa sul punto, mi limiterò qui a sottolineare un'inadeguatezza della concezione prettamente volutaristica, poiché questa, non solo nega l'esistenza di lacune nell'ordinamento, ma ne impedisce *tout court* qualunque possibile sviluppo razionale. I teologi, dunque, partendo da tale impostazione (volutaristica) consideravano inammissibile un'*extensio* spregiudicata del diritto positivo, al contrario i giuristi dello *jus commune*, pur confermando un'impostazione volutaristica, per far fronte ad esigenze di natura pratica ammettevano il ricorso all'*extensio*, aggirando il dogma della volontà mediante la teorizzazione della volontà tacita e della volontà presunta. Dunque, tornando al volutarismo puro dei teologi, il tomismo distingue il

<sup>94</sup> N.BOBBIIO, *op cit.*, cap IV, p.38.

<sup>95</sup> Si tratta di una giustificazione *razionale* del ricorso all'analogia.

fondamento del diritto in *ratio* e *voluntas*, rispettivamente per quanto concerne il diritto naturale e quello positivo, di qui ecco il Suarez<sup>96</sup> circoscrivere la problematica dei limiti dell'interpretazione estensiva al solo diritto positivo<sup>97</sup>. L'autore ammetteva un'*extensio*<sup>98</sup> in caso di *eadem ratio*, non anche in caso di *similis ratio*, qui infatti si andrebbe al di là della *voluntas legislatoris*, siamo di fronte ad un compromesso tra il volontarismo ed una interpretazione non più esclusivamente letterale. I teologi per dissipare dunque ogni dubbio e cruccio di natura logico-semanticamente tra *eadem ratio et similis ratio*, nonché per impedire che venisse riconosciuta una *eandem rationem* là dove non sussistesse, la consideravano presente in quattro casi: *correlativi, connexi, aequiparati e contenti*.

### II.1.5 Breve storia dell'analogia nel diritto: *la nascita della dizione "interpretazione analogica"*

Bobbio prosegue nel suo iter descrittivo della storia dell'analogia citando prima i grammatici ed Isidoro, poi la scolastica che utilizzava l'argomento analogico per distinguere le parole in univoche, equivoche ed analoghe. Bobbio ben coglie nel suo capolavoro il moto ondivago della storia dell'analogia, concepita ora quale proporzione<sup>99</sup>, ora invece quale equiparazione, finendo per trovare proprio in tale ultima accezione cittadinanza nella *scientia juris*.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> F.SUAREZ, *tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, p43. In BOBBIO, *op.cit.*, p.48

<sup>97</sup> Questo perché come notato una *extensio legis* giustificata sulla base di una ipotetica *eadem ratio*, presuppone che tale *ratio* vi sia ed anzi costituisca il fondamento stesso della norma da estendere( così accade per il diritto naturale che è a base razionale).

<sup>98</sup> BOBBIO, *l'analogia nella logica del diritto*, nega natura di vera e propria *extensio* a tale procedimento logico. La critica del giurista muove dalla natura stessa di *extensio* ad simili, infatti vi si provvede solo laddove il secondo termine di paragone non sia caso contemplato dal diritto.

<sup>99</sup> Si ricordi il pensiero matematico.

<sup>100</sup> BOBBIO, *op cit.*, p.50, cita Cicerone, *Tiameus*, : «*id optime adsequitur quae Graece αναλογία, latine comparatio proportione dici potest*».

L'analogia figura successivamente in alcune opere quale "interpretazione analogica", così lo Hopper<sup>101</sup> che la definisce in seguito come: « *interpretatio mixta, quae plures leges interse comparans, pugnam earum, quam antinomiam vocant, dissolvit* »<sup>102</sup>. Quivi la funzione dell'analogia è evidente, essa diviene strumento per garantire coerenza organica al sistema, nulla a che vedere con l'interpretazione estensiva. Proseguendo nell'*excursus*, il Gentili<sup>103</sup> considerava l'*interpretatio* analogica comparazione tra leggi, si pensi a proposito al passo ciceroniano citato poc' anzi nel quale l'analogia viene concepita come raffronto e confronto tra disposizioni normative.

## II.I.6 Breve storia dell'analogia nel diritto: *l'analogia nella temperie giusnaturalista*

Nella temperie giusnaturalista uno dei valori di maggiore portata era indubbiamente la concezione organicista dell'ordinamento, questa porta a delle ovvie conseguenze, l'*ordo juris* è caratterizzato da un'intima ed indefettibile razionalità: non sono ammesse incongruenze ed antinomie di qualsivoglia fatta. L'analogia muta quindi la propria fisionomia, in guisa del polimorfismo di Odisseo appare sempre più arduo comprenderne gli sfumati contorni. Analogia da strumento di: « *conciliatio legum obstantium seu oppugnantium* », ad *analogia juris*, intesa come complesso di leggi conciliate o sistema di leggi.<sup>104</sup> Questo mutamento nella concezione stessa del termine ha avuto ripercussioni in sede dottrinale, ripercussioni che come prevedibile, si sono tramutate in altrettanti

<sup>101</sup> HOPPER, *de vera jurisprudentia*, jurisprudentia-dicastica-singulorum legum- hystorica, etymologica,practica,analogica. in N.BOBBIIO, op.cit.

<sup>102</sup> HOPPER, *op.cit.*,c120.

<sup>103</sup> GENTILI, *De juris interpretibus*, 1582.In, *Analogia nella logica del diritto*, BOBBIO.

<sup>104</sup> J.G.KULPIS, *De analogia juris*, 1683. In, *Analogia nella logica del diritto*, BOBBIO.

dibattiti; tra questi quello insorto tra giusnaturalisti e giuspositivisti in merito all'integrazione delle lacune mediante il ricorso ai principi generali del diritto. La doppia natura dell'analogia è quindi ravvisabile nella duplice funzione ad essa assegnata, rappresentare il sistema razionale del diritto e parimenti strumento per colmare le deficienze del sistema stesso.<sup>105</sup>

### **II.1.7** Breve storia dell'analogia nel diritto: *comparsa dell'analogia in accezione moderna, uno strumento per colmare le lacune*

J.G. Kayser compiutamente descriveva la risoluzione di casi sulla base della *decisio secundum analogiam* in questi termini: « *Per quam jura et obligationes, quae in casu tacite per casum similem decisio obtinent, determinantur*»<sup>106</sup>, ecco dunque l'analogia nella sua accezione più vicina a quella attuale, ovvero, di strumento per decidere casi non contemplati simili a quelli normativamente regolati. La simmetria tra questo meccanismo di decisione-integrazione del diritto e l'*argumentum a simili* è d'altro canto lampante, in entrambi i casi abbiamo un percorso inferenziale fondato sulla *similitudo* dei termini, somiglianza che permette di estendere al secondo il predicato del primo. La decisione dei casi non espressi normativamente è possibile attraverso analogia, solo in un sistema razionale di diritto.

---

<sup>105</sup> SCHILTER, *Oratio de analogia*, in N.BOBPIO, op.cit., p.61

<sup>106</sup> J.G.KAYSER, *Dissertatio juridica de decisione casuum secundum analogiam*, 1751. in N.BOBPIO, op.cit., p.61.

### II.I.8 Breve storia dell'analogia nel diritto: *Thibault e l'unificazione concettuale di analogia ed interpretazione estensiva*

Thibault<sup>107</sup> circoscrive l'interpretazione all'arcipelago della ragione, oltre la ragione l'*interpretatio* non può andare, l'autore quindi ammette un'*ars interpretandi* meramente razionale ed in questa rientra, chiaramente, l'interpretazione estensiva, ritenuta ammissibile solo in presenza di una *eadem ratio*. L'analogia viene dal Thibault identificata con l'interpretazione *extensiva* « meglio di così non può dimostrarsi che si abbia a chiamare analogia solamente l'argomentare da un caso all'altro per uguaglianza di ragione, cioè l'interpretazione estensiva.»<sup>108</sup>

### II.I.9 Breve storia dell'analogia nel diritto: *Savigny e la sceverazione tra analogia ed interpretazione estensiva*

Giunto nella trattazione al XIX secolo, Bobbio cita Savigny; il massimo esponente dello storicismo distingueva, contrariamente a Thibault, l'analogia e l'interpretazione estensiva. Tale distinzione discende da un lato dalla concezione di analogia come *an. juris* e non *legis*, dall'altro da una visione volontaristica delle fonti.<sup>109</sup> Savigny nell'espone la sua teoria di sistema giuridico individuava quali valori cardine l'unità e la completezza, la prima conseguibile mediante l'eliminazione delle antinomie, la seconda conseguibile attraverso l'analogia. Di qui l'autore elaborava la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva, la

---

<sup>107</sup> THIBAUT, *Theorie der logischen auslegung des romischen rechts*, 1799 in N. BOBBIO, *op.cit.* p.63 ss.

<sup>108</sup> THIBAUT, *op.cit.*, par. 28, p101.

<sup>109</sup> SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*. trad it, 1886, I, p.299. in N. BOBBIO, *op.cit.*, p66.

prima atto a colmare lacune<sup>110</sup>, la seconda rimedio contro l'inesattezza delle leggi. Accanto ai conflitti dottrinali interni ad una pandettistica divisa tra Thibault e Savigny, abbiamo codici con disposizioni scarse e non adatte a dissipare dubbi, anzi, foriere di maggiori incertezze; la *communis opinio* concepiva l'analogia non propriamente come interpretazione ma quasi come creazione. Questa conclusione discendeva da una differenza sottile ma concludente, infatti, se l'*interpretatio* ha come scopo quello di individuare il significato di un testo ,per quanto oscuro possa essere il testo di legge, questo deve pre-esistere, *quid* che invece manca in riferimento al caso non contemplato, così in caso di analogia si procede mediante un'attribuzione di volontà.

### **II.I.10** Breve storia dell'analogia nel diritto: *breve cenno alla dottrina italiana dei primi del Novecento ed osservazioni conclusive*

Bobbio descrive in limine di capitolo il dibattito interno alla dottrina italiana dei primi anni del Novecento e scaturente dalla codificazione. Il metodo interpretativo tradizionale venne individuato nell'interpretazione storica: «*metodo interpretativo finalizzato a ricostruire la volontà storica del legislatore, la consultazione dei lavori preparatori ha ,in questa ottica, valore decisivo.*»; *modus interpretandi* opposto a quello storico-evolutivo: «*metodo interpretativo tendente a garantire un costante adeguamento della legislazione alle necessità attuali/contemporanee*», ed infine opposto a quello teleologico:« *metodo interpretativo/integrativo secondo il quale l'ordinamento deve venire completato tenendo conto dello scopo della legge*<sup>111</sup>.» Ebbene questo procelloso moto della scena giuridica della prima metà del novecento, è conseguenza d'un lato della

<sup>110</sup> Dunque analogia come strumento di integrazione dell'ordinamento.

<sup>111</sup> Giusta l'osservazione di Bobbio, che individua tale "scopo" nella *ratio legis*.

codificazione dall'altro della subito avvertita necessità di colmare le lacune dell'ordinamento; necessità cui le varie scuole rispondevano in modo del tutto peculiare.

Il percorso storico quivi esposto, disvela, una polimorfia dell'*analogia juris*, caratteristica tutt'altro che scomparsa nei giorni nostri, parimenti rende evidente questa mutazione di funzione dell'analogia da strumento per colmare le lacune a vero e proprio *meccanismo poetico* del diritto. Bobbio in merito: «Pareva che tutto il rivolgimento dei sistemi tradizionali d'interpretazione dovesse esser fatto sotto il segno dell'analogia, in cui si veniva di volta in volta a comprendere ogni ricerca atta a smuovere il giogo della legislazione, a cambiar l'aria chiusa dei Codici, a riempire i vuoti lasciati dalle formule legislative; ma si dimentica che l'analogia era un procedimento antichissimo, e che la novità consisteva soltanto nell'attribuirle significati e un valore fondamentalmente impropri. Con queste ali fittizie, appiccatele dalle nuove scuole romantiche della giurisprudenza, l'analogia fece un gran volo, e si allontanò a poco a poco dall'interpretazione della legge, a cui era sempre rimasta legata nel diritto comune; e finì per diventare sinonimo di creazione giuridica.» Limitando la critica al diritto penale, è invero alquanto difficoltoso non “appiccicare” all'analogia ali degne di Icaro, soprattutto qualora tale procedimento venga utilizzato al fine di sanzionare condotte non disciplinate dal legislatore ma ritenute “simili” a quelle previste, finendo così per *creare* una nuova fattispecie penale.

Sezione normativo-dottrinale**II.II Analogia e principio di legalità: i corollari del principio di legalità e critiche alla tecnica legislativa**

L'analogia e il principio di legalità, così come affermato nell'art.25 della nostra Carta costituzionale e dall' art. 1 c.p., sono legati a doppia mandata, molteplici sono le implicazioni e parimenti plurimi sono i rischi di discordanza tra la prima e i corollari del secondo. Il principio di legalità ospita nella sua ampia portata i principi di tassatività e determinatezza; questi sovente ed erroneamente vengono utilizzati quasi in guisa sinonimica, ma così non è, infatti hanno due accezioni e funzioni ben differenti, sebbene improntate alla medesima finalità, ossia, tutelare i cittadini da eventuali eccessi da parte dei rappresentanti del potere legislativo e giudiziario. D'un lato il principio di determinatezza ha il compito di vincolare il legislatore ad una formulazione organicamente strutturata della fattispecie, tale, da permettere ai cittadini di essere consapevoli del *discrimen* tra lecito ed illecito. Dall'altro il principio di tassatività, opera, per dirla alla Padovani<sup>112</sup> dall'"esterno", vincolando infatti il giudice ad una applicazione della norma ai soli casi contemplati. L'esistenza di problematiche di tecnica legislativa è a dir poco inconfutabile, i casi sono molteplici: si hanno fattispecie costruite con l'impiego di termini eccessivamente ambigui o generici, si rileva il ricorso a clausole di apertura del tipo "*in simili casu*", o ancora a perifrasi quali "in mestieri analoghi". Tale prassi è tanto frequente quanto problematica in sede interpretativa, come è possibile d'altronde pensare di circoscrivere l'arbitrio giudiziale in presenza di termini che apertamente si prestano a plurime significanze? La *vexata quaestio* relativa alla tecnica legislativa è stata accompagnata, come rimarcato da

---

<sup>112</sup> T.PADOVANI, *Manuale di diritto penale*, X edizione, cap.II, § 3.

Garofoli<sup>113</sup>, da molteplici questioni di incostituzionalità; segnatamente la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha per lungo tempo tenuto una posizione essenzialmente “conservatrice”, atta a salvare le fattispecie incriminatrici ,comunque elaborate in sede legislativa.

### **II.II.1** Analogia e principio di legalità: *l’art. 434 c.p. e la questione di legittimità costituzionale, un caso problematico di “indeterminatezza” della fattispecie*

Le intrinseche problematiche inerenti la correlazione tra tecnica legislativa-tassatività/determinatezza-analogia legis in ambito penale, sono ben delineate nella sentenza della Corte Costituzionale del 1 Agosto 2008 n.237<sup>114</sup>, relativa alla questione sollevata dal Giudice dell’udienza preliminare del tribunale di Santa Maria Vetere e avente per oggetto la postulata illegittimità costituzionale dell’art. 434 c.p. così detto “disastro innominato”. Il giudice rimettente riteneva la fattispecie criminosa in esame non conforme al principio di determinatezza ex art. 25 cost. e parimenti contrario agli art. 24 e 27 della medesima Carta Costituzionale , nella parte in cui punisce chiunque : « fuori dai casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare [ ...] *un altro disastro*, [...] se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità». Il giudice *a quo* rilevava dunque le plurime implicazioni e funzioni del principio di tassatività-determinatezza: in primo luogo circoscrivere « il ruolo creativo dell’interprete» in assonanza con la divisione dei poteri montesquiana<sup>115</sup>, in secondo luogo la determinatezza inerisce anche il principio di colpevolezza ex art. 27 c.1 Cost.,

---

<sup>113</sup> GAROFOLI, *Diritto Penale*, cap. IV.

<sup>114</sup> *Giurisprudenza Costituzionale*, anno 2008, p.II.

<sup>115</sup> MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano, 2010.

infatti una formulazione poco chiara ed intellegibile del dettato normativo porterebbe a rendere totalmente scusabile *l'ignorantia legis*<sup>116</sup> e di qui a rendere impossibile, oltre che logicamente inopportuno, muovere “rimprovero” al cittadino. Le conseguenze derivanti da una fattispecie “indeterminata” ineriscono inoltre l'art. 24 Cost , come è d'altro canto possibile fondare coerentemente una difesa in assenza di un altrettanto coerente e chiaro testo legislativo?

La questione promossa appare *prima facie* tutt'altro che infondata, la formulazione stessa dell'art. 434 c.p.<sup>117</sup>, facendo riferimento “ad un altro disastro” non meglio identificato e per questo definito “innominato”, è difficilmente riconducibile al principio di determinatezza. Tant'è che il rimettente non si è soffermato sulla prima parte della disposizione, ritenuta avere sufficiente capacità descrittiva<sup>118</sup>, ma sulla seconda caratterizzata da una « *insufficiente [...] capacità informativa*»<sup>119</sup> , perché per tale parte la norma incriminatrice «*non determinerebbe in modo adeguato né l'evento intermedio (il disastro) che la condotta è diretta a cagionare né gli ulteriori eventi di pericolo.*» Dunque tirando le fila del ragionamento, intesa la determinatezza in guisa di una corretta formulazione delle fattispecie incriminatrici, l'uso indiscriminato di termini ambigui e/o di clausole di apertura comporta altrettante breccie nell'ordinamento, ciascuna breccia rappresenta un *vulnus* potenziale per diritti del cittadino costituzionalmente garantiti. Perché questo? Perché più il dettato normativo è incerto, più *l'ars interpretandi* risulterà imprevedibile nei suoi esiti e parimenti incontrollabile. posto che l'analogia è in generale ammessa<sup>120</sup>, nel

<sup>116</sup> In violazione del brocardo: “*ignorantia legis non excusat*”.

<sup>117</sup> Art 434 c.p « chiunque fuori dai casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero altro *un altro disastro* è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni.»

<sup>118</sup> Non vi sarebbero particolari problemi di comprensione nella parte relativa al « crollo»: trattandosi di nozione corrispondente a dati naturalistici di esperienza comune, agevolmente identificabili nei fenomeni di disintegrazione delle strutture essenziali di una costruzione.»

<sup>119</sup> Si fa riferimento alla parte in cui l'art 434 c.p. incrimina chi compie atti diretti a cagionare o effettivamente cagioni un « altro disastro» descritta e criticata poc'anzi.

<sup>120</sup> Si fa rimando all'art. 12 delle preleggi.

diritto penale è però in particolare vietata<sup>121</sup>, soprattutto in ordine alle norme incriminatrici; ciò oltre ad essere diretta emanazione del divieto contenuto nelle preleggi è pienamente in linea con i principi di : riserva di legge, *favor libertatis*, determinatezza e sussidiarietà<sup>122</sup>. Torniamo quindi alla pronuncia N.237/2008 della Corte costituzionale , la questione di legittimità veniva ritenuta infondata in conformità ad una risalente giurisprudenza. In primo luogo la Corte ha sostenuto che il rispetto del principio di determinatezza vada accertato considerando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, nonché la disciplina nella quale essa è inserita, all'uopo soccorrono cenni giurisprudenziali: « l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero[...] di clausole generali o concetti « elastici», non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato : quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile ;e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» <sup>123</sup>. La Corte successivamente si è soffermata sul vocabolo «disastro» , oggettivamente di contenuto scarsamente definito, tuttavia, soccorrerebbero l'interprete sia la collocazione nel Titolo VI sia la finalità dell'incriminazione. L'art. 434 c.p. assolve in ultima istanza una rilevante funzione di chiusura, infatti mira « a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme [...] concernenti la tutela della pubblica incolumità»; funzione questa indubbiamente rilevante, in ragione dell'incessante ed incostante ,nella sua progressione, progresso

<sup>121</sup> Quivi si fa invece rimando all'art. 14 delle preleggi previamente citati entrambi.

<sup>122</sup> Veri cardini del diritto penale.

<sup>123</sup> Il testo citato è proprio della sentenza n. 5 del 2004; in guisa analoga, sent. N.34/2005, n.122/1993, n. 247/1989.

tecnologico, di qui nuove fonti di rischio e correlativamente nuove esigenze di tutela. La pronuncia della Corte fa essenzialmente salva la fattispecie incriminatrice del “disastro innominato” seguendo una linea conservatrice lungamente sostenuta ed interrotta in sparute occasioni<sup>124</sup>. Interessante in merito alla Sentenza or ora esaminata è il recente parere *pro veritate* redatto dal giudice estensore G.M. Flick<sup>125</sup>, l'autore nel sanzionare la recente tendenza della giurisprudenza a ricomprendere il c.d. disastro ambientale nella fattispecie di cui all'art. 434 c.p., sottolinea, allineandosi quasi integralmente alle mozioni della dottrina maggioritaria, l'incompatibilità genetica tra il d. “innominato” ed il d. “ambientale”. In particolare il d. “ambientale” presenterebbe caratteristiche tali da non risultare omogeneo alle altre *species* di disastro, dunque, non sarebbe legittimamente sussumibile<sup>126</sup> nell'art. 434 c.p., in base a quanto affermato dalla Corte Cost.<sup>127</sup>, la quale ha definito sufficientemente determinata la fattispecie (434) concependo il c.d. disastro innominato *omogeneo* alle *species tipiche* di disastro che lo precedono. Flick sostiene che qualora si consolidasse tale deprecabile indirizzo giurisprudenziale, tornerebbe prepotentemente in discussione il tema della determinatezza del disastro innominato, questo poiché verrebbe meno un carattere tipico, nonché fondamentale per ritenere la fattispecie determinata, ovvero, l'omogeneità con le ipotesi *tipiche* di disastro<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> La Più celebre è indubbiamente rappresentata dalla sent. N.96/1981, dichiarante incostituzionale il reato di “plagio”, art. 603 c.p.

<sup>125</sup> G.M.FLICK, “*Parere pro veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*” In *Cass. Pen.* 2015, fasc.1, 12-24.

<sup>126</sup> FLICK parla di vera e propria creazione di una nuova fattispecie.

<sup>127</sup> con la pronuncia N.327/2008.

<sup>128</sup> Il che come detto rende un po' più determinata una fattispecie per definizione altamente indeterminata il c.d. disastro innominato.

## II.II.2 Analogia e principio di legalità: *l'art. 603 c.p., un altro caso di indeterminatezza della legge penale*

Un caso in particolare è stato salutato, ingenuamente, quale inversione di rotta significativa rispetto alla posizione tradizionalmente conservatrice della Corte<sup>129</sup>, si fa riferimento alla Sent. N.96/1981 dichiarante l'incostituzionalità del reato di plagio ex. Art .603 c.p.

Ecco le considerazioni in diritto della Corte Costituzionale, cui seguirà un'analisi: «con la prima censura il giudice a quo lamenta la violazione del principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale. In riferimento all'art. 25 della Costituzione questa Corte ha più volte ripetuto che a base del principio invocato sta in primo luogo l'intento di evitare arbitri nell'applicazione di misure limitative di quel bene sommo ed inviolabile costituito dalla libertà personale. Ritiene quindi la Corte, che, per effetto di tale principio, onere della legge penale sia quello di determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile. Tale onere richiede una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative o di valore (cfr. ad es. sentenze 21/1961 e 191/1970) e risulta soddisfatto fintanto che nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili. Implicito e ulteriore sviluppo dei concetti ai quali questa giurisprudenza si è ispirata comporta che, se un simile accertamento difetta, l'impiego di espressioni intellegibili non sia più idoneo ad adempiere all'onere di determinare la fattispecie in modo da assicurare una corrispondenza fra fatto storico che concretizza un determinato illecito e il relativo

---

<sup>129</sup> anche se come abbiamo visto, sent. 327/2008 ben presto, questa è tornata in linea con la precedente giurisprudenza.

modello astratto. Ogni giudizio di conformità del caso concreto a norme di questo tipo implicherebbe un'opzione aprioristica e perciò arbitraria in ordine alla realizzazione dell'evento o al nesso di causalità fra questo e gli atti diretti a porlo in essere, frutto di analoga opzione operata dal legislatore sull'esistenza e sulla verificabilità del fenomeno. E pertanto nella dizione dell'art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito, l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe infatti assurdo, ritenere, che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili. La formulazione di siffatte norme sovvertirebbe i più ovvii principi che sovrintendono razionalmente ad ogni sistema legislativo, nonché, le più elementari nozioni ed insegnamenti intorno alla creazione ed alla formazione delle norme giuridiche .»

La Corte così proseguiva: « Da quanto premesso, risulta pertanto che la compiuta descrizione di una fattispecie penale non è sufficiente ai fini della legittimità costituzionale di una norma, che, data la sua struttura e la sua formulazione astratta, non consenta una razionale applicazione concreta. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 603 sollevata dal giudice a quo in riferimento all'art. 25 della Costituzione, s'incentra così da un lato sull'intelligibilità del precetto, e dall'altro lato sull'indagine che il fenomeno ipotizzato dal legislatore, sia effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale.»<sup>130</sup>

---

<sup>130</sup> Fonte: <http://www.giurcost.org/>.

Dunque, la Corte in primo luogo sottolinea e richiama il ruolo garantistico dell'art.25 Cost. e dei suoi corollari, in secondo luogo rimarca che è onere del legislatore quello di « *determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi*» al fine di tutelare la libertà personale dei consociati, limitando correlativamente gli arbitri del potere giudiziario; questa è null'altro che l'affermazione del principio di legalità-determinatezza-tassatività. Tuttavia ci si guardi bene dall'incorrere nell'errore di quanti hanno considerato tale sentenza un mutamento di *habitus* della Corte, in alcun modo è stata infatti abbandonata la tendenza conservatrice delle norme incriminatrici. Quivi la dichiarata incostituzionalità discendeva non da una deficitaria intellegibilità della fattispecie astratta, quanto piuttosto dalla circostanza che questa illustrasse « *situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili [...], fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili*». La Corte con tale sentenza non ha affermato con vigore la necessità che la poiesi del legislatore si diriga in modo lineare, organico e mediante l'impiego di una terminologia non eccessivamente polisensa; ha invece sanzionato una fattispecie ritenuta non verificabile nella prassi, denunciando uno scollamento tra diritto e realtà. Credo che *in primis* l'art. 603 meritasse bensì sanzione proprio per la sua formulazione, laddove il « *sottoporre una persona a proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione* » difficilmente può essere definita costruzione fraseologica atta a descrivere in modo preciso e determinato la condotta da punire. Una defezione di questo tipo finisce per impedire al cittadino di discernere i contorni dell'illecito, apre le porte ad interpretazioni fantasiose e nella migliore delle ipotesi giustificate in termini di interpretazione estensiva.

### II.II.3 Analogia e principio di legalità: *L'indirizzo consolidato della Corte Costituzionale in materia di "determinatezza" delle fattispecie*

La giurisprudenza della Corte costituzionale oltre ad essere coerentemente concorde è parimenti risalente. Con la Sent. del 27 maggio 1961 veniva respinta la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 121 t.u.l.p.s., approvato con regio decreto del 18 giugno 1931. Il caso in esame vedeva Zagaria Cosimo imputato di contravvenzione ai sensi dell'art. 121 t.u. l.p.s., per avere esercitato in modo abusivo il mestiere di custode di auto, non espressamente preveduto però dalla fattispecie in esame. Di qui la difesa dell'imputato sollevava questione di legittimità costituzionale dell'articolo 121 t.u. l.p.s. ex art.25 Cost. e 1 c.p., denunciando un'applicazione analogica della fattispecie incriminatrice. La Corte nel respingere la questione di legittimità così considerava in diritto : « è noto che il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge ( art. 1 c.p.) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel migliore modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato. In taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive [...], ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni «e simili», «e altri», «e altri analoghi».

Così la Corte proseguiva: « 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.»<sup>131</sup> Nel commento alla sentenza in esame ha buon gioco il Prof. Carlo Esposito, il quale rettamente,

---

<sup>131</sup> Sent.28 maggio 1961, *Giurisprudenza costituzionale* 1961.

afferma: « ciò che l'art. 1 c.p. certamente vieta è che fattispecie delittuose possano essere tanto vaghe, generiche, indeterminate e sostantivamente inesprese che solo col ricorso alla analogia si possa stabilire la estensione o il contenuto della fattispecie vietata o punita». La censura nei confronti della sentenza in esame deve essere netta, poiché l'ammettere che le norme penali possano constare in una « *descrizione sommaria*» o « *nell'uso di espressioni meramente indicative* » significa, d'un lato rendere il legislatore totalmente privo di vincoli di natura tecnico legislativa, dall'altro aprire al totale arbitrio interpretativo. Quale prassi ermeneutica si dovrebbe tenere seguendo le indicazioni della Corte? Precisamente e testualmente si dovrebbe : « 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*». Ebbene il procedimento ordinario di interpretazione si desume dall'art. 12 delle preleggi, il quale vincola il giudice ad un tipo di interpretazione letterale<sup>132</sup> e sistematica, nel caso di ispecie sarebbe evidentemente un'utopia perseguire un tale obiettivo a causa della vaghezza dei termini, per questo l'ardimento interpretativo viene definito interpretazione estensiva. Questa finisce in realtà per essere paragonabile al velo di Maya da squarciare per poi trovarvi al di sotto null'altro di reale se non l'analogia. D'altronde una violazione manifesta del principio di determinatezza si può facilmente individuare laddove il legislatore nel delineare i confini della condotta punibile, enumeri una serie di "casi", "mestieri" tra loro assolutamente eterogenei, potrà dirsi che l'enumerazione eterogenea<sup>133</sup> rendendo pressoché imprevedibile il suo sviluppo, sia dicotomicamente orientata rispetto alla certezza del diritto e di qui al *favor libertatis*. Posta ordunque tale premessa, si noti il carattere eterogeneo dell'elencazione contenuta nell'art 121 t.u. l.p.s : « *chiunque eserciti il mestiere di ambulante, di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiolo, saltimbanco,*

---

<sup>132</sup> Il significato proprio delle parole in questi casi aprirebbe a qualsivoglia tipologia di interpretazione.

<sup>133</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale*.

*cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiolo, lustrascarpe e mestieri analoghi* ». Data l'elencazione in esame si deve rilevare l'eterogeneità e la varietà dei mestieri ivi esposti, nulla hanno in comune tra loro, dunque sulla base di cosa si potrà sanzionare l'imputato Zagaria, parcheggiatore abusivo<sup>134</sup>? il che equivale a dire, sulla linea di Ombretta di Giovine<sup>135</sup> qual è la giustificazione interna del ragionamento giuridico in esame? La risposta è tanto semplice quanto autoevidente, la sussunzione trova giustificazione nella *ratio-legis* e nella necessità di sanzionare anche il parcheggiatore abusivo che eserciti il mestiere senza iscrizione preventiva in apposito registro. Dunque null'altro se non una necessità di tipo criminale-repressivo giustifica un'equiparazione dei mestieri elencati a quello svolto dallo Zagaria. A questo punto ancor più lapalissiano è addivenire ad ulteriore conclusione, qual è l'argomento, inferenza o meccanismo interpretativo che procede basandosi sulla *ratio legis* e più precisamente, sulla *similitudo* tra caso contemplato e caso non espresso, se non l'analogia? La Corte credendo di rinsaldare il divieto di analogia in realtà non fa altro che ammetterlo e legittimarlo, d'altronde, è totalmente apodittico negare cittadinanza alla definizione legittimando per converso il procedimento descritto. Si citi a riguardo il pensiero di Bobbio, che nel negare la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva così affermava: « Ma a che continuare nella confutazione della distinzione, quando gli stessi giuristi e gli stessi giudici, nella maggior parte dei casi, nel momento in cui dovrebbero maggiormente riconoscerla, la disconoscono, attribuendo all'interpretazione estensiva la caratteristica di estendere la legge sopra la base dell'*eadem ratio*? E cos'è l'estensione sulla base dell'*eadem ratio* se non la caratteristica dell'analogia? La realtà è che i giuristi non potendo procurarsi in altro modo criterio distintivo, finiscono per procurarselo o sacrificando il vero

---

<sup>134</sup> Mestiere non indicato evidentemente.

<sup>135</sup> O.DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano 2006.

significato di analogia o il vero significato di interpretazione estensiva.»<sup>136</sup>. Sono evidenti le conseguenze derivanti da un'applicazione analogica delle norme incriminatrici, sia sotto il profilo della certezza del diritto che del *nullum crimen sine lege*, esemplarmente, nel caso di specie qualunque mestiere, posto che di analogia vi è solo la *ratio legis*, potrebbe venire ricompreso nella fattispecie di cui all'art. 121, contraddicendo sia l'art. 25 della Cost. nell'accezione di determinatezza e tassatività, sia l'art. 1 c.p.<sup>137</sup> Viste dunque le reciproche correlazioni ed implicazioni tra analogia e principi di determinatezza e tassatività, è opportuno ora ricercare i fondamenti giuridici dell'analogia nel diritto e verificare in quali circostanze è ammessa ed in quali è per converso vietata.

### **II.III Analogia legis et juris fondamenti normativi: una necessaria critica alla concezione volontaristica**

Prima ancora di addentrarsi in una discettazione sul dato normativo, ritengo oltremodo opportuno affrontare un altro ordine di questioni, ossia, dissertare del “problema” della concezione volontaristica. La ragione di tale scelta risiede in motivi di natura funzionale, poiché, dalla visione strutturale dell'ordinamento discende la possibilità stessa di concepire come ammissibile in prima istanza l'esistenza delle lacune, in secondo luogo lo strumento per colmare tali deficienze, ossia l'analogia. È dunque lapalissiano notare come l'analogia trovi spazio nella normazione, solo superando un'impostazione meramente e schiettamente volontaristica.

---

<sup>136</sup> N.BOBBIIO, *op.cit.*, p.144.

<sup>137</sup> Non si dimentichi ovviamente il divieto di analogia in materia penale ex art. 14 disp.prel al c.c.

Il Betti<sup>138</sup> nel criticare la concezione volontaristica quale dogma sovente impiegato per negare l'ammissibilità dell'analogia cita Bobbio<sup>139</sup> : « La concezione volontaristica si presenta come obiezione al ragionamento analogico. Se la legge è atto di volontà non può avere altro senso da quello contenuto nella manifestazione di quell'atto »<sup>140</sup>. La citazione prosegue: « la concezione volontaristica è una concezione essenzialmente antistorica: considerare il diritto positivo come espressione di una volontà di volta in volta esclusiva ed esaurita in se stessa, vuol dire porre il diritto al di fuori del perenne fluire della storia, e quindi, se la storia è razionalità, vuol dire togliersi la possibilità di razionalizzarlo»<sup>141</sup> . Al fine di svelare l'intima apoditticità del volontarismo così seguiva Bobbio: « Considerare il diritto positivo come l'espressione di una volontà unica, esclusiva, puntuale, espressa una volta per sempre ed esaurita in se stessa, vuol dire considerarlo un ordinamento statico e chiuso, togliergli ogni possibilità di modificazione e di accrescimento; un ordinamento sospeso alla volontà come l'ago alla calamita, è un ordinamento che non contiene in sé la potenzialità di un autonomo ed intrinseco svolgimento»<sup>142</sup> . Bobbio successivamente imputava al volontarismo la mistificazione di una completezza presunta dell'ordinamento; secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, l'assenza di una norma è da intendersi conseguenza stessa della *voluntas legislatoris*; una tesi di questo tipo è evidentemente inammissibile poiché d'un lato cade nella finzione antropomorfa<sup>143</sup> , dall'altro impedisce all'ordo di ottemperare alla sua stessa funzione ossia: « ..la soddisfazione delle esigenze storicamente condizionate di una società». La critica alquanto cogente verso la concezione di qui in esame, si conclude dunque esponendone una insufficienza anche in materia di soluzione delle lacune, pur posto che un volontarismo puro ne neghi l'esistenza stessa, dunque così si esprimeva Betti: « se mai si volesse, in una

<sup>138</sup> E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*,1971,p.167.

<sup>139</sup> N.BOBBIO, *l'analogia nella logica del diritto*,1938.

<sup>140</sup> N.BOBBIO, *l'analogia nella logica del diritto*,1938, p.113.

<sup>141</sup> N.BOBBIO, *op. cit.*, p.115.

<sup>142</sup> N.BOBBIO, *op. cit.*,p117.

<sup>143</sup> E.BETTI, *op. cit.*, p.264, cita in merito HARTMANN, *Problem.*

concezione coerentemente volontaristica, attribuire al legislatore una volontà presunta, nel caso di una fattispecie simile si dovrebbe presumere non già una volontà identica bensì una volontà contraria, se non di una presunzione assoluta, almeno di una presunzione relativa, cioè sino a che non si riuscisse a dimostrare che la lacuna non era dovuta ad intenzione ma ad errore. D'altronde però in questo caso, qualora la prova riuscisse, cioè fosse riconosciuto l'errore, non si avrebbe più motivo di parlare di interpretazione estensiva o di analogia, ma soltanto di interpretazione correttiva, col dubbio assai legittimo, se questa forma di interpretazione in una concezione volontaristica sia per essere ammessa.» .

Bobbio superata la visione volontaristica, non solo ammetteva il ricorso all'analogia, ma lo paventava, ritenendo essere la ragione il vero fondamento della legge « non si può parlare dell'ordinamento come sistema razionale senza ammettere nel suo ambito una indefinita possibilità di svolgimento » , così concludeva: « Pertanto l'analogia non ha bisogno di una norma apposita che la dichiari ammissibile sia essa esplicita o implicita, perché ogni norma particolare, in quanto fa parte del sistema e in quanto è espressione di un'esigenza di coerenza»<sup>144</sup>, « porta con sé un certo potenziale di estensibilità almeno nel limite di esplicazione della sua forza razionale.»<sup>145</sup> Forza questa, che il Betti definiva invece assiologica, posto quindi come premessa ontologica dell'analogia il superamento critico della concezione volontaristica, passiamo ad analizzare il fondamento normativo dell'inferenza analogica nel diritto.

---

<sup>144</sup> N.BOBBIO, *op.cit.*, p.129.

<sup>145</sup> N.BOBBIO, *op.cit.*, p.122.

### II.III.1 Analogia *legis et juris* fondamenti normativi: *I fondamenti normativi dell'analogia nel diritto*

L'analogia trova legittimazione<sup>146</sup> nell'art. 12 c1 disp.prel c.c. che così recita: « Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.» Art12c2: « Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.» Il primo comma richiama all'argomento interpretativo letterale, il Bobbio<sup>147</sup> ne ha fatto accesa critica: « Forse che potrebbe mai sorgere il dubbio che si debba attribuire alle parole della legge un significato diverso da quello che hanno a collegarle fra loro con regole diverse da quelle che servono per tutti i discorsi?». L'autore giunge a criticare la formulazione del primo comma come banale nella sua asserzione, non si dimentichi d'altro canto come il riferimento al significato «proprio» risulti alquanto “improprio”, data la specificità della materia giuridica ed il frequente impiego di termini tecnici. Una critica rispetto al primo comma, il quale par dire cose ovvie ma parimenti inesatte, può articolarsi prendendo le mosse da Boscarelli<sup>148</sup>: « finché ci si limita a prendere cognizione della formula, e quindi del significato linguistico di una data preposizione verbale, non si compie attività interpretativa ma solo si individua l'oggetto dell'interpretazione; la quale inizia quando ci si pone ad indagare quale realtà deve assumersi come rappresentata in concreto dalla formula.» Boscarelli definiva l'analisi letterale del testo legislativo quale *comprehensio* per dirla alla guisa dei giuristi del diritto comune, d'altronde questa critica incondizionata verso un approccio meramente grammaticale è ben fondata anche storicamente. Il dogma interpretativo di stretta aderenza al testo lo

---

<sup>146</sup> E limiti.

<sup>147</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p 125, rivolge la sua invettiva verso l'art.3 disp.prel cc 1865, antesignano e di identico contenuto all'attuale art 12 disp.prel cc.

<sup>148</sup> M.BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale* ,p .61.

troviamo nel “Deo Auctore”, nel codice prussiano di Federico II ed in mille altri esempi di codificazione, tale dogma più che indirizzare l’*ars interpretandi* pare per converso costringerla e renderla immota. Di qui il Boscarelli concepisce l’interpretazione filologica in chiave ancillare rispetto a quella logica, atta questa a sviluppare, integrare e rendere effettiva la norma.

Il comma secondo del presente articolo, posta quale premessa la presenza di lacune ,prevede che «*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione*» è da ammettersi il ricorso a due pratiche integrative , in primo luogo l’*analogia legis*: «*si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*», in secondo luogo l’*analogia juris*: «*se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato*». Dunque pare evidente come l’analogia in ambedue le sue forme, posto che si voglia ammettere la partizione<sup>149</sup>, finisca per assumere una valenza del tutto peculiare di strumento integrativo. Rimandando le dispute sulla riconducibilità dell’analogia all’interpretazione o alla creazione del diritto, mi limito qui a rimarcare una volta in più come il meccanismo analogico (*analogia legis*) comporti l’estensione di una norma e della disciplina giuridica in essa esposta da un caso contemplato ad uno non contemplato, il che realizza dunque un’*extensio* sulla base di una *similitudo* di *ratio legis*.

### **II.III.2** *Analogia legis et juris* fondamenti normativi: *l’analogia nella sua duplice accezione, alcune voci dottrinali*

L’*analogia juris* viene generalmente intesa quale strumento integrativo del diritto avente quale base di partenza, non una legge od una norma, bensì i principi

---

generali fondanti l'ordinamento.

Le teorie circa tale figura sono alquanto discordanti tra loro, Bobbio<sup>150</sup> negava la riconducibilità dell'*an. juris* al procedimento analogico, denunziando un vizio definitorio. L'autore muoveva la sceverazione partendo dall'architrave del ragionamento per analogia, ossia la *similitudo rationis* (*similis si legga eadem*), per poi disconoscere la presenza di tale elemento nell'analogia *juris*. In questa infatti vi sarebbe una sussunzione del caso concreto nel principio generale [...], tuttavia tra il caso da regolare e il principio generale ,in base al quale il caso verrà regolato, non intercorre nessun rapporto di analogia, il quale può intercorrere soltanto tra due particolari, avremo piuttosto un rapporto di sussunzione, che per converso intercorre tra un particolare ed un universale. Conforme alla tesi sovraesposta Boscarelli<sup>151</sup>, il quale identificava l'*analogia juris*, con il ricorso ai principi generali, negando così possibili tripartizioni<sup>152</sup>. Dissonante è la posizione di Engisch<sup>153</sup> secondo il quale: l'*analogia legis*, prende le mosse da una singola norma, al contrario l'*analogia juris*, citando Ennecerus, prende le mosse « da una pluralità di singole norme e sviluppa da queste (mediante induzione) principi più generali per applicarli a casi i quali non ricadono sotto alcuna disposizione di legge». La differenza per il filosofo germanico si riduce ad un *quid* di meramente quantitativo, si tratterebbe di una differenza di grado della base del ragionamento induttivo , ora più ampio ora più limitato.

Infine, Carcaterra<sup>154</sup> riconduce la distinzione tra *an. legis* e *an. juris* ad una maggiore o minore ampiezza delle premesse e dei correlati risultati, quindi si tratterebbe di un *discrimen* su base meramente quantitativa; la differenza di tipo qualitativo attiene per converso il « passaggio dalle norme modello alla norma integratrice globale».

<sup>150</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*,p.39 ss .

<sup>151</sup> BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, p.40 ss

<sup>152</sup> Ovvero A) Analogia legis; B) Analogia Juris; C) Ricorso ai principi generali.

<sup>153</sup> K.ENGISCH, *op. cit.*, p.101 ss.

<sup>154</sup> CARCATERRA, V. *Analogia*, in *En.Giur. Treccani*.

Esposte quindi alcune correnti dottrinali, si concluda osservando come le figure analizzate siano sostanzialmente affini. Dal punto di vista procedurale il principio fondante è il medesimo (*l'eadem ratio*), tuttavia se l'*analogia legis* risulta passibile di critiche in quanto presuntivamente creativa, *a fortiori* si dovrà ritenere oggetto delle medesime mozioni l'*analogia juris*, movendo questa da un non meglio identificato complesso di norme dalle quali mediante astrazione vengono ricavati i fantomatici principi generali; il pericolo per la riserva di legge, la prevedibilità delle sanzioni e parimenti per il principio di tassatività pare così essere manifesto. Potrebbe in ultima istanza rilevarsi una dissimile natura logica dell'inferire tra le due figure, mentre l'*analogia legis* avrebbe natura induttiva, così secondo Engisch e Carcaterra<sup>155</sup>, per converso riterrei l'*analogia juris* essere più propriamente deduttiva, movendo questa dal generale alla regolamentazione del caso concreto. Un'altra possibilità porterebbe a concepire l'*analogia juris* quale *tertium genus*, che partendo dal particolare giunge al generale e ritorna al particolare mediante una *descensio ad inferos*, al fine di regolamentare il caso concreto.

### **II.III.3** *Analogia legis et juris* fondamenti normativi: *ancora sui fondamenti normativi dell'analogia, Bobbio e la criticata "ovvietà" dell'art. 12 prel*

Tornando alle fonti di legittimità, la critica di Bobbio nei confronti dell'art. 12<sup>156</sup> delle preleggi, discende dalla concezione stessa che il giurista ha dell'analogia, se questa infatti ha il suo fondamento nella *ratio legis* e nell'ontologico divenire dell'ordinamento, non avrà l'art.12 altra valenza che vanamente ripetere, ciò che

---

<sup>155</sup> La dottrina in merito è alquanto divisa.

<sup>156</sup> Si ripete che ai tempi della dissertazione di Bobbio era l'art 3 delle preleggi.

*de facto* sia già logicamente e razionalmente indefettibile. Così facendo propria un'espressione del Merkl<sup>157</sup> « Pertanto l'analogia non ha bisogno di una norma generale che la ponga, sia essa esplicita o implicita, perché ogni norma particolare, in quanto fa parte del sistema e in quanto è espressione di una esigenza, in largo senso, logica, porta con sé un certo potenziale di estensibilità, almeno nel limite di esplicazione della sua forza razionale. Né in questo modo, per giustificare l'analogia, è necessario uscir fuori dal sistema.»<sup>158</sup>

Contrapposta a questa tesi è quella di Gianformaggio<sup>159</sup>, estrusa l'analogia dalla logica, quest'inferenza comporta un'estensione che richiede contrariamente all'interpretazione estensiva (che non fuoriesce dal significato delle parole), una giustificazione, all'uopo soccorre la norma in esame.

#### **II.III.4** Analogia *legis et juris* fondamenti normativi: *Il presunto fondamento ugualitario dell'analogia*

Quando si disserta sui fondamenti normativi dell'analogia è necessario compiere un'indagine approfondita; se da una parte abbiamo un fondamento esplicitato normativamente, dall'altra ve n'è uno implicito almeno secondo una parte della dottrina. Così l'art. 3 Cost. nell'individuare nell'uguaglianza il basamento del vivere sociale in uno stato di diritto, al contempo fonderebbe e rinsalderebbe l'ammissibilità del procedimento analogico, questa è la tesi sostenuta da Bobbio e successivamente da Gianformaggio. Così l'autore :« l'analogia in un ordinamento non ha soltanto fondamento logico, [...], ma anche una giustificazione etica, in quanto corrisponde a quel più

<sup>157</sup> MERKL, «Zum Interpretationsproblem, in « Grünhut's Zeit.», 1916, p.551, in BOBBIO, *op.cit.*

<sup>158</sup> BOBBIO, *op.cit.*, p.123.

<sup>159</sup> L.GIANFORMAGGIO, *op.cit.*, p.70 ss.

elementare senso di giustizia, che, definendo la giustizia come uguaglianza, vuole altresì che a situazioni simili, rientranti nella sfera di efficacia dello stesso motivo, convengano le medesime conseguenze; e che quindi, l'estensione analogica, la quale assorbendo il caso non previsto nella regolamentazione del caso simile, fa in modo che, qualunque sia il tipo di legge in questione, essa non sfugga alla stringente ed esigente logica della giustizia, nonché promuovere l'ingiustizia, contribuisce invece a soddisfare vie meglio quell'esigenza di giustizia che ogni ordinamento esprime»<sup>160</sup>

### **II.III.5** Analogia *legis et juris* fondamenti normativi: *critica all'assunto ugualitario*

Per quanto si possa condividere o meno la precedente teorizzazione, pare difficoltoso intentare una crociata di difesa dell'analogia partendo da un assunto ugualitario; per *parare bellum* ed affrontare l'ardimentosa impresa, si dovrebbe per converso spogliare l'inferenza analogica dell'accezione creativa fino a ricondurla a quella propriamente interpretativa<sup>161</sup>. In caso contrario è lapalissiana la contraddittorietà del ragionamento, qualora infatti si decidesse di assumere l'analogia come procedimento creativo del diritto al fine di assicurare una presunta garanzia di *eadem dispositio ubi eadem ratio*, si finirebbe invero per determinare un ben più tangibile sacrificio della separazione dei poteri e del principio di legalità. Tale conclusione, non appaia orbene catastrofica o esorbitante, l'ammettere in presenza di una fantomatica *identitas rationis* l'estensione ad un caso non contemplato della normativa penale vigente da parte del giudice, significa rinunciare a qualunque possibilità di uguaglianza, perché ci

---

<sup>160</sup> N.BOBBI, *op.cit.*, p.162.

<sup>161</sup> Non a caso Bobbio nega valore creativo all'analogia, GIANFORMAGGIO preferisce non prendere posizione sul punto.

si chiederà dunque? Poiché non esistono valutazioni conformi o formule matematiche per l'individuazione della *ratio legis*, sicché appare quanto meno dubbio che ciascun giudice possa ravvisare la medesima *ratio* in ciascuna *dispositio*, lo stesso si dica, a fortiori, per l' *identitas rationis in consimili casu*. La pretesa è insostenibile a priori, d'un lato si vuole permettere all'interprete di librare le ali oltre la gabbia della *littera*, dall'altro si presume e premette incongruamente un'uniformità di valutazione. Perché mai Tizio dovrebbe interpretare ed individuare nel caso la fantomatica *identitas rationis* esattamente come Caio? Sostenere un'uniformità interpretativa quale premessa necessita a sua volta di premesse, tra queste: l'ignorare le lezioni di Scheleiermacher, Gadamer e di Betti, quanto incidono le emozioni, la storia, l'istruzione e l'ambiente nella fase di precomprensione del testo è affermato dal primo, corroborato dal secondo e superato ,almeno concettualmente, dal terzo nel tentativo di oggettivizzare il circolo ermeneutico<sup>162</sup>. Il dogma della pretesa oggettività della *ratio legis* è stato lungamente discusso, si ricordi Beccaria: «Non c'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. *Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni.*», « Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile e malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso, e da tutte quelle minute forze, che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo»<sup>163</sup>. L'invettiva del Beccaria si rivolge verso lo spirito della legge, che adornato con abito di ragione finisce coll'identificarsi con la *ratio legis*, considerata, come visto, fondamento dell'analogia nel diritto nonché chiave per l'estensione normativa. Una visione assimilabile, tanto da impegnare l'autore in citazione letterale, è quella di Rolando Quadri, l'autore nell'intento di delegittimare il ricorso all'interpretazione estensiva, anch'essa come noto procede

<sup>162</sup> E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*.

<sup>163</sup> C.BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, IV ed. §VI, p.18-19.

sulla base della *eadem ratio*, così si esprime: «[...] quei penalisti che fanno maggiore sfoggio di queste suggestive espressioni (*ratio legis*, *mens legis*, *voluntas legis*), cadono in un circolo vizioso perché sono seguaci della teoria della interpretazione obiettiva la quale esige che si abbia riguardo al senso della dichiarazione, del testo. Se il senso del testo è stato ricostruito, questo non può ulteriormente servire a ricostruirlo; né si può contrapporre al testo una volontà, una *ratio*, uno scopo, uno spirito, senza ricadere in quel subbiettivismo, che viene escluso per definizione.». L'estratto più significativo a fini dimostrativi è tuttavia quello che segue: « Si è preteso rispondere, a difesa della interpretazione finalistica, teologica, che per accertare lo scopo non è punto necessaria una vera e propria interpretazione della legge, bastando un sommario esame della sua espressione letterale e la considerazione, pure sommaria delle disposizioni che l'hanno preceduta e di quelle che coesistono con essa»<sup>164</sup>. « *Non è vero*. Tutta la storia delle diatribe dottrinarie sul «bene giuridico» ( «*Rechtsgut*»), sugli interessi protetti dalla norma penale, dimostra il contrario, che la ricerca dell'oggetto della tutela della norma penale finalisticamente inteso, costituisce il risultato terminale e non pregiudiziale e deliberatorio. *Oggetto del reato, reato, finalità della norma incriminatrice, in una concezione teleologica richiedono la messa in opera di tutte le tecniche interpretative.*»<sup>165</sup> Bobbio, dunque, nel tentativo di dimostrare la necessità ontologica dell'analogia nel diritto, in primo luogo elabora la legge di validità, passibile di critiche anch'essa come visto, per giungere così ad asserire la validità del ragionamento per analogia e la sua natura di certezza. In secondo luogo ne afferma l'asserito fondamento etico nel principio di uguaglianza, premettendo erroneamente una *ratio legis* identificabile sic est dal testo e dal sistema normativo, laddove questa, in verità, non risulta essere altro che mera petizione di principio<sup>166</sup>. Lo scenario

<sup>164</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, 1963, Parte gen., p.63 ss.

<sup>165</sup> R.QUADRI, *Commentario del codice civile*, 1974, Dell'applicazione della legge in generale, p.298.

<sup>166</sup> La teoria di BOBBIO è così schematizzabile: analogia quale ragionamento di certezza, quindi valido, tale per cui dati due casi simili che abbiano in comune la *ratio legis*, si dovrà procedere

prospettato è dunque quello di una possibile deriva giurisprudenziale della poetica normativa, artatamente poggiata su una discrezionalità estrema pur tuttavia velata; d'altronde si converrà quali sono le ragioni se non queste (deriva e messa in pericolo di beni costituzionali), almeno in parte, del divieto di analogia in materia penale?

#### **II.IV I divieti espressi ed impliciti di analogia: cenni introduttivi**

Il ricorso all'analogia, come osservato poc'anzi, è normativamente ammesso dall'art. 12 prel., tuttavia, troviamo parimenti precisi limiti a tale ragionamento inferenziale applicato nel diritto, limiti, alcuni esplicitati dal legislatore, altri ricavabili in via interpretativa. Non ci si faccia abbagliare dall'illusoria «*in claris non fit interpretatio*», poiché se qualche dibattito v'è stato intorno ai divieti implicitamente contenuti negli art. 1 c.p., 25 Cost. e 199 c.p., numericamente maggiori e concettualmente più complessi sono quelli inerenti l'art 14 prel., sebbene questi rechi tali divieti in forma palese e manifesta. Partendo dal cimento meno difficoltoso, l'art. 1 c.p. sancisce il principio di riserva di legge in materia penale, principio costituzionalizzato nell'art. 25 Cost., tale per cui seguendo la tesi dottrinale maggioritaria, suffragata per altro dalla

---

all'estensione della normativa vigente per il primo anche al secondo, caso questo non contemplato nell'ordo. Da questa premessa si giunge ad identificare il secondo architrave del ragionamento per analogia, il suo fondamento etico, *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, a pari fatti seguano pari conseguenze giuridiche, brocardo espressione del principio di uguaglianza. Qui però cade anche la tesi del giurista, la *ratio legis* non è elemento univocamente individuabile, né è parimenti scevra da fraintendimenti o dibattiti. Ancor più opinabile è la tesi di GIANFORMAGGIO, op.cit., la quale pur concependo l'analogia come ragionamento meramente probabile, la ritiene fondata nel diritto, più precisamente radicata nel principio di uguaglianza; quale maggior garanzia del principio *costituzional-egualitario* v'è, se non la certezza nel ragionamento giuridico, nell'applicazione delle norme, nel procedimento decisional-sussuntivo? Tesi che crolla come quella di BOBBIO di fronte alle sfumature soggettivistiche dell'interpretazione.

giurisprudenza di Cassazione<sup>167</sup>, in ragione della natura creativa del procedimento analogico dovrebbe dirsi l'analogia incompatibile con la disposizione in esame e dunque con la riserva di legge. La tesi qui esposta è non solo maggioritaria<sup>168</sup> bensì logicamente coerente, se si assume come logicamente fondato che l'analogia superando l'alveo di significanza del testo di legge crei un'altra norma incriminatrice, ebbene, dovrebbe ammettersi come sussistente una manifesta violazione della riserva di legge; non si ignori l'importanza di tale principio, non per nulla costituzionalizzato nell'art. 25, riservare al legislatore la formulazione di fattispecie penali significa rinvigorire d'un lato la separazione dei poteri e dall'altro limitare l'arbitrio dei giudici. È altrettanto evidente come a conseguenze di cotal fatta non poterono, anzi vollero, giungere gli autori che dell'analogia strenuamente negarono il carattere creativo<sup>169</sup>, rimando comunque la compiuta analisi della problematica a successivo paragrafo.

#### **II.IV.1** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Garofoli ed principio di determinatezza come fondamento del divieto di analogia in materia penale*

Garofoli<sup>170</sup>, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina dominante, individua il fondamento del divieto di analogia in materia penale, non nella riserva di legge, bensì nel principio di determinatezza-tassatività della fattispecie<sup>171</sup>. Così

---

<sup>167</sup> Cass.3 Luglio1991, in *Foro it.*, 1992,II, 146.

<sup>168</sup> Tra gli altri, FIANDACA- MUSCO, *Diritto Penale*, P.gen., Cap.2, p.109

<sup>169</sup> Su tutti, N.BOBBIO, *op.cit.*, diffusamente., E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*.

<sup>170</sup> GAROFOLI, *Diritto penale*, Roma, 2010.

<sup>171</sup> GAROFOLI, *op.cit.*, p.141, cita CAPPUCCIO, *Tecniche di normazione ed esigenze di certezza nel diritto penale*, in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it).

l'autore: « il ricorso all'analogia non collide in modo diretto con il principio di legalità formale, posto che è sempre dalla disposizione scritta, estesa tuttavia al di là dei limiti di una consentita operazione ermeneutica, che si prendono le mosse per la regolamentazione del caso non previsto espressamente. » Di qui poi conclude : « ciò che non viene rispettato è invece il principio di *determinatezza* e più precisamente di tassatività della fattispecie, riconoscendosi al giudice la possibilità di applicare la disposizione ad ipotesi non puntualmente contemplate ». Ebbene, il Garofoli giunge a cotali conclusioni, solo parzialmente corrette, il giurista parte da una premessa erronea, ossia, il concepire l'analogia in chiave meramente integrativa<sup>172</sup>, laddove cos' altro se non creazione vera e propria rappresenta l'andare *al di là dei limiti di una consentita interpretazione ermeneutica*?! Il vulnus dunque è palesemente rappresentato da una violazione della riserva di legge-principio di legalità; se poi si decidesse di porre l'attenzione sul *modus legiferandi*, si noterebbe la frequente presenza di fattispecie incriminatrici scolpite in guisa fumosa, oscura e oltremodo incerta, ma questo non rappresenta forse lo stadio germinale della patologia? Non è evidentemente da norme così architettate che discende<sup>173</sup> una *ars ermeneutica* esorbitante i propri limiti razionali ed etici? Garofoli pare sostanzialmente aver invertito *il prius* con il *posterius*, l'analogia non viola il principio di determinatezza, al contrario è una poco attenta tecnica legislativa a trasgredirlo creando norme incriminatrici vaghe. Le stesse che, attraverso una altrettanto negligente ermeneutica, vengono dai giudici estese a casi non contemplati e non compresi in alcun modo nell'area semantica del testo,

---

<sup>172</sup> Pur distinguendola dall'interpretazione vera e propria «Si fuoriesce dall'interpretazione, invece, allorchè la disposizione è riferita a casi in alcun modo riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati letterali» ci si chiede per quale ragione Garofoli *la ritenga conforme al principio di legalità formale*, infatti se l'analogia estende una norma incriminatrice ad un caso non compreso, evidentemente con tale meccanismo di giustificazione il giudice creerebbe diritto, plasmando una nuova figura di reato. È alquanto dubbio che tale prassi possa definirsi mera integrazione, soprattutto laddove, l'autore cita la sent. Del 3 Luglio 1991, della Cassazione atta a distinguere tra interpretazione ed analogia, dimentico di come l'integrazione venga da autorevole dottrina (Betti e Bobbio su tutti) ricompresa nella prassi interpretativa quale irrinunciabile completamento.

<sup>173</sup> Quantomeno sotto il profilo di una facilitazione.

violando dunque il principio di tassatività<sup>174</sup> ma non il suo correlato<sup>175</sup>. Probabilmente proprio l'uso della correlazione "e" inganna nel cogliere la tesi di Garofoli, ma in questa circostanza il citare la determinatezza pare fuori luogo, quantomeno ai fini del logico fluire dell'argomentazione. L'analogia, può dirsi, pratica collidente con il principio di tassatività e con quello di riserva di legge, ma non di certo, con quello di determinatezza<sup>176</sup>. Soprattutto, non pare meritevole di consenso il dare priorità, come fondamento del divieto, alla prima sulla seconda.

#### II.IV.2 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Padovani e "lo svilimento della determinatezza"*, una tesi intermedia

Una tesi mezzana rispetto a quelle esposte, è quella avallata da Padovani<sup>177</sup>, l'analogia, intesa *strictu sensu* limitatamente alle sole *leges odiosae*, contravverrebbe sì al principio di riserva di legge ex. Art. 25 Cost., ma anche al principio di determinatezza. Così l'autore: «La preclusione discende dall'art. 25<sup>2</sup> Cost. sia perché il ricorso al procedimento analogico, implicando l'eliminazione di una « lacuna», costituisce un'integrazione normativa dell'ordinamento in contrasto con il monopolio del legislatore in materia penale, sia perché la ratio garantistica della determinatezza risulterebbe svilita dalla possibilità di applicare norme di sfavore [...] ad ipotesi non riconducibili al loro ambito semantico»<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> Si ricordi il BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §.V « Se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro, l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione[...]»

<sup>175</sup> L'analogia non crea legittimamente norme, quindi non viola il principio di determinatezza atto a vincolare chi le dovrebbe formulare, ovvero il legislatore.

<sup>176</sup> A meno che non si voglia contestare al giudice di aver creato una fattispecie in modo poco "determinato", ma pare evidente come il *vulnus* non derivi in questo caso dal *modus operandi*, quanto piuttosto dal fatto stesso che l'organo giudicante abbia esorbitato i propri poteri violando la riserva assoluta di legge, nonché il principio di tassativa applicazione delle norme penali.

<sup>177</sup> T.PADOVANI, *diritto penale*, X edizione.

<sup>178</sup> T.PADOVANI, *diritto penale*, X edizione, p.35.

Quivi il giurista, in modo chiaro distingue con una concezione bipartita i corollari del principio di legalità: la determinatezza atta a vincolare il legislatore a congrua elaborazione delle fattispecie, ovviamente non potrà essere violata ex se dal procedimento analogico, intervenendo questo solo in fase susseguente alla redazione del testo di legge. La determinatezza potrà tutt'al più venir *svilita* nella sua funzionalità, poiché è auto-evidente che il permettere al giudice di applicare le norme di previsione del reato oltre i casi contemplati in palese violazione del principio di tassatività, frustrerebbe una seppur ottima tecnica redazionale. Un punto di dissonanza<sup>179</sup> altrettanto manifesto, riguarda la concezione dell'analogia come integrazione-creazione, e, data la premessa, l'incompatibilità con la riserva di legge.

### II.IV.3 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Marinucci-Dolcini e la concezione tripartita del principio di legalità*

La tesi di Marinucci -Dolcini<sup>180</sup> presenta altre peculiarità, gli autori operano infatti una tripartizione del principio di legalità: (1) il *principio di tassatività* atto a « vietare che il giudice vada oltre i confini tassativamente imposti dalla legge a ciascuna figura di reato, sostituendosi caso per caso al legislatore e *creando norme incriminatrici* più ampie di quelle previste dal legislatore». Questo è considerato corollario indefettibile del *principio di determinatezza* (2), il quale vincola invece il legislatore a contemplare nelle norme incriminatrici fatti empiricamente verificabili<sup>181</sup>. Il terzo fattore del tritico è rappresentato dal *principio di precisione* (3), vincolante il legislatore nella redazione delle norme

<sup>179</sup> Rispetto al GAROFOLI.

<sup>180</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale*, 2012, § 8.

<sup>181</sup> Di qui la sentenza di incostituzionalità n. 96 dell'8 giugno 1981 in riferimento al reato di "plagio".

incriminatrici, queste devono essere elaborate in modo “chiaro”. Si può frequentemente notare come il ricorso all’analogia *in malam partem* nella giurisprudenza presupponga :la prodromica violazione del principio di precisione, la possibile, ma non necessaria né diretta<sup>182</sup> violazione del principio di determinatezza, ed infine la ovvia infrazione del principio di tassatività attraverso la creazione di una nuova fattispecie.

#### **II.IV.4** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Rinaldi e l’affermazione del divieto di analogia in materia penale, analogia come strumento integrativo*

Ancora peculiare ,sebbene vicina alla visione del Garofoli, è quella sostenuta da Rinaldi, la giurista di pari guisa al sopracitato, afferma : « l’analogia in quanto strumento di integrazione dell’ordinamento che trova la sua legittimazione nella sua stessa legge scritta, deve, quindi considerarsi vietata nel diritto penale non tanto (e, comunque, non solo) perché contraria al principio di riserva di legge (la regola da applicare al caso non espressamente disciplinato è , infatti, dettata pur sempre da una norma scritta), quanto, piuttosto, contraria al principio di determinatezza o di tassatività, con cui si indica con il primo termine, il modo di costruzione e, con il secondo, l’effetto della norma determinata.» A differenza di Garofoli, qui troviamo quanto meno il riconoscimento della pur presente violazione della riserva di legge, ciò che appare meritevole di dibattito è ancora una volta la discutibile preminenza logica attribuita al principio di tassatività. Perché mai se l’analogia è creazione, come affermato dalla Suprema Corte, non deve ritenersi quale sommitale ratio fondante il divieto proprio la

---

<sup>182</sup> Anch’essa è da ritenersi prodromica all’analogia, come la violazione del principio di precisione.

riserva di legge?! Parimenti, Rinaldi nell'affermare che «*la regola da applicare al caso non espressamente disciplinato è, infatti, dettata pur sempre da una norma scritta*», appare coinvolta in un tentativo, invero impossibile, di riabilitazione letteral-interpretativa dell'analogia<sup>183</sup>. Qualunque precetto penale trova logicamente basamento in una norma, ma questo, di certo, non può permettere di estenderlo *ubique*, rendendo così impossibile un garantistico accertamento della tipicità, in caso contrario quest'ultimo diverrebbe elemento irrilevante ed estremamente volatile. Un chiaro esempio di applicazione giurisprudenziale in chiave giustificativa dell'analogia, è fornito dalla sent. Cass. 24 Novembre 1986, in materia di riproduzione non autorizzata di *softaware*. La Corte conscia del vuoto normativo<sup>184</sup>, ha ritenuto possibile sussumere il caso concreto nella fattispecie incriminatrice dell'art. 171 lett. C) l. 22 aprile 1941 n. 633, tutelante il diritto d'autore. Tale pronuncia muove in guisa confliggente al sopracitato principio di tassatività, ma lapalissianamente crea una nuova fattispecie violando altresì il principio di riserva di legge.

#### **II.IV.5** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Engisch ed un esempio di analogia che viene da lontano*

Engisch per esplicitare il ragionamento analogico nel diritto, espone il noto caso del proprietario di uno struzzo africano, tratto dalla giurisprudenza romana. Secondo la legge delle Dodici tavole (Dig., IX libro, tit. I) il proprietario di un quadrupede sarebbe stato responsabile per danni cagionati dal quadrupede stesso in ragione della sua selvatichezza; come si evince nulla in merito ai bipedi, un ragionamento analogico porterebbe ad estendere la responsabilità per danni anche al proprietario

<sup>183</sup> Solamente concettuale, si ricordi che Rinaldi nel suo intento più volte citato si scaglia duramente verso il ricorso all'analogia nel diritto penale.

<sup>184</sup> Colmato solamente nel 1992.

di un bipede in virtù della *eadem ratio*. Nel paradigmatico caso di specie, si evince una volta in più la difficoltà di ricondurre l'analogia legis nell'alveo dell'interpretazione, lo stesso Engisch la colloca «dopo l'interpretazione e [...], dopo l'interpretazione estensiva»<sup>185</sup>; «Se ora, per esempio, si stabilisce per l'interpretazione la regola che essa trovi i propri limiti dove il possibile senso letterale non riesce più a coprire una decisione giuridica, a tali limiti inizia la ricerca di una conclusione analogica.» , ebbene tale limite è stato posto dalla Suprema Corte<sup>186</sup> . L'autore collocando la prassi oltre l'interpretazione, relega l'analogia nell'alveo della creazione, rendendola incompatibile con il principio di riserva di legge assoluta.

#### **II.IV.6** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Il divieto di analogia in materia di misure di sicurezza di cui all'art.199 c.p.*

L'art. 199 c.p. così recitando: «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano state espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti» sancisce il principio di riserva di legge in materia di misure di sicurezza, rinsaldato costituzionalmente anch'esso dall'art. 25<sup>3</sup>. La ratio è la medesima che ha mosso il legislatore in ordine al già analizzato art. 1 c.p., ovvero sia assicurare il *favor libertatis* e tutelare i cittadini da potenziali arbitri giurisdizionali. Se infatti tale esigenza è sentita in relazione alle norme incriminatrici, *a fortiori*, lo sarà per le misure di sicurezza<sup>187</sup>. Richiamo in particolare la sent. N.157/72 della Corte costituzionale, quivi la corte di legittimità si è espressa richiedendo la «completa, tassativa e non equivoca previsione

---

<sup>185</sup> K.ENGISCH, *op.cit.*,p.237

<sup>186</sup> Cass. 3 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 146.

<sup>187</sup> Le prime indirettamente possono incidere sulla libertà personale, le seconde hanno certa e diretta incidenza su tale valore.

legislativa». Fiandaca- Musco<sup>188</sup> sostengono l'opportunità di concepire in forma più elastica la *tassatività* in esame, per due ordini di ragioni: d'un lato per la difficoltà di costruire in modo altamente preciso le fattispecie sulla pericolosità sociale, in quanto legate alla personalità dell'individuo, dall'altro per l'incertezza del giudizio prognostico sulla pericolosità del soggetto. La tesi degli autori è fondata su problemi di tecnica legislativa, tuttavia così impostata, introduce un concetto di possibile elasticità già di per sé altamente analogo, quindi passibile di plurime interpretazioni, punto questo che rischia così di legittimare il ricorso a prassi interpretative spregiudicate, di connotazione invero creativa.

#### II.IV.7 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Il divieto espresso di cui all'art. 14 Preleggi*

Dunque, analizzati tre casi di norme vietanti implicitamente e in connessione con la riserva di legge il ricorso all'analogia, è ora il caso di affrontare il tema di gran lunga più dibattuto e difficoltoso, quello inerente l'art. 14 disp. Prel. al c.c. (ex art 4 prel.) La disposizione così recita: «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». La corrente dottrinale un tempo maggioritaria<sup>189</sup> considerava gli art.

<sup>188</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, Parte generale, p. 822

<sup>189</sup> VASSALLI, *Limiti*, p. 32 e ss.; BELLAVISTA, *l'interpretazione*, p. 120; SALTELLI, *L'analogia e i principi generali di diritto in materia penale*, in *Annali di dir. E proc. Pen.*, 1934, p. 131.

Più recentemente tale impostazione è stata superata: FIANDACA-MUSCO, sostengono una differenza di tipo qualitativo e quantitativo tra le disposizioni in esame, in quanto il divieto di analogia è relativo solamente alle "leggi penali" nonché implicito nell'art. 1 c.p., mentre nell'art. 14 i divieti sono espliciti ed ineriscono anche le norme eccezionali. *Diritto penale*, pt. Gen., p. 106 ss.; conformi MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto Penale*, pt. Gen., P. 51 «in base all'art. 14 delle Preleggi, il divieto di analogia interessa non solo le leggi penali, ma anche le leggi – penali e non penali- che dettano una *disciplina eccezionale*, cioè derogano alla normale disciplina apprestata dall'ordinamento o da un settore dell'ordinamento, anche se la loro estensione analogica andrebbe a favore dell'agente.» Conforme per quanto concerne la sceverazione quantitativa CARCATERRA, v. *Analogia*, Enc. Giur. Treccani, l'autore *distingue nettamente* le due norme,

14 prel. e 1 c.p. aventi la medesima estensione di contenuto; originale è invece la tesi del Boscarelli<sup>190</sup>, secondo il quale l'ex art. 4 delle Preleggi presenterebbe una maggiore estensione rispetto agli altri divieti, essendo le *leges odiosae* numericamente maggiori rispetto alle fattispecie incriminatrici (art. 1 c.p.) e alle misure di sicurezza (art. 199 c.p.). La controversie riguardanti tale disposizione di legge hanno letteralmente flagellato il mondo dottrinale, non v'è neppure una parola priva di ambiguità nel testo, ogni singolo termine è risultato essere passibile di plurime e discordi interpretazioni tra loro sovente dicotomiche. Frequentemente per suffragare l'una o l'altra tesi gli autori si richiamano a brocardi latini, nonché a prassi altrettanto inveterate, nel tentativo di giustificare l'una o l'altra *interpretatio*. Posta la suddivisione dell'art.14 in due distinti imperativi, seppur tra loro strettamente correlati<sup>191</sup>, penso che si debba in primo luogo analizzare il divieto di analogia in tema di norme eccezionali procedendo da una chiarificazione definitoria.

Intendo, come mio *habitus*, prendere le mosse dall'autore che per primo, ha edificato in forma di organica e complessa struttura, la concezione di analogia nel diritto, riproponendone le dissertazioni, ma riservandomi altresì di analizzarle criticamente.

---

argomentando come la prima (art. 14 prel.) abbia una maggiore estensione della seconda (art. 1c.p.) vietando questa il ricorso all'analogia anche per le norme a carattere eccezionale. *Contra* PADOVANI, *Diritto Penale, IX edizione*, p.27, l'autore sostiene, argomentando storicamente, che mentre l'art. 1c.p. assolve la funzione di sancire il principio di determinatezza in materia penale (al momento dell'entrata in vigore del codice penale, vigeva ancora lo Statuto Albertino, di qui una riserva di legge alquanto debole in ragione del sistema flessibile e dunque la necessità di pervenire ad un rafforzamento dei principi di r. di legge e determinatezza), dall'altra parte l'art. 14 Preleggi, assolve per converso la funzione di ribadire il divieto di analogia. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, p.gen, p.109, in tema di divieto di analogia *in malam partem* cita esclusivamente l'art. 14 Prel.; Conformi: PULITANÒ, *Diritto Penale*, II edizione, p. 159; CADOPPI-VENEZIANI, *Manuale di Diritto Penale, p.gen.*, p.87, anche qui il divieto di analogia in materia penale viene ricondotto al solo art. 14 Prel.

<sup>190</sup> BOScarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, p.103

<sup>191</sup> La correlazione sussiste nella misura in cui esistono norme "penali" eccezionali, sicché discutere sulla prima parte della disposizione senza aver preventivamente chiarito cosa si intenda per norma eccezionale appare irrazionale.

## II.IV.8 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *la posizione di Bobbio in relazione all'art. 14 prel*

Per comprendere la posizione di Bobbio in ordine al divieto di analogia ex. Art.14 prel.<sup>192</sup>, è necessario rievocare la concezione stessa che l'autore aveva dell'analogia; questa veniva considerata: ragionamento di certezza avente solidi basamenti logici, presupposto irrinunciabile del logico svolgimento dell'*ordo juris*, nonché salvifica pozione contro l'obsolescenza delle norme, parificata dall'autore alla loro morte civile. Date queste premesse, Bobbio conclude per una inammissibilità dei divieti in parola, un'inammissibilità in primo luogo logica, poiché l'analogia viene equiparata ad una formula-regola logica e di qui sarebbe illogico vietarne il ricorso. L'analogia per Bobbio<sup>193</sup> è necessaria al fine di assicurare una sempiterna ed efficace vigenza alle leggi, necessaria per un sistema "uguale" nell'accezione più montesquiana possibile, di qui la mozione di irrazionalità verso l'articolo 14 prel. Il divieto in tema di norme eccezionali poggia sulla concezione stessa di *diritto eccezionale*, questo è sempre stato considerato elemento extra-razionale del sistema, più precisamente «*Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*». Da questa irrazionalità deriva la tendenza ad escludere ,per il diritto eccezionale, l'ammissibilità del ricorso all'analogia; Bobbio tuttavia fermamente convinto dell'ontologica razionalità dell'ordinamento, sostiene che qualunque norma sia *ab origine* ispirata *propter aliquam utilitatem*, ma non per questo risulti priva di un fondamento logico, dunque di una *ratio* passibile di estensione. Il carattere di eccezionalità secondo l'autore, non va inteso in termini assoluti bensì relativi, nessuna norma è *ex se* eccezionale, ma lo è in relazione ad un'altra. Una norma eccezionale è derogatoria rispetto a quella di diritto comune<sup>194</sup>, la prima impedisce che la seconda trovi

<sup>192</sup> Ai tempi art .3 prel.

<sup>193</sup> N.BOBPIO ,*op.cit.*, p.90 ss.

<sup>194</sup> La norma è considerata eccezionale anche se derogatoria rispetto a principi generali dell'ordinamento.

applicazione, sicché si dice avere effetti rispetto a questa dicotomici. L'autore rettamente avverte l'opportunità di non ricorrere ad un criterio discretivo di tipo quantitativo, poiché la regola di *jus singulare* può disciplinare casi più numerosi rispetto a quella di diritto comune; Il discrimen sia dunque qualitativo, così ad essere indicativa sarà la *natura* derogatoria « La norma eccezionale è quella che si regola la stessa fattispecie in modo diverso da un'altra norma, ma, bisogna aggiungere *in forma derogatoria*, cioè in modo che se essa non fosse intervenuta, quella fattispecie, che ora è regolata dalla norma eccezionale, non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune»<sup>195</sup>. Bobbio successivamente nel constatare una costante espansione del diritto singolare, tanto in taluni casi da divenire vera e propria regola, cita qui il caso del diritto commerciale procedendo poi all'individuazione delle prassi elusive<sup>196</sup> adottate dai giuristi. Due sono le possibilità per eludere il divieto di applicazione analogica di una norma eccezionale : escludere la qualificazione della norma come eccezionale, facendola così rientrare nel diritto speciale esente dal divieto di analogia<sup>197</sup>, oppure mascherare il procedimento analogico e definirlo *interpretazione estensiva*. Mediante tali due espedienti il divieto di legge viene ampiamente eluso, tuttavia il giurista non pago, decide di minarlo dalle fondamenta; così giunge a negare l'esistenza di una incompatibilità logica tra analogia e norma eccezionale; quest'ultima infatti è pur sempre fondata su una *ratio*, che, anche se eccezionale è comunque passibile di riproporsi in altre situazioni, perciò si dovrà ammettere come logicamente opportuno il ricorso ad una *extensio* mediante l'analogia.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p.167-168.

<sup>197</sup> Così secondo l'autore è avvenuto in materia di diritto commerciale. La distinzione tra diritto eccezionale e diritto speciale è radicale, rappresentano infatti gli estremi di due rapporti differenti, genere-specie, regola-eccezione ;« entrambi regolano una materia particolare di fronte al principio generale, il diritto eccezionale costituisce una deroga al principio generale, il diritto speciale ne costituisce la specificazione e quindi il prolungamento la continuazione.

<sup>198</sup> L'unica eccezione a quanto detto, venne individuata, e così è in parte ora, nel privilegio, caso nel quale la norma per sua stessa definizione non può essere estesa poiché non potrà aversi il presupposto dell'analogia ossia la *identitas rationis*.

Bobbio, quindi, nel concludere la sua invettiva verso la seconda parte della disposizione, sostiene che si dovrebbe considerare l'art.4 (attuale 14 prel.) «inutile», laddove si parta dall'erroneo presupposto di un'incompatibilità logica tra analogia e diritto eccezionale<sup>199</sup>, in caso contrario, posta una consonanza logica, l'articolo in esame dovrebbe ritenersi più semplicemente «inopportuno».

#### II.IV.9 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *la posizione di Gianformaggio e Boscarelli intorno all'art. 14 preleggi*

La tesi qui esposta, come giustamente sostenuto da Gianformaggio<sup>200</sup>, presenta un punto di estrema debolezza, non è vero infatti che la legge non possa vietare ciò che è logicamente possibile, anzi par vero il contrario; la legge vieta *rectius* ciò che è logicamente possibile, d'altronde che senso avrebbe interdire il volo agli asini? Lo stesso Boscarelli<sup>201</sup> nel circoscrivere l'area di vigenza del divieto di analogia in materia di *leges odiosae*, lo descrive come operante solamente per quelle norme in riferimento alle quali l'analogia sia logicamente possibile. Boscarelli presenta una concezione simile a quella di Bobbio nella descrizione dell'eccezionalità, anche qui dunque si tratta di un carattere relativo, tale per cui la norma eccezionale è concepita in forma derogatoria rispetto ad un'altra norma. L'autore individua tre “tipologie” di norme eccezionali: « a) Quella (norma) che ricollega a una fattispecie comprensiva degli elementi costitutivi della fattispecie prevista da un'altra norma, un effetto giuridico incompatibile con quello condizionato dalla seconda norma; b) quella che a una fattispecie di cui sia elemento costitutivo la verifica di una qualsiasi tra le fattispecie previste da una molteplicità di norme, ricollega un effetto giuridico incompatibile con

<sup>199</sup> Come visto negata con vigore dall'autore.

<sup>200</sup> L.GIANFORMAGGIO, *op. cit.*

<sup>201</sup> BOSCARELLI, *op.cit.*, p. 100 e ss.

ciascuno degli effetti condizionati da quelle norme; c) quella che, traendo occasione da circostanze anormali e contingenti, ricollega a una fattispecie un effetto giuridico incompatibile con l'effetto che un'altra norma ricollega alla stessa fattispecie.»<sup>202</sup> Da qui poi l'autore espone l'inutilità di un criterio discreto-quantitativo, poiché la norma "eccezionale" può disciplinare un pari numero di casi a quella di diritto comune. Boscarelli dissente con forza dal Carnelutti<sup>203</sup>, non possono infatti considerarsi norme eccezionali solamente quelle deroganti: «ai principi generali dell'ordine giuridico» quali si possono ricavare dal complesso delle norme particolari, o, ai « principi fondamentali dell'ordine giuridico», intesi come valutazioni di politica legislativa che in un dato ordinamento «ispirano la normalità della disciplina giuridica e ad essa conferiscono un disegno di razionale coerenza». Un altro spunto offerto da Boscarelli inerisce la possibilità che una norma eccezionale divenga a sua volta regola ed eccezione rispetto ad altre, questa è d'altronde conseguenza diretta della relatività dell'attributo (di eccezionalità). Di qui la distanza rispetto alla posizione di Manzini<sup>204</sup>, quest'ultimo nel distinguere tra norme «assolutamente» e «relativamente» eccezionali, limitava l'operatività del divieto ex art. 14 prel. solo alle prime, incorrendo in primo luogo in una «petizione di principio» e secondariamente appoggiandosi su una presunta *ratio legis*, argomento non ammesso in sede di *stricta interpretatio*. Si richiami alla mente quanto sostenuto da Bobbio in materia di diritto commerciale, quindi: creazione della nozione di diritto speciale per aggirare il divieto di analogia inerente le norme eccezionali, si ritrova in Boscarelli la medesima asserzione<sup>205</sup>. In realtà mentre il primo contesta la definizione

---

<sup>202</sup> BOScareLLI, *op. cit.*, p.110.

<sup>203</sup> CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, p.113,

<sup>204</sup> MANZINI, *Trattato*, cit., I, p.134

<sup>205</sup> BOScareLLI, *op.cit.*, p.113. «Essenzialmente nell'intento di rimuovere un ostacolo all'analogia nel campo del diritto commerciale, fu prospettata in dottrina, vigente il codice di commercio, la distinzione tra norme eccezionali e norme speciali. Queste ultime si sarebbero dovute identificare con le norme che ipotizzassero una fattispecie e condizionassero un effetto giuridico, rispettivamente comprensivi della fattispecie ipotizzata e dell'effetto condizionato da un'altra norma, così da importare «specializzazione» della disciplina statuita da quest'ultima

«speciale» del diritto commerciale ritenendola pretestuosa, pur essendo conscio della intrinseca differenza tra norme eccezionali e speciali<sup>206</sup>, il secondo giunge a denegare la distinzione stessa in una critica ancor più radicale. L'opera di Boscarelli è esemplificativa sotto un altro aspetto, infatti in *limine libris* l'autore si impegna in una enumerazione di norme penali-eccezionali, in ordine alle quali dunque vige il divieto di estensione analogica; ciò spiega parimenti perché ho scelto di affrontare primariamente la trattazione del divieto di analogia in materia di diritto eccezionale, essendo questa categoria numericamente più ampia di quella delle «leggi penali». Quali sono, indi, tali norme penali-eccezionali inestensibili analogicamente? Così l'autore: « Eccezionali sono le norme che prevedono cause di estinzione della punibilità e quelle che prevedono circostanze attenuanti le quali, nel loro rispettivo complesso, costituiscono i due nuclei più cospicui di norme penali *favorabiles*»<sup>207</sup>. La *ratio* di tale scelta, si ricollega all'efficacia di tali norme, infatti le prime (cause di estinzione della punibilità) derogano a ciascuna norma disciplinante la fattispecie criminosa. Lo stesso, dicasi per le seconde (circostanze attenuanti), anch'esse derogano alla norma incriminatrice, determinando l'applicazione di una più lieve sanzione (in via derogatoria).<sup>208</sup>

La conclusione cui perviene Boscarelli è a sua volta un'eccezione in ambito dottrinale, Il divieto di analogia avrebbe per oggetto sia le norme incriminatrici (« leggi penali») che la maggior parte delle «*leges favorabiles*» (norme “penali”

---

norma, anziché una «interruzione della sua consequenzialità logica». Ma la circostanza che una norma, ipotizzando una fattispecie comprensiva di quella ipotizzata da un'altra norma, condizioni un effetto comprensivo di quello condizionato da quest'ultima, importa che data una situazione di fatto in cui ricorrono gli estremi della fattispecie ipotizzata dalla norma condizionante l'effetto di maggior portata, la stessa norma si applica in deroga a quella che condiziona l'effetto di portata minore. *E in quanto derogante, la norma che condiziona l'effetto di maggior portata è certamente una norma eccezionale.*»

<sup>206</sup> N.BOBBI, *op. cit.*, p.168. « Che si debba ammettere il diritto speciale come categoria a sé distinta dal diritto eccezionale non par dubbio [...]»

<sup>207</sup> BOSCARRELLI, *op.cit.*, p.114.

<sup>208</sup> BOSCARRELLI, ricomprende nel divieto di analogia anche le norme previdenti immunità penali. ( art.60, 82 c.p.)

favorevoli ed eccezionali); a ciò si aggiunga *l'incompatibilità costituzionale*<sup>209</sup> di un ricorso all'analogia in materia di scriminanti, considerate da Boscarelli «frammenti di norme», di qui, l'autore afferma una totale esclusione dell'analogia nel diritto penale. Tratterò in seguito e più diffusamente del divieto inerente le disposizioni incriminatrici, e più in generale della fondatezza o meno di tale generalizzata esclusione secondo l'autore.

#### **II.IV.10** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *A.Rocco ed il divieto analogia in ordine alle norme eccezionali*

La scelta di affrontare primariamente il divieto di analogia in materia di norme eccezionali, non è stata casuale, tant'è, che all'uopo ho già anticipato di una connessione tra tali due proibizioni (norme penali ed eccezionali); la correlazione si appalesa in Arturo Rocco, uno dei più grandi giuristi italiani del '900, nonché fondatore del tecnicismo giuridico. Rocco sosteneva una natura eccezionale delle norme penali, giungendo poi ad escludere di conseguenza la natura eccezionale delle scriminanti, così l'autore: « Non è possibile dubitare che i precetti penali, appunto perché penali siano norme giuridiche eccezionali, nel senso più ampio di questa espressione, siano anzi, a dir così, le norme eccezionali per eccellenza: lo stesso articolo 4 (ora 14 prel.) delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione, applicazione delle leggi in generale, enumerando le leggi che è vietato estendere oltre i casi in esse espressi, cioè le leggi di carattere eccezionale, pone, infatti in prima linea le leggi penali, e, in seconda linea, quelle che restringono il libero esercizio dei diritti e formano eccezione alle regole generali

---

<sup>209</sup> M.BOSCARELLI, *op.cit.*, p.119.« Nonché norme, le disposizioni che prevedono scriminanti sono soltanto frammenti di norme; costituzionalmente incompatibili, quindi, con l'analogia, procedimento che conduce a constatare come una norma ricolleggi anche a un caso non contemplato nella sua formula, l'effetto giuridico che essa condiziona.»

(leggi eccezionali in senso stretto). Ma, se i precetti penalmente sanzionati, sono, essi stessi, norme eccezionali, è evidente che eccezionali non possono essere, in pari tempo, le norme negative dei precetti medesimi. Queste, infatti, come tali, rappresentano l'eccezione della eccezione; ora, la eccezione della eccezione non è che la regola, come la negazione di una negazione non è che una affermazione. Si può dunque dire, sicuramente che, a differenza dei precetti penali, i quali hanno carattere di norme di diritto eccezionale, le norme negative dei precetti penali, sono, invece, norme di diritto comune, e perciò capaci di essere estese, sia logicamente e analogicamente (analogia), sia logicamente e non analogicamente (principi generali del diritto), ai casi non preveduti dalle norme medesime»<sup>210</sup>. Questa argomentazione offre notevoli spunti di riflessione, Rocco in poche righe di testo istituisce un divieto di analogia *in malam partem* corroborato da una duplice<sup>211</sup> prescrizione ex art.14 prel; in secondo luogo ammette l'analogia *in bonam partem* giungendo a considerare diritto comune le scriminanti. Ciò che si può cogliere ulteriormente è ,in forma comune a Bobbio, la distinzione tra analogia e ricorso ai principi generali, considerati procedimenti differenti e non sovrapponibili.

#### **II.IV.11** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Petroncelli ed il divieto di analogia in materia di norme eccezionali*

Contrapposta alla teoria sopracitata, è quella di Petroncelli, l'eccezionalità infatti « Non dipende , né dalla estensione del precetto ad un più o meno vasto numero di rapporti umani, potendo esservi norme di *jus singulare* che abbiano larghissima

<sup>210</sup> A.ROCCO, *L'oggetto*, cit, p.549 ss.

<sup>211</sup> Duplice, poiché come appena descritto, il Rocco, considera le norme descrittive dei precetti penali, sia quali norme eccezionali sia quali norme "penali" , il che permette di interdirne l'estensione analogica per due differenti ragioni, indi, *tout court*.

sfera di applicazione, né dalla qualità, né dalla intensità della sanzione, bensì dal contrasto tra la norma che disciplina un rapporto o una categoria di rapporti nella loro ordinaria tipica manifestazione e ne costituisce lo *jus commune* e quello che, per una particolare e specifica ragione di utilità (*propter aliquam utilitatem*), disciplina in modo diverso lo stesso rapporto o la stessa categoria di rapporti in un suo aspetto particolare, in una sua tipica manifestazione, costituendo così *jus singulare*.»<sup>212</sup> Ricapitolando sommariamente, secondo il Petroncelli: Le norme incriminatrici sono da considerarsi diritto comune, inestensibili per analogia in base all'art. 14 preleggi (ex 4) poiché “penali”, le norme negative dei precetti penali o scriminanti sono da considerarsi *eccezionali*, sicché inestensibili analogicamente per il divieto ex art. 14, inerente il diritto eccezionale; la tesi di Rocco risulta così totalmente rovesciata.

#### **II.IV.12** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Bettiol*, *il divieto di analogia e le norme eccezionali*

Bettiol in parte si allinea alle argomentazioni di Petroncelli, in parte invece le confuta, *sine dubio* deve confermarsi il carattere non eccezionale dei precetti penali, tuttavia le scriminanti non sono a loro volta da ricomprendersi nella dizione “leggi eccezionali” ex art. 14. Il Bettiol ritiene segnatamente che il legislatore nell'edificare la disposizione abbia distinto le norme “penali” e quelle “eccezionali”, così le norme “penali-eccezionali” ,quali sono le scriminanti, sarebbero inapplicabili analogicamente in quanto penali e non in quanto eccezionali.

Così l'autore : « Questo articolo (4. Prel), distingue spiccatamente tra leggi penali

---

<sup>212</sup> PETRONCELLI, *La illiceità penale della violenza sportiva*, estratto dalla *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, Roma 1929, p18 e ss.

e leggi non penali e, quando parla di leggi che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, si riferisce alle leggi eccezionali non penali. Le leggi penali eccezionali, di cui fanno parte le norme negative dei precetti penali, vanno riferite alla espressione « leggi penali», per le quali, il legislatore ha usato il termine generico non distinguendo tra norme penali "normali" e leggi penali "eccezionali", ed il problema che si presenta riguarda la possibilità che queste ultime non ricadano sotto il divieto della estensione analogica.»<sup>213</sup> Bettiol successivamente si interroga sulla possibilità di estendere analogicamente le norme negative dei precetti penali: « A questo riguardo bisogna distinguere tra norme incriminatrici e leggi penali esimenti: mentre per le prime, anche in base all'art. 1 c.p., l'analogia deve essere assolutamente vietata, perché la libertà dei cittadini sarebbe, altrimenti sottoposta all'arbitrio dei giudici, per le seconde vale, a nostro avviso, l'insegnamento del Carrara che la scusa possa estendersi analogicamente da caso a caso. Il divieto dell'analogia in materia penale, va quindi, inteso in senso relativo: le norme descrittive di fatti delittuosi e quelle che prevedono una sanzione non possono estendersi oltre i casi espressamente contemplati, mentre le norme che giustificano la lesione di un interesse, che rendono incolpevole o non punibile un fatto non ricadono sotto il divieto predetto e sono passibili di estensione analogica.» L'autore, in guisa più vicina a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, ammette il ricorso all'analogia in *bonam partem*, pur non disconoscendo il carattere eccezionale delle scriminanti; la conclusione par di dubbia sostenibilità soprattutto date le premesse, infatti : se da un lato si ritiene di dover vietare l'analogia in *malam partem* per motivi di certezza del diritto, come potrà negarsi che le stesse problematiche di certezza si ravviseranno anche in ordine alle esimenti?! D'altronde meritevole di sanzione quanto meno logica, è anche l'altra premessa, laddove si considerino le norme negative dei precetti penali "eccezionali", seppur nell'alveo del diritto penale, pare artificioso e

---

<sup>213</sup> BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*. Vita e pensiero, Milano, 1935.

contrario alla stessa *littera legis* ammetterne un'estensione analogica. Piuttosto si dica dell'opportunità morale, si richiami il *favor rei*, si dica che l'art. 14 è stato derogato o ancora si neghi il carattere eccezionale, ma non si disserti sul filo semantico e logico del testo di legge, laddove se per «leggi penali» pare ormai condiviso si debba intendere “norme incriminatrici”, pochi dubbi vi sono, una volta definite le esimenti quali norme *eccezionali*, circa l'opportunità di vietarne l'estensione analogica. Ciò che si nota è un discettare imperituro in chiave interpretativa di una norma che dovrebbe guidare l'interpretazione, dunque ben si comprende la concezione del circolo interpretativo quale *regressio ad infinitum* sostenuta da Scialoja.

#### **II.IV.13** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Bellavista ed il divieto di estensione analogica delle norme eccezionali*

Bellavista prima di impegnarsi in una elencazione delle norme ritenute eccezionali, richiama all'immaginazione una similitudine di gusto poetico « [...] ci sia permessa la similitudine musicale, della sinfonia giuridica. Quando tutto a un tratto, il nostro orecchio percepisce una dissonanza, un alcunché che decisamente (*propter aliquam utilitatem*) stona con il motivo armonico siamo di fronte ad una norma eccezionale, ad una norma che è contraria al principio. E come per ogni sistema giuridico, di queste dissonanze, di cui abbiamo spiegato la necessità e la utilità, se ne rinvennero anche nel diritto penale tra le norme giuridiche penali»<sup>214</sup> Bellavista pur creando un mirabile arabesco, non fa altro quindi che richiamare il brocardo latino che vede la norma eccezionale quale posta «*contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem*». Di qui l'autore

---

<sup>214</sup> G.BELLAVISTA, *Interpretazione della legge penale*, 1975, p.141.

citando Saltelli <sup>215</sup>elenca una serie di norme ritenute eccezionali: « 1) Norme di diritto pubblico interno o del diritto internazionale, le quali prevedono casi di immunità penale *in deroga al principio* che la legge penale italiana obbliga tutti coloro che cittadini o stranieri si trovano nel territorio dello stato (art. 3 cod. pen.); 2) Le norme della legge penale italiana o del diritto internazionale le quali prevedono casi in cui la legge penale italiana obbliga cittadini o stranieri, i quali si trovino all'estero (punibilità del reato extra-territoriale) *in deroga al principio* della territorialità della legge penale (art. 3 capov. Cod. pen.) ; 3) Le disposizioni dell'art. 12 cod. pen. Le quali stabiliscono i casi in cui può essere dato riconoscimento alla sentenza penale straniera *in deroga al principio* della piena autonomia dello stato dall'estero nell'esercizio della potestà di punire; 4) le disposizioni che prevedono i casi in cui l'evento è posto a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione (casi di responsabilità obiettiva o *ex lege*), *in deroga al principio*, che nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà (art. 42 parte prima cod. pen.); 5) la disposizione dell'art. 539 cod. pen. Che non consente al colpevole di delitti contro la moralità pubblica e il buon costume commessi in danno di un minore di anni 14 di invocare a propria scusa, l'ignoranza dell'età dell'offeso, e ciò *in deroga al principio* che è necessaria la conoscenza, nel colpevole, della età della persona offesa quando l'età costituisce elemento essenziale del reato ( art.42 cod. pen. ); 6) le disposizioni degli artt. 304,416 cod. pen. Le quali derogano al principio per cui non è punibile l'accordo senza che il reato sia commesso (art.115) e quello degli artt. 266, 302, 303, 322, 327, 377, 414, 415, 548, che *derogano al principio* per cui non è punibile l'istigazione non accolta a commettere un reato (art. 115); 7) le disposizioni degli art. 597, 2° capov., 543 *che derogano al principio* per cui il diritto di querela è eminentemente personale e, come tale, è intrasmissibile (art. 126); 8) Le disposizioni degli artt. 155, 1° capov.; 544, 556, ultimo capov., 563 che *derogano*

---

<sup>215</sup> SALTELLI, *L'analogia ed i principi generali del diritto in materia penale*, in *Annali di diritto e procedura penale*, 1934, pag.. 125 e segg.

*al principio* che l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce (carattere soggettivo delle cause di estinzione del reato; art. 182); 9) le disposizioni degli artt. 542, capov., e 392 che *derogano al principio* che nei delitti perseguibili a querela della persona offesa questa può fare remissione (art. 12. Prima parte).» Compiuta dunque una soddisfacente elencazione, il divieto di analogia è da giustificarsi per tali norme in ragione della loro natura eccezionale, di qui divieto ex art. 14 Prel (ex. 4 si ripete). Bellavista parimenti sostiene che anche le norme statuenti circostanze attenuanti ed aggravanti, avendo carattere eccezionale non debbano essere oggetto di analogie;<sup>216</sup> citando nuovamente il Saltelli: « Se la norma che prevede la circostanza attenuante non esistesse, il fatto circostanziato, avrebbe trovato il suo regolamento giuridico nella norma proibitiva che l'azione comanda o vieta sotto sanzione penale, essendo in essa virtualmente compresa per essere da essa considerata irrilevante la circostanza. La norma che prevede la circostanza attenuante, esclude in parte, rispetto al fatto circostanziato, il regolamento giuridico della norma proibitiva: è quindi eccezione alla regola»<sup>217</sup> Bellavista riconosce invece, natura di diritto comune alle norme giuridiche che prevedono circostanze di esclusione del reato e di qui, ne ammette una estensione mediante analogia *legis* e attraverso il ricorso ai principi generali<sup>218</sup>. A tale conclusione giunge in contrasto con il Saltelli, concependo le norme contenenti esimenti non in guisa derogatoria, bensì quale espressione dei principi cardine dell'ordinamento. In questi termini l'autore: «Ma allora, se le cause di giustificazione, come il Saltelli sostiene, sono norme di natura eccezionale (cioè non principi, stonamenti del sistema *propter etc.*), a che mai si riducono i *principi* del diritto penale? I principi fondamentali propri e specifici del diritto penale? Ma allora è nella ragione il Grisigni che sostiene il carattere sanzionatorio del diritto

<sup>216</sup> BATTAGLINI differentemente giustifica l'esclusione, infatti parla in merito di norme «attinenti alla penalità»

<sup>217</sup> SALTELLI, *op. cit.*, p.157.

<sup>218</sup> Evidentemente al pari di Bobbio, esclude l'esistenza dell'analogia *juris*, considerando l'integrazione mediante il ricorso ai principi generali un procedimento a se stante, dunque strutturalmente diverso dall'analogia.

penale e sono nel torto tutti coloro che, in ragionevole e ragionata maggioranza, negano questo carattere meramente sanzionatorio? Ora, se i principi fondamentali del diritto penale si riducono soltanto a proclamare che il furto è un illecito, che l'omicidio è un illecito [...], si deve convenire che, chi così ragiona, non pare mostri di intendere quali ben altri principi che non quelli citati si contengano in un codice penale». Ecco poi l'autore nel tentativo di dimostrare il carattere non eccezionale delle norme in esame: «Ma gli è invece che, parallelamente al divieto: non uccidere, v'è nella legge penale un comando che ne è principio fondamentale: uccidi se legittimamente ti difendi; parallelamente al divieto : non danneggiare la cosa altrui, v'è un comando che suona sempre così: danneggia pure se ti costringe la necessità e così per tutte le circostanze che tolgono anti giuridicità al fatto.»<sup>219</sup> Bellavista quindi assume una posizione fortemente originale, le norme contenenti cause di giustificazione sono norme di diritto comune quindi lecitamente estensibili per analogia. L'originalità si ravvisa nel procedimento logico condotto dall'autore, contrapponendosi infatti a Rocco giunge alle medesime conclusioni ma da premesse differenti. Le scriminanti hanno carattere non eccezionale, non già perché eccezione di una eccezione (concepiva le norme penali diritto eccezionale), bensì perché sono espressione diretta dei principi generali e fondamentali del sistema penale. Bellavista a proposito: « Quando si affibbia il carattere di norme eccezionali a quelle che contengono cause di giustificazione si viene, *a fortiori*, a sostenere che sono eccezionali principi fondamentali come questi: *vim vi repellere licet; qui suo jure utitur neminem laedit; necessitas non habet legem; volenti non fit iniuria; casus a nullo praestatur; furiosi nulla voluntas, fati infelicitas eum excusat, satis furore ipso punitur; infantem innocentia consilii tuetur* [...]»<sup>220</sup>

Bellavista procedendo nella sua trattazione, confuta nuovamente, almeno in parte, il Saltelli, se infatti esistono cause di estinzione del reato e della pena aventi natura eccezionale « che non son certo poche» (si cita in merito l'art. 544 c.p) ,

<sup>219</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*, p.144.

<sup>220</sup> BELLAVISTA, *op.cit.*, p.146.

esistono in pari guisa cause estintive non aventi natura eccezionale, quindi ,estensibili analogicamente. In limine l'autore ammette il ricorso all'analogia anche per le norme penali dichiarative ed esplicative. La tesi del Bellavista scevra da elucubrazioni semantiche proprie del tecnicismo giuridico e di una dottrina giuridica in veste sofisticata, ben coglie la questione: l'eccezionalità essendo carattere relativo deve valutarsi ponendo la norma oggetto di esame in rapporto con una o più altre, financo a figurarsi quale elemento di raffronto l'intero sistema penalistico, così da comprendere quali siano i basamenti e contrappunti della struttura. Da un carattere relativo dell'eccezionalità discende l'ontologica impossibilità di definire eccezionali delle norme in quanto tali; *a fortiori* sarà necessario individuare i principi ispiratori dell'*ordo juris*, nonché quelli di volta in volta costituenti la *ratio legis* della disposizione, solo ponendo tali fattori in raffronto e solo in caso di dicotomica confliggenza nel rapporto derogato-derogante , si avrà un'eccezione, dunque una norma eccezionale inestensibile per analogia ex art. 14 Prel.

#### **II.IV.14** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Vassalli ed il divieto di analogia in tema di norme eccezionali*

La trattazione di Vassalli<sup>221</sup> si dimostra altamente organica anche sul tema in esame, in prima battuta vengono definiti « non meritare particolare attenzione» i tentativi di ricostruire il concetto di eccezionalità sulla base della definizione di Paolo<sup>222</sup>. In secondo luogo per l'autore sono scevri di fondamento anche i tentativi di istituire un *discrimen* (tra norme ecc. e di diritto comune) su base numerico-quantitativa, poiché come osservato una norma eccezionale può, contrariamente a

---

<sup>221</sup> G.VASSALLI, *I limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942.

<sup>222</sup> *Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

quanto si potrebbe pensare, disciplinare la maggior parte dei casi. Vassalli poco oltre richiama la necessità di ricorrere ad un criterio distintivo di natura qualitativa, come consolidato ormai in dottrina; l'autore cita in seguito Coppa- Zuccari<sup>223</sup>, secondo i quali la disciplina giuridica della norma eccezionale «non costituisce per la propria ipotesi di fatto un completamento o una specializzazione della disciplina giuridica della norma più ampia, *ma un'interruzione della sua consequenzialità logica.*» Il carattere identificativo ed imprescindibile di una norma eccezionale è la sua natura *derogatoria*, così l'autore rimanda al Bobbio: «[...] la norma eccezionale è quella, sì, che regola la stessa fattispecie in modo diverso da un'altra norma, ma, bisogna aggiungere in forma derogatoria, cioè in modo che, se essa non fosse intervenuta, quella fattispecie, che ora è regolata dalla norma eccezionale, non sarebbe stata una fattispecie non regolata o indifferente al diritto, ma sarebbe stata regolata dalla norma di diritto comune.»<sup>224</sup> Dunque Vassalli proseguiva: «[...] Una volta riposta la caratteristica della norma eccezionale unicamente nel costituire essa una deroga alla norma comune – e negata quindi ogni possibilità di distinguere la norma eccezionale in base ad una virtù sua propria, che permetta di riconoscerla a prescindere da qualsiasi riferimento ad altra norma, - è evidente che all'eccezionalità non può attribuirsi se non un carattere relativo.»<sup>225</sup> Uno degli elementi caratterizzanti la tesi di Vassalli, risiede nell'individuazione di una duplice significanza del termine “eccezionali” riferito a norme; nel nostro ordinamento infatti, si definiscono norme eccezionali ora quelle aventi una funzione derogatoria rispetto a date norme principio, ora in riferimento a quelle emanate « per esigenze eccezionali, nell'occasione di circostanze eccezionali»

---

<sup>223</sup> COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Modena, 1915.

<sup>224</sup> BOBBIO, *op.cit.*, p.166.

<sup>225</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p. 12; successivamente cita il FERRARA, «l'eccezionalità delle norme deve considerarsi sempre in rapporto alle norme regolari, di cui costituiscono delle deviazioni. Se l'analogia delle norme eccezionali è esclusa perché i casi non previsti sono da regolarsi dalle norme generali, non ci si può sottrarre da uguale esigenza quando le eccezioni formano un intero ordine o sistema, perché sulla misura delle eccezioni il legislatore è esclusivamente competente e non si può dalle eccezioni ricavare nuove eccezioni, per aprire una più larga breccia nel diritto comune.» *Trattato*, p89 e ss.

Nell'esporre le argomentazioni di Vassalli preferisco non compiere ulteriori riferimenti ad autori sopra-citati, quali ad esempio Saltelli, Petroncelli, per evitare di render oltremodo tediosa, nonché ripetitiva, la lettura, in ragione di ciò mi limiterò per quanto possibile ad enucleare le sole dissertazioni dell'autore. Vassalli nel descrivere gli orientamenti giurisprudenziali ed eventuali ricorsi all'analogia, procede dai tempi del codice Rocco, rinvenendovi una giurisprudenza favorevole ad una applicazione analogica di cause di esclusione del reato. Questo orientamento ha trovato quale ambito precipuo di applicazione le sentenze inerenti la violenza sportiva, fornendo ragioni di volta in volta differenti alla base dell'*extensio*. Dunque in tema di violenza sportiva, la tendenza era quella di ammetterne la liceità sulla base del "consenso dell'avente diritto" e della conformità degli atti al regolamento. Così l'autore: «Pertanto pur ammesso che una lesione mortale fu determinata da un pugno dell'avversario, il fatto non costituisce reato se a carico di questo nessun richiamo, nessuna scorrettezza, nessuna imprudenza, nessuna violazione regolamentare fu accertata. Per l'omicidio colposo è necessario, oltre il nesso di causalità, l'accertamento di una imprudenza, negligenza, imperizia ed inosservanza di regolamenti che sia stata causa determinante dell'evento»<sup>226</sup>. Frequenti sono state, per non dire maggioritarie, le sentenze di condanna per lesioni colpose od omicidio colposo cagionati in seguito a manifestazioni sportive; quivi sovente era ritenuto configurabile il reato, pur auspicando un intervento chiarificatore del legislatore. Citando una sentenza del tempo: «Con il consenso dell'offeso è concomitante la finalità d'ordine superiore, che è riconosciuta ai giuochi ginnici per i quali la razza umana, in dispregio delle mollezze della vita, viene educata al senso della forza intelligente, da cui deriva la capacità di resistere, la salute fisica, l'energia dei singoli con la inevitabile diretta ripercussione anche nel campo delle forze morali dell'individuo, la forza dei singoli diventa poi forza della Nazione. È un nuovo principio che, insofferente dei freni della legge scritta, s'è sovrapposto

---

<sup>226</sup> Trib. Di Milano, 8 maggio 1929, in *Foro it.*, 1929, II, col. 278 seg.

irresistibilmente alla medesima e s'è imposto a tutti, cosicché non rimane che il legislatore ne prenda atto, così come ne hanno già preso atto gli organi della punitiva giustizia»<sup>227</sup>. L'appena citata sentenza mostra un tentativo palese di legittimare la violenza sportiva sulla base di principi ritenuti superiori rispetto all'incolumità fisica del singolo, *non può non ravvisarsi una ragion di stato, posta eccezionalmente in funzione scriminante*. Un'altra versione sul tema è quella fornita dal Pretore di Tivoli nel 1928: « Anche le lesioni prodotte durante il gioco del «football» sono punibili ai sensi dell'art. 875 cod. pen. (abrogato) quando siano l'effetto d'un gioco pesante e cioè di una condotta imprudente e non regolare del giocatore. *Il consenso del soggetto passivo alla esposizione a pericolo non esclude il reato quando l'entità delle lesioni sia tale da renderle perseguibili d'ufficio*»<sup>228</sup>. Quanto ivi affermato è esattamente in linea con quanto troviamo nella requisitoria del Procuratore del Re Polito de Rosa, il quale in occasione della morte di un giovane universitario durante una gara pugilistica indetta dal G.U.F, discettava in merito alla natura del consenso (dell'avente diritto) quale causa eccezionale di liceità ed alla correlativa configurabilità della fattispecie di reato. Così la requisitoria :« Nel caso del pugilato il consenso avrebbe un carattere particolare perché prestato: a) genericamente (assoggettamento alla violenza, per così dire potenziale dell'antagonista, non di atti determinati, a cui, per contro, si resiste per evitare conseguenze); b) tacitamente (ciò che non ne farebbe venir meno l'efficacia); c) non ad una lesione certa, ma soltanto ad eventuale; d) con l'accettazione del rischio inerente allo svolgimento regolare della competizione, secondo le norme che la disciplinano.» Di qui il Procuratore aggiungeva: « Condizioni, pertanto, della liceità della violenza sportiva in genere sarebbero: il consenso valido dell'avente diritto e l'osservanza stretta del regolamento tecnico della competizione. Conseguentemente, se le lesioni sono state prodotte con volontaria e cosciente infrazione dei regolamenti (colpi vietati), sono punibili come dolose;

<sup>227</sup> Cass. 24 febbraio 1928, in *Giust. Pen.*, 1928, I, col. 820 segg.

<sup>228</sup> Pretore di Tivoli, 15 maggio 1928, in *Foro. It.*, 1928, II, col. 238 segg.

se sono state prodotte bensì volontariamente, ma con atti non contrari alle regole tecniche della competizione sportiva, sono irrilevanti per il diritto penale, perché non contrarie ai suoi precetti; se, infine, sono conseguenza di atti vietati, ma commessi per errore (imprudenza, imperizia) sono punibili a titolo di colpa.»<sup>229</sup> L'eccezionalità di questa requisitoria risiede tuttavia nelle conclusioni, De Rosa nel caso di specie riteneva lecita la violenza non sulla base del consenso dell'avente diritto, bensì sulla base dei «*principi generali dell'ordinamento giuridico vigente*». In uno scontro pugilistico, in particolare, non sarebbe possibile configurare il consenso dell'avente diritto, poiché si tratta di una « lotta di volontà e di forze contrapposte, tra le quali è inconcepibile un consenso ». Dunque la liceità della violenza sportiva non si potrà far discendere e dipendere dal consenso, poiché tale elemento, nel caso di specie, mancherebbe a priori. La liceità sarà al contrario da desumersi dal complesso di norme statuali posite per promuovere tali manifestazioni sportive; queste sono diretta espressione di un « interesse dello Stato a favorire e promuovere l'educazione all'intrepidezza e all'ardimento », tale, da rendere in certi casi indispensabile e di qui lecita la violenza.

Ed ecco, dopo un'enumerazione di leggi e disposizioni che risparmio al lettore, le conclusioni: « I regolamenti tecnici, di cui s'è fatta menzione, forniscono appunto le regole desiderate e determinano, con la maggiore esattezza possibile, i limiti entro i quali la violenza sportiva è liceità. Oltre questi limiti, che circoscrivono la cerchia della liceità eccezionale, riprende vigore il divieto penale, perché risorge l'interesse e con esso l'azione dello Stato per la tutela dell'incolumità personale dell'individuo; bene giuridico che entro quei limiti, lo Stato sacrifica ai fini propri, superiori ed immanenti, e perciò lo priva di protezione.»<sup>230</sup> Ebbene questo orientamento pare legittimare un ricorso all'analogia in *bonam partem*, nonché ai principi generali del diritto per l'interpretazione di norme previdenti cause di esclusione della responsabilità penale, ritenute non avere quindi carattere

<sup>229</sup> Sent. 25 Novembre 1938, in *Foro It.*; 1939, vol. LXIV, coll. 270 ss.

<sup>230</sup> Sent. 25 Novembre 1938, in *Foro It.*; 1939, vol. LXIV, coll. 272.

eccezionale. Vassalli esclude dopo un'attenta ed esemplare elencazione tassonomica delle norme, l'eccezionalità delle norme incriminatrici o « leggi penali» nei cui « confronti il divieto dell'analogia è espressamente stabilito tanto dall'art. 1 cod. pen.; quanto dalla prima parte dell'art. 14 prel. La circostanza che queste limitino la libertà dell'individuo, ovvero che abbiano carattere impeditivo o imperativo non determina la possibilità di qualificarle norme "eccezionali", non costituiscono infatti deroghe a principi generali « quasi che il divieto dell'omicidio o del furto *non siano* principi generali dell'ordinamento giuridico»<sup>231</sup>. Ad una affermazione di eccezionalità si potrebbe addivenire, qualificando come diritto comune solamente « quello che ha per presupposto una pacifica convivenza dei consociati ed al quale è estranea ogni restrizione della capacità giuridica o della libertà individuale, può dirsi (*così ragionando*) che quasi ogni disposizione dell'ordinamento giuridico dovrebbe ritenersi eccezionale.» La distanza rispetto alla posizione di Rocco è diametricale, si nega in primo luogo la natura di eccezionalità alle norme incriminatrici, tale per cui tutte le *leges odiosae* dovrebbero costituire deroghe al sistema ed ai suoi principi. In secondo luogo mentre il fondatore del tecnicismo giuridico dopo aver asserito con catafratta sicurezza l'eccezionalità delle n. incriminatrici, inferiva di conseguenza che le norme prevedenti scriminanti sono di diritto comune<sup>232</sup>; Il Vassalli poggia la sua tesi su argomentazioni prioritariamente logiche, infatti se realmente il legislatore avesse considerato le norme incriminatrici «eccezionali», perché duplicare il divieto? per quale ragione il *discrimen* tra norme eccezionali e leggi penali ex art. 14 prel.? E' evidente, non vi sarebbe alcuna valida ragione. Detto ciò, il giurista individua alcuni esempi di *leggi penali* aventi natura eccezionale, così esemplarmente l'art. 115 cod. pen. che « stabilisce i due principi generali per cui di massima non sono punibili l'accordo per commettere un reato quando il reato non sia commesso e l'istigazione a commettere un reato quando essa non sia stata accolta o, anche se accolta, il reato non sia commesso».

<sup>231</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p.72. (pare ovvio che tali siano principi fondamentali)

<sup>232</sup> L'eccezione di un'eccezione è regola, così come la negazione di una negazione è affermazione.

Vi sono talune norme disciplinanti fattispecie delittuose aventi invero carattere eccezionale, l'autore cita a riguardo gli art. 57-58 cod. pen., inerenti la responsabilità per reati commessi a mezzo di stampa, o ancora gli art. 116-117 cod. pen. riguardanti la responsabilità del correo. La natura eccezionale discende dalla *vis* derogatoria che connota tali disposizioni, derogatoria rispetto ai principi ed alla normativa generale in tema di responsabilità penale<sup>233</sup>. Procediamo quindi nell'*excursus*, le norme disponenti circostanze aggravanti<sup>234</sup> ed attenuanti<sup>235</sup> secondo la dottrina allora dominante, avevano carattere eccezionale, così richiamando alla mente Saltelli e Bellavista, si rammenterà come tale connotato, venisse fatto discendere dalla capacità derogatoria rispetto alla disciplina prevista dalla fattispecie incriminatrice. Sicché la circostanza attenuante disponendo l'inflizione di un più mite patimento derogherebbe alla norma incriminatrice, impendendo l'irrogazione della pena in essa prevista. Tale tesi, sebbene maggioritaria si ripete, viene superata dal Vassalli, infatti le aggravanti al pari delle attenuanti non sono deroga od eccezione rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento, bensì loro diretta espressione e scaturigine. Pur partendo da tali divergenti premesse, il giurista perviene alle medesime conclusioni: « Piuttosto che dal principio *nulla poena sine lege*, l'inapplicabilità per analogia di circostanze aggravanti ed attenuanti deriva in concreto, nel nostro ordinamento giuridico, dalla stessa formulazione e dal tenore della legge che tali circostanze prevede, elencandole in maniera tipicamente tassativa e minuziosamente precisando le categorie di reati e i singoli reati a cui le varie

---

<sup>233</sup> «Norme che pongono a capo dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione, un evento non illuminato dalla coscienza e volontà dell'agente medesimo» VASSALLI, op.cit., p.82, leggasi responsabilità oggettiva.

<sup>234</sup> Sulla inapplicabilità analogica delle circostanze aggravanti RAMACCI-SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica*, p. 520; Conforme RUGA RIVA, *Una nuova parola d'ordine*, p. 139 ss.; lo stesso orientamento è confermato dalla Sent. Cass. pen. sez. V. 27 ottobre 2011, n. 46243, in. GIOVAGNOLI-FRANCINI, *Giurisprudenza penale 2012*, p.14.

<sup>235</sup> In materia di attenuanti MARINUCCI, *Diritto Penale*, p.69, ricollegandosi ad una enumerazione tassativa delle suddette circostanze esclude la loro estensibilità analogica. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, p.111, non si esprime sul problema ritenendolo privo di importanza data l'introduzione delle c.d. attenuanti generiche (art. 62 *bis*).

circostanze debbono e possono venire applicate»<sup>236</sup>. A questo punto sarebbe tuttavia lecito chiedersi, se data l'elencazione intesa come tassativa, non si debba concludere per una eccezionalità delle circostanze stesse; si perviene alla medesima conclusione, laddove si ritenga che rappresentino un intervento del legislatore finalizzato a garantire copertura normativa ad ipotesi non comuni od ordinarie. Le cause di esclusione della imputabilità, secondo vasta e risalente dottrina<sup>237</sup>, sono da considerarsi norme eccezionali, quindi inapplicabili per analogia, il Vassalli, rettamente, nota come manchi in questo caso carattere derogatorio, tali norme sono infatti diretta espressione del principio consacrato nell'art. 85 cod. pen. «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile»<sup>238</sup>. Per queste ragioni l'elencazione compiuta dal legislatore deve ritenersi meramente esemplificativa<sup>239</sup>, di qui la possibilità di procedere analogicamente. Al pari anche le cause di esclusione del reato sono da ritenersi diritto comune, queste sono infatti espressione di un principio generale e fondante dell'*ordo juris*: «nessuno può essere punito se il fatto da lui commesso, anche se conforme al modello descritto nella legge incriminatrice, non presenti tutti quegli elementi o quei caratteri che costituiscono in genere, il reato.» Richiamando la concezione tripartita del reato, tale per cui elementi costitutivi ed indefettibili di esso sono: il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza; si evince che l'assenza anche solo uno di questi componenti fa venire meno il reato. Così l'autore: «Quest'ultima (la legge), allorché prevede taluni fatti come reati, sia descrivendoli sia esplicitamente enunciandone la punibilità, intende già che tali fatti non debbano andare puniti qualora non presentino quei requisiti che sono ritenuti propri di ogni reato.» Prosegue poi Vassalli: «Le norme fondamentali tradizionalmente contenute nella "parte generale" del codice precedono, anche logicamente, le

---

<sup>236</sup> VASSALLI, *op. cit.*, p.91.

<sup>237</sup> *Contra* ROMANO, *Commentario*; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale p.gen.* p.109.

GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, p.gen.* p. 433.

<sup>238</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p.93.

<sup>239</sup> Sulla non tassatività della elencazione *Cfr.* FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*

norme incriminatrici contenute nella parte speciale e sono norme generali allo stesso titolo di quest'ultime. Anzi non è escluso che proprio alcune norme incriminatrici siano da considerarsi eccezionali rispetto alle norme che prevedono cause di esclusione, o meglio casi di inesistenza del reato.» L'autore successivamente espone alcuni casi di "inesistenza" del reato: « Il reato può innanzitutto non sussistere per difetto dell'elemento detto materiale od oggettivo. La cosa è di una evidenza tale che neanche sembra necessario enunciare un principio relativo. Tuttavia la legge italiana ha ritenuto opportuno stabilire espressamente la necessità del rapporto di causalità materiale fra l'azione o l'omissione e l'evento (art. 40 cod.pen.) e l'esclusione della punibilità in quei casi in cui sia inidonea (ossia giuridicamente irrilevante o inesistente) l'azione costitutiva del reato o manchi del tutto l'oggetto dell'azione medesima (art. 49, 1° capov., cod. pen.) Si tratta qui manifestamente di principi generali del diritto penale, la cui natura non cambia per essere espressi in forma negativa anziché in forma positiva. *Di fronte a tali principii generali è anzi possibile [...] che alcune norme incriminatrici si pongano come eccezioni : p.es. l'art. 550 cod. pen. rispetto all'art. 49, 1° capov., cod. pen.*»

Passando all'elemento soggettivo: « il reato può poi, non sussistere per difetto dell'elemento soggettivo. Sempre in forma negativa, il nostro codice penale fissa in proposito- all'art. 42- il principio generale per cui, perché sussista un reato, occorre che l'azione o l'omissione siano commesse con coscienza e volontà e, salvo il caso dei delitti colposi e quello delle contravvenzioni, che esse siano commesse con dolo. A conferma e ad ulteriore estensione di tale principio il codice precisa poi che non è più punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore (art. 45 cod. pen.), chi ha commesso il fatto perché fisicamente costretto (art. 46 cod. pen.), chi (art. 47 cod. pen.) ha commesso il fatto per errore (purché non per errore sulla norma, e ciò in relazione all'altro principio generale stabilito dall'art. 5 cod. pen.), chi ha involontariamente ecceduto in una giustificata reazione al fatto illecito altrui o ad un determinato stato di fatto o in altri casi analoghi (disposizione implicitamente contenuta

nell'art. 55 cod. pen.) , chi, infine, ha commesso il fatto nella erronea convinzione di tenere una condotta non punibile (art. 59 ult. Capov. Cod.pen.)»<sup>240</sup> Anche qui Vassalli conclude: « *Anche codeste disposizioni sono norme di diritto comune. Esse costituiscono anzi principii generali del diritto penale o, meglio ancora, applicazioni particolari di un principio generale, quello per cui senza colpa non v'è reato.*»<sup>241</sup>

Il reato può infine non sussistere perché « il fatto materiale che lo costituisce si trova, in presenza di talune circostanze, ad essere consentito dall'ordinamento o addirittura imposto da altre norme dell'ordinamento giuridico o – più in generale – perché viene a mancare quel contrasto o rapporto di contraddizione tra il fatto materiale e il diritto che è essenziale per l'esistenza del reato.»<sup>242</sup> In proposito Vassalli: « E' certo che anche le norme che prevedono di codeste situazioni altro non sono che applicazioni del generale principio per cui *il reato, come fatto illecito, non può essere consentito e tanto meno imposto dal diritto. Se esso viene consentito od imposto, allora non è più reato.* Conseguenza pratica dell'inesistenza del reato è anche qui la non punibilità del fatto ed è logico che la legge faccia senz'altro riferimento ad essa nell'elencare, a titolo esemplificativo le varie cause in questione: consenso dello avente diritto, esercizio di un diritto ,adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della autorità pubblica, legittima difesa, uso legittimo delle armi, stato di necessità.»<sup>243</sup> Queste disposizioni non sono norme eccezionali, bensì diretta espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento, dunque diritto comune<sup>244</sup>. Potrà quindi dirsi che tanto le norme prevedenti cause di esclusione del reato, quanto quelle prevedenti cause di esclusione della imputabilità, non sono norme eccezionali, né sono qualificabili come “penali” *strictu sensu*, quindi si dovrà

<sup>240</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p.99 ss.

<sup>241</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p. 100. *Conforme* FIANDACA-MUSCO, *op.cit.* , p.111; MANTOVANI, *op.cit.*, p.111.

<sup>243</sup> VASSALLI, *op.cit.*, p.105 ss.

<sup>244</sup> *Conforme* FIANDACA-MUSCO, *op.cit.* , p.111; MANTOVANI, *op.cit.*, p.111.

concludere per una loro possibile estensione analogica, da definirsi *rectius analogia in bonam partem*.<sup>245</sup>

Altrettanto rilevante quanto dibattuta è la possibilità di giungere ad un riconoscimento «dottrinale e giurisprudenziale» di cause di esclusione del reato non espressamente previste dal codice. Vassalli rimanda a due principi fondamentali su cui basare il possibile riconoscimento di dirimenti non previste: « *colpevolezza come giudizio di disapprovazione sociale* e principio dell'*antigiuridicità materiale o antisocialità dell'azione*.». Più propriamente l'autore ritiene che ciascuna causa di giustificazione debba essere ricondotta sotto l'uno o l'altro principio; « il cui riconoscimento comporta, a sua volta, l'esistenza di cause di esclusione del reato non espressamente previste dalla legge. » Diretta conseguenza di quanto appena affermato (in particolare per il principio di antigiuridicità materiale), è il riconoscimento della liceità penale della violenza sportiva, di taluni trattamenti medico chirurgici o di cronache giornalistiche.<sup>246</sup> Passando oltre, che dire in ordine alle cause di esclusione della pena? Hanno queste carattere eccezionale? Si permetta una piccola postilla, il Vassalli, conformemente alla dottrina maggioritaria<sup>247</sup> definisce eccezionali le norme disciplinanti immunità, vietandone qualunque estensione analogica. Tornando dunque ai precedenti quesiti, l'autore considera le cause di esclusione della pena<sup>248</sup> norme eccezionali<sup>249</sup>, in quanto deroganti al principio generale del «*nullum crimen sine poena*», così come deroganti sono le condizioni di punibilità. Ecco individuato dunque il carattere di eccezionalità delle disposizioni in esame potrà affermarsi un divieto di analogia ex art. 14 prel. Altrettanto derogatorie a tale principio generale, sono le cause di estinzione del reato e della pena, parimenti inapplicabili per analogia. Chiudiamo la trattazione poi con un'eccezione: « In nessun modo invece ci sembra che possano essere considerate

<sup>245</sup> Negli stessi termini FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, p.111.

<sup>246</sup> VASSALLI, *I limiti del divieto di analogia in materia penale*, p. 118 .

<sup>247</sup> Ora ed allora maggioritaria *cfr.* FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, 111.

<sup>248</sup> Cause di esclusione della punibilità in senso stretto.

<sup>249</sup> *Cfr.* CARCANO, *Diritto penale*.

– come pur vuole un'autorevole dottrina – casi di esclusione della sola pena le ipotesi di non imputabilità del soggetto, le quali vanno a nostro avviso riguardate in tutt'altra sede e ci appaiono decisamente estensibili per analogia.»

Vassalli, disconoscendo carattere eccezionale alle cause di esclusione del reato, apre quindi a quella che oggi viene definita analogia *in bonam partem*; tuttavia considerando come eccezionali rispettivamente: le cause di esclusione della pena (deroga al *nullum crimen sine poena*), le cause di estinzione del reato – pena <sup>250</sup>, anch'esse derogatorie al suddetto principio; si potrà concludere per una ristretta ammissibilità dell'analogia nel diritto penale, circoscritta alle norme dichiarative ed alle cause di esclusione del reato.

#### **II.IV.15** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Fiandaca-Musco, le norme eccezionali ed il divieto di cui all'art. 14 prel*

Fiandaca- Musco<sup>251</sup> uniformemente a Vassalli, riconoscono come ammissibile il ricorso all'analogia in ordine alle norme scriminanti, non ritenute norme di *ius singulare*. Altrettanto conformemente così affermano: « il ricorso al procedimento analogico è, invece, precluso rispetto a quelle cause di non punibilità che fanno riferimento a situazioni particolari o riflettono motivazioni politico criminali specifiche. Più in particolare l'analogia risulta di conseguenza inammissibile rispetto: a) alle c.d. *immunità*, le quali derogano al principio della generale obbligatorietà della legge penale rispetto a tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato; b) alle *cause di estinzione del reato e della pena*, che derogano alla normale disciplina dell'illecito penale e delle conseguenze sanzionatorie; c) alle *cause speciali di non punibilità*, che rispecchiano valutazioni politico criminali

---

<sup>250</sup>(sebbene espressione di principi generali).

<sup>251</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, p.110.

legate alle caratteristiche specifiche della situazione presa in considerazione e perciò non estensibili ad altri casi.»

Ritengo ,quantomeno fuorviante, l'impiego che viene fatto del termine analogia associato alle perifrasi « *in bonam partem*», ad essere ammessa è l'analogia in quanto tale, ossia in quanto strumento integrativo dell'ordinamento, a prescindere dalla natura più o meno favorevole delle norme oggetto di applicazione; così mi pare totalmente censurabile il celeberrimo passo del Carrara «*Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso: per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa*». Laddove si ritenesse l'ammissibilità dell'analogia essere legata ad una qualità intrinseca della norma (l'essere appunto favorevole al reo) non si comprenderebbe per quale ragione , dunque, si sia operato un *discrimen* tra diritto comune ed eccezionale, tra leggi "penali" e altre leggi. Orbene l'analogia è ammessa ove risulti logicamente possibile <sup>252</sup>ed ove la legge non la vieti<sup>253</sup>, l'impiego di altri criteri discretivi può essere tanto scorretto quanto pericoloso. D'altronde se fosse elemento determinante il carattere "favorevole" non dovrebbe forse ammettersi l'estensione analogica anche delle cause di estinzione del reato?! La Corte Costituzionale è intervenuta in tema di cause di estinzione del reato con la sent. N.487 del 25 Ottobre 1989, rinsaldando il principio di riserva di legge a favore del legislatore, ed escludendo *tout court* la possibilità, mediante leggi regionali, di derogare a fattispecie incriminatrici poste dalla legge statale. Così la Corte: « Poiché la previsione di cause d'estinzione del reato è riservata alla legge statale, in quanto a quest'ultima spetta la potestà incriminatrice; poiché alla stessa legge compete, conseguentemente, individuare le situazioni alle quali si applicano le citate cause; e poiché pertanto, l'ambito delle predette situazioni, individuato in una legge statale, *non può esser illegittimamente esteso o ristretto* ad opera di leggi regionali (neppure di quelle che dispongono in materie c.d. « esclusive ») il comma 1 dell'art. 3 reg. sic. N. 26 del 1986 risulta costituzionalmente

<sup>252</sup> Conforme BOBBIO, *L'analogia nella Logica del Diritto*.

<sup>253</sup> Conforme GIANFORMAGGIO, è ben consapevole della correlazione possibilità ontologica-divieto. *Contra* BOBBIO.

illegittimo.»

Per dovere di completezza, si ricordi che il predetto art. 3 comma 1 reg. sic. N.26 1986, agiva in guisa derogatoria rispetto all' art. 31 L. 28 febbraio 1985 n.47, in quanto mentre il secondo ai fini dell'operatività della sanatoria richiedeva lo stato di ultimazione degli edifici, coincidente con l'esecuzione del rustico e l'ultimazione della copertura; *il primo considerava ultimati, per converso, gli edifici nei quali fosse stata eseguita la struttura portante*, con evidenti conseguenze ampliative della sanatoria in esame.

#### **II.IV.16** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *conclusioni ed altri profili dottrinali in tema di norme eccezionali e divieto di analogia*

Nel tentativo quindi di compiere una chiarificazione riassuntiva dell'attuale indirizzo dottrinale maggioritario si dirà che le cause di estinzione del reato e della pena hanno carattere eccezionale, dunque sono da considerarsi inestensibili per analogia<sup>254</sup>. Le cause di giustificazione secondo una parte della dottrina<sup>255</sup>, invero maggioritaria, sono da ritenersi norme non eccezionali, poiché espressione di principi generali( es: *vim vi repellere licet, necessitas non habet legem, qui iure suo utitur neminem laedit*), sicché dovranno considerarsi estensibili per analogia . Contrariamente, un diverso indirizzo, a detta di Giovagnoli<sup>256</sup>, prevalente<sup>257</sup>, ma in

<sup>254</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*; PADOVANI, *Diritto Penale*, X edizione, Vassalli, op.cit.

<sup>255</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, p.gen, Bologna, 2011; GAROFOLI, *Diritto Penale*, p.gen. Milano, 2011; VASSALLI, ANTOLISEI MARINUCCI DOLCINI, *Diritto Penale*, p.gen, 2012, PULITANÒ, *Diritto Penale*, p.gen., Torino, 2000, la definisce maggioritaria p.142

<sup>256</sup> GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, p.916.

<sup>257</sup> MANTOVANI, *Manuale di diritto penale*, pt. Generale, Padova, 2001, 81ss; SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, I, Catania 1946, p 120 ss; BENINCASA, *Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*, Riv.it. dir. E proc. Pen., Milano 1980, 712 ss; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, pt. Gen., Torino 1967, 142 ss; PADOVANI, *Diritto Penale*, p.gen., Milano 1999, p.45.

realtà minoritario e risalente, esclude l'applicazione analogica delle cause di giustificazione, concependo il divieto di analogia in materia penale assoluto, ciò al fine garantire maggiore certezza ed univocità al comando penale. Tuttavia anche ammettendo un'estensione in guisa analogica delle scriminanti, si dovrebbe precisare come non tutte le scriminanti siano passibili di *analogica extensio*, ma solo quelle a fattispecie non satura. Questa definizione può apparire *prima facie* altamente oscura, degna di Epicuro, in realtà si fonda su un'esigenza base di un qualunque stato di diritto, ossia la certezza; cosa si intende dunque per fattispecie satura? Si citi a riguardo il Padovani il quale definisce tale attributo come: « struttura della scriminante tale da includere tutte le ipotesi riconducibili alla sua *ratio* »<sup>258</sup>. In questi casi la ragione del divieto discende direttamente dai presupposti logici dell'inferenza analogica indagati ad inizio elaborato, poiché mancando qualunque possibilità di individuare casi con *identitas rationis*, l'estensione analogica diviene *ex se* impossibile per dirla alla Bobbio. Così dunque si legga ed interpreti la sentenza della Cassazione n. 1015 del 2 Febbraio 1970, in tema di esercizio di un diritto o adempimento di un dovere (art. 51 cod. pen.). La Suprema Corte così si è espressa in questa pronuncia :« i mezzi di coazione fisica, comprimendo i diritti fondamentali ed inviolabili della libertà e dell'incolumità (art. 13 Cost.), non possono essere attuati fuori dai casi tassativamente indicati dalla legge, onde ne è inammissibile ogni estensione analogica. »<sup>259</sup> Nappi<sup>260</sup>, *erroneamente* considera tale pronuncia affermazione esemplare di un divieto assoluto di analogia in materia penale; per converso, la Suprema Corte ha rimarcato l'impossibilità di estendere *talune scriminanti*, ossia quelle, come già osservato, esclusive od a fattispecie *satura*, non a caso lo stesso Garofoli contempla proprio l'art. 51 cod. pen. quale esempio di tal fatta. Procedendo oltre, la dottrina prevalente considera eccezionali e dunque inestensibili per analogia le *cause speciali di non punibilità*, al pari opera

<sup>258</sup> PADOVANI, *op.cit.*, p.39, il paradigma di scriminante a fattispecie satura è rappresentato dall'art 51 c. 1 cod. pen.

<sup>259</sup> Tratto dal Mass. Cass. Pen, 1971,p .722.

<sup>260</sup> ANIELLO NAPPI, *Guida al codice penale*, p.101.

un'esclusione in ordine alle *circostanze attenuanti e aggravanti*<sup>261</sup>. È ammissibile, per converso, l'analogia rispetto alle cause di esclusione dell'imputabilità, come osservato da Garofoli<sup>262</sup>, dottrina e giurisprudenza sono sufficientemente concordi nel ritenere non tassativa l'elencazione di tali cause; il giurista ben coglie tuttavia il punto di svolta, non sarebbe infatti necessario ricorrere al meccanismo analogico per procedere ad una *extensio*, sarebbe sufficiente ricorrere alla regola generale sancita dall'art. 85 cod. pen.<sup>263</sup>

#### **II.IV.17** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *Bobbio ed il divieto di analogia in materia di norme strictu sensu penali*

Analizzato il divieto in tema di norme eccezionali, si proceda alla seconda prescrizione, ossia quella inerente le “leggi penali” ex art. 14 Prel.

La critica verso la prima parte della disposizione riguardante «*Le leggi penali*», prende le mosse da tempi di molto risalenti<sup>264</sup>: nel diritto romano, le leggi penali (contenenti disposizioni incriminatrici) venivano definite “*leges odiosae*” . Tuttavia come rettamente osservato da Bobbio :« [...] da questa odiosità non si è tratto all'inizio quell'illazione che si è tratta poi, cioè che la norma penale non dovesse essere sottoposta a interpretazione estensiva, ma più rettamente soltanto l'illazione che in caso di oscurità dovesse essere interpretata in favore del reo»<sup>265</sup>. Bobbio nel tentativo, sempre aleggiante nell'opera, di legittimare l'analogia

---

<sup>261</sup> Tra questi: PADOVANI, *Diritto Penale*, 2010; FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale*, 2011; GAROFOLI, *Diritto Penale*, 2010.

<sup>262</sup> GAROFOLI, *Diritto Penale*, p.167.

<sup>263</sup> « Nessuno può essere punito se al momento del fatto non era capace di intendere e di volere. »

<sup>264</sup> L'exkursus storico, può a ragione considerarsi un tòpos dell'opera di Bobbio (l'analogia nella logica del diritto), l'autore vi ricorre per dimostrare la fondatezza del suo argomentare, quasi a corroborarne i basamenti.

<sup>265</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p.176.

mostrando i *mores maiorum*, afferma dunque la piena legittimità del procedimento analogico, così appunto come pienamente legittimo era nel sistema romanistico, motivando tale assunto con «pure ragioni di equità. Differentemente nel diritto canonico, il ricorso all'analogia non è ammesso, trovando per converso luogo la massima «*odia restringi, et favores convenit ampliari*», ben coglie il giurista la diretta emanazione della massima dallo spirito di carità proprio della morale cristiana<sup>266</sup>. Da qui prende però le mosse la critica verso il divieto, infatti da un lato questo pare essere «precetto di buona morale» piuttosto che «norma di buon diritto», dall'altro finisce immancabilmente per pregiudicare la logica consequenzialità del sistema<sup>267</sup>, nulla di più caro dovrebbe esservi per il giurista. Giurista che nella ricostruzione di Bobbio nel tentativo di recuperare la coerenza logica dell'*ordo juris*, prende a distinguere tra analogia ed interpretazione estensiva con il preciso obiettivo di aggirare il vituperato divieto; così il diritto qual Prometeo emancipato dalle catene divine, potrebbe continuare ad espandersi con moto logicamente coerente. L'esigenza di assicurare un travalicamento del divieto era avvertita da Corasio<sup>268</sup> «*Quare ne hoc quidem casu legis decisionem coarctandam puto, ubi par ratio vel maior subest*», il quale esponeva la necessità di ricorrere all'analogia anche nel diritto penale seppur con alcune limitazioni.<sup>269</sup> Anche Alciato riconosceva la linea dottrinale comune «*poenas interpretatione non adiuvandas, sed restringendas esse, semperque in mitiorem partem deflectendam*» salvo poi ammettere numerose deroghe a tale paradigma. Così l'autore finiva per ammettere una *extensio* non solo in caso di *eadem ratio* bensì anche di *similis ratio*, discostandosi in tal modo dal dogma di una interpretazione restrittiva delle leggi penali.

<sup>266</sup> Era vietata in egual misura l'interpretazione estensiva, «*leges odiosae sunt strictae interpretationis*».

<sup>267</sup> Si ricordi che per Bobbio il fondamento dell'analogia è prima di tutto logico, inoltre si ricordi parimenti come l'analogia venga considerata dall'autore fondamentale per assicurare il naturale svolgimento dell'*ordo juris*.

<sup>268</sup> CORASIO, *de jure civili in artem redigendo*, cit., c.77r.a. in N.BOBPIO, *op.cit.*

<sup>269</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p181, nota 10. ALCIATO, *de verborum significatione*.

Roggero<sup>270</sup> dopo aver bipartito le *leges in favorabiles et odiosae*, affermava l'opportunità di una *extensio* per le prime, ovvero per norme rivolte alla protezione di dati soggetti, negando per converso l'estensibilità delle seconde, ossia norme volte a sanzionare il reo. Tale distinzione veniva avversata nella sua intrinseca criticità, da Thomasio, egli negava la possibilità di scindere le norme in favorevoli e odiose, poiché ciascuna norma presenta duplice natura, ciò che muta è il punto di osservazione. Così è evidente come le norme definite “*odiosae*” siano certamente sfavorevoli al reo, ma è parimenti evidente come al contempo risultino essere favorevoli allo Stato e all'offeso. Stato e *res publica* che permettono a Roggero di ammettere l'estensione in via analogica anche di alcune norme penali, purché espressione della «*publicam utilitatem*»; qui abbiamo la forma primigenia di ragion di stato, Bobbio con particolare sensibilità ne coglie la connessione con la deriva giustizialista del secolo diciassettesimo. Nei regimi assoluti la ragion di stato muove il diritto e muove di pari guisa, insieme agli interessi economici e di classe, l'attività dei giudici. Ben si comprende quindi per quale ragione in epoca prerivoluzionaria nei *cahier* vi fosse un florilegio di doglianze riguardanti l'arbitrio dei giudici, un arbitrio dovuto all'assoluta discrezionalità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. In pari modo è agevole capire la *ratio* della prescrizione del giudice quale *bouche de la loi*, i sudditi vessati da un'imprevedibile giurisprudenza tentarono di ricondurre l'organo giudicante al testo, impedendo qualsiasi interpretazione. Bobbio<sup>271</sup> in ordine alle leggi penali sostiene come il divieto di analogia sia in realtà diretto a sanzionare l'arbitrio giudiziale; tuttavia presupposta l'origine razionale della norma e concepita l'analogia quale ragionamento logicamente coerente, si potrebbe concludere come questa non generi arbitrio, sarebbe d'altra parte la falsa analogia a nascondere decisioni e sentenze pretestuose. L'autore riconduce il divieto ad una esigenza di certezza del diritto, sempre più vivida in ambito penalistico, data la necessità di tutelare la libertà dell'individuo. Pare

---

<sup>270</sup> ROGGERO, *De juris interpretatione*, cit., c.391 v. b. in N.BOBPIO, *op.cit.*

<sup>271</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p.194 ss.

tuttavia che proprio legando il divieto alla certezza, l'ammissibilità logica di tale proibizione sia destinata a crollare. Così argomentava Bobbio: « [...] ammettere l'analogia, quando essa sia intesa nel suo significato proprio e non sia invece un pretesto per mascherare l'applicazione arbitraria o addirittura la violazione di una norma o di un principio, non significa introdurre un elemento perturbatore in quella concatenazione di certezze che costituisce un ordinamento, ma anzi, dal momento che l'analogia serve a sviluppare la *ratio legis* in tutta la sua efficacia, vuol dire dare al sistema la possibilità di perfezionarsi e di adattarsi a nuove situazioni». La perorazione prosegue negando il carattere creativo dell'analogia, questa essendo «pura argomentazione logica» rientrerebbe nell'interpretazione, e così in seguito se ne richiama il presunto fondamento etico-morale. La necessità di ricorrere all'analogia sarebbe secondo Bobbio dimostrata dall'incessante tentativo della dottrina e della prassi di eluderne il divieto, di qui discenderebbero gli speciosi tentativi di distinguere analogia ed interpretazione estensiva. La tesi di Bobbio è suggestiva ed estremamente organica, tuttavia presta il fianco immancabilmente a plurime critiche e mozioni; il presupposto per il giurista è una concezione del ragionamento analogico in termini di certezza e logicità, punto come visto confutato rettamente da Gianformaggio<sup>272</sup>. Secondo l'autrice l'analogia è un'inferenza meramente probabile e la legge di validità di Bobbio aggira la prova della giuridicità di M (*eadem ratio*), da qui ad inficiare l'intera costruzione concettuale del giurista il passo è breve. D'altronde la presunta certezza pare denegabile richiamando il carattere almeno in parte soggettivo<sup>273</sup> dell'approccio interpretativo, il che, porta direttamente a quella che l'autore definisce *finta analogia*. Questa, secondo chi scrive, è l'unica possibile analogia, l'analogia è indefettibilmente arbitrio nella misura in cui arbitrario è estendere la norma oltre il suo alveo di significanza semantica sulla base di una presunta *eadem ratio*. Ratio che non è estrarribile dal testo meccanicamente né tanto meno

<sup>272</sup> L.GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, c.VIII.

<sup>273</sup> Cfr. ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*, p.133 ss.

è sempre condivisa, ecco quindi la mera probabilità del ragionamento analogico nel diritto ed ecco la petizione di principio nella tesi di Bobbio. Poste le criticità si desume l'incompatibilità dell'analogia con il diritto penale, la posta in giuoco è estremamente alta: la certezza del diritto, la prevedibilità della risposta punitiva, la riserva di legge, ad essere esposti a pericolo sono i fondamenti stessi dello stato di diritto, né può dirsi essere stata di ausilio per l'autore<sup>274</sup> l'esemplificazione casistica dei regimi totalitari. Quivi l'analogia ha trovato la sua massima espressione quale strumento creativo. Assurgere l'analogia a certezza è erroneo così come è erroneo sostenere, che la finta analogia si distingua da questa in virtù « di una deduzione da principi vaghi, astratti e generici», *quid* di più astratto, generico e vago v'è della *ratio legis*? Senza dimenticare poi come tale ratio debba essere anche "*identica*", il che comporta un imperituro almanaccare, un veleggiare senza Zenith oltre le colonne d'Ercole, troppo lontano dalle certe, sebbene impervie, "coste" del testo di legge.

#### **II.IV.18** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *la dottrina italiana moderna ed il divieto di estensione analogica delle norme penali*

Vassalli, armonicamente rispetto a Bobbio, definisce l'ambito di operatività del divieto circoscrivendolo alle sole norme incriminatrici ossia: « descrittive di fatti delittuosi e determinatrici della relativa pena, e quelle che prevedono in genere sanzioni criminali»<sup>275</sup>. Questa interpretazione è conforme anche alla dottrina più risalente e trova massima esemplificazione nel celebre motto carrariano<sup>276</sup> «per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa, non la pena» con conseguente operatività del divieto solo per le *leges odiosae*, motto che è ripetuto

<sup>274</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p.200.

<sup>275</sup> VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, p.37.

<sup>276</sup> F.CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, § 890.

pedissequamente dal Pessina<sup>277</sup>, da Civoli<sup>278</sup> e da numerosa dottrina. Rocco<sup>279</sup> nell'intendere i caratteri del divieto sancito ex art. 1 c.p. e 14 (4 prel) Prel. riteneva che fosse da ricondursi alle sole norme incriminatrici, ricordiamo pur tuttavia come l'originalità della tesi in esame risiedesse nel considerare le suddette norme *ius singulare*. Confliggente con Rocco è la tesi del Petroncelli<sup>280</sup>, il quale riteneva che le norme incriminatrici fossero mero *ius commune*, queste, infatti, si presentano come tutt'altro che derogatorie rispetto ai principi ispiratori dell'ordinamento, d'altronde se si qualificassero come eccezionali tali norme, ci si chiede, dove mai si potrebbe rinvenire la regola cui esse derogano<sup>281</sup>?

Battaglini<sup>282</sup> nell'assegnare massima estensione al divieto di analogia, intendeva "leggi penali" ex art. 14 prel. come "norme incriminatrici". Sabatini<sup>283</sup> definiva le leggi penali come « le leggi che formulino reati o pene, o elementi o circostanze ad esse inerenti, o stabiliscano casi di non punibilità». Il Manzini<sup>284</sup> riteneva necessario per comprendere rettamente la reale significanza dell'art. 4 prel. porlo in correlazione con l'art. 1 c.p., così l'autore: « ed allora si vede che si vollero indicare soltanto quelle norme penali che hanno comune l'elemento della restrizione della libertà con le altre leggi menzionate nello stesso art. 4: quelle norme cioè che prevedono reati e pene.» Si dica poi brevemente della distinzione operata dal Manzini e dal Grispigni, tra norme penali in senso stretto, norme assolutamente eccezionali e relativamente eccezionali, limitando l'operatività del divieto ex art. 4 alle sole prime due categorie.

<sup>277</sup> PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, 1882, p.93 e ss.

<sup>278</sup> CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1900, p. 9 ss.

<sup>279</sup> A.ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, più diffusamente, *L'oggetto del reato*, p.539 e ss.

<sup>280</sup> PETRONCELLI, *La illiceità penale della violenza sportiva*, in *Riv. Critica dir. E giur. E cron. For.*, Roma, 1929, p. 16 e ss.

<sup>281</sup> Ferma comunque anche per PETRONCELLI, l'inesistibilità analogica delle stesse.

<sup>282</sup> BATTAGLINI, *op. cit.*

<sup>283</sup> SABATINI, *Istituzioni*, p.95.

<sup>284</sup> MANZINI, "Trattato di diritto penale", I ed., Torino, 1923, I, 516.

Sul punto anche Bellavista<sup>285</sup> : « in altri termini, si avrebbe analogia vietata soltanto quando ciò porterebbe ad estendere, a casi o materie non contemplati né esplicitamente né implicitamente dalla legge, incriminazioni o sanzioni, ovvero altre norme restrittive di diritti o di altri interessi soggettivi individuali o della podestà di punire dello Stato, oppure, in genere, norme di carattere *assolutamente eccezionale*.»

Saltelli, già citato precedentemente per la sua minuziosa elencazione di norme ritenute “eccezionali”, considerava coincidenti i divieti ex art. 1 cod. pen. e 4 prel., di qui arguiva: « leggi penali, ai sensi della prima statuizione, sono ad intendersi soltanto quelle norme che contengono *comandi o divieti*, la cui osservanza è garantita attraverso minaccia di sanzioni penali.» Bellavista, nell’individuare l’area di operatività del divieto asseriva: « le leggi penali di cui si parla, e che non si estendono, sono quelle in senso stretto, quelle norme cioè che prevedono reati e stabiliscono pene»<sup>286</sup>.

#### **II.IV.19** I divieti espressi ed impliciti di analogia: *la dottrina contemporanea ed il divieto di analogia per le norme penali*

Anche la dottrina contemporanea è pressoché unitariamente concorde nell’intendere il significato di “leggi penali”, così Fiandaca-Musco asseriscono il carattere “relativo” del divieto di analogia in materia penale circoscrivendolo alle sole leggi “sfavorevoli al reo”<sup>287</sup>. Ritengo censurabile in merito alla tesi in esame

<sup>285</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*, p.131.

<sup>286</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*, p.137.

<sup>287</sup> Due gli orientamenti: A) quello minoritario che sostiene un carattere assoluto del divieto di analogia, *cfr.* NUVOLONE, *Il sistema*, cit., 131; MARINI, voce, *Nullum crimen*, cit., 958. B) quello maggioritario che considera *relativo* il divieto di analogia in tema di leggi penali *cfr.* GALLO M., *Legge penale*, cit., 32 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 110 ss.;

la forma argomentativa, in ragione dell'estrema ambiguità insita nell'aggettivo *favorevoli*, ambiguità che può portare ad erronee conseguenze, sicché si auspicherebbe una più puntuale dizione. L'analogia, si dica, è da vietarsi in relazione alle norme incriminatrici ed aggravanti in ragione del loro essere "norme penali" *strictu senso*, il divieto giunge ad inerire le attenuanti (specifiche), le cause di estinzione del reato e della pena, ed infine le immunità. In questo caso la *ratio* dell'esclusione discende non dalla presunta natura sfavorevole al reo, quanto piuttosto dal carattere eccezionale<sup>288</sup> delle suddette norme. Dunque valutazioni speculative sul carattere sfavorevole o favorevole della norma sono a mio avviso fuorvianti. Fiandaca-Musco impiegano più volte l'aggettivo "favorevoli" al fine di giustificare una concezione relativa del divieto, questo poiché ritengono che l'art. 25 cost. garantisca sì la certezza del diritto, ma che tuteli in via prioritaria la libertà del cittadino. In realtà la scelta linguistica compiuta dagli autori pare finalizzata ad evitare dibattiti e dissertazioni sui termini "leggi penali" e "leggi eccezionali", probabilmente perché considerati ambigui ed oscuri, se non che l'aggettivo "favorevole" oltre che oscuro non viene neppure contemplato dal legislatore. La stessa perifrasi "*analogia in bonam partem*" lascia molte perplessità, viene infatti utilizzata più per esigenze pratiche di *brevitas* e *concinnitas* che per una sua reale correttezza e circoscritta significanza. Dire che l'*analogia in bonam partem* è eccezionalmente ammissibile, al contrario dell'*analogia in malam partem*, non riflette lo stato reale delle cose, né tanto meno riflette le teorie della dottrina che, più per convenzione che per reale discernimento, utilizza tale terminologia. È sufficientemente semplice dedurre le implicazioni di tale scelta linguistica, d'un lato si sarebbe indotti a ritenere ammessa *tout court* l'*analogia* per norme "presuntivamente" *favorabiles* al reo, ed allora non si capirebbe il divieto in ordine alle cause di estinzione; dall'altro si negherebbe *in toto* il ricorso all'*analogia* per norme "sfavorevoli", dimentichi

---

SINISCALCO, *Giustizia penale*, cit., 54 ss. PAGLIARO, *Principi*, cit. 95; GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, Cap. I; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.gen. 109.

<sup>288</sup> Come detto precedentemente, tra gli altri: PADOVANI, *op.cit.*; GAROFOLI, *op.cit.*

dell'intendimento di tale prescrizione, essendo la ratio dell'esclusione di  
 differente natura<sup>289</sup>.

La portata dei due divieti ora analizzati è dissimile, si tratta di due disposizioni in stretta correlazione e reciproca integrazione, potrà notarsi una maggiore amplitudine del secondo, ossia del divieto di analogia per le norme eccezionali, essendo questo in grado di estendere l'ambito di operatività oltre l'alveo delle norme penali *strictu sensu* ed appunto avere una valenza prescrittiva al di là della materia penalistica. Per converso il divieto inerente le “leggi penali”, anch'esso parte dell'art 14 prel. e ripetuto pedissequamente nell'art'1 cod. pen, quasi a dirsi *repetita iuvant*, possiede minore forza espansiva. Quest'ultimo, come osservato, secondo la dottrina maggioritaria impedisce l'impiego dell'analogia solo rispetto alle norme incriminatrici. Si è poc'anzi detto come tali disposizioni siano in stretta correlazione, il legame discende dalla possibilità che norme penali in senso lato, dunque non rientranti nella prima parte dell'art. 14, siano pur sempre eccezionali e dunque analogicamente inestensibili in base alla seconda parte del presente articolo, la quale, quindi, travalica il diritto penale estendendo la propria operatività a qualunque branca dell'ordinamento. A maggior ragione, conscio di tale correlazione fu Rocco, il quale, posta la natura eccezionale delle norme incriminatrici sosteneva che il divieto di una loro estensione analogica fosse duplice, d'un lato perché “leggi penali” dall'altro perché “eccezionali”; superata oggi tale concezione, si è visto come una sovrapposizione sia pressoché impossibile<sup>290</sup>.

---

<sup>289</sup> Carattere penale o natura eccezionale della norma.

<sup>290</sup> Le norme incriminatrici, hanno natura di *jus commune*.

## II.IV.20 I divieti espressi ed impliciti di analogia: *divieto di analogia e diritto penale, alcuni cenni alle problematiche di un rapporto conflittuale*

Richiamando brevemente i fondamenti dei divieti in parola, la dottrina è alquanto discorde, si ritiene pur tuttavia di poterli radicare d'un lato nel principio di riserva di legge art. 25 Cost. e 1 c.p., dall'altro nel principio del *favor libertatis* dell'imputato. Quanto affermato merita qualche considerazione: L'asserire che il procedimento analogico in materia penale comporti una violazione della riserva di legge, ossia del monopolio normo-poietico del legislatore, significa, evidentemente, assegnare all'analogia una natura ben precisa, esorbitante la mera interpretazione. Posto che questo tema verrà dibattuto nel prossimo paragrafo, mi limiterò qui, in chiusura, a rimarcare l'impossibilità di stabilire una prioritaria necessità di tutela del *favor libertatis*, inteso da alcuni come vero e proprio architrave del divieto di analogia, rispetto alla riserva di legge. Nessuna interpretazione favorevole potrebbe appalesarsi senza il riconoscimento di un monopolio del legislatore, questo in ragione dei possibili arbitri creativi dei giudicanti, così a *fortiori* ne risulterebbe violato il diritto di difesa del reo o presunto tale; quindi si concluda per una multiforme e variegata fondazione del divieto, il quale trova basamento in principi che mai a rigore di logica e di Costituzione, possono essere resi subalterni rispetto a presunte esigenze di giustizia o di integrazione dell'ordinamento. La celebre uguaglianza indicata da Bobbio<sup>291</sup> come indefettibile ragione giustificatrice del procedimento analogico, in realtà non è altro che la denegazione a priori dell'analogia. L'inferenza analogica è da considerarsi un ragionamento di mera probabilità, data la difficoltà del prevedere gli esiti di un'attività interpretativa pur radicata al dato testuale, è dunque facile figurarsi la prevedibilità (pari a zero) degli esiti in caso di "*interpretatio*" esorbitante la

---

<sup>291</sup> BOBBIO, *op.cit.*, p. 123 .

lettera (analogica). L'uguaglianza dovrà dunque intendersi in chiave di pari diritti di fronte alla legge, ciò sarà evidentemente possibile solo laddove si tratti di una *lex posita*, e non di una legge di volta in volta ampliata nella sua matrice in modo imprevedibile ad opera dell'organo giudicante. In caso contrario vi sarebbe *sine dubio et sine ratione* una palese violazione del principio ugualitario, il soggetto sanzionato mediante il ricorso all'analogia vedrebbe infatti fortemente compresso e compromesso il proprio diritto alla difesa. Betti<sup>292</sup> definisce il ricorso al procedimento analogico in materia penale «inopportuno», « perché mette in pericolo la certezza del diritto» ; Bobbio, al contrario riteneva non compromessa la certezza del diritto, questo grazie alla sua artificiosa legge di validità e alla concezione dell'ordinamento come organo, razionalmente fondato e dunque in grado di evolvere altrettanto razionalmente. Il *punctum dolens* della tesi di Bobbio è individuabile proprio nella legge di validità, posta la non correttezza logica della stessa, come rilevato da Gianformaggio<sup>293</sup>, decade la chiave di volta dell'arco argomentativo dell'autore. Definita l'analogia “interpretazione”, difficilmente sarà possibile una volta congiuntala con l'argomento “ermeneutico” della *ratio legis*, condurla a risultati certi e prevedibili. La *ratio* deve essere ricavata, estrusa dall'interprete, l'interpretazione è tutt'altro che un procedimento meccanico, quantomeno superato il tecnicismo di Rocco, così difficilmente potrà dirsi essere l'analogia ragionamento di certezza, vieppiù sarà ardito ritenerla anche *interpretatio*.

L'analogia, ex se rappresenta un irrinunciabile meccanismo interpretativo, come analizzato da Donini: «il giurista ragiona continuamente per analogie, dal particolare al particolare e dal generale al generale», cessa tuttavia di esser tale, qualora venga impiegata nel diritto penale per sanzionare condotte nuove, non ricomprese nel dettato normativo, né in esso rientranti mediante “consona” *extensio* semantica».

---

<sup>292</sup> BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Cap VI, §22, p182.

<sup>293</sup> GIANFORMAGGIO, *op. cit.*

**Micro-sezione giurisprudenziale**

**II.V Il divieto di analogia ed alcune pronunce paradigmatiche :**  
*Sent. Scoppola il divieto di analogia ed il p. di determinatezza  
 affermati dalla Corte Edu*

La rilevanza del principio di determinatezza, già affrontata precedentemente, nonché le implicazioni con il correlato divieto di analogia in *malam partem*, sono esemplarmente esposte nella Sentenza /2009 “Scoppola”. La Corte Europea con tale pronuncia ha rimarcato e rinsaldato alcuni principi cardine del diritto penale: in primo luogo l’irretroattività delle leggi penali, nonché la *retroattività della legge penale più favorevole al reo*. Altri principi richiamati dalla Corte (in differenti pronunce) quali corollari dell’art. 7 CEDU, sono anche: il divieto di analogia in *malam partem* ( Sent. n. 32492/1996 Coeme e altri vs. Belgio) ed il principio di determinatezza, principi appunto tra loro connessi e finalizzati ad assicurare una prevedibilità della risposta sanzionatoria. Così la Corte Edu :«L’articolo 7, 1§ della Convenzione europea dei diritti dell’uomo non si limita a vietare l’applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell’imputato. Esso sancisce anche, più in generale, il principio della legalità dei delitti e delle pene<sup>294</sup> (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Se, in particolare, è vietato estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, precedentemente, non costituivano dei reati, esso impone inoltre di non applicare la legge penale in *maniera estensiva a svantaggio dell’imputato, ad esempio per analogia*»; ed ancora: «Ne consegue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l’aiuto dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali, quali

---

<sup>294</sup> Punti 92-96 Sent. Scoppola.

atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale .» Ciò che si evince dunque dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo è una diametrale corroborazione del principio di legalità nel diritto penale<sup>295</sup>; questo al fine di assicurare in primo luogo la tutela del principio di riserva di legge e di determinatezza, nonché, consequenzialmente, assicurare la prevedibilità della risposta punitiva. Solo in questa guisa il diritto penale non sarà foriero di gravi ingiustizie mediante arbitrarie disposizioni, laddove l'arbitrio risiederebbe tanto nella sanzione, quanto nel porre un comportamento nell'area di vigenza di una fattispecie nella quale non sia normativamente previsto, creandone *de facto* così una nuova. In particolare nel caso Scoppola la violazione dell'art. 7 § 1 Cedu e 6<sup>296</sup> era derivata dall'applicazione della normativa sopravvenuta (D.L. n. 341 del 2000) più sfavorevole al reo , in quanto riduttiva dei benefici inerenti il rito abbreviato<sup>297</sup>. Quando s'è utilizzato il termine “previsto”, è bene puntualizzare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia attraverso l'introduzione del concetto di legalità materiale, e quello di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, se imprevedibile, sancito un quid di definibile “divieto di un'analogia imprevedibile *in malam partem*”<sup>298</sup>. Sul punto è meritevole di menzione la sentenza della Corte Edu del 14 aprile 2015 sul caso Contrada c. Italia; quivi la Corte ha ritenuto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa all'epoca dei fatti (1979-88) non fosse sufficientemente chiaro e prevedibile. In particolare la fattispecie in esame sarebbe il frutto di una prassi giurisprudenziale consolidata<sup>299</sup> solamente in un'epoca successiva a

---

<sup>295</sup> E correlato divieto di analogia.

<sup>296</sup> Equo processo.

<sup>298</sup> C.Giustizia 8.02.2007 “Groupe Danone”.

<sup>299</sup> Punti 73-76 della sentenza in <http://www.giurisprudenzapenale.com>:

73- « La Cour note de surcroît que la doléance du requérant tenant à la violation du principe de la non-rétroactivité et de la prévisibilité de la loi pénale, soulevée devant tous les degrés de juridiction (voir les paragraphes 10 et 20 ci-dessus), n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi des juridictions internes, celles-ci s'étant limitées à analyser en détail l'existence même de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans l'ordre juridique interne sans toutefois répondre à la question de savoir si une telle infraction pouvait être connue par le requérant à l'époque des faits qui lui étaient reprochés (voir les paragraphes 15, 17 et 18 ci-

quella del *tempus commissi delicti*; da qui l'imprevedibilità dell'incriminazione e l'impossibilità per l'imputato Contrada di aver scienza delle conseguenze penali della propria condotta. In questi termini la Corte Edu ha accolto il ricorso dell'ex membro del SISDE, l'interpretazione fornita dalle corti italiane non era al tempo prevedibile (non essendosi ancora consolidata la prassi interpretativa suddetta) dunque costituisce una violazione<sup>300</sup> dell'art. 7 della convenzione europea e di qui del principio *nullum crimen sine lege* e dell'irretroattività della legge<sup>301</sup> penale.

In merito alle suddette pronunce una mozione critica<sup>302</sup> riguarda la possibile interpretazione che potrebbe esser fatta del requisito della prevedibilità; così potenzialmente<sup>303</sup> una nuova interpretazione *sfavorevole* rischierebbe, se prevedibile, di risultare non solo non violante il divieto di analogia, ma parimenti applicabile in via retroattiva.

---

dessus)»

74- «Dans ces circonstances, la Cour constate que l'infraction litigieuse a été le résultat d'une évolution jurisprudentielle amorcée vers la fin des années quatre-vingt du siècle dernier et qui s'est consolidée en 1994 dans l'arrêt Demitry.»

75-«Ainsi, à l'époque où les faits reprochés au requérant ont été commis (1979-1988), l'infraction en cause n'était pas suffisamment claire et prévisible pour celui-ci. Le requérant ne pouvait donc pas connaître en l'espèce la peine qu'il encourait du chef de la responsabilité pénale découlant des actes qu'il avait accomplis (Del Rio Prada [GC], précité, §§ 79 et 111-118, a contrario, Ashlarba c. Géorgie, no 45554/08, §§ 35-41,

15 juillet 2014, a contrario, Rohlena, § 50, précité et, mutatis mutandis, Alimuçaj c. Albanie, no 20134/05, §§ 154-162, 7 février 2012).»

76 -«Ces éléments suffisent à la Cour pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention.»

<sup>300</sup> In conformità al caso Scoppola.

<sup>301</sup> “legge” in accezione ampia, vi si ricomprende anche il diritto giurisprudenziale.

<sup>302</sup> Si concorda con l'osservazione di DONINI, in *Lettura di C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: “Interpretazione delle leggi”. Bologna, 28 ottobre 2013

<sup>303</sup> Si badi bene non era questa l'intenzione dei giudici della Corte Edu, i quali più e più volte hanno rimarcato il divieto di analogia, tuttavia si è voluto sottolineare un possibile ed eventuale fraintendimento (volontario) della pronuncia.

## II.V.1 Il divieto di analogia ed alcune pronunce paradigmatiche : la sentenza SS.UU. Beschi

Un'altra sentenza alquanto rilevante, sebbene successiva<sup>304</sup>, è la Sent. SS. UU. N.18288 del 2010 "Beschi", nella quale le SS.UU. si trovarono a dover affrontare una questione di non lieve rilevanza. Ecco sintetizzate le vicende del caso:

- 23.04.1999, Beschi Daniele viene condannato ad anni venti di reclusione dalla corte d'Assise del Tribunale di Innsbruck.
- La sentenza è stata successivamente riconosciuta in Italia ex art. 731 c.p., così il condannato veniva trasferito in Italia per scontare la pena.
- Beschi chiedeva in seguito l'applicazione dell'indulto ex. L.31 luglio 2006 n.241
- La Corte d'Appello di Milano rigettava con ordinanza del 28.05.2008 la richiesta, poiché secondo una conforme giurisprudenza di legittimità non era condonabile la pena inflitta con sentenza straniera.
- Le SS.UU con sent. n.36527 del 10. 07.2008 mutavano il predetto orientamento, ritenendo applicabile l'indulto anche alle persone condannate all'estero.
- Beschi, dato il *revirement*, reiterava la richiesta alla Corte d'Appello di Milano, la quale la accoglieva.
- Il Procuratore Generale di Milano proponeva ricorso per Cassazione, eccependo l'inammissibilità della richiesta ex. Art. 666 c.2 c.p.p. (domanda basata sulle stesse ragioni di diritto e sugli stessi elementi di fatto)
- Ricorso assegnato alle SS.UU. le quali derimevano il caso favorevolmente per il Beschi con la Sent. N.18288 del 2010

Indaghiamo ora le ragioni della pronuncia: il tema riguardava la possibilità di permettere una riproposizione o meno della richiesta di indulto (precedentemente

---

<sup>304</sup> Al caso Scoppola.

rigettata) in seguito ad un mutamento giurisprudenziale. In particolare, può definirsi tale *revirement* un nuovo elemento di diritto? Secondo l'orientamento previgente la risposta era negativa, di qui l'inammissibilità del ricorso denunciata dal Procuratore di Milano. Le Sezioni Unite al punto 2 della Sent. ripercorrono i due orientamenti allora esistenti: d'un lato l'indirizzo maggioritario<sup>305</sup>, che, negata l'assimilabilità di un mutamento giurisprudenziale ad un mutamento legislativo, negava di conseguenza la possibilità di riproporre la richiesta, data l'assenza del "nuovo elemento di diritto" normativamente richiesto. Dall'altra parte v'era l'orientamento minoritario, secondo il quale un mutamento interpretativo di una norma, a maggior ragione se cristallizzato in una pronuncia delle SS.UU, può integrare una nuova motivazione giuridica che legittima la riproposizione al giudice dell'esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata.<sup>306</sup> Altrettanto significativo è il punto n.6: qui le SS.UU rimandano alla recente giurisprudenza della corte di Strasburgo al fine di meglio delineare i contorni dell'art. 7 Conv.<sup>307</sup>, nonché di quello che è stato definito principio di "legalità materiale". Il concetto di legalità fatto proprio dalla Corte Edu nelle sue recenti pronunce (caso Scoppola c/Italia e caso Previti c/Italia) è da definirsi "allargato", la vera portata di una norma non discende esclusivamente dal dato testuale (dato il carattere generale delle leggi), ma deriva anche dalle pronunce giurisprudenziali. Di qui il ruolo fattivo ed inevitabile, oltre che necessario<sup>308</sup>, della giurisprudenza nell'evoluzione di ogni ordinamento. Al punto 7 della sentenza, date le considerazioni sopra esposte, si ha una piena affermazione del diritto vivente quale complesso di norme in costante evoluzione, che trae forza vitale del proprio progredire dalle pronunce giurisprudenziali. La norma vive attraverso l'interpretazione che ne fanno i giudici. Si ricordi sul punto

<sup>305</sup> Conforme Cass. Sez. I 28/03/1995 n.1876, Marchesi; Sez V 27/04/2004 n. 25079, Giovannini; Sez. I 15/01/2009, n. 3736.

<sup>306</sup> Cass.Sez. V 24.02.2004 n. 15099, Aragno.

<sup>307</sup> Rilevante nel caso di specie poiché atto ad orientare la lettura dell'art. 666 c.2° c.p.p.

<sup>308</sup> In questi termini DONINI, *Lettura di C.Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: "interpretazione delle leggi", Bologna, in *Diritto Penale XXI Secolo*.

l'affermazione del principio<sup>309</sup> di irretroattività della nuova interpretazione “sfavorevole”, nonché imprevedibile al momento della commissione del fatto; questa peculiare forma di irretroattività è una diretta emanazione del principio di legalità e del divieto di analogia in *malam partem*. Tornando al caso di specie le Sezioni Unite considerando il mutamento giurisprudenziale frutto della pronuncia<sup>310</sup> delle SS.UU. (organo per eccellenza custode della nomofiliachia) quale “nuovo elemento di diritto”, ritenevano non accoglibile il ricorso del P.G. di Milano, sussistendo i presupposti di ammissibilità (ex. Art. 666 c.2° c.p.p.) per la riproposizione della richiesta d'indulto. Il filo che lega la sentenza Scoppola alla pronuncia delle SS.UU. sul caso Beschi è evidente, nella seconda troviamo la ripresa a più mandate dei principi affermati dalla Corte Edu in varie recenti pronunce, tra cui la sent. Scoppola; principi che vanno dal divieto di analogia, alla retroattività della norma più favorevole, fino al principio di determinatezza-precisione.

In merito Donini, in linea con la Corte Edu (Caso Scoppola), ben coglie l'assoluta illogicità del pretendere una tecnica legislativa scevra di qualsiasi ricorso a clausole generali<sup>311</sup>, d'altronde il polimorfismo del reale mal si attaglierebbe a tale tecnica legislativa. Tuttavia in alcun modo sarà possibile giungere, almeno nel diritto penale, ad un totale travalicamento del testo legislativo. Così l'autore: « L'analogia suppone che non sia più possibile una diversa interpretazione della legislazione esistente. Occorre una nuova norma. Essa implica pertanto un'integrazione del diritto non dall'interno della disposizione, ma pur sempre dall'interno dell'ordinamento mediante autointegrazione<sup>312</sup>. Senonché, trattandosi

---

<sup>309</sup> C.Giustizia 8/02/2007.

<sup>310</sup> Si fa riferimento alla sent. n.36527 del 10. 07.2008 con cui le SS.UU hanno ammesso l'applicabilità dell'indulto alle persone condannate all'estero.

<sup>311</sup> Particolarmente favorevole al ricorso alle clausole generali, RODOTA', *il tempo delle clausole generali*, in «Rivista critica di diritto privato», 4, 1987, n.4, p.709-733. L'autore quivi considera l'inserimento delle clausole generali « *come metodo che presenta il vantaggio di fronteggiare più efficacemente le discontinuità e le fratture, le fluttuazioni sociali, culturali ed economiche che possono prodursi nel futuro.* »

<sup>312</sup> GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in Jus, 1941, p.516 ss.

di un'operazione dichiaratamente para legislativa<sup>313</sup>, essa non vale per *il diritto penale*. In diritto penale, tale operazione può essere *solo legislativa* [...]»<sup>314</sup>Ed ecco quindi riaffiorare l'affermazione del principio di riserva di legge, quale massima espressione e corollario della legalità, le scelte in termini di incriminazione devono essere compiute dal legislatore, non attraverso ardite interpretazioni dall'organo giudicante. Donini affronterà in seguito la connessione intrinseca e sottaciuta tra analogia ed interpretazione estensiva, mi riservo tuttavia, di affrontare il tema in apposito paragrafo, essendo tale *puntum* alquanto corposo e fitto di pareri confliggenti.

---

<sup>313</sup> Soprattutto qualora si tratti di una valutazione ermeneutica “non prevedibile”.

<sup>314</sup> M.DONINI,*op.cit.*,p.105 ss.

### Sezione dottrinale

#### **II.VI Analogia ed interpretazione: Bobbio ed il carattere interpretativo dell'analogia**

La possibilità di ricondurre l'analogia all'interpretazione è stata lungamente dibattuta, le risposte in tema sono state plurime e discordanti. La natura del procedimento analogico, secondo alcuni sarebbe direttamente riconducibile all'ermeneutica, secondo altri invece integrerebbe pura poiesi o creazione del diritto. Bobbio<sup>315</sup> ha negato *tout court* la natura creativa dell'analogia: « Una volta fissato il fondamento dell'analogia nel presupposto dell'ordinamento, e proprio in ragione di questo presupposto, non vi è più alcun dubbio che, quando il giurista fa un ragionamento per analogia, non esce al di fuori dell'ordinamento, ma esplicita la razionalità immanente al sistema. Una attività siffatta non può essere in nessun modo considerata come attività creativa, ma deve esser riassunta nell'ampio ambito delle attività interpretative; sul qual punto bisogna ben intendersi, perché da più parti si è parlato di analogia come di creazione, e si è venuto così a poco a poco scavando un abisso tra l'interpretazione propriamente detta e l'analogia, si da far eliminare, come erronea o almeno inesatta, l'espressione di «interpretazione analogica». Ancora una volta il giurista, ricollegandosi alla “razionalità ontologica” dell'*ordo juris*, è addivenuto a ricondurre l'analogia nell'interpretazione; in realtà si potrebbe obiettare come l'argomento della *eadem ratio* sia già ben integrato in due differenti prassi interpretative, leggasi interpretazione teleologica ed estensiva, cosa vi sarebbe dunque di dissimile rispetto all'analogia? Il *quid pluris*, come vedremo, risiede nel differente<sup>316</sup> rapporto con il dato testuale. Bobbio fondando l'analogia su presunte solide basi razionali, ne compie un'apologia degna di Platone; l'autore ne

<sup>315</sup> BOBBIO, *Analogia nella logica del diritto*, p.132.

<sup>316</sup> Rispetto ai predetti “tipi” di interpretazione.

ricosce infatti natura di ragionamento logicamente certo, la ritiene ontologicamente connessa al divenire dell'*ordo juris*, connaturata al suo evolversi, uno svilupparsi razionale dunque logico ,ed essendo tale, il procedimento analogico risulterebbe non vietabile a priori. L'analogia ne esce rafforzata, legittimata tanto da apparire irrinunciabile, poiché da questa le norme, almeno secondo la visione di Bobbio, traggono imperitura efficacia, sempiterna adeguatezza e catafratta vigenza<sup>317</sup>. Così l'autore: « la norma non interpretata è una norma che non ha più vigore; è una norma che ha perduto la sua capacità di attuarsi.»<sup>318</sup> Bobbio, nel tentativo di rimarcare la valenza non creativa dell'analogia argomentava: « Eppure basta richiamarsi a quanto si è detto sulla natura logica dell'analogia per accorgersi che essa non è mezzo di creazione. E infatti, se non si vuol giocare colle parole, come si potrebbe intendere siffatta creazione? Non certo come creazione arbitraria perché con l'analogia non si fa che sviluppare , del tutto analiticamente, la razionalità implicita nel sistema giuridico positivo; neppure come creazione originaria, in quanto la norma nuova da essa prodotta è derivata da una norma precedente; neppure come creazione spontanea, perché è vincolata alle esigenze del sistema giuridico. Ma allora si tratta veramente ancora di creazione?»<sup>319</sup> La risposta al quesito dovrebbe ritenersi, oggi affermativa, non è sufficiente argomentare sulla base di una fantomatica « *razionalità implicita nel sistema giuridico positivo* » per estrarre l'analogia dalla creazione. Così come lo stesso giurista ha notato, l'esito del processo presuntivamente ermeneutico dell'analogia consiste nella produzione di una norma nuova. Dunque anche qualora si volesse sofisticamente dire, al fine di legittimare l'ardimento "interpretativo", che questa "norma nuova" discende da una norma già esistente<sup>320</sup> ,si dovrebbe comunque convenire come si sia trattato a

---

<sup>317</sup> Di qui BOBBIO, come abbiamo visto, esclude ogni legittimità (logica) dei divieti di analogia, questa se logicamente possibile non sarebbe normativamente vietabile. *Contra* GIANFORMAGGIO, *op.cit.* solo ciò che è logicamente possibile può essere oggetto di divieto.

<sup>318</sup> N.BOBIO, *op.cit.*, p.137.

<sup>319</sup> N.BOBIO, *op.cit.*, p.133.

<sup>320</sup> Non valgono considerazioni di genetica o genealogia normativa per far salva l'analogia, è irrilevante che si tratti di creazione derivata od originale, l'applicazione analogica di norme

tutti gli effetti di una vera e propria poiesi, vietata nel diritto penale in forza del principio di riserva di legge<sup>321</sup>. La creazione discende sempre da un elemento già esistente, potrà forse dirsi che il discobolo di Mirone sia mera “interpretazione” di un blocco di marmo? Pare evidentemente di no, così si dovrà denegare la possibilità di una *confusio* tra intendere e creare, *confusio* velatamente instillata da

Bobbio.

Il giurista al precedente quesito così risponde :« è creazione, così come è creazione ogni attività spirituale che non ripete mai meccanicamente un atto precedente, ma rifacendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa, così com'è creazione l'interpretazione stessa.» In oltre l'autore proseguiva: « analogia è dunque interpretazione nel senso più genuino della parola, perché riproduce, non ripetendolo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato nella sua ragion sufficiente; e non va oltre il sistema, ma vi rimane dentro, contribuendo a raffigurare il sistema giuridico come un organismo che cresce e si sviluppa, ma sempre per forza interiore, e non esce mai, perché non lo può, fuori di se stesso.»<sup>322</sup> Bobbio, pare aver perduto di vista un punto focale, cosa si intende per creazione? Dove v'è creazione? Fuor di dubbio un elemento discreto per individuarla è verificare la presenza di un *quid novi*, questa è la chiave ed è esattamente ciò che l'autore ha ignorato. Interpretare e svolgere sono azioni strettamente correlate, a maggior ragione laddove l'interpretazione assuma una valenza chiarificatrice ed intimamente interpretatrice, tuttavia l'interpretazione e la creazione nel campo del diritto penale, non sono coincidenti con « ogni attività spirituale», ma assumono valenze del tutto proprie con peculiari implicazioni.<sup>323</sup> Interpretare una disposizione<sup>324</sup> significa compiere una serie di azioni al fine di comprenderne la portata e la valenza prescrittiva, comporta

---

incriminatrici o eccezionali è comunque vietata proprio in quanto creativa, dunque violante il principio di riserva di legge.

<sup>321</sup> Ex. Art. 25 c.2 Cost. e 1 c.p.

<sup>322</sup> N.BOBPIO, *op.cit.*, p.135.

<sup>323</sup> Ragionando *a fortiori*, nel diritto penale ancor di più.

<sup>324</sup> Si accolga la distinzione tra disposizione e norma, F.VIOLA-G.ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p.124.

dunque per dirla alla Bobbio “chiarificazione”, ma anche “adattamento”. Questi passaggi devono tuttavia essere controllabili, non così laddove si indichi come mero limite invalicabile, come linea guida della comprensio, la sola *ratio legis*, concetto degno dell’Iperurano; ragionando in tal guisa non si avrebbe, invero, mai creazione, sarebbe tutto lecito ed ammissibile posta la massima estensibilità della *ratio*. Per questo, data l’esigenza di tutela tanto della certezza del diritto, quanto della riserva di legge, il decumano tra l’intendere ed il creare è stato ricollocato dalla Corte di Cassazione<sup>325</sup>, mediante puntuale e mirabile opera di centuriazione, nel testo di legge e nella massima espansione della sua area di significanza semantica, vallo che separa l’interpretare dal creare.

### II.VI.1 Analogia ed interpretazione: *Bellavista e l’analogia “interpretativa”*

La tesi di Bobbio, non è tuttavia la sola a voler ricondurre l’analogia a mera interpretazione, in questi termini come ora vedremo, anche Bellavista.

Bellavista<sup>326</sup>, considerava l’ermeneutica giuridica fondata su quattro canoni, a) canone semantico; b) canone teleologico; c) canone logico- sistematico d) canone storico. Questi canoni non sarebbero tuttavia da ritenersi corrispondenti ad altrettanti “tipi” di interpretazione<sup>327</sup>, l’ermeneutica ha carattere unitario, questi canoni possono equipararsi ad altrettanti filtri, impiegati dal fotografo nel tentativo immaginifico di ghermire il polimorfismo policromo del reale. Non si consideri arduo il raffronto, al pari, l’interprete ed il fotografo sono coinvolti in un non agevole cimento, il primo deve dipanare i nodi semantici cercando di

---

<sup>325</sup> Cass, sent. 3 Luglio 1991.

<sup>326</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*

<sup>327</sup> Come osservato da FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, p. 119.

intendere ed assicurare una costante vigenza ad un testo non contemporaneo; il secondo attraverso i propri congegni visivi interpreta il sensibile. Potrà osservarsi come alla base dell'interpretazione estensiva vi sia appunto la medesima *ratio* collocata come fondamento del procedimento analogico; in ambedue i casi si finisce sistematicamente con l'estendere l'ambito di operatività di una norma: tuttavia, mentre con l'interpretazione estensiva il limite invalicabile per l'interprete è rappresentato dal testo, nell'analogia, l'interprete non ha limiti, se non quelli derivanti dal massimo divenire logico-razionale della norma. Bellavista, dopo aver ricostruito le linee fondamentali del procedimento analogico, quale strumento per integrare le lacune volontarie ed involontarie, afferma: « Ora se questo è il procedimento analogico e se per queste vie rigorosamente giuridiche cammina, in quanto l'interprete dallo stesso ordinamento trae la norma, senza andare a scomodare alcunché di meta giuridico o extragiuridico, appare chiaro rispetto alla natura della analogia, che essa non è affatto *creazione* di nuovo diritto, come si vorrebbe da alcuno, *ma scoperta del diritto esistente*, o meglio, *sviluppo del diritto esistente*, in quanto la analogia va «dal particolare al particolare coordinato»<sup>328</sup>. Le conclusioni cui addiviene Bellavista non paiono convincenti, lo sviluppo della norma esistente, come delineato, avverrebbe sulla base della *ratio legis*, tuttavia ci si chiede, quale sarà la massima espansione della *ratio*? Il ricorso a tale principio, estremamente vago ed indefinito, potrebbe permettere all'interprete, e così è stato, di farvi rientrare ipotesi totalmente esorbitanti il caso contemplato e difficilmente definibili simili ad esso. Si badi bene, non è oggetto di rimostranza l'inclusione dell'attività di «*sviluppo*»<sup>329</sup> della norma da parte dell'interprete nell'alveo dell'ermeneutica

---

<sup>328</sup> BELLAVISTA, *op.cit.*, p.119.

<sup>329</sup> Funzione normalmente riconosciuta all'interprete dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza. Tra gli altri: DONINI, *Letture di C.Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: «interpretazione delle leggi». Bologna, in *Diritto Penale XXI Secolo*; ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*; esemplare la stessa sentenza Scoppola Corte Edu 2009: «La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme. Del resto è solitamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale.»

giuridica, quanto piuttosto l'assenza assoluta di limiti che autori come Bobbio o Bellavista pongono a tale divenire; né valga all'uopo il riferimento alla *ratio legis*. Un caso esemplare di sviluppo illegittimo poiché *extra-semantic*, può ritenersi l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 640 c.p. ad attività di *hackeraggio* informatico, laddove l'attività decettiva non è in questo caso rivolta ad un terzo bensì all'elaboratore.<sup>330</sup> Bellavista nel porre in raffronto l'analogia con gli altri mezzi interpretativi individua una mera discrepanza in ordine al presupposto: «infatti, riguardo allo scopo tanto la interpretazione letterale quanto la logica che l'analogica lo hanno in comune: la determinazione della volontà della legge. Soltanto che nei primi due mezzi interpretativi la determinazione della volontà della norma è fine a se stessa: si interpreta una norma perché serva alla applicazione del caso previsto dalla legge; nella analogia, in più, si interpreta la norma che riguarda un caso previsto, simile ad uno non previsto, per applicare la disciplina a quest'ultimo.» Già di qui sarebbe sanzionabile l'affermazione dell'autore, cosa si intende per volontà della legge? Questa concezione volontaristica è stata sufficientemente esecrata nelle prime parti del presente elaborato, per non ripetersi, basti ricordare come nessuna volontà sia rinvenibile nella legge, né quella di un fantomatico legislatore personificato, né tanto meno della legge stessa, poiché solo ove v'è vita e pensiero possono esservi *voluntas* e *noluntas*.<sup>331</sup> L'autore proseguiva: «Nemmeno riguardo ai risultati v'è differenza alcuna: abbiamo visto che l'analogia, come la interpretazione logica o letterale, non crea norme nuove, ma sviluppa le latenti.»<sup>332</sup> Anche questo passo è facilmente esposto a mozioni e censure, sviluppare una norma potrà dirsi carpirne la massima espansione o estensione, renderla più confacente ai tempi, pur muovendo in ossequio ad una ermeneutica legittima, ma ciò che più desta sgomento pare essere il ricorso all'aggettivo "latenti". Una norma infatti o è vigente e dunque esistente o non lo è affatto, latente significa nascosto, occulto,

---

<sup>330</sup> RINALDI, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 208.

<sup>331</sup> BELLAVISTA, *op.cit.*, p.120.

<sup>332</sup> BELLAVISTA, *op.cit.*, p.120.

segreto, tutti termini che mal si attagliano a definire una norma, a maggior ragione in uno stato di diritto.<sup>333</sup> Bellavista in ordine al *discrimen*: « Nel presupposto delle singole interpretazioni v'è si differenza: dove la interpretazione logica e letterale presuppongono, infatti, *l'esistenza* di una norma<sup>334</sup>, l'analogia ne presuppone, invece, *la mancanza*.»<sup>335</sup> Da questa breve citazione si può asserire che nulla di più puramente interpretativo v'è dell'interpretazione logica e letterale, d'altronde può essere oggetto di esegesi solo ciò che sia esistente. In realtà Bellavista pare aver compiuto un'inversione, definisce presupposto dei primi due metodi ermeneutici l'esistenza di una norma, ebbene qui si potrà parlare di presupposto ma anche di oggetto; dall'altra parte se l'analogia è interpretazione in alcun modo potrà dirsi suo presupposto la *mancanza* di una norma, così infatti si priverebbe la *fittizia interpretazione* del suo necessario oggetto. Si potrebbe obiettare che l'analogia essendo strumento di integrazione del diritto, necessiti di lacune, dunque di una carenza di disciplina; indubbiamente non si dirà in questo caso il falso, tuttavia v'è sempre una norma come punto di partenza, anche nel procedimento analogico, si dirà di più, la norma rappresenta gli estremi dell'ipotetico diametro del circolo ermeneutico (in chiave analogica). L'analogia s'è detto è strumento integrativo, ebbene per colmare lacune è necessario individuarle, per asserire che un caso non rientri nella disciplina di una data norma è necessario partire dall'interpretare la stessa, dunque la norma costituisce il presupposto logico del procedimento analogico; *a fortiori* se l'analogia estende norme esistenti, la norma (notevolmente ampliata) sarà anche il punto di arrivo del procedimento in esame. Tuttavia tale norma vedrà estesa in modo così

---

<sup>333</sup> Ben si comprende ancora una volta, a quali esiti possa condurre l'analogia, definendo una norma come latente se ne può asserire una pretestuosa ed arbitraria vigenza.

<sup>334</sup> L'autore non distingue tra norma e disposizione, dunque ci si adegua al suo stile argomentativo per motivi di chiarezza.

<sup>335</sup> BELLAVISTA, *op. cit.*, p.120 e ss.

esorbitante la propria area semantica, da risultarne trasfigurata, divenendo così *de facto* una nuova norma.<sup>336</sup>

## II.VI.2 Analogia ed interpretazione: *la posizione di Boscarelli*

Boscarelli conformemente a Bobbio, ritiene l'analogia mera interpretazione ed esclude la necessità di una norma finalizzata a legittimarne il ricorso. Così l'autore: « l'interpretazione è quel modo della conoscenza che si svolge attraverso l'esame di una forma simbolica rappresentativa della realtà, e consiste nel risalire dal simbolo alla cosa simboleggiata<sup>337</sup>. Oggetto di interpretazione è dunque il simbolo, cioè la forma rappresentativa.»<sup>338</sup> Il giurista successivamente distingue tra due forme di interpretazione : « l'interpretazione fondamentale mette capo alla conoscenza di ciò che la formula immediatamente rappresenta, cioè un contenuto normativo che trova nella formula la sua diretta espressione simbolica. Ciò non nel senso della coincidenza tra quel contenuto normativo e il significato linguistico della formula, che può anche non sussistere, ma nel senso di una relazione tra formula e contenuto normativo che si apprezza agevolmente quando si consideri la distinzione, rilevante ai fini dell'analogia, tra « caso contemplato» e «caso simile non contemplato. L'interpretazione analogica, invece, mette capo alla conoscenza di ciò che la formula vuole rappresentare solo in modo indiretto e riflesso, e che pertanto si può individuare solo mediamente, risalendovi da ciò che la formula rappresenta in modo diretto, attraverso quel procedimento logico che è l'analogia.»<sup>339</sup> Dunque l'interpretazione fondamentale porta alla ricognizione del caso contemplato e dell'effetto giuridico che esso

---

<sup>336</sup> BELLAVISTA in conclusione definisce l'analogia quale «mezzo di interpretazione riflesso, mezzo di integrazione diretto.»

<sup>337</sup> BETTI, *teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, p. 59 ss

<sup>338</sup> BOScareLLI, *analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*.

<sup>339</sup> BOScareLLI, *op.cit.*, p.30.

comporta, l'interpretazione analogica, noto il caso contemplato, data la validità della *ratio legis* anche rispetto a casi diversi da quello contemplato, porta ad estendere a questi il medesimo effetto giuridico preveduto per il caso noto. Boscarelli successivamente nel tentativo di negare il carattere creativo dell'analogia, cerca di travalicare l'antitesi tra interpretazione e creazione, intesa come : « antitesi tra attività ricognitiva del contenuto di una norma esistente e attività che pone in essere una norma nuova.» Questa antitesi viene respinta da Betti<sup>340</sup>, l'autore distingue infatti : la «chiarificazione», ossia «ricognizione contemplativa del significato proprio della norma considerata nella sua astrattezza e generalità», dalla «integrazione», di cui è parte l'analogia, che consiste nella « interpretazione suppletiva di una disciplina legale lacunosa dove ricorra la *eadem utilitas*». La teoria bettiana è del tutto simile a quella di Bobbio, differenti sono solamente i termini impiegati, Bobbio<sup>341</sup> parla infatti, di *chiarificazione* e di *adattamento*<sup>342</sup>, di quest'ultimo sarebbe parte l'analogia. Boscarelli cita ancora Bobbio e Betti ,sostenendo come il *discrimen* tra analogia ed interpretazione non possa coincidere con quello tra attività ricognitiva del contenuto di una norma ed attività creativa di una norma nuova, poiché sostiene l'autore:« sarebbe creazione ogni attività spirituale che, pur riferendosi ad un atto precedente, non ne è una semplice recezione passiva, né una pura ripetizione meccanica, ma rifacendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa»<sup>343</sup>. Così dunque la distinzione dovrebbe ricondursi a quella tra creazione « derivata, secondaria e complementare», ossia « soggetta alle valutazioni immanenti e latenti nell'ordine giuridico, inquadrato esso stesso nell'ambiente storico e sociologico in cui vive»; e la « creazione originaria e indipendente» ossia « nomogenesi libera, spontanea e, in questo senso, arbitraria»<sup>344</sup>. Potrà obiettarsi, senza particolari difficoltà, come alquanto pretestuosa appaia la distinzione tra le due forme di creazione, quest'attività

<sup>340</sup> E:BETTI, *Interpretazione*, cit., p.37 e ss.

<sup>341</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p.142.

<sup>342</sup> L'adattamento troverebbe luogo qualora le norme risultino « inadatte all'attuazione o per incompletezza o per insufficienza.»

<sup>343</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 47, BOBBIO, *op.cit.*, p.133.

<sup>344</sup> BOBBIO, *op. cit.*, p.133 e ss. Conforme , BETTI, *op.cit.*, p.48.

coinvolge l'*homo faber* dalla notte dei tempi, ed in nessun modo potrà dirsi assolutamente originaria ed indipendente qualsivoglia attività creativa. V'è sempre infatti un *prius* ed è sempre condizionata da bisogni, esigenze o ancora dalle conoscenze del creatore. L'interpretazione giuridica certamente è un'attività spirituale, negarlo sarebbe folle, ma non è solo questo, è al contempo attuazione e prescrizione. Laddove realmente la si considerasse creazione, anche in accezione derivata, i diritti di difesa, certezza e riserva di legge verrebbero *tout court* compromessi; il sanzionare in pari guisa la costruzione in assenza di permesso edilizio (caso contemplato) e l'edificare con permesso illegittimo (caso non contemplato) potrà definirsi creazione? O potrà definirsi interpretazione? È creazione nella misura in cui crea una nuova fattispecie incriminatrice, sulla base di una presunta *identitas rationis*, l'esito dell'artefatto procedimento "interpretativo" è un *quid novi*, ciò che prima era lecito, ora risulta illecito, dunque, una nuova incriminazione. E' d'altra parte logicamente evidente come il "nuovo", sia un che di precedentemente inesistente, un *quid* prodotto di una poiesi. È irrilevante che tale poietica sia originaria o derivata, pare d'altro canto difficoltoso ipotizzare la sussistenza di una poiesi assolutamente originaria, avendo tale attività sempre come presupposto quantomeno un'idea, o un'immagine, queste saranno sempre proprie del *faber*, oppure altrui? E nel secondo caso potrà dirsi davvero originaria la creazione? Pare di no. L'interpretazione, potrà dirsi originale, potrà consistere nello sviluppare una norma nei limiti di legge, però mai potrà definirsi creazione, in caso contrario, la riserva di legge verrebbe artatamente aggirata, non vi sarebbe alcuna possibilità di prevedere la risposta sanzionatoria dello stato, né di esercitare il diritto costituzionale di difesa.

### II.VI.3 Analogia ed interpretazione: *l'analogia come strumento normopoietico*

Concludendo, dunque, l'analogia è creazione poiché comporta la genesi di nuove norme incriminatrici, esorbitando così la mera interpretazione, la quale non ha mai carattere creativo, tutt'al più originale; non creazione bensì ricognizione, non genesi bensì sviluppo. Concorde, nel sostenere il carattere creativo dell'analogia (nel diritto penale) è il Garofoli<sup>345</sup>, posto che « si interpreta la disposizione fin tanto che le si attribuisce uno tra i significati compatibili con il suo tenore letterale<sup>346</sup>». Per converso « Si fuoriesce dall'interpretazione, invece, allorché la disposizione è riferita a casi in alcun modo riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati letterali: residua spazio, in questo caso, per il meccanismo analogico, sempre che i casi ai quali estendere la portata della norma siano tali da richiamare la *eadem ratio* della disciplina da quella posta». Il quadro della dottrina contemporanea prosegue poi con Rinaldi, anche qui, pur riconoscendo la funzione integratrice dell'analogia *legis*, si afferma come questa proceda verso la « produzione di una nuova disposizione in base ad un principio comune alla norma già posta e alla norma da porre, distaccandosi dai possibili significati etimologici della formula legislativa.»<sup>347</sup> In linea è anche la posizione di Fiandaca<sup>348</sup>, anche qui il carattere creativo dell'analogia viene rinvenuto nella tendenza di questa ad attribuire significati alla disposizione, esorbitanti l'area di significanza del testo. Ebbene questo filone dottrinale, ormai prevalente, trova sostegno e parimenti originaria *vis*, nella sentenza della Corte di Cassazione del 3 Luglio 1991<sup>349</sup>, la quale, ridefinendo i contorni tra analogia ed interpretazione estensiva ha squarciato il velo di Maya, cogliendo la natura poietica dell'analogia in *malam partem*.

<sup>345</sup> GAROFOLI, *Diritto penale*., p.144 ss.

<sup>346</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, p.174.

<sup>347</sup> R.RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, In: Sulla potestà punitiva dello stato e delle regioni, p.9.

<sup>348</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, 2011, p.gen., p.109.

<sup>349</sup> Per una puntuale trattazione si rimanda al prossimo paragrafo.

#### II.VI.4 Analogia ed interpretazione: Zaccaria, *l'interpretazione in chiave "evolutivo-creativa" ne "L'arte dell'interpretazione"*

Una menzione a sé stante merita il saggio di ermeneutica di Zaccaria<sup>350</sup>, con la premessa però che in successiva istanza dedicherò altro breve paragrafo al saggio di Zaccaria-Viola "*Diritto e Interpretazione*". Per quale ragione dunque dedicare una piccola loggia a tale più risalente opera? Perché a mio modo di vedere rappresenta un manoscritto in grado di esemplificare in poche righe il pensiero dell'autore, il quale come vedremo, è tutt'altro che "ovvio". L'ultimo aspetto che desidero puntualizzare riguarda l'impronta dell'opera e l'area di riferimento, si tratta di un saggio di matrice propriamente filosofica e di contesto civilistico, questo porta con sé ovvie implicazioni e correlate reazioni da parte di chi si accinge alla lettura muovendo dal diritto penale come area di riferimento, reazioni che sovente si mostreranno critiche o di totale opposizione con annesso sopracciglio corrugato. Tuttavia nulla di più consueto, quante volte trattati di ermeneutica hanno visto la luce avendo quale basamento argomentativo il diritto civile ed i suoi principi cardine? Molti, azzarderei la quasi totalità, per questo si prestino attenzione nell'accostarsi al saggio, si tengano ben ferme nella mente le prerogative, la funzione ed i beni coinvolti nel diritto penale; di qui come si vedrà in seguito, non si potrà non carpire quella che Donini ha definito "diversità ermeneutica" del diritto penale. Zaccaria muove da una concezione di assoluta imprescindibilità dell'ermeneutica, parafrasando Heidegger "*nulla res sine interpretatione*", essere è comprendere, dunque essere è interpretare, un sillogismo tautologico così semplice ma così pregnante tale da confliggere *in toto* con la concezione di Beccaria. Già qui si profila il netto contrasto rispetto alla *forma mentis* propria di un penalista, Beccaria, non era di certo un folle<sup>351</sup>, né tanto meno uno sprovveduto nel negare l'ammissibilità di ogni interpretazione differente dalla *stretta lettura testuale* delle

<sup>350</sup> G.ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990.

<sup>351</sup> Come nota Donini nella sua lettura.

leggi penali; a spingere l'autore a tali conclusioni sono state le brutture, le deviazioni, gli arbitri e le aberrazioni, che per secoli hanno visto il diritto penale coinvolto come efficace strumento di imperio e di tirannia nelle mani di un sempre diverso Leviatano. Zaccaria prosegue la trattazione argomentando del carattere essenziale della precomprensione, così ognuno interpreta a partire da un luogo non sottraibile alla determinatezza storica. Così lentamente si profila quella che è da definirsi una concezione in chiave fortemente soggettivistica dell'*ars hermeneutica*, il testo viene definito *silenzioso ed incomunicante*, di qui ci si potrebbe chiedere fino a che punto un testo, soprattutto legislativo possa davvero definirsi affetto da afasia. La necessità del momento ermeneutico torna più volte nel corso dell'opera, così l'autore: “ i testi giuridici, le norme costituiscono un momento soltanto, se pur rilevante del più ampio e globale processo di positivizzazione del diritto, che si caratterizza come approfondimento e sviluppo potenzialmente infiniti e su livelli successivi, del significato racchiuso nei testi normativi.» La positività delle norme vigenti è quindi *consecutio* di due fattori non separabili: l'enunciato linguistico e l'interpretazione giurisprudenziale. In questa elaborazione sembra facile rinvenire la connessione con la successiva pronuncia delle SS.UU. sul caso “Beschi”, il processo conoscitivo di una norma non può prescindere dalla meccanicistica ed organica interazione del dato positivo e della prassi applicativa. Zaccaria, facendo proprie le teorie della *Juristische Hermeneutik*, critica il modello classico di sussunzione sillogistica, intesa, quale mera operazione automatica, mozione effettuata partendo da un principio di “porosità” dei concetti descritti, caratteristica da cui deriva l'inadeguatezza dell'interpretazione puramente letterale professata dall'*école d'Exégèse*. Citando Waissmann, dalla non delimitatezza della nostra esperienza deriva la non delimitatezza dei concetti descrittivi, da qui discende l'ambiguità dei termini e l'inaffidabilità delle teorie analitiche. Lentamente, pagina dopo pagina, inizia a scorgersi la posizione dell'autore, una concezione che sembra francamente indirizzata verso una

affermazione limpida del carattere creativo dell'interpretazione, nonché dell'attività giudiziale.

Partendo dalle argomentazioni di Kelsen ,secondo il quale la giurisdizione non è attività dichiarativa ma propriamente creativa del diritto, l'autore arriva ad asserire come ogni applicazione si risolva : «*in una più o meno accentuata , precisazione o trasformazione del significato della norma* ». Fin qui nulla di assolutamente scioccante, almeno non per il civilista, una mente più vicina alle problematiche del diritto penale, ben presto invece coglierà le notevoli implicazioni derivanti dal concepire in guisa così “libertina” l'interpretazione prima e l'attività giurisdizionale poi.

Zaccaria tenta poi di coniugare l'apporto creativo del diritto giurisprudenziale al principio di legalità, elaborando un principio-parametro di “dipendenza dalla legge”, così esplicito: « il ritrovamento di nuovi significati normativi si sviluppa sempre muovendo dal punto di osservazione del testo di legge.» Anche qui nulla di paradossale, se non fosse che lo stesso attributo di *porosità* dei termini, indicato poco sopra, desta un poco di preoccupazione, cosa si dovrebbe mai intendere per punto di osservazione del testo di legge? Ben comprendo, quindi, l'ipotetica ambascia che coglierebbe un qualsiasi imputato in balia di un giudice capace di siffatta ermeneutica. L'autore appena tentata l'ardua conciliazione tra il principio di legalità e l'interpretazione innovativa, descrive l'attività dell'organo giudicante in forma di vera e propria poetica, in tutto e per tutto un'attività paralegislativa. In definitiva si rifletta su come non solo l'analogia ma la stessa attività interpretativa venga da taluni concepita quale creazione. Una siffatta teorizzazione dell'ermeneutica concepita in chiave fortemente creativa (in cui ben rientrerebbe l'analogia), vincolata al solo *punto di vista* della norma, non pare francamente compatibile con il diritto penale ed i suoi principi base<sup>352</sup>, di qui ben si comprende la necessità di una diversificazione ermeneutica di tale branca del diritto.

---

<sup>352</sup> Tra questi quello di stretta legalità, determinatezza e tassatività.

## II.VI.5 Analogia ed interpretazione: Zaccaria-Viola, la concezione novativo-evolutiva dell'interpretazione e la peculiarità ermeneutica del diritto penale

Il presente saggio è temporalmente successivo al precedente “*L’arte dell’interpretazione*” e questo probabilmente spiega d’un lato la concezione generale ivi esposta di *ars interpretandi*, e dall’altro, dato il *gap temporale*, la decisione di affrontare la problematica dell’interpretazione di leggi penali<sup>353</sup>; così se da un lato gli autori espongono una concezione novativo-creativa dell’attività giudiziale<sup>354</sup>, dall’altro colgono le problematiche ad essa connesse in un settore del tutto peculiare quale quello penalistico. Il punto di partenza è il concepire l’ermeneutica quale necessario presupposto di vigenza delle norme, il diritto positivo diviene tale solo quando applicato e previa ovvia, quanto necessaria, interpretazione.<sup>355</sup> Così gli autori pongono l’accento sulla distinzione tra *disposizione e norma*,<sup>356</sup> la prima “enunciato ancora da interpretare, la seconda “disposizione interpretata”. Da qui si seguita con una critica radicale al giuspositivismo, al letteralismo ed al volontarismo, invettiva fondata in ragione della fallacia del dogma *in claris non fit interpretatio*, in quanto la chiarezza è conseguenza dell’interpretazione e non ragione escludente la stessa. Non esiste, parafrasando Eco una sola interpretazione, ma solo plurime interpretazioni, questo *a fortiori* è vero per i testi giuridici, sia in ragione del principio di *porosità* dei termini, che in ragione del necessario e sempiterno raffronto della norma con la prassi applicativa. Da qui Zaccaria e Viola proseguono nel sostenere un naturale carattere creativo e modificativo dell’attività giudiziale «è esatto sostenere che l’interpretazione giuridica, come è praticata dalle corti, non consiste esclusivamente nello stabilire l’intenzione propria degli autori di costituzioni, di leggi, di precedenti, avendo essa il potere di modificare il diritto seguendo però

<sup>353</sup> Tema non affrontato da ZACCARIA ne “*l’arte dell’interpretazione*”

<sup>354</sup> Già presente nella precedente opera.

<sup>355</sup> ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*, p.196.

<sup>356</sup> ZACCARIA-VIOLA, *op.cit.*, p.117.

delle linee guida poste dal diritto stesso». Si può notare anche qui un filo unico che collega la monografia di Zaccaria al presente saggio, il diritto non è positivo di per se stesso, né tanto meno può prescindere dall'interpretazione, ovvero da un'attività che lo rende comprensibile e così lo sviluppa e lo modifica in un perfetto moto lineare; Zaccaria parlava di innovazione e dipendenza come elementi connotanti l'ermeneutica, così anche nell'opera successiva il testo è oggetto ed al contempo perimetro entro il quale l'interprete deve muoversi. Viola afferma: «non è possibile identificare diritto senza creare nuovo diritto, almeno nel senso che un aspetto di creatività è intrinsecamente connaturato all'identificazione, meglio al reperimento del diritto esistente.» Donde è facile comprendere da tale breve passo, la ratio sottesa alla sentita necessità di ripensare il vincolo di legge, nonché la constatata diminuzione di incidenza del vincolo stesso come obbligo cui è tenuto l'interprete-giudice nell'esercizio del suo ufficio. La concezione che gli autori mostrano di avere, è quella di un'*ars interpretandi* sì novativa e creativa, in accezione sistematico-evolutiva, ma parimenti ossequiosa del testo di legge, si tratta di una creatività dipendente, che tuttavia mal si attaglia, dato il suo carattere intimamente discrezionale<sup>357</sup>, al diritto penale. Così passando ad analizzare la sezione che più interessa del presente saggio, si parta con il dire che si tratta di un *quid novi* rispetto alla più risalente opera di Zaccaria, il quale alcuna menzione aveva compiuto in materia di diritto penale; l'interesse per questo breve paragrafo<sup>358</sup> discende anche dalla quantomai rara attenzione rivolta dai grandi studiosi di ermeneutica alle leggi penali ed alla specifica accortezza che esse esigono in sede interpretativa. Così gli autori rimarcano la necessità di tenere assolutamente fermo il vincolo alla legge in materia penale, la *lex scripta* è considerata elemento costitutivo ed ineliminabile del diritto penale, oltre il quale sussiste mero arbitrio.<sup>359</sup> Il diritto penale in ragione del tenore e della gravità delle sanzioni irrogate, vede assegnata al vincolo di legge una funzione di massima

---

<sup>357</sup> Termine che per dirla alla BRICOLA, mal si adatta al diritto penale.

<sup>358</sup> ZACCARIA-VIOLA, *op.cit.*, p.301 ss.

<sup>359</sup> Si tratta di una citazione di HASSEMER, in ZACCARIA-VIOLA, *op.cit.*, p. 301 .

garanzia verso i cittadini, sia in ordine alla tutela di diritti costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale e il diritto di difesa, sia quale strumento per contenere possibili arbitri dei giudicenti. Di qui torna forte la funzione del testo, non più solo come ovvio oggetto d'interpretazione, ma anche quale circoscritto ambito d'intendimento; così si concepiscono le c.d. *barriere linguistiche* quali colonne d'Ercole oltre cui l'interprete non può ragionevolmente veleggiare. La capacità degli autori, è stata anche quella di rilevare come : «Il vincolo nei confronti di un enunciato che sia sufficientemente determinato può rappresentare un aiuto per l'interprete in questo suo autolimitarsi. *Purtuttavia l'introduzione di barriere linguistiche mutate dal testo, che agiscano nel senso di ridurre al minimo nella sentenza la presenza di contenuti innovativi rispetto alla legge, funziona a livello pratico e diviene operante solamente se l'interprete decida di trasformarle in argomento che rientra nella sua disponibilità e che perciò si insedia nel suo procedimento.*» Quindi parafrasando Donini, solo un interprete onesto, in osservanza del divieto di analogia e delle peculiarità del diritto penale, rifugge il ricorso ad una prassi applicativa esorbitante il testo di legge, conscio delle c.d. *barriere linguistiche*. Altrettanto interessante e peculiare nell'opera dei due giuristi, è il richiamo al parallelismo compiuto da Palazzo, tra la discrezionalità penale e la discrezionalità amministrativa, in particolare: *mentre quest'ultima strutturalmente comprende considerazioni di opportunità in senso lato politica- e si sa che l'agire politico è esemplare di una praxis per definizione non rigorosa- la prima non può spingersi sino a considerare valori, scopi o interessi diversi da quelli indicati dalla regola normativa, con conseguente rafforzamento del vincolo agli elementi linguistici legislativamente predeterminati nel testo della fattispecie*. Lentamente inizia a prender forma quella concezione di *peculiarità ermeneutica* del diritto penale sostenuta da Donini, non si esige un ritorno al letteralismo proprio dei giuspositivisti, tuttavia d'altra parte si rimarca l'opportunità di procedere all'interpretazione delle disposizioni penali in modo coerente e rispettoso del testo. E' così che gli autori addivengono ad assegnare preminenza al vincolo

linguistico rispetto alla *torsione evolutiva* del linguaggio e degli enunciati, o, in altre parole, alla testuale razionalità della norma rispetto ai fini sociali (sempre mutevoli). Dunque, per concludere, Zaccaria e Viola muovendo da una concezione evolutivo-novativa dell'interpretazione, riconoscono una peculiarità ermeneutica del diritto penale nella misura in cui l'interprete deve confrontarsi con un vincolo legislativo, ritenuto in questo settore, invalicabile; così alla specificità del caso concreto, alle mutate e mutevoli esigenze sociali ed alle petizioni di giustizia, deve prevalere l'ossequio garantistico del testo normativo, solo così una prassi applicativa potrà in concreto esser prevedibile<sup>360</sup>.

#### **II.VI.6** Analogia ed interpretazione: *Donini, la diversità ermeneutica del diritto penale e "l'onestà" dell'interprete*

Donini<sup>361</sup> è fervente assertore del carattere creativo dell'analogia, tale procedimento pretestuosamente<sup>362</sup> ermeneutico porterebbe nel diritto penale alla creazione di una nuova fattispecie, avvertita come tale però solamente in seguito al consolidarsi dell'orientamento nel diritto vivente. Dunque l'analogia si rende manifesta ed evidente solo in una fase successiva al suo *intervento*, tuttavia la sola applicazione della fattispecie incriminatrice ad un caso di specie non sussumibile in questa, se non attraverso un procedimento analogico, è di già di per sé analogia-creazione; si rammenti che il procedimento decisorio comporta quale *prius* logico l'individuazione di una norma che funga da giustificazione della *decisio*, ebbene la peculiarità ed al contempo la *ratio* del ricorso all'analogia risiede nel creare artatamente tale disposizione nella stessa fase decisoria. Ecco quindi la poiesi, la giustificazione interna del ragionamento giudiziale poggerebbe su di una del tutto

---

<sup>360</sup> In assonanza con la giurisprudenza della Corte Edu.

<sup>361</sup> M.DONINI, *Disposizione e norma*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 100 ss.

<sup>362</sup> Valutazione limitata al diritto penale.

nuova norma incriminatrice creata *ad hoc* per variabili e mutevoli esigenze, ora di “giustizia sociale” ora “politiche”, la così detta “ermeneutica di lotta” finisce per dismettere i panni di interpretazione e discernimento, per assumere quelli *sic et simpliciter* di normazione. L'autore segnatamente nega che l'analogia possa considerarsi strutturalmente «mera interpretazione», in quanto questa discende dall'impossibilità di sussumere il fatto nella fattispecie, quindi, se bettientemente si concepisce l'interpretazione come elemento inscindibile dall'applicazione, si converrà come l'analogia non possa essere interpretazione, poiché è conseguenza dell'impossibilità logica di questa. Una lettura particolarmente interessante per la capacità di aprire un ponte temporale tra il presente ed il passato, è quella che Donini<sup>363</sup> svolge nell'analizzare la *magna opera* del Beccaria. Partendo da una critica ad un'ermeneutica negata, ad un'interpretazione meccanica che vede il giudice imprigionato nelle strette maglie della legge, l'autore rimarca la necessità dell'interpretazione ai fini dell'effettività del diritto penale, un diritto che si sviluppa, si svolge e diviene altresì tassativo solamente attraverso le rielaborazioni giudiziali<sup>364</sup>. Così il sillogismo giudiziale ha quale premessa e strumento di indefettibile completamento proprio l'interpretazione, la quale, «*serve troppo spesso a chiarire il contenuto della premessa maggiore e altresì a scegliere la premessa maggiore più adatta al caso.*» L'interpretazione è dunque irrinunciabile, tanto nel diritto civile quanto nel diritto penale, non può esistere uno *jus sine interpretatione*, dunque ancora una volta viene negato il principio *in claris non fit interpretatio*. La posizione di Donini si staglia come originale, nel punto in cui l'autore afferma una diversità ermeneutica del diritto penale, necessaria, sia per la sua natura di *extrema ratio*, sia per il grado degli interessi coinvolti. Di qui discendono alcune necessarie conseguenze e prescrizioni: «massima tassatività,

<sup>363</sup> M.DONINI, *Lecture di C.BECCARIA, Dei delitti e delle pene (1764)*, §4: “Interpretazione delle leggi”, in *Diritto Penale XXI Secolo*.

<sup>364</sup> «*Se per principio di tassatività s'intende l'aspetto giudiziale della determinatezza della legge, ossia il dovere del giudice di non depotenziare o violare l'esigenza di precisione e determinatezza della formulazione legale della regola, chi chiede al giudice di non interpretare la legge, rende automaticamente quest'ultima imprecisa e inapplicabile.*»

dunque, divieto di interpretazione estensiva e non solo di analogia, irretroattività, riserva assoluta di legge, colpevolezza, stretta necessità ed *extrema ratio*, offensività e funzione rieducativa della pena etc..» Il diritto penale esige un'ermeneutica più attenta, severa ed austera nel suo muoversi e svilupparsi, un interprete "onesto" ed una insensibilità ai moti d'animo tanto del giudicante quanto della folla assiepata in piazza. Proseguendo nella lettura del saggio, si nota un richiamo alla recente giurisprudenza della Corte Edu caso "Scoppola", in particolare all'affermata *irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole per il reo ed imprevedibile al momento del tempus commissi delicti*. Con particolare sensibilità e mente attenta, indagando la formulazione del principio, si nota nell'immediato una breccia, di qui lo "sconforto" del penalista, il divieto di analogia in *malam partem*<sup>365</sup> potrebbe essere agevolmente aggirato definendo "prevedibile" il *revirement sfavorevole*; essendo la prevedibilità la chiave di volta del sistema « *nuove interpretazioni se prevedibili non violerebbero la ratio di quel divieto* ».

Concludendo, dunque, l'analogia è creazione poiché comporta la genesi di nuove norme incriminatrici esorbitando la mera interpretazione, la quale non ha mai carattere creativo, tutt'al più originale, si ripeta dunque: *non creazione bensì ricognizione, non genesi bensì sviluppo*.

---

<sup>365</sup> Riconosciuto dalla Corte Edu.

## II.VI.7 Analogia ed interpretazione: *parere pro veritate di G.M. Flick, il conflitto tra determinatezza e tendenze creatrici della giurisprudenza*

Una piccola postilla finale, è dedicata al recente parere redatto da G.M Flick<sup>366</sup> in materia di retta interpretazione dell'art. 434 c.p. L'autore, noto estensore anche della sentenza Cost. n.327/2008, torna sul discusso tema della determinatezza-indeterminatezza del "disastro innominato" e sulla riconducibilità ad esso del disastro ambientale. La breve analisi del parere, non può non muovere dalla predetta sentenza, quivi la Corte Costituzionale aveva ritenuto sufficientemente determinata la fattispecie ex. Art. 434 c.p. ricorrendo ad una definizione di "Omogeneità" del disastro innominato alle fattispecie tipiche di disastro con cui condivide il capo. Ebbene la disomogeneità del disastro ambientale rispetto alle ipotesi tipiche (di disastro) , resa evidente dalla stessa definizione<sup>367</sup> contenuta nel d.d.l n.1345<sup>368</sup>, comporta l'impossibilità di sussumerlo nell'art. 434 c.p. In questi termini Flick: « ..la ricostruzione dell'art. 434 c.p. posta a premessa del capo di imputazione sottopostomi, è il frutto di una elaborazione interpretativa giurisprudenziale che oltrepassa i limiti della formulazione normativa e si risolve *nella creazione di una nuova e diversa norma.*»<sup>369</sup> Di qui poi l'autore conclude per una rimessa in discussione della determinatezza della fattispecie, in caso di consolidata ricomprensione del d. ambientale nella norma, con conseguenziale venir meno del parametro interpretativo-definitorio della omogeneità. A che pro citare il parere di Flick? Tale intervento presta soccorso nel delineare una volta in più, con specifico riferimento ad una data fattispecie ed a un dato

<sup>366</sup> G.M.FLICK, "*Parere pro veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*", in *Mass. Pen.* 2015. , p.12 ss.

<sup>367</sup> « l'alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema o l'alterazione la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, ovvero l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo»

<sup>368</sup> Approvato dal Senato con emendamenti il 4.03.2015 e divenuto definitivamente legge il 19.05.2015.

caso, il carattere prettamente ed intrinsecamente creativo ,nel fine e nei mezzi, dell'analogia.

## **II.VII Analogia ed interpretazione estensiva: la concezione di Bobbio in ordine alla vexata quaestio**

Le due figure in esame sono state oggetto di approfondite disamine dottrinali, plurimi giuristi hanno dibattuto sul tema giungendo a conclusioni spesso tra loro contrastanti, così v'è chi ha negato che si tratti di argomenti interpretativi dissimili e chi, per converso, ha rimarcato le differenze tra le due.

Anche in questo caso ritengo opportuno prendere le mosse da Bobbio<sup>370</sup>, l'autore come detto esclude il carattere creativo dell'analogia, di qui riconducendola all'interpretazione non poté che negare qualunque distinguo rispetto all'interpretazione estensiva. Bobbio quindi per delegittimare la dicotomia, analizza criticamente i tre criteri "teorici" di distinzione: «rispetto al presupposto si è detto che mentre l'interpretazione estensiva presuppone la volontà effettiva del legislatore, l'analogia presuppone la mancanza di volontà, nel senso che, mentre con l'interpretazione estensiva si estende la disposizione ad un caso non previsto, ma che il legislatore voleva effettivamente, con l'analogia si estende la disposizione ad un caso non previsto, che il legislatore non avrebbe però voluto se avesse potuto prevedere. Di fronte a questa differenziazione bisogna rispondere che, *se la volontà è veramente effettiva, l'interpretazione che si faccia per adattare le parole troppo limitate alla volontà, non è interpretazione estensiva ma semplicemente correttiva*; ma che se, come accade nella maggior parte dei casi d'interpretazione estensiva, la volontà per il caso non previsto viene ricavata dalla

---

<sup>370</sup> N.BOBBIIO, *Analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.

ratio del caso previsto, la volontà non è più effettiva ma anch'essa presunta, e non vi è modo di distinguere i due processi: la realtà è che anche qui non soccorre l'ipotesi volontaristica dal momento che *l'estensione non avviene perché si ritenga o si presuma che tale sia la volontà del legislatore, ma bensì si attribuisce quella volontà al legislatore, perché l'estensione è logicamente possibile; non si discende dalla volontà alla ragione ma si risale dalla ragione alla volontà.*<sup>371</sup> Qui l'insigne giurista ancora un volta entra in critica con la concezione volontaristica, l'estensione opera non sulla base di una presunta volontà (assente o meno) del legislatore, bensì, in forza della *ratio legis* simile tra caso non contemplato e caso contemplato, dunque esclude che una distinzione sulla base dei presupposti possa sussistere. In merito nulla da eccepire, in ambedue i casi *l'extensio* trova luogo poiché si ritiene che la *ratio legis* sia la medesima, come si vedrà non è qui da ricercare la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva. Bobbio prosegue nel tentativo di deflètere ogni distinguo, passando al secondo criterio di possibile *differenziazione*: «rispetto agli effetti, si sostiene che l'interpretazione estende la norma medesima, mentre l'analogia si risolve nella formulazione di una norma nuova. Ma questo motivo di differenziazione è oltremodo intrinseco: infatti quello che tanto nell'un caso quanto nell'altro accade effettivamente è *la regolamentazione di un caso non regolato da una norma di diritto positivo*. Ora che questa regolamentazione si immagini avvenuta per estensione della norma già esistente o invece per produzione di una norma affine alla vecchia, non sposta di un millimetro la struttura del procedimento, *che tanto nel primo caso quanto nel secondo avviene per forza dell'identico ragionamento per analogia*, e la tesi non fa che mettere in rilievo una volta di più gli sforzi vani di trovare un criterio di differenziazione per una distinzione che non esiste.»<sup>372</sup> Un punto indubbiamente è veritiero e condivisibile nella sopracitata disamina, in ambedue i casi troviamo l'applicazione della normativa vigente ad un caso non espressamente contemplato; è tuttavia impossibile ignorare che mentre

---

<sup>371</sup> N.BOBBIIO, *op. cit.*, p.141.

<sup>372</sup> N.BOBBIIO, *op. cit.*, p.142.

l'interpretazione estensiva procede ad una *extensio legis* in base ad una previa estensione della portata semantica del testo di legge, l'analogia procede attraverso un solo presupposto, *la eadem ratio*, prescindendo da qualunque considerazione sul dettato normativo. In oltre si rilevi che: mentre mediante interpretazione estensiva il caso inespresso rientra nella portata semantica della fattispecie, essendo da questa estraibile mediante semplice interpretazione, per converso con l'analogia il caso inespresso in alcun modo può essere ricondotto nell'area di significanza del testo. Di qui il procedere ad una incriminazione mediante il ricorso all'analogia significa creare una nuova fattispecie incriminatrice, nonché attribuire rilevanza penale ad una condotta invero irrilevante. La distinzione per Bobbio non affiora nemmeno la funzione, trattandosi in entrambi i casi di interpretazione a scopo integrativo; in realtà non v'è dubbio che l'analogia funga da strumento di integrazione del diritto, tuttavia non rispettando il principio di riserva di legge, uno dei cardini del diritto penale, disvela la sua struttura non interpretativa. Per questa ragione l'analogia è da ritenersi inammissibile nel diritto penale, essendo compito esclusivo del legislatore l'effettuare scelte di politica criminale. La distinzione tra le figure ora in esame è per Bobbio essenzialmente pretestuosa, fondata sull'esigenza della dottrina e della giurisprudenza di aggirare il divieto di analogia in materia penale ex. Art. 4 prel. (ora 14.) A proposito l'autore: « Sta di fatto che i giuristi, i quali avevano creato artificialmente quella distinzione per limitare gli effetti dell'assurdo art. 4 delle preleggi, sono diventati alla fine vittime della loro stessa malizia, ed ora, forse dimentichi delle loro origini poco teoriche della distinzione, continuano a difenderla e a sostenerla come cosa salda, sebbene poi nella pratica applicazione le diano continuamente solenni smentite.» Posta l'erronea denegazione di ogni distinguo, Bobbio coglie tuttavia un problema di rilevanza pratica notevole, nonché di estrema attualità: «... questa distinzione falsa in teoria può diventare anche rovinosa nella pratica, perché, non essendovi nessun criterio di differenziazione tra l'una e l'altra specie d'interpretazione, *spetta in ultima analisi soltanto all'arbitrio del giudice di stabilire se un caso specifico rientri*

*nell'interpretazione estensiva oppure nella analogia, e di conseguenza se ad esso si possano estendere oppure non la norma eccezionale e la norma penale.»*

La denuncia dell'autore risuona come altamente attuale, basti pensare come solo con la Sent. Cass. 3 Luglio 1991, si sia finalmente cercato di ridefinire i contorni tra le due figure; nella prassi d'altra parte è possibile annoverare un florilegio di sentenze in cui il ragionamento giudiziale poggia su di una giustificazione interna analogicamente edificata, seppur mascherata come interpretazione estensiva. All'unisono con la sentita esigenza di sceverazione la tesi di Donini<sup>373</sup> che parla da un lato di «criptoanalogia», dall'altro della necessità di predisporre idonee sanzioni per questa. Il problema principale rimane tuttavia la necessaria presenza di un interprete "onesto" quale presupposto di un diritto penale giusto, solo così sarà possibile, prescindendo da qualsiasi difficoltosa distinzione qualitativa tra figure, evitare forzature e storture dell'ordinamento..

## **II.VII.1** Analogia ed interpretazione estensiva: *la posizione di Boscarelli*

Boscarelli<sup>374</sup> disconosce apertamente il *discrimen* tra analogia ed interpretazione estensiva, argomentando in modo conforme alla dottrina allora dominante, l'autore così espone il criticato criterio discrezionale da taluni sostenuto: « Finché trascendendo il significato linguistico della formula si accerta ciò che essa immediatamente rappresenta, cioè quale sia il caso «contemplato» e quale l'effetto giuridico che vi si ricollega, e così si rimane nell'ambito dell'interpretazione fondamentale, si ha interpretazione estensiva. Quando invece trascendendo il significato linguistico della formula si accerta che oltre al caso contemplato la norma disciplina un altro caso, data la validità della *ratio* anche in rapporto al

<sup>373</sup> M.DONINI, *op.cit.*

<sup>374</sup> M.BOSCARELLI, *op.cit.*, p.69.

secondo, si ha analogia.» Un esempio addotto dall'autore è quello relativo all'art. 886 c.c., laddove la fattispecie venisse interpretata come “diritto di costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione di muri di cinta che separino «orti», anziché «case, i cortili e i giardini»”, la lettura trarrebbe diretto fondamento dalla *ratio legis*, tuttavia il testo di legge ne risulterebbe totalmente trasceso, dunque avremmo analogia.

Boscarelli afferma l'apoditticità dei criteri adottati in dottrina per distinguere le due figure, criteri che: « o comportano che si consideri interpretazione estensiva ciò che è analogia definendo quest'ultima in termini che non le si addicono, o valgono solo a dissimulare dietro petizioni di principio la sostanziale identificazione dei due pretesi procedimenti, e così non consentono di individuare ciò che in effetti è interpretazione estensiva»<sup>375</sup>. La petizione di principio nella quale si incorre secondo l'autore, risiede nell'individuare come *discrimen* il trascendere o meno il contenuto della norma legislativa, salvo poi affermare che in entrambi i casi l'*extensio* avvenga in base al principio *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Altrettanto erronea sarebbe da considerarsi la definizione dell'interpretazione estensiva quale *procedimento con cui si constata che un caso è disciplinato da una norma in virtù dell' eadem ratio*, definizione propria invece dell'analogia, la quale erroneamente viene considerata comportare « un potere discrezionale in senso tecnico, o una peculiare facoltà , o in ogni caso una generica libertà di apprezzamento e di valutazione»<sup>376</sup>. La serrata critica del Boscarelli prosegue poi nel contestare le distinzioni fondate sulla concezione volontaristica, il ritenere che l'interpretazione estensiva sia da riconnettersi al «*Minus dixit quam voluit*» (volontà effettiva), mentre l'analogia per converso sarebbe da ricondursi alla “volontà presunta “ del legislatore, è considerato dal Boscarelli non solo errato, ma anche altamente rischioso. Nulla, prosegue l'autore, se non l'arbitrio dell'interprete, potrebbe permettere di stabilire se l'interpretazione abbia quale basamento la volontà effettiva o quella

<sup>375</sup> M.BOSCARELLI, *op. cit.*, p.71

<sup>376</sup> PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita*, cit., p. 310 ss.

presunta e di qui se si tratti di interpretazione estensiva o di analogia<sup>377</sup>. Concludendo dunque la panoramica sull'autore: la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva sarebbe da considerarsi un «sofisma verbale». L'autore, al pari di Bobbio, ha ben compreso la rilevanza pratica della distinzione: «in quanto il considerare interpretazione estensiva ciò che è analogia, conduce ad eludere quei divieti d'analogia che sono sanciti in rapporto a determinate norme.» La tesi di Boscarelli presenta punti di contatto con quella di Bobbio, in particolar modo il realismo di entrambe è esemplare, gli autori non limitandosi a mere dissertazioni teoriche, hanno colto le implicazioni fattuali di un distinguo o mancato distinguo tra le figure. Tuttavia entrambi hanno ignorato come analogia ed interpretazione estensiva si identifichino per il presupposto dell'*extensio*, ossia la *eadem ratio*, salvo poi differenziarsi in ordine al limite di tale estensione, individuato nel testo normativo<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> BOScarelli enumera una serie di considerazioni critiche, non passibile quivi di esposizione integrale per motivi di spazio, elencate alcune *supra*, ne ripropongo qui altre. « E non si fa che identificare interpretazione estensiva e analogia, ove si assume, senza riferimenti volontaristici, che si ha interpretazione estensiva« quando... si dichiara che in una data norma rientrano anche casi, apparentemente non compresi, ma ai quali la legge, esaminata nella sua espressione, nelle sue *ragioni*, nei suoi *scopi*, sin dal tempo della sua formazione dovette anche riferirsi», mentre si ha analogia, quando in difetto di una norma espressa che regoli il caso non contemplato, « data identità... di *ragioni* o di *scopi*, fra rapporti della stessa indole, dovrà conchiudersi che la norma regolatrice non potrà essere diversa», cioè che il caso contemplato e quello non contemplato dovranno assoggettarsi ad una medesima disciplina giuridica.» Ancora una volta Boscarelli nega il distinguo tra analogia ed interpretazione estensiva, in questa circostanza a ragione. L'autore nega poi la possibilità di distinguere le due figure, asserendo che l'interpretazione estensiva trovi luogo in ragione dell'argomento a *fortiori*, mentre l'analogia opererebbe sul presupposto di una somiglianza tra i casi, poiché, l'argomento a *fortiori* non fa altro che risolversi nell'argomento della *ratio*, comune dunque all'analogia.

<sup>378</sup> Analogia ed interpretazione estensiva sono metaforicamente equiparabili ai poli opposti di un magnete, paiono simili, quasi identici ma non appena si cercherà di avvicinarli questi si respingeranno con una forza tale da non lasciare dubbi circa la loro dissimiglianza.

## II.VII.2 Analogia ed interpretazione estensiva: *Gianformaggio ed il discrimen tra analogia ed interpretazione estensiva*

Passando alla dottrina contemporanea, Gianformaggio con un'originale presa di posizione, sostiene come la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva sia solamente di *grado*. L'interpretazione estensiva dovrebbe dunque considerarsi: « un'analogia facile, (ritenuta o pretestuosamente fatta passare per) accettabile dal senso comune dei giuristi: l'analogia è un'estensione che richiede giustificazione.» La particolarità della teoria esposta poco sopra è lampante, si nega qualunque distinguo qualitativo, pare di udire da lontano le voci di assenso della risalente dottrina; oggi tuttavia, ritengo scorretto formalmente e storicamente giungere a tali asserzioni, non è d'altronde possibile ignorare la pronuncia della Suprema Corte che tanta dottrina contemporanea ha influenzato. La Corte di Cassazione Sez. 5 con la Sent. n.146 del 3 luglio 1991, ha rimarcato il discrimine tra interpretazione estensiva ed analogia, così pronunziandosi: « la prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende l'area di significanza della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico è invece creativo di una nuova norma che prima non esisteva. E ciò spiega perché il procedimento per analogia sia incompatibile col principio di legalità, sancito legislativamente dall'art. 1 c.p. e costituzionalmente garantito dal 2° comma dell'art. 25 Cost.»<sup>379</sup>. Quindi il testo di legge rappresenta nella sua massima espansione semantica il limite ultimo che separa l'interpretazione dalla creazione.

---

<sup>379</sup> Cass. 3luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 146.

### II.VII.3 Analogia ed interpretazione estensiva: *la tesi di Fiandaca-Musco*

Fiandaca-Musco dopo aver affermato la legittimità dell'interpretazione estensiva, nonché la sua intrinseca necessità dato il carattere frammentario del diritto penale, affermano: « si ricade, invece, nel divieto di applicazione analogica della legge penale, se l'opzione ermeneutica va al di là della massima estensibilità interpretativa del testo di legge, considerato sia nelle singole parti costitutive sia nel suo significato unitario.»<sup>380</sup> La posizione qui espressa oltre a muoversi in linea con la pronuncia della Cassazione, pare alquanto vicina a quella di Hassemer<sup>381</sup> «l'analogia vietata inizia dove finisce l'effettivo significato delle parole».

### II.VII.4 Analogia ed interpretazione estensiva: *la posizione di Garofoli*

Connessa alla sentenza della Suprema Corte è anche la tesi di Garofoli<sup>382</sup>, l'autore considera l'interpretazione estensiva una “normale” interpretazione valutata in ordine ai risultati<sup>383</sup>; l'interpretazione estensiva è segnatamente: « un'operazione genuinamente interpretativa, che consiste nell'attribuire, a un termine o a un sintagma, un significato più ampio di quello che appare *prima facie* dalla dizione letterale della disposizione normativa, facendo rientrare nel suo campo di applicazione anche fattispecie che si situano nella zona di penombra, sono cioè marginali rispetto al nucleo di certezza che la norma esprime .» Dunque con

---

<sup>380</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, p.gen, Torino 2011., p108.

<sup>381</sup> HASSEMER, Ak-StGB, 1990, §1, Rn 80. In G.MARINUCCI *l'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. Dir. E proc. Pen.* 2007.

<sup>382</sup> GAROFOLI, *Diritto Penale*, VI.

<sup>383</sup> Alla stregua di BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, 67.

l'interpretazione estensiva si realizzerebbe un'*extensio* di carattere pienamente interpretativo, ciò che la caratterizza è di conseguenza l'ampliamento applicativo della norma in stretta correlazione con i limiti ermeneutici posti dal testo di legge. Parafrasando Palazzo<sup>384</sup>: « mediante interpretazione estensiva si attribuisce alla norma il massimo ambito applicativo possibile, ma nei limiti invalicabili del suo significato letterale, nei limiti cioè, dei termini naturali di espansione del linguaggio impiegato dal legislatore, e nel rispetto del significato ontologico delle parole, così come articolate nell'enunciato normativo»<sup>385</sup>. Di qui Garofoli inferisce il carattere peculiare dell'analogia, nonché discrimine rispetto all'interpretazione, ossia l'estensione della disciplina contenuta nella norma a casi "simili", o ritenuti tali, sulla base della *eadem ratio*, ma in alcun modo ricompresi nella dizione letterale del testo di legge. Da tali affermazioni è facile comprendere per quale ragione l'analogia venga ritenuta confliggente ed incompatibile (nel diritto penale) con la riserva di legge. L'autore procede in seguito ad una enumerazione di casi controversi di interpretazione analogica riguardanti varie fattispecie di reato; tra questi si rammenti esemplarmente l'art. 593, 2° co. C.p. Le dispute hanno riguardato in questo caso il significato da attribuire al termine "trovare"<sup>386</sup>, due le rispettive soluzioni: l'applicabilità della norma solamente a chi abbia avuto un "contatto materiale diretto attraverso gli organi sensoriali con l'oggetto del ritrovamento", oppure per converso, anche a chi abbia avuto "la semplice notizia che taluno sia in pericolo altrove, cioè in luogo così lontano che non sia possibile la percezione diretta"<sup>387</sup>. Il caso è stato affrontato dalla Corte di

---

<sup>384</sup> PALAZZO, *il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 299.

<sup>385</sup> Citazione riportata anche da GAROFOLI, *op. cit.*, p.144.

<sup>386</sup> La fattispecie art. 593 c.p. C.1° recita: Chiunque, trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente o di corpo, per vecchiaia o per altra causa, omette di darne immediato avviso all'Autorità, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a 2.500 euro. C.2: alla stessa pena soggiace chi, trovando un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo, omette di prestare l'assistenza occorrente o di darne immediato avviso all'autorità.

<sup>387</sup> GAROFOLI, *op. cit.*, MARINUCCI –DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, 1992, p.42.

Cassazione<sup>388</sup>, la quale ha ritenuto ammissibile in guisa di interpretazione estensiva l'intendere il termine "trovare" non solo come "contatto materiale", ma anche come "l'essersi imbattuto in taluno prima dell'insorgenza del pericolo"; in alcun modo però sarà possibile ricomprendere nella fattispecie il solo "averne (avere) notizia", non essendo nel testo di questa sussumibile, in caso contrario il testo di legge verrebbe ampiamente esteso oltre la sua portata semantica.

## II.VII.5 Analogia ed interpretazione estensiva: *Vassalli ed il rapporto tra analogia ed interpretazione estensiva*

La *vexata quaestio* è stata affrontata anche da Vassalli<sup>389</sup>, a prescindere da quanti abbiano negato il distinguo nel diritto intermedio e da quanti continuino a farlo tutt'ora « nella legge italiana vigente come, in molte altre, la distinzione palesemente esiste ed ha rilievo vincolante». Il giurista per render meno impervia l'opera di discernimento, preferisce definire l'analogia quale "integrazione", più precisamente *autointegrazione* dell'ordinamento. Così se da un lato l'interpretazione estensiva è definibile quale: «pura attività ricognitiva, mediante la quale l'interprete scopre che sotto l'espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio di quello, che per questo non chiaramente enunciato vi è appunto incluso, [...]». Dall'altro l'analogia è :« l'operazione che si compie risalendo 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.»<sup>390</sup> Ritengo sotto questo primo aspetto non

<sup>388</sup> Cass. 31 gennaio 1978, n.378. Caso di un medico che decise di non aspettare le 16.30 ed il contestuale arrivo del convoglio con passeggero colto da malore.

<sup>389</sup> VASSALLI, *Analogia nel diritto penale*, in *dig.disc.pen* 1987,158.

<sup>390</sup> VASSALLI, *op.cit.*, cit., M.S.GIANNINI, *L'analogia giuridica*, J, 1941, 519 ss.

condivisibile la tesi di Vassalli, l'analogia non può definirsi mera interpretazione, laddove poi la si voglia qualificare integrazione, si dovrà convenire come l'integrare ampliando oltre qualunque prevedibile esito la norma, risulti alquanto vicino al creare in guisa del tutto arbitraria. Né si consideri l'integrazione un *tertium genus* rispetto all'interpretazione, in materia Bobbio<sup>391</sup> e Betti<sup>392</sup>, riconoscono quale compito peculiare dell'interprete non la meccanica ricognizione del testo di legge, bensì lo sviluppo e l'adattamento dello stesso; di qui però come sarebbe possibile definire mera integrazione, o sola interpretazione l'analogia? Questa come detto oltrepassa la lettera, l'analogia ha quale presupposto logico l'interpretazione, tuttavia discende da una impossibilità di procedere alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta<sup>393</sup>, ecco dunque l'apoditticità del ritenere l'analogia "strutturalmente" interpretazione. La tesi di Vassalli si chiude con una convinta affermazione della necessaria alterità tra analogia ed interpretazione estensiva, corroborata con alcuni casi giurisprudenziali.

## II.VII.6 Analogia ed interpretazione estensiva: *Carcattera ed il discrimen poetico tra analogia ed interpretazione estensiva*

Carcattera<sup>394</sup> distingue tra analogia ed interpretazione estensiva, caratterizzando la prima per una *extensio* della norma ottenuta mediante il ricorso a criteri analogici (*identitas rationis*), la seconda, per converso, è connotata da un medesimo effetto estensivo (seppur di grado differente) ottenuto però mediante criteri interpretativi «pre-analogici», individuati dall'autore nell'art. 12 disp. Prel. Il giurista a riguardo

<sup>391</sup> N.BOBBIIO, *L'analogia nella logica del diritto*. Torino, 1938.

<sup>392</sup> E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990.

<sup>393</sup> DONINI, *op.cit.*, p 109.

<sup>394</sup> G.CARCATERRA, Voce *Analogia*, in Enc. Giur. Treccani, 1988.

parla di norme «determinate» mediante criteri pre-analogici e di norme «prodotte» per analogia; il *discrimen* quindi risiede, inoltre, nel carattere poetico con fini integrativi che caratterizza l'analogia. Carcaterra nel definire ulteriormente la distanza tra queste due figure, asserisce che mentre nell'interpretazione estensiva l'*extensio legis* avviene all'interno della norma oggetto di interpretazione, diversamente accade in caso di analogia, quivi l'estensione trascende la norma «producendone» un'altra; ancora una volta, dunque, il testo di legge assurge a limite estremo dell'*ars interpretandi*. La necessità di distinguere l'interpretazione estensiva dall'analogia è particolarmente avvertita colà dove la seconda risulti vietata<sup>395</sup>. Come all'uopo notato dall'autore, sovente i dissidi maggiori discendono dalla ambivalente impiego dell'argomento della *ratio legis*; questo infatti viene utilizzato sia con fini interpretativi, in assonanza con la *voluntas-intentio legislatoris*, ma anche con fini creativi, così avviene nel procedimento analogico. Può dirsi pacificamente condiviso il medesimo procedere estensivo, proprio, tanto dell'una, quanto dell'altra ipotesi, l'estensione della normativa avviene dal caso contemplato a quello non preveduto sulla base di una, presunta, identità di *ratio legis*; ciò che pare tuttavia dissimile sono i limiti dell'estensione, nonché le possibilità giustificative della stessa. Così Carcaterra denota quale caratteristica propria dell'interpretazione estensiva, la possibilità di argomentare l'estensione prescindendo dalla *ratio*, mediante il ricorso a mere considerazioni di natura logica, ciò costituirebbe carattere peculiare, ergo distintivo, tale da escludere una *confusio* con il dissimile procedimento analogico. Esemplarmente, l'art. 316 c.p. sanzionante il peculato, include una breve elencazione di possibili "beni altrui" oggetto di condotta criminosa; il fatto che la fattispecie incriminatrice possa avere quale oggetto anche "corpi del reato", non dovrebbe, secondo l'autore, ritenersi conseguenza di un procedimento analogico su base di *identitas rationis*, bensì esito dell'applicazione di meri canoni logici, dunque pura *interpretatio extensiva*. Similarmente, l'incipit di molte fattispecie così recita:

---

<sup>395</sup> Così nel diritto penale.

“chiunque cagiona”, ebbene tale formula pare *prima facie* volta a colpire mere condotte commissive causalmente connesse con l'*eventus damni*, il ritenere sanzionabili, in pari guisa, condotte omissive non è da considerarsi possibile sulla base di una “fantomatica” identità di *ratio*, bensì su *mere considerazioni di natura logica, nonché giuridica*, in questi termini, l'art. 40 c.p. Posta l'utilità di tale criterio (logico) distintivo, sia da un punto di vista logico che funzionale, pare fuor di dubbio come non sempre sia possibile rinvenire ulteriori giustificazioni dell'estensione al di là della mera *ratio legis*, elemento comune, come visto, sia all'analogia che all'interpretazione estensiva. Quivi dunque sorgono le maggiori difficoltà discretime, il *limen* deve essere pertanto ri-definito, e ciò pare tutt'altro che agevole cimento. La peculiarità nella tesi di Carcaterra è proprio questa, lo sceverare i “casi semplici”, nei quali l'estensione risulti giustificabile su basi altere rispetto alla mera *ratio legis*, *extensio* questa che sarà portato di interpretazione estensiva<sup>396</sup>; dai casi “complessi”, colà dove non potendosi rinvenire altra giustificazione plausibile dell'*extensio* oltre alla identità di *ratio legis*, si dovrà ricercare altro criterio di sceverazione tra le due figure. A riguardo l'autore indica quale regola che: « nei casi dubbi la *ratio* è decisiva e si estende in sede di mera interpretazione fin dove arriva la più larga delle interpretazioni alternative in campo»<sup>397</sup>. Queste int. “alternative” null'altro sono che l'interpretazione logica e vieppiù quella letterale; quello che Carcaterra definisce «canone spesso enunciato in dottrina»<sup>398</sup>, secondo cui « l'interpretazione si estende fino alla massima possibilità di espansione della lettera della legge», permette ancora una volta ,in connessione con la sentenza della Cassazione del 1991, di apporre una linea di demarcazione “letterale” tra l'analogia e la mera interpretazione in chiave estensiva. Concludendo, si avrà analogia qualora la *ratio legis* «non è possibile che abbia forza prevalente come criterio ermeneutico, perché il suo contenuto e l'estensione che essa suggerisce non possono diventare

<sup>396</sup> In caso contrario, se l'*extensio* è fondata su mera *ratio legis*, si avrà analogia.

<sup>397</sup> CARCATERRA, Voce «*analogia*», in Enc.Giur.Treccani.

<sup>398</sup>E non solo , come visto poc'anzi.

nella loro totalità parte integrante della stessa norma di cui la *ratio* è lo scopo, *ma la trascendono in una norma ulteriore.*» La teoria di Carcaterra può dirsi, a ragione, una delle più complesse ed organicamente articolate, seppur condivisibile sotto molteplici aspetti, non ritengo, tuttavia, si possa considerare *in toto* meritevole di ossequio. Si potrebbe muovere lieve critica colà dove l'autore tenta di rinvenire quali differenti giustificazioni all'*extensio* nei casi semplici, ora la lettera, ora canoni logici, ebbene la *ratio legis* potrebbe pacificamente esser fatta rientrare in questi ultimi. Potrebbe d'altronde negarsi natura logica all'inferire teleologico-causale? Non pare affatto, così dunque, la complessità dell'argomentazione di Carcaterra ne costituisce anche il limite maggiore, sarebbe per converso sufficiente per discriminare l'analogia dall'interpretazione estensiva, limitarsi, a prescindere dalla distinzione tra casi semplici e casi difficili, ad un'analisi del testo di legge, oggetto ed al contempo limite ultimo dell'interpretare.

## II.VII.7 Analogia ed interpretazione estensiva: *la posizione di Engisch*

In questi termini pare doveroso richiamare Karl Engisch<sup>399</sup>, l'autore sostiene che l'analogia entri in gioco solo in una fase susseguente rispetto all'interpretazione, anche « dopo l'interpretazione estensiva»; prosegue poi: « se ora per esempio, si stabilisce per l'interpretazione la regola che essa trovi il proprio limite dove il possibile senso letterale non riesce più a coprire una decisione giuridica (Heck dice: « il limite delle ipotesi di interpretazione è il possibile senso letterale»), a tale limite inizia la ricerca di una conclusione analogica». Dunque potrà dirsi che criterio discretivo tra analogia ed interpretazione sia esattamente il diverso modo

---

<sup>399</sup> K.ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p.238.

di relazionarsi con la norma, laddove questa la trascende nel suo contenuto e nei suoi possibili significati, mentre quella la sviluppa fino alla massima estensione pur rimanendovi sempre all'interno. Così è lapalissiana la *ratio* per cui Engisch addivene ad una esclusione dell'analogia dal "normale" o "canonico" processo interpretativo. In questi termini, non si potrà estendere la responsabilità per danni causati dai quadrupedi<sup>400</sup> anche a quelli cagionati dagli struzzi, o meglio, non si potrà farlo in via interpretativa, poiché in alcun modo il termine "*quadrupedes*" potrà estendersi fino a ricompredervi gli struzzi che sono "*bipedes*". La limpidezza e brevità del ragionamento di Engisch sono indissolubilmente collegate con una stringente forza concludente, nessuna distinzione tra casi più o meno complessi, *sic et simpliciter* l'opera di discriminazione deve basarsi sul testo, non invece su aprioristiche partizioni o, peggio ancora su discettazioni sofistiche mascherate con veste di logica.

### **II.VII.8** Analogia ed interpretazione: *Donini ed il rapporto tra analogia ed interpretazione estensiva, il paradigmatico caso Kreml*

Donini<sup>401</sup> riconosce piena legittimità al canone ermeneutico dell'interpretazione estensiva, così l'autore: «l'interpretazione estensiva è un dato costante dell'ermeneutica penale anche di parte speciale». Tale asserzione d'un lato per fugare dubbi sulla legittimità dell'int. estensiva, che pure si sono appalesati nella dottrina degli ultimi anni<sup>402</sup>, dall'altro per rimarcare l'impossibilità di adottare un qualsivoglia espediente di tecnica legislativa al fine di eliminare la frammentarietà del diritto penale, essendo questa (elemento) caratterizzante ontologicamente lo

---

<sup>400</sup> Esempio già citato precedentemente. (Paolo, Dig., Tit. I)

<sup>401</sup> M.DONINI, *Europeismo Giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011.

<sup>402</sup> Su tutti QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in commentario del codice civile, Bologna, 1974. Ricorda anche proposta di riforma parlamentare.

stesso. Donini ha il merito di sceverare l'interpretazione estensiva "errata" dall'analogia, troppo spesso si ricorre, secondo l'autore, impropriamente al termine in questione (analogia), anche in casi nei quali il procedimento ermeneutico adottato nulla abbia a che vedere con l'inferire analogico. Così ben si addice alla sentenza SS.UU. Kremit<sup>403</sup> il monito: « un'interpretazione sbagliata non è analogica solo perché estende la punibilità». Quivi le Sezioni Unite derogando ad un consolidato, seppur non uniforme, orientamento giurisprudenziale, hanno ritenuto sussistente il reato di detenzione di stupefacente a fine di spaccio (art. 73 d.p.r. 9 Ottobre 1990 n.309) anche qualora oggetto di detenzione sia un quantitativo di sostanza stupefacente (così da riscontro tabellare) privo di efficacia "drogante", in ragione della insufficiente percentuale di concentrazione di principio attivo.

Nel caso di specie il quantitativo detenuto dal Kremit (0.0781 g) aveva una concentrazione di principio attivo pari a 13.4 mg. di eroina, mentre il quantitativo minimo di sostanza stupefacente pura per poter essere definita "drogante" si attesta a 25-30 mg. Al di sotto di tale soglia, il quantitativo di sostanza sarebbe indifferibile da definirsi "inerte", dunque non rilevante ai fini della configurazione del reato in esame e privo di rilevanza penale sulla base del principio di "inoffensività". Fuori di dubbio come colto da Donini, v'è stata nel caso Kremit, un'estensione della fattispecie incriminatrice, la soglia di punibilità è stata notevolmente estesa colà dove prima v'era il penalmente irrilevante, ridefinendo così i contorni della condotta punibile, del lecito e del penalmente illecito. Riconnettere tuttavia tale *extensio* all'analogia sarebbe improprio e non conseguente, le Sezioni Unite hanno giustificato la pronuncia in base ad una necessità di assicurare il perseguimento del fine ultimo della normativa vigente, ovverossia: « il combattere il mercato della droga al fine ultimo di espellerlo dal circuito nazionale per la tutela sia della salute pubblica, sempre più compromessa dalla diffusione di sostanze stupefacenti, sia della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico.» L'estensione in

---

<sup>403</sup> SS.UU. 21 settembre 1998, Kremit, n.9973.

esame è errata, nella misura in cui si sanziona una condotta non solo non conforme a quella prevista dalla fattispecie, ma in più priva di quel grado di “offensività” necessario, costituzionalmente, per giustificare la risposta punitiva statale. Quivi dunque alcuna “analogia”, bensì semplicemente mera interpretazione estensiva su base teleologicamente orientata, interpretazione però *contra legem*. Manca d'altronde come notato da Donini, qualunque intento integrativo di lacune, intesa l'analogia come strumento integrativo e tralasciando dissertazioni in materia di creazione o interpretazione, si potrà pacificamente escludere di essere in presenza di analogia laddove *manchi il presupposto peculiare di questa*, ossia *la lacuna stessa*. Ebbene dunque l'autore ha il merito del tutto peculiare, di non legittimare *tout court* l'analogia, né al pari di Bobbio di ammetterne la totale cittadinanza nel diritto penale, bensì quello, di sceverare tra analogia e *criptoanalogia*, ossia interpretazione estensiva mascherata da analogia o viceversa. Ciò rappresenta un grave *punctum dolens*, poiché, come già osservato con particolare diffusività, l'interpretazione estensiva non costituisce solamente un particolare canone ermeneutico, bensì un possibile espediente per aggirare il divieto di analogia di cui all'Art.14 prel. Più precisamente a porre in serio pericolo la riserva di legge non saranno più le analogie palesi o dichiarate<sup>404</sup> tali, ma assai più pericolosamente, quelle manifestantesi con il volto travisato da interpretazione estensiva. L'analogia trova spazio nel diritto penale, limitatamente alle disposizioni favorevoli ed alle norme non eccezionali (c.d. *analogia in bonam partem*), al contrario vietata è l'applicazione analogica di norme incriminatrici (c.d. *analogia in malam partem*). Lo scopo ad essa connaturato, a prescindere dalla definizione, come detto, è quello di colmare le lacune che di volta in volta si presentino all'interprete; questa “figura” come abbiamo visto presuppone dunque un vuoto normativo, nonché l'impossibilità di interpretare diversamente la legislazione esistente. La conseguenza, è la necessità di una norma nuova, « essa implica pertanto un'integrazione del diritto non dall'interno della disposizione, ma

---

<sup>404</sup> Invero mai.

pur sempre dall'interno dell'ordinamento mediante autointegrazione.»<sup>405</sup> Siamo di fronte in questo caso ad un'attività non meramente “interpretativa”, come detto la disposizione oggetto della pretesa interpretazione viene *trascesa*, così dunque si dovrà ammettere la normopoiesi, la quale nel diritto penale deve essere esclusivamente legislativa, in base alla riserva di legge assoluta ex art. 25 Cost. Ecco dunque la *ratio* del divieto di analogia e parallelamente *il discrimen* tra analogia ed interpretazione estensiva, di qui la precisazione: « l'analogia suppone un interprete onesto, ma in diritto penale solo un interprete disonesto può compierla consapevolmente.», «il diritto penale, perciò, è il settore dove nessuno ammette (neppure a se stesso) di fare analogia, soprattutto quando la sta praticando»<sup>406</sup>. Cosa muove tuttavia l'interprete disonesto? Cosa viene avvertito come preminente rispetto all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini? La risposta è da individuarsi nel consenso popolare ottenuto mediante il ricorso a decisioni giudiziali favorevoli per le vittime, sebbene ermeneuticamente illecite; si tratta della c.d. «ermeneutica di lotta», che poco ha da invidiare al sistema della Santa Inquisizione, alcuna garanzia per l'imputato, alcuna certezza della sanzione punitiva, o meglio, incerta è l'entità della sanzione, incerta è l'ampiezza del penalmente illecito e del penalmente lecito, certa è per converso è la volontà del giudicante di reprimere e di utilizzare le norme incriminatrici come “armi”.

Posti, i fini, poste le cause e posto il mezzo, ossia un interprete *disonesto*, dovrà ora individuarsi un criterio discretivo che permetta di distinguere l'analogia, dall'interpretazione estensiva, per quanto sia possibile, a prescindere da qualsivoglia aprioristica definizione, che, come abbiamo visto, può essere fallacemente posta, ovvero, posita per far cadere in fallacia. Donini, considera quale possibile “spia” di individuazione delle analogie il «bisogno di dare una risposta a una domanda di giustizia», e ancora nelle « esigenze di lotta contro un fenomeno giuridico di grande portata, che conduca ad accentuare la

---

<sup>405</sup> M.DONINI, *op.cit.*, p.106.

<sup>406</sup> M.DONINI, *op.cit.*, p.107.

plurioffensività del reato e dunque a moltiplicare i beni giuridici protetti.»<sup>407</sup> La tesi sovraesposta è indubbiamente logico portato di un particolare percorso dell'autore e delle sue esperienze professionali, si può denotare infatti il non essersi arrestato a mere discettazioni di natura teorico-dottrinale, ma un argomentare e concludere attraverso costanti riferimenti alla giurisprudenza, una giurisprudenza che viene sì analizzata nonché criticata in ragione delle sue manifestazioni esteriori, ma parimenti, dall'interno, con fatale colpo di fioretto, viene colta in una delle sue più gravi degenerazioni e pulsioni, la deriva giustizialista.

### **II.VII.9** Analogia ed interpretazione: *Tarello, il discrimen tra analogia ed interpretazione estensiva*

Giovanni Tarello<sup>408</sup> dopo aver felicemente esposto la struttura del ragionamento analogico, così argomentava: « negli impieghi giuridici, l'argomento analogico è presto divenuto uno schema basato non già su due coppie di membri, bensì su una serie di tre soli membri: cioè è divenuto un argomento per cui, posti due termini collegati tra loro da una somiglianza rilevante (appunto «analogia»), si deve attribuire anche al secondo termine, il predicato o meglio, la disciplina giuridica del primo termine. In tal modo, l'analogia negli usi giuridici si presenta come se fosse risolubile in due rapporti di identità:  $p$  è  $A$ , anche se  $q$  è  $A$  ( $A$  è l'elemento che accomuna  $p$  e  $q$ ); cosicché, se  $p$  è  $Z$  anche  $q$  deve essere  $Z$ .» L'autore procedeva poi a riflettere sulla natura dell'argomento analogico nel diritto: « In questi usi giuridici, lo schema dell'analogia è argomento produttivo di norme nuove solo in quanto lo si consideri come volto ad asserire l'esistenza di una

---

<sup>407</sup> M.DONINI, *op.cit.*, p.113.

<sup>408</sup> G.TARELLO, *l'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

norma che  $q$  è  $Z$  mentre esisteva solo la norma che  $p$  è  $Z$ ; ma se lo si considera come un argomento *interpretativo* di un enunciato «  $p$  è  $Z$  » esso appare come una *estensione* del vocabolo rappresentato da  $p$  a coprire anche  $q$ , in modo da attribuire all'enunciato normativo «  $p$  è  $Z$  » il significato normativo che  $p$  e  $q$  sono  $Z$ »<sup>409</sup> Tarello, coglie dunque la duplice possibilità di intendere la natura del procedimento analogico, ora in guisa di interpretazione, ora in guisa di creazione; tuttavia la posizione dell'autore par piuttosto indirizzata verso la prima linea di pensiero, così appunto : « (l'*argumentum a simili*) Ora, nella nostra cultura, [...] funziona come regola (e relativo argomento) di interpretazione [...]»<sup>410</sup>. In realtà tale tesi discende da una mancata sceverazione tra analogia ed interpretazione estensiva, di qui si giunge erroneamente ad identificarle. L'analogia non è pura interpretazione, quantomeno non nel diritto penale, bensì comporta un *quid pluris*, è integrazione, *rectius*, sviluppo della norma oltre il testo di legge, fino ad esorbitarlo. Non vale dunque denegare il distinguo citando Bobbio, né tanto meno sarà sufficiente limitarsi a sostenere la creazione dell'interpretazione estensiva quale figura ermeneutica, con fini meramente utilitaristici ed elusivi del divieto ex. Art. 14 Prel. Interpretazione estensiva ed analogia sono figure distinte che necessitano discriminazione, così come la creazione e l'interpretazione rappresentano due attività con fini divergenti. Si potrà tutt'al più asserire che l'analogia presupponga l'interpretazione, e di qui la conoscenza della lacuna, *contra*, nel momento in cui l'analogia interviene estendendo la disciplina dal caso contemplato a quello non contemplato, *trascende* la mera interpretazione, travalicando parimenti la norma, dunque avremo *pura creazione*<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> G.TARELLO, *op.cit.*, p.354.

<sup>410</sup> G.TARELLO, *op.cit.*, p.351.

<sup>411</sup> Di una nuova fattispecie.

## II.VII.10 Analogia ed interpretazione: *Quadri, il rapporto tra Analogia ed interpretazione estensiva ed il progetto di revisione costituzionale Boato*

Dalle considerazioni sovra-esposte si può notare quanto problematico sia nella prassi distinguere tra analogia ed interpretazione estensiva, così sovente accade che il giudice tenti di fondare il sillogismo giudiziale su una pretesa interpretazione estensiva, al solo fine di aggirare il divieto di analogia. In questi termini ben si comprende la *ratio* della tesi di Quadri<sup>412</sup>, questi è giunto ad escludere l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva nel diritto penale, così' asserendo: « Trattandosi di norme incriminatrici, occorre reagire contro l'attuale orientamento della nostra giurisprudenza e dottrina, favorevole alla interpretazione *estensiva*. L'interpretazione estensiva della norma penale incriminatrice implica che *si deduca* dallo scopo una fattispecie più ampia, più ricca, di quella descritta (*lex minus dixit quam voluit*). Ora non sembra dubbio che l'art. in esame delle Preleggi (14) e l'articolo I cod. pen. impongano una interpretazione testuale, una interpretazione corrispondente al momento puramente descrittivo o rappresentativo.»<sup>413</sup>. Quadri fonda le proprie argomentazioni richiamando i dettami di un ulteriore orientamento giurisprudenziale in materia di diritto eccezionale, così esemplificato dal Ravà : « Nel caso del diritto eccezionale si tratta di norme che vanno contro il principio di uguaglianza di tutti i cittadini: e quindi tali norme devono essere considerate con diffidenza dall'interprete, e il magistrato deve applicarle meno che può. Perciò egli potrà farne una *interpretazione restrittiva*, se è il caso, ma non mai *un'interpretazione estensiva*.»<sup>414</sup> Questo orientamento trova poi sostegno in una interpretazione strettamente letterale dell'art. 14 Prel., laddove appunto in materia di norme eccezionali e penali, il legislatore sancisce che quelle « *non si estendono*

<sup>412</sup> R.QUADRI, *Dell'interpretazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, Bologna, 1974.

<sup>413</sup> R.QUADRI, *op.cit.*, p.298.

<sup>414</sup> RAVÀ, *Istituzioni*, p.100.

oltre i casi ed i tempi in esse espressi», dunque, anche l'interpretazione estensiva, non solamente l'analogia, sarebbe, secondo l'autore, da vietarsi. A riguardo si esponga la proposta di riforma contenuta nella IV bozza Boato, questa manifestava la pretesa di costituzionalizzare il divieto di interpretazione estensiva in materia penale, modificando così l'art. 111 Cost. :« Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo»<sup>415</sup>. Come osservato da Fiandaca, l'obiettivo ultimo della riforma era quello di ricondurre l'organo giudiziale ad un agire e decidere prevedibile, rinsaldare la natura del diritto penale quale *extrema ratio*, nonché, il riaffermare il principio di sussidiarietà. Per far ciò il testo Boato propone di ricondurre il giudice ad una interpretazione restrittiva delle norme penali, strettamente letterale, in modo tale da imbrigliarne possibili esiti creativi. Ora, l'interpretazione estensiva è considerata dalla dottrina largamente maggioritaria e così anche dalla giurisprudenza (tanto appunto da essere utilizzata quale espediente per mascherare analogie) un canone ermeneutico pienamente legittimo, l'escluderne l'ammissibilità avrebbe ripercussioni di vario tipo e non tutte desiderabili. Se d'un lato probabilmente si ridurrebbero al minimo storico gli arbitri del giusdicente, dall'altro, dimentichi della natura frammentaria del diritto penale, si assisterebbe ad un incolmabile e crescente vuoto di tutela. L'interpretazione estensiva non può non considerarsi quale strumento per porre rimedio al polimorfismo del reale, l'impossibilità di prevedere tutte le ipotesi criminose trova quale valvola di sfogo esattamente l'interpretazione estensiva. Fiandaca censura la proposta di riforma in esame, ritenendo in primo luogo anacronistico voler ancorare l'interpretazione alla sola lettera, in chiave dunque positivista, dall'altro l'escludere un *minimum* di creatività nell'attività interpretativa è, secondo l'autore, pura utopia. Meritevole di menzione è altresì la lucida e diffusiva analisi che Donini<sup>416</sup> compie in riferimento all'art. 129 della

---

<sup>415</sup> In *Foro it.* 1997, Parte V.

<sup>416</sup> M.DONINI, "L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997", in *Critica del diritto* 1998; ID. in "Alla ricerca di un disegno", CEDAM, 2003.

bozza di revisione costituzionale; l'autore vagliando le intrinseche connessioni tra i commi II e III dell'art. 129 della bozza rileva più di una incongruenza. In particolare, pur ritenendo condivisibile il comma secondo («non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività»), il quale s'ispira chiaramente all'ideale del diritto penale "minimo", ovvero al principio di sussidiarietà, ciò presupporrebbe un modello di magistratura dotato di ampia discrezionalità<sup>417</sup>, modello che tuttavia non coincide affatto con quello prospettato dal comma terzo («le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo»). Ebbene Donini, concentrando qui l'analisi al terzo comma, censura il preteso divieto di interpretazione estensiva così argomentando: «*si tratta di una norma ambigua, se intende vietare l'interpretazione estensiva che si spinga oltre i limiti di quella teleologica e sistematica: perché lascia supporre («le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo») che analogia e interpretazione estensiva vietata siano nozioni distinte, anziché sinonimiche. Ma oggi nessuno è in grado di distinguere l'analogia vietata dall'interpretazione estensiva parimenti vietata»*<sup>418</sup>. L'autore ben coglie i limiti di tale previsione legislativa, il sanzionare l'int. estensiva non ostacolerebbe l'interprete *disonesto* dall'applicare la norma mediante *criptoanalogia*, a cambiare sarebbe il *nomen*, non più *interpretatio estensiva* bensì mera interpretazione teleologica<sup>419</sup>. Passando alla *pars construens* l'autore mutua in parte la tesi di Contento, sostenendo l'opportunità di creare un organismo parlamentare *ad hoc* avente funzione di controllo in ordine ad eventuali interpretazioni analogiche *in malam partem*

---

<sup>417</sup> Tanto dal non sanzionare condotte formalmente conformi alla fattispecie incriminatrice poiché prive di efficacia lesiva di interessi rilevanti.

<sup>418</sup> Si condivide l'equiparazione tra analogia vietata ed interpretazione estensiva vietata, d'altronde l'int. Estensiva cessa di essere lecita nel momento in cui porta ad un travalicamento della massima area di estensibilità semantica del testo normativo. Così posta l'identica base razionale tra int. estensiva ed int. analogica (*ratio legis*), si dovrà forzosamente concludere che l'interpretazione estensiva "vietata" non sia altro che l'analogia.

<sup>419</sup> A tale critica si aggiunga il rilievo inerente l'eventuale ritorno ad una prassi interpretativa che vede il giudice fortemente privo di autonomia dalla *littera legis*.

appalesatesi nel diritto vivente. Di qui la Corte Cost. in seguito alla questione di legittimità sollevata da tale organismo, vagliatane la fondatezza, potrebbe dichiarare l'illegittimità dell'orientamento, vincolando così la magistratura ad un *revirement* forzato. Donini in tal modo propone un superamento del conflitto tra poteri insito nel divieto di analogia, d'altronde la coincidenza del controllore e del controllato non favorisce una piena vigenza del divieto in parola.

Posto che ritengo censurabile la proposta di riforma per le ragioni sovra-esposte, ritengo inoltre non veritiero considerare immanente nel procedimento interpretativo l'elemento creativo; *sine dubio*, v'è la componente soggettiva, ben definita da Schleiermacher e negata da Betti (tentativo di oggettivizzare), tuttavia il fatto stesso che l'interpretazione sia attività servente ed ancillare rispetto alla normopoiesi presuppone una differenza di genere. D'altronde qualora l'interpretazione comportasse sempre creazione, come discriminare tra analogia ed int. estensiva? Come potrebbe inoltre garantirsi la tutela della riserva di legge e del principio di legalità? Dunque posta l'assoluta illogicità di un ritorno al preteso positivismo interpretativo, si neghi la validità della proposta Boato; priva di meritevolezza è anche la stessa tesi di Quadri, è infatti errato sostenere che l'interpretazione estensiva comporti la deduzione dallo scopo della norma esaminata di « *una fattispecie più ampia, più ricca, di quella descritta* ». L'errore fatale risiede nel ritenere che l'int. estensiva vada al di là del testo di legge, quando invece questo ne costituisce un limite tipico ed invalicabile. L'estensione v'è indubbiamente, si tratta dell'*extensio* di significato dei termini impiegati, il tutto in ragione della *ratio legis*, questo non può negarsi, tuttavia il caso “non contemplato” *expressis verbis* rientra nell'area di significanza del testo, dunque la fattispecie dedotta mediante una *interpetatio extensiva* non può dirsi concretamente “non descritta” nella norma. Allo stesso modo la citazione del Ravà non soccorre Quadri, il primo infatti disquisisce in tema di diritto

eccezionale, tuttavia concepire il diritto penale quale diritto eccezionale è fallacia alquanto risalente<sup>420</sup>.

### II.VII.11 Analogia ed interpretazione: *la posizione di Rinaldi*

Un'analisi sintetica, ma al contempo estremamente funzionale è quella di Rinaldi<sup>421</sup>, così la giurista: « entrambi i procedimenti (analogia ed int. estensiva) sono infatti diretti ad individuare il contenuto di una norma giuridica più ampio rispetto a quello che risulterebbe, a prima vista, dal significato semantico delle parole usate dal legislatore.»<sup>422</sup> Posta l'efficacia simile, altrettanto similare è il *modus operandi*, in entrambi i casi, infatti, l'*extensio* avviene sulla base di una *eadem ratio*, fondamento stesso del ragionamento per analogia. I criteri individuati dall'autrice per distinguere le due figure, riguardano ora i *limiti*, ora l'*ambito* in cui operano, così l'interpretazione estensiva trova un limite invalicabile « nei possibili significati dell'espressione usata dal legislatore », rimanendo dunque circoscritta all'interno della disposizione di legge. L'analogia, per converso, si muove invece all'esterno, ossia « verso la produzione di una nuova disposizione in base ad un principio comune alla norma già posta ed alla norma da porre, *distaccandosi dai possibili significati etimologici della formula legislativa.*» Rinaldi coglie perfettamente, come il *discrimen* tra analogia ed interpretazione estensiva non sia e non possa essere meramente quantitativo o di grado, la divergenza è ulteriore. La prima (analogia) giungendo ad estendere la normativa *in consimili casu* oltre la soglia testuale, determina la creazione di una nuova fattispecie, atteggiandosi con canoni di arbitrarietà difficilmente

---

<sup>420</sup> Rocco ed il tecnicismo giuridico propugnavano una interpretazione letterale *strictu sensu* concependo le norme penali *diritto eccezionale*.

<sup>421</sup> R.RINALDI, *Le fonti del diritto penale, in Sulla potestà punitiva dello stato e delle regioni*, Milano, 1994.

<sup>422</sup> R.RINALDI, *op. cit.*, p.8.

monitorabili; la seconda, per converso, procede sì, anch'essa mediante *eadem ratio*, ad una estensione della norma e della sua disciplina, tuttavia non trascende il testo, dunque rimanendo nell'area dei possibili significati linguistici, *non crea ma interpreta*. Così Rinaldi :« Pertanto se da una parte la funzione del primo procedimento è meramente interpretativa, rappresentando lo stesso una specie di interpretazione dichiarativa, dall'altra parte l'analogia svolge senza dubbio una funzione integratrice del diritto.» Si aggiunga per fugare dubbi di sorta, come l'integrazione sia in questa circostanza non mero sviluppo del diritto esistente, bensì poiesi. Un altro aspetto interessante nella tesi in corso di esposizione, inerisce le possibili sovrapposizioni tra analogia ed int. estensiva, così, laddove la norma risulti edificata in «termini rigidi», il tentativo di *extensio* rischierebbe di sfociare in analogia (non essendo possibile attribuire ulteriori significati ai termini impiegati); invece, qualora la fattispecie astratta risulti formulata in modo da lasciare margine ad altri possibili significati ( pur nel rispetto di una sufficiente determinatezza), un'eventuale estensione sfocerebbe presumibilmente nell'interpretazione estensiva. Da queste ultime considerazioni si rileva, come un intensivo ricorso ad una tecnica di formulazione delle fattispecie criminose in chiave rigida, non costituisca affatto un espediente per impedire “facili analogie”, anzi ne rappresenta paradossalmente proprio il presupposto. Laddove la disposizione sia stata costruita in guisa “rigida”, tale da non ammettere l'attribuzione di plurimi ed alteri significati, qualunque tentativo di estenderne la portata risulterà *ultra litteram*, ossia analogico. Dunque, una tecnica legislativa ossessionata dalla determinatezza, dalla riproduzione casistica, non solo rischierebbe di compromettere la tutela dei consociati, lasciando vuoti profondi ed eterogenei di tutela, ma parimenti pregiudicherebbe la possibilità di sviluppo della disposizione in via interpretativa, qualsivoglia tentativo di estensione, costituirebbe analogia vietata<sup>423</sup>. Soluzione possibile ed efficace per contrastare il

---

<sup>423</sup> Quindi si osservi, è veritiero asserire che una tecnica normo-poietica estremamente puntuale, determinata, potrebbe contrastare il ricorso all'analogia; altrettanto vero è tuttavia, che si verrebbe a limitare fortemente qualunque possibilità di interpretare la disposizione, rischiando

ricorso all'analogia, non sia dunque una esasperata rigidità delle fattispecie, bensì una "sufficiente determinatezza", la *metriotes* pare dunque la soluzione migliore.

### II.VII.12 Analogia ed interpretazione: *Contento, i rapporti tra analogia ed interpretazione estensiva*

Gaetano Contento<sup>424</sup> definisce l'interpretazione estensiva «normale (e) corretta interpretazione, cioè una interpretazione osservante dei canoni metodologici fissati, in generale dall'art. 12, comma 1° delle preleggi. Non diversa, in sostanza- sul piano logico- dall'interpretazione restrittiva, con la quale, paradossalmente, finisce per coincidere, poiché, in entrambi i casi, l'interprete giunge a dichiarare sempre (e soltanto) la originaria *voluntas legis*, senza apportarvi alcuna «integrazione», e tanto meno alcuna eterointegrazione»<sup>425</sup> Dunque, condivisibili paiono gli esiti cui Contento addiuvine, meno condivisibile è il ricorso alla "voluntas legis" per sceverare l'interpretazione estensiva dall'analogia. La legge non ha volontà, tutt'al più ci si può riferire all'*intentio legislatoris*<sup>426</sup>, ma comunque si commetterebbe un errore, è un sofisma l'asserire che il legislatore avesse noti *ab origine* tutti i plurimi significati del testo di legge, tutte le possibili implicazioni e dunque, avesse come nota *in toto* la portata attuale e futuribile della norma. Fuor di dubbio, l'interpretazione pura e semplice non integra e non crea, ma allo stesso modo non si limita a dichiarare un'iperuranea "volontà della legge"

---

.conseguenzialmente di bollare come "analogia" vietata qualsivoglia tentativo di ampliare la portata della norma, portando così ad un florilegio di "analogie". Dunque, par vero che il rispetto integralistico del principio di determinatezza possa portare ad un ostracismo dell'analogia dal diritto penale, ma al contempo si rischierebbe di esiliare anche l'interpretazione non meramente letterale, precludendo sviluppo e vitalità alla norma.

<sup>424</sup> G.CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M.Stile, Jovene Editore, Napoli, 1991.

<sup>425</sup> G.CONTENTO, *op.cit.*, p.7-8.

<sup>426</sup> Per una critica al c.d. *intenzionalismo*, F.VIOLA-G.ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, p.242 ss.

o “volontà del legislatore”. Questa interpretazione “basica”, *rectius*, coglie l’ampiezza dell’area di significanza della disposizione, svolgendo una funzione sì dichiarativa, ma parimenti attributiva, l’attribuzione di un significato che tuttavia deve rientrare nella massima *extensio* del testo e delle sue possibili accezioni; qualora il dettato normativo venga espanso ermeneuticamente non travalicando i possibili significati semantici della disposizione, si parlerà correttamente di int. “estensiva”.

Contento prosegue nella sua dissertazione: « E proprio ciò spiega- e giustifica- perché la c.d. interpretazione estensiva, oltre che essere sempre possibile, anche senza bisogno di alcuna esplicita autorizzazione, è, anzi, *sempre doverosa*, precisamente perché, per talune norme, a causa della loro imperfetta formulazione linguistica, essa è l’unica interpretazione corretta, quindi l’unica interpretazione *tout court*.»<sup>427</sup>. L’autore addiviene ad una concezione problematica di int. estensiva, giungendo ad estremizzarne la portata; questa troverà per converso applicazione ove risulti logicamente possibile, come detto l’int. estensiva presuppone la presenza della *identitas rationis*, elemento che ne costituisce altresì il primo limite<sup>428</sup>, dunque non è corretto asserirne una sempiterna ed ubiqua valenza. In secondo luogo, in caso di norme che presentino una «imperfetta formulazione linguistica», non è conforme al vero ritenere quale unica interpretazione possibile l’int. estensiva; spetterà all’interprete di caso in caso decidere a quali canoni ermeneutici appellarsi, perché mai escludere aprioristicamente il ricorso all’interpretazione restrittiva? A maggior ragione in presenza di termini ambivalenti e di disposizioni dai contorni fumosi pare piuttosto utile agire in prima istanza con fini ricognitivi della lettera, ricercare la *ratio legis* e solo in una fase ulteriore decidere sulla portata della norma. Qualora si ponga un raffronto tra analogia ed interpretazione estensiva quali possibili rimedi ad una eccessiva farraginosità della *legis dispositio*, solo allora sarà

---

<sup>427</sup> G.CONTENTO, *op.cit.*, p8 e ss.

<sup>428</sup> Il secondo come già ripetuto in modo ormai torrenziale, sarà il testo di legge e la sua area di significanza.

possibile definire l'interpretazione estensiva come "doverosa" o "l'unica interpretazione", poiché il rapporto verterebbe su termini disomogenei, esorbitando l'analogia l'area dell'ermeneutica. Contento, al limine della sua trattazione si dedica ad una enumerazione di casi giurisprudenziali che Di Giovine<sup>429</sup> non faticherebbe a definire "complicati", ciò che l'autore argutamente coglie, è il distinguo tra l'analogia e l'interpretazione, caratterizzato da plurimi risvolti problematici. Colà dove molti dubbi definitivi si sono insinuati, l'interprete definito da Donini "disonesto" sfrutta l'incertezza ed utilizza l'interpretazione estensiva quale mero espediente per nascondere l'applicazione analogica di norme incriminatrici. Così l'autore cita, tra gli altri, il caso dell'art 734 c.p.<sup>430</sup>, fuor di dubbio non siamo in presenza di una fattispecie ad alto grado di determinatezza, ma di certo è da ritenersi inammissibile un'applicazione della fattispecie in presenza di comportamenti alteri ed eterogenei rispetto al «costruire» ed al «demolire», quali ad esempio quelli meramente omissivi. Ragionando in tal guisa si ricorre, è manifesto, ad una analogia vietata ex art. 14 prel., d'altronde l'equiparazione a fini sanzionatori della condotta omissiva a quella commissiva, descritta in fattispecie, può avvenire solo sulla base della *eadem ratio*, senza alcuna connessione testuale, dunque sarebbe da definirsi analogia *in malam partem*.<sup>431</sup> Sia questo un caso esemplare di distorsione interpretativa, un esempio di come l'interprete, per perseguire scopi di presunta "giustizia", tradisca l'ermeneutica violando le norme sull'interpretazione<sup>432</sup>, finendo così per pregiudicare i diritti

---

<sup>429</sup> O.DI GIOVINE, *op.cit.*, diffusamente.

<sup>430</sup> Art. 734 c.p: «Chiunque, mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità, è punito con l'ammenda da euro 1.032 a euro 6.197.»

<sup>431</sup> Rimando la trattazione compiuta alla seconda parte dell'opera.

<sup>432</sup> Una delle degenerazioni della prassi interpretativa viene definita da Contento, «interpretazione additiva», l'"*addere*", risiede appunto nell'includere nel novero delle condotte vietate, comportamenti totalmente eterogenei, così creando nuove fattispecie incriminatrici, il giudice-«interprete», compie scelte di politica criminale riservate esclusivamente al parlamento ex art. 1c.p e 25 Cost.

fondamentali dei cittadini. E' esattamente a ciò, a tale prassi vituperabile, che dedico la seconda parte del mio elaborato.

### Sezione storico-giurisprudenziale

#### **II.VIII La riforma del §2 del StGB: cenni introduttivi**

Con la novella del 28 giugno 1935 il regime nazista modificò il §2 del StGB, la modifica normativa è nota ai più quale “abolizione del divieto di analogia”, quindi come una sostanziale e normativizzata deroga al principio del “*nullum crimen sine lege*”. La precedente formulazione del §2 così riportava: « Un’azione può essere sottoposta a una pena, solo se questa pena era legislativamente stabilita prima che l’azione fosse commessa»; non troviamo nulla di eccezionale in questa disposizione, pare anzi essere la consueta ed ormai “canonica” affermazione di due principi cardine dello stato di diritto, ovvero: il *nullum crimen sine lege* ed il *nulla poena sine lege*.

La novella del 1935 così ha modificato il §2: « Viene punito chi commette un’azione che la legge dichiara espressamente punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Qualora nessuna precisa disposizione penale trovi immediata applicazione all’azione, l’azione stessa sarà punita secondo la legge, il cui pensiero fondamentale ad essa si attaglia nel modo migliore.»

## II.VIII.1 La riforma del §2 del StGB: *l'analisi di Nuvolone*

Nuvolone<sup>433</sup> nell'analizzare criticamente la riforma in esame, ha ben colto le strette connessioni con i caratteri peculiari di quello che Hannah Arendt<sup>434</sup> definì “regime totalitario”; la concezione massificata del popolo, la celebrazione del *volksgeist* quale parametro di liceità, l'uso ridondante del termine comunità al fine di rafforzare il sentimento di appartenenza, non poterono che avere palesi, nonché, manifeste ripercussioni nel diritto. L'affermazione dell'ammissibilità dell'analogia nel diritto penale, contrariamente a quanto accaduto nel regime Fascista<sup>435</sup>, discende propriamente dalla differente concezione del popolo. Mentre nella Germania hitleriana si suole parlare di “*Volksgeist*” e di “*Volkstaat*”, ad indicare una preminenza del popolo sul concetto di stato, Schmitt parla in merito di «superamento dello stadio statale»; nel regime fascista al contrario si ha un «apogeo dell'esperienza statale». Così Schem<sup>436</sup> in riferimento al distinguo ora esposto: « in conseguenza della dottrina che la legge non è come presso di noi espressione della coscienza giuridica della comunità del popolo, ma espressione dell'autorità dello Stato, e , logicamente, che non esiste alcuna distinzione fra giustizia formale e giustizia materiale, deriva necessariamente un divieto dell'analogia; infatti il giudice che volesse punire oltre i limiti della legge, si assiderebbe al posto del supremo potere dello Stato, vorrebbe dare espressione egli stesso all'autorità dello Stato e, con questo, urterebbe contro il principio governativo, rappresentato dal fascismo molto più vigorosamente che dal Nazionalsocialismo».

Ecco quindi la dicotomia, colà dove lo Stato sia legislatore, e ne rivendichi le assolute prerogative, non potrà esservi alcuno spazio per l'analogia, così

---

<sup>433</sup> P.NUVOLONE, *La riforma del §2 del codice penale germanico, in Rivista Italiana di diritto penale, 1938.*

<sup>434</sup> H.ARENDT, *Le origini del Totalitarismo*, Torino, 2004.

<sup>435</sup> ARENDT, distingue il fascismo dal regime fascista e da quello comunista, definendolo “autoritario”, mancando taluni dei presupposti per poter essere qualificato “Totalitario”.

<sup>436</sup> P.NUVOLONE, *op.cit.*, p.534, cita: J.SCHEM, *Die analogie* in *Strafrecht*, Breslau, 1936, p.147-148.

avendone compreso il carattere creativo, gli autori tedeschi negarono con fermezza che il giudice potesse ricorrervi senza travalicare le proprie competenze, sconfinando dunque in quelle del legislatore. Al contrario, laddove venga affermata la preminenza concettuale e fattuale del «menschen», si dovrà ammettere l'analogia nel diritto, questa troverebbe infatti la propria fonte di legittimazione, nonché linfa primigenia e vitale, nel «sentimento del popolo». Dunque qualora le leggi statali non abbiano provveduto a sanzionare comportamenti confliggenti con il sano sentimento popolare, il giudice in nome della «giustizia materiale» dovrà sanzionare tali condotte, attraverso l'applicazione analogica delle norme esistenti. Nonostante tale affermazione di preminenza del popolo, si badi bene non casuale data l'origine storica del nazionalsocialismo e la necessità di rinsaldare i legami sociali<sup>437</sup>, lo Stato, osserva Nuvolone, non perde rilevanza, ecco quindi espliciti gli amplissimi poteri attribuiti al Fuhrer. Il Fuhrer è guida del popolo tedesco, guida politica, militare ed altresì spirituale, si concepisca in guisa traslata la teoria esposta da Gentile<sup>438</sup>, l'accentramento dei poteri, delle funzioni non poté non comprendere l'attività normo-poietica. Di qui con stile arcaico di fatta non meramente autoritaria, bensì imperiale e principesca si asseriva: «Volontà del Fuhrer e diritto hanno l'identico contenuto»<sup>439</sup>, «quanto più alta è la fiducia del gruppo da lui guidato, quanto più profondamente un Fuhrer è radicato nello spirito del popolo, tanto più la sua volontà sarà fonte di diritto.» Si potrà notare, alquanto agilmente, l'assonanza con il vetusto «*quod principi placuit, legis habet vigorem*», ciò che ha destato arrovellamenti, ed un almanaccare non sempre conseguente, è la possibilità di concepire in unitaria e razionale *imago*, d'un lato l'analogia derivante da esigenze pratiche e dal primato

---

<sup>437</sup> D'altronde in che modo sarebbe definibile Totalitario un regime, se non fosse in grado di abbracciare la larga maggioranza di una nazione, infondere i propri ideali nelle menti di plurime generazioni riunite sotto l'unico vessillo della svastica?!

<sup>438</sup> E.GENTILE, *Il culto del Littorio*. Roma, 2001. Gentile in tale opera studia la "liturgia" nonché il simbolismo interno al regime fascista, la celebre "fascistizzazione" che ha pervaso l'intera società in tutti i suoi meandri.

<sup>439</sup> H.HENKEL, *Strafrichter und Gesetz im Staat*, Berlin, 1934, in NUVOLONE, *op.cit.*

popolare, dall'altro il *Fuhrersprinzip* e le sue prerogative. Nuvolone critica la *communis opinio* degli scrittori germanici di allora, ovvero: l'asserito rispetto della volontà del Führer (unica fonte del diritto) anche qualora per esigenze pratiche e di politica criminale, in armonica connessione con il *gesunges Volksempfinden*, il giudice sanzioni analogicamente condotte non espressamente contemplate dalla disposizione scritta, travalicando così il "pensiero della legge". Tale tesi è ritenuta da Nuvolone altamente artificiosa, in alcun modo sarebbe possibile conciliare logicamente il *Fuhrersprinzip* e il principio dell'ammissibilità dell'analogia nel diritto penale<sup>440</sup>. Per comprendere la *ratio* sottostante l'abolizione del divieto di analogia, è necessario richiamare la "giustizia materiale" ed ovviamente il suo contraltare, ovvero l'antigiuridicità materiale, secondo Mezger<sup>441</sup> una condotta può essere definita *undrecht*, dunque antigiuridica, non solo laddove violi una data disposizione scritta, ma anche qualora sia «*incompatibile con la sana concezione del popolo circa quello che è secondo e quello che è contro il diritto*». Viene letteralmente ridisegnato il concetto di antigiuridicità, un comportamento può essere qualificato *contra legem* anche laddove manchi il secondo termine di paragone tipico (ovvero la stessa *lex*), si evince *ex se* come ciò rappresenti una svolta assoluta. Parallelamente alla antigiuridicità materiale abbiamo la giustizia materiale, la legge scritta permane quale mera guida per l'organo giudicante, il quale per soddisfare le sempre mutevoli esigenze di "giustizia" del popolo, potrà esorbitare la legge. Ecco quindi l'analogia, strumento non solo integrativo, ma di vera e propria *poiesis*, garante del divenire dell'*ordo juris* in guisa conforme alle richieste popolari di intervento sanzionatorio. Palese e prevedibile conseguenza è l'evoluzione in termini (questi sì) non prevedibili del diritto, d'altra parte tanto meno prevedibili saranno le decisioni del giudice. Mezger parla di diritto *extrapositivo* non come un *quid* di alternativo o escludente il diritto positivo, bensì

---

<sup>440</sup> P.NUVOLONE, *op.cit.*, p.538

<sup>441</sup> E.MEZGER, *Die materielle Rechtswidrigkeit im kkommenen Strafrecht in Zeit. D. Stw.*, 1936. In VASSALLI, *op.cit.*

quale suo necessario parallelo, questo avrebbe «valore identico a quello che avrebbe una legge, quando la legge non è stata emanata»<sup>442</sup>, in ordine alla fonte poi, quale altra se non *il senso giuridico del popolo?!* Per comprendere appieno le implicazioni di quanto detto, Franz<sup>443</sup> asseriva: «Il senso del diritto e quello della morale, s'accordano all'unisono nell'anima tedesca. Sarà pertanto compito dello stato formare e applicare in tal modo il suo diritto, da non disturbare quest'accordo tra diritto e morale, ma da renderlo anzi novamente chiaro e possente.» Ciò detto si potrebbe instaurare un facile parallelismo con la società romana delle origini, ove il diritto coincideva con i *mores maiorum*, tuttavia non si potrà aggiungere ad una censura di arcaismo null'altro. Non v'è infatti da stupirsi particolarmente di una cotale fisionomia, almeno non in un regime totalitario dove la morale e la religione rappresentano l'ossatura sulla quale poggia la struttura statale. Ben più meritevoli di attenzione sono le affermazioni che seguono: «...è punibile colui che manca gravemente contro quei doveri che egli ha come membro o come ospite della comunità del popolo tedesco», « il concetto di diritto è in armonia perfetto col senso del diritto che si trova nel popolo». Pertanto si deve evincere la totale fusione o meglio *confusione*, tra il diritto, la correlata concezione di giustizia ed il “torto materiale”, definendo quest'ultimo quale condotta *Undrecht*, non nel senso “canonico”<sup>444</sup>, bensì di *contrarietà al “sano sentimento del popolo”*; in questo modo si garantisce una pressoché illimitata espansione del diritto, senza confini e senza certezze, essendo il parametro del sentimento popolare mutevole ed incerto. Potenzialmente qualunque azione od omissione, seppur non tipizzata, sarà passibile di sanzione penale qualora il giudice la ritenga difforme dall'*idem sentire*, dunque, contrastante con i valori infusi nelle menti dalla propaganda nazionalsocialista. La riforma è quindi da leggersi in accezione ben più ampia di una mera “liberalizzazione” dell'analogia nel diritto penale, segna per converso

---

<sup>442</sup> P.NUVOLONE, *op.cit.*, p.539

<sup>443</sup> H.FRANZ, *Nationalsocialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, 1935. cit. Nuvolone, in *op.cit.*

<sup>444</sup> Ciò di confliggenza rispetto ad una norma incriminatrice.

un asservimento del diritto e della giustizia al codice morale del partito<sup>445</sup> ed alle sue esigenze di politica criminale; così sovente non si tratterà nemmeno di analogia<sup>446</sup> ma di interpretazione *tout court* inammissibile, logicamente ed ermeneuticamente scorretta, tanto da spingere in numerose casi la Corte Suprema del Reich a respingere i ricorsi del Pubblico Ministero od a riformare le sentenze delle corti inferiori. Non ci si stupisca delle conclusioni tratte dai giuristi germanici, poiché seppur con voce dissonante dalle altre, Carnelutti<sup>447</sup> nella medesima epoca, così affermava: « è vero che la pena si risolve in una notevole compressione [...], (tuttavia) che la libertà del cittadino abbia da essere tutelata più severamente di fronte alla pena che alle altre misure del diritto è soltanto un pregiudizio, anzi una superstizione. La superstizione sta secondo me, nel ritenere che i limiti della legge scritta abbiano da essere le colonne d'Ercole del diritto penale [...]. Non vi è alcuna vera ragione per la quale un atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale non possa essere punito; *la esigenza della certezza del diritto limita inesorabilmente la soddisfazione del bisogno di giustizia!*» Ritengo si possa pacificamente riconoscere che la commistione diritto-morale innervi ogni singola battuta di questo estratto; l'autore, invero uno dei più autorevoli, pare dimentico di come al di là del diritto non vi sia giustizia, qualora poi si voglia argomentare al pari di Antigone che esistono leggi ingiuste, si dovrà sceverare il “formalmente giusto” dal “moralmente o eticamente ingiusto”. Creonte in uniformità con il principio “*quod principi placuit habet legem vigorem*” disponendo che il corpo di Polinice rimanesse senza sepoltura, poneva una legge, così come Antigone contravvenendovi, ritenendola contraria alla morale ed al diritto degli dei (cosa se non morale o superstizione) agiva *contra legem* dunque in modo *ingiusto*. Questo per dire che il “giusto” e “l'ingiusto” sono termini alquanto variabili nell'intendimento, tuttavia, qualora li si voglia impiegare, pare che debbano esser

---

<sup>445</sup> Dell'unico partito, per questo totalitario.

<sup>446</sup> Mancando, per esempi il presupposto della *eadem ratio*.

<sup>447</sup> CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, In *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1935, p.114.

utilizzati in conformità alla loro radice linguistica. Così il “giusto” è ciò che è *secundum jus*, al pari potrà dirsi che “giustizia” vada intesa con la medesima accezione di conformità di un atto o comportamento al diritto<sup>448</sup>. Perciò concludo in guisa del tutto antinomica rispetto a Carnelutti, asserendo che oltre il diritto non v’è giustizia, che il bisogno di giustizia può risultare compiutamente e razionalmente soddisfatto solo nel diritto e mediante il diritto, in caso contrario il sanzionare una condotta, prescindendo da qualunque disposizione, al solo fine di perseguire un fittizio bisogno di “giustizia”, comporterebbe una concreta ingiustizia, instillando vieppiù nella prassi un precedente derogatorio alla legge.

Tornando al §2 :« Viene punito chi [...] *merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo* », cosa deve intendersi per *sano sentimento del popolo*? Secondo Lange<sup>449</sup> «il sentimento giuridico del popolo è l’umanizzazione legata al tempo dello spirito del popolo» - quindi qualcosa di oggettivo e universale: e perciò non occorre, per stabilirlo, fare nessun calcolo di maggioranza ma unicamente aver riguardo all’opinione di tutti coloro che pensano giustamente ed equamente». Pare per converso di poter negare tale oggettivizzazione del *Volksempfinden*, non è necessario d’altronde annoiare l’uditorio con un almanaccare fine a se stesso, basti per fondare la critica il denotare come un “sentimento” sia un quid di intangibile, non verificabile attraverso metodo scientifico, dunque un ché di altamente soggettivo. Si definisca il sentimento quale mera « *rappresentazione cosciente di eventi emotivamente significativi, e quindi percezione, esperienza soggettiva delle emozioni* »<sup>450</sup>. Mentre la dottrina tedesca maggioritaria assegnava una primaria importanza al sentimento popolare, quale seconda fonte di conoscenza del diritto, di differente avviso era Zimmerl, il quale collocava in primis il *Grundgedanke*, ovvero il pensiero fondamentale della legge che permane, secondo l’autore, unica fonte del

<sup>448</sup> Enc. Treccani, non casualmente l’atto o il comportamento per esser considerati giusti devono risultare conformi “al diritto positivo o al diritto naturale”; la disgiunzione per fugare dubbi di matrice giusnaturalista od obiezioni di tipo morale.

<sup>449</sup> H.LANGE, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat*, Berlin, 1934 , In Vassalli, *op.cit.*

<sup>450</sup> Enc.Filosofica Treccani, 2009.

diritto. Il giudice quindi in prima istanza dovrà verificare l'estensibilità analogica del pensiero della legge poi verificare la necessità del punire in base al "sano sentimento del popolo". Zimmerl ha ridisegnato in questo modo il ruolo del *gesundes Volksempfinden* « il sano sentimento giuridico del popolo viene per sua natura dietro questo primo presupposto, e può soltanto adempiere ad una funzione regolatrice pratica e perfino per lo più trascurabile: esso deve impedire che il §2 trovi applicazione, se il pensiero fondamentale di una legge non è più oggi di attualità». La portata rivoluzionaria dell'inserire un principio così astratto ed inafferrabile nel §2, viene dunque ristretta e limitata dall'autore, non deve essere esclusivamente il "sano sentimento del popolo" a guidare le scelte giudiziali e decisorie, tutt'al più potrà costituire un parametro su cui basare l'*extensio*. Letta in questi termini la riforma del detto paragrafo par quasi "misurata" e garantista, paradossalmente il ricorso all'analogia, essendo questa ammessa, potrebbe risultare meno frequente di quanto, seppur in guisa artificiosa ed occulta, avvenga oggi nel nostro paese, ovvero dove questa è *ex lege* vietata. Tali conclusioni discendono esattamente dalla concezione del *Volksempfinden* quale parametro per legittimare l'analogia, solamente laddove vi sia *eadem ratio* e l'*extensio* risulti conforme al senso di giustizia popolare, si potrà procedere all'applicazione analogica della norma. Pare dunque esservi non più solamente<sup>451</sup> un requisito per il ricorso all'analogia<sup>452</sup>, ossia il *Grundgedanke*, pensiero fondamentale della legge (definibile in tale contesto come *ratio legis*), bensì per legittimare la decisione, per rendere "accettabile" l'estensione normativa, l'espedito decisorio-integrativo deve ricevere il *placet* popolare, essere, indi, conforme al sano sentimento di giustizia del "menschen"<sup>453</sup>. Il *gesundes volksempfinden*,

---

<sup>451</sup> L'innovazione apportata da Zimmerl è tale sia rispetto alle teorie classiche sull'analogia *legis*, secondo le quali ad essere sufficiente per procedere all'estensione è la presenza della *eadem ratio*, sia rispetto alle teorie a lui contemporanee, l'autore supera infatti la preminenza del *Volksempfinden*.

<sup>452</sup> si tenga presente anche la necessaria mancata previsione normativa del caso.

<sup>453</sup> Sentimento popolare che da solo non permette alcuna *extensio* secondo Zimmerl.

comunque venga concepito, ora quale “fonte di conoscenza”<sup>454</sup>, ora quale “principio di regolarizzazione pratica”, data la sua astratta apertura, di certo non è « umida cella » baudeleriana<sup>455</sup> in cui costringere l’interprete, è alquanto inverosimile che questo picchi la testa «sul (di suo) marcio soffitto». Date le premesse il momento ermeneutico non è equiparabile metaforicamente ad una fredda ed austera cella, questo pare piuttosto simile per estensione ed assenza di limiti all’orizzonte ,ad una radura irlandese ,o, ad una stanza senza confini spaziali e temporali, in verticale non v’è soffitto e non vi sono dunque barriere al possibile divenire del pensiero. Il *volksempfinden* è mutevole, così come mutevoli sono i sentimenti di ogni epoca, di ogni tempo, al pari non possono sussistere ostacoli in linea orizzontale, poiché l’ampliabilità del termine, dato il suo polimorfismo, è tale da essere pressoché illimitata. Così dunque pare fallace il tentativo di Zimmerl di ridurre un termine così polimorfo a principio regolatore o di chiusura; al contrario questo costituisce vera *clausa* di apertura, paradossalmente *quicquid* è passibile di rientrare od essere fatto rientrare nel sentimento popolare, essendo questo determinato dal partito e dalla sua propaganda.

Il *Grundgedanke des Gesetzes*, viene definito quale pensiero fondamentale della legge, secondo Kohlrausch: « per pensiero fondamentale della legge si intende l’immediato pensiero fondamentale di quella legge penale secondo la quale il giudice, applicandola analogicamente, vuol punire. Ed è precisamente il pensiero, per mezzo del quale il legislatore ha compreso diversi fatti della vita sotto le fattispecie legislative e li ha dichiarati punibili. Nel diritto penale moderno questo è rappresentato dall’uguaglianza degli oggetti della tutela e dall’uguaglianza degli attentati contro i quali essi sono da tutelare, e quindi dall’ugual giudizio valutativo penale, a cui essi servono»<sup>456</sup>. Come notato da Nuvolone<sup>457</sup>, l’autore nel primo

---

<sup>454</sup> Dottrina tedesca maggioritaria, tra cui KOHLRAUSCH, *Strafgesetzbuch*, Berlin, 1937, in NUVOLONE, *op. cit.*

<sup>455</sup> C.BAUDELAIRE, *Spleen*, in *Les Fleurs du mal*.

<sup>456</sup> E.KOHLRAUSCH, *op.cit.*

<sup>457</sup> P.NUVOLONE, *op.cit.*

periodo si richiama ad una norma, nel secondo invece ad un complesso di norme rette da un unico *Grundgedanke*, ciò è da leggersi in chiave di apertura verso l'analogia *juris*. Dal passo sopracitato, può tentarsi di addivenire ad una più congrua ed attuale (invero assai poco) definizione di *Grundgedanke des Gesetzes*, secondo Zimmerl questo era individuabile solo considerando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie. Discende di qui, per consonanza definitoria, la possibilità di inferire che il pensiero fondamentale non sia altro che la *ratio legis*, anch'essa, almeno teoricamente, è individuabile solo una volta analizzata l'intera struttura della fattispecie. In realtà la *ratio legis*<sup>458</sup>, come visto precedentemente, è un termine quantomeno ambiguo, che in varie e lontane epoche ha giustificato conclusioni non concludenti in molteplici sillogismi giudiziari. Dunque la riforma del §2, determina un potenziale ampliamento della discrezionalità decisoria del giudice, poiché unici limiti al suo estro, fantasia ed arbitrio interpretativo sono : il *Grundgedanke des Gesetzes* ed il *Volksempfinden*, termini troppo “flessibili” per svolgere una funzione regolatrice, così il carattere “residuale” del diritto penale viene logicamente meno.

## II.VIII.2 La riforma del §2 del StGB: l'analisi di Vassalli

Vassalli<sup>459</sup> è autore di una ricerca<sup>460</sup> sulla giurisprudenza tedesca post riforma del §2, indagine ricognitiva connotata da assoluta completezza e dunque meritevole di attenta citazione, dedico quindi la parte finale del seguente paragrafo all'analisi di alcuni casi giurisprudenziali del tempo. Con la novella del 1935 si suole dire che ad essere stato abolito sia il principio del

<sup>458</sup> Lo stesso *a fortiori* per il c.d. “pensiero fondamentale della legge”.

<sup>459</sup> G.VASSALLI, *la giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia*, in *Rivista di diritto penitenziario* 1937.

<sup>460</sup> In merito, particolarmente interessante, è l'analisi di G.MARINUCCI, “*L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*”, in *Riv., it, dir. E proc. Pen.* 2007.

*nullum crimen sine lege*, asserzione senz'altro corretta laddove la criminalizzazione della condotta risulti disgiunta da qualunque precisa o tassativa previsione legislativa, di qui ci si chiede se anche il correlato brocardo del *nulla poena sine lege* sia caduto vittima di medesima sorte. Il *Volksgerichtshof* con sentenza del 13 maggio 1936, ritenendo l'imputata colpevole di aver svolto attività illegale per il partito comunista, dunque colpevole dei crimini ex §§80 cpv., 93 I° cpv. e 2° cpv. n. 4 cod. pen., dichiarava tuttavia di considerare il fatto «molto lieve». Di qui il tribunale ritenuto di trovarsi in presenza di un «caso meno grave» ex. §84<sup>461</sup> condannava l'imputata a 2 anni di prigione, anziché, secondo quanto previsto dai predetti paragrafi, alla pena di morte od alla reclusione a vita o non sotto i due anni. In aggiunta a detta pena principale, la donna venne condannata alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la durata di due anni. La pena accessoria suddetta era prevista dal §32: « la condanna alla interdizione dai pubblici uffici può aver luogo accanto alla pena di morte e a quella della reclusione; e a quella della detenzione solo nel caso in cui la durata della pena irrogata raggiunga i tre mesi e la legge ammetta espressamente la interdizione dai pubblici uffici, oppure la pena della detenzione sia stata pronunciata, per accoglimento di circostanze attenuanti, in luogo della pena alla reclusione ». Dunque nel caso deciso dal tribunale popolare, ci si chiede per quale *ratio* si sia addivenuti alla applicazione della pena accessoria, colà dove per questa si richiede, che la detenzione sia stata disposta *in luogo* della reclusione a seguito dell'applicazione delle attenuanti. Ebbene dove sono le attenuanti nel caso di specie? La risposta risiede nell'equiparazione cui il *Volksgerichtshof* è ricorso per decidere in tal guisa, così ha inteso in via sinonimica ed equiestensiva le c.d. “circostanze attenuanti” ed il c.d. “ caso meno grave”, espressione utilizzata nella sentenza ed al pari nel §84.

---

<sup>461</sup> «In casi meno gravi può irrogarsi, nel caso del §80, la reclusione a vita o per una durata non inferiore ai cinque anni, nei casi dei §§ 81 e 82 la reclusione per una durata non inferiore a due anni, nel caso del §83 la detenzione per una durata non inferiore a un anno».

Vassalli<sup>462</sup> espone le ragioni che hanno spinto il tribunale all'applicazione analogica del §32, mi permetto di citarle di seguito :« La legge 24 aprile 1934, che forma in se un complesso chiuso che è espressione della concezione giuridica nazionalsocialista circa i più gravi crimini contro il popolo e lo stato e che è inserita nel codice penale solo per ragioni di sistematica esteriore, non conosce il concetto delle circostanze attenuanti. Il Senato (sezione della corte) è ora del parere che il legislatore, con la introduzione del concetto «caso meno grave», non ha voluto in modo alcuno porre un privilegio, nel senso che in tali casi non si possa condannare all'interdizione dai pubblici uffici; esso ha invece, secondo la persuasione del Senato, voluto soltanto esprimere che il lato interiore del fatto fatto (*die innere Tatseite*) non deve più avere lo stesso significato, che esso frequentemente aveva a danno della collettività allorquando si doveva decidere se ci fossero circostanze attenuanti. *Il Senato ha quindi applicato il §32 in via analogica.*» L'interpretazione fornita dal Senato era totalmente difforme rispetto a quella della Corte Suprema, la quale, nel 1924 aveva escluso la possibilità di assegnare medesima valenza ai due termini<sup>463</sup>, confermando poi il medesimo indirizzo con accenni di censura verso la sentenza del *Volksgerechtshof*. Si fa riferimento alla sentenza (1936) con cui la *Reichsgericht* accolse il ricorso di un israelita, condannato alla detenzione ed all'interdizione dai pubblici uffici per la violazione del §2 della *Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*<sup>464</sup> (*legge per la tutela del sangue e dell'onore tedesco*). Ritenendo infondati i presupposti per l'applicazione della pena accessoria, la *Reichsgericht* asseriva, ex §32, la possibilità di irrogare l'interdizione dai pubblici uffici solamente qualora l'imputato fosse stato condannato a detenzione *anziché* a reclusione *in seguito* al riconoscimento delle attenuanti. Ebbene, nel caso di specie è proprio tale presupposto base a mancare, l'israelita è stato legittimamente

---

<sup>462</sup> G.VASSALLI, *op.cit.*, p.913.

<sup>463</sup> Raffronto tra §32 e §140 del codice penale militare.

<sup>464</sup> §2 GSBE 15 settembre 1935 « il commercio carnale fuori del matrimonio tra israeliti e cittadini di sangue tedesco o affine al tedesco è vietato », condotta sanzionata dal §5 n2 « l'uomo, che agisce contro il divieto del §2 è punito con la detenzione o con la reclusione ».

condannato a *Gefangnis* (detenzione) ex §5 n.2, tuttavia, manca il requisito per poter addivenire alla comminazione della pena accessoria, così infatti il §5 prevede in guisa alternativa la pena della detenzione e quella della reclusione, non ricollegando il *discrimen* sanzionatorio all'ammissione di alcuna circostanza attenuante. Potrà dunque dirsi che l'interdizione emessa nei confronti dell'imputato è da considerarsi illegittima, questo poiché la condanna a detenzione piuttosto che alla reclusione non è avvenuta in seguito al riconoscimento di circostanze attenuanti, così dunque, mancherebbe il requisito previsto dal §32 per l'irrogazione della pena accessoria. La Corte Suprema, al fine di delegittimare *tout court* l'interpretazione del *Volksgerechtshof*, negava la possibilità di invocare l'applicazione analogica del §5 in base ad una presunta similarità al §32, al fine di addivenire a medesime conseguenze afflittive (irrogazione pena accessoria dell'interdizione). La Corte precisava: « solo nel caso di una azione non punibile secondo il diritto scritto è possibile l'applicazione analogica di una legge penale, se il pensiero che sta alla radice della legge sia applicabile al fatto; e allora il fatto è da punirsi con la pena di quella legge penale. Viceversa il §2, come risulta dal suo stesso tenore, non autorizza ad irrogare in via d'applicazione analogica, per un fatto punibile secondo la legge, una particolare pena o pena infamante»<sup>465</sup>. Così si può notare, come le corti inferiori tendano a ricorrere all'analogia in modo spregiudicato, perseguendo una giustizia ingiusta e dettata più da fini propagandistici che garantistici; mentre la *Reichsgericht* tenti per converso di ricondurre a più miti consigli la giurisprudenza, emendando svariate sentenze e censurando altrettante interpretazioni sovente non analogiche, bensì *rectius*, illegittime e scorrette<sup>466</sup>. Come visto, dunque, il §2 veniva impiegato per procedere all'estensione in chiave analogica anche di norme non *strictu sensu* "penali", ed anche qualora mancasse uno dei presupposti base del procedimento analogico, ossia la *lacuna* legislativa. Passando ora ad analizzare i connotati del procedimento analogico inerente le

---

<sup>465</sup> *Deutsche Justiz*, 1936, 970 e ss.

<sup>466</sup> Si richiama in merito la tesi espressa da DONINI in "Europeismo giudiziario e scienza penale".

norme incriminatrici, si deve in primo luogo tenere quale punto di riferimento la “Legge per la tutela del sangue e dell’onore tedesco”, ed in secondo luogo, porre particolare attenzione al già citato §2. Il secondo paragrafo della GSBE sanzionava l’uomo che all’infuori del matrimonio avesse intrattenuto commercio extramatrimoniale, innanzi alle corti tedesche frequentemente si presentò il caso di un israelita e di una donna ariana intenti ad intrattenere tra loro commercio carnale (extramatrimoniale), non consistente in congiunzione carnale (*Beischlaf*), bensì, in «ogni altra sorta di atti di libidine<sup>467</sup>». Dunque la *vexata quaestio* in sede ermeneutica, era la possibilità o meno di far rientrare “gli atti di libidine” nella dizione “commercio carnale extramatrimoniale”, di qui discenderebbe la possibilità di estendere analogicamente la sanzione anche agli autori di questi meri atti di libidine, ampliando significativamente l’area di applicabilità della norma. Il §11 del decreto di attuazione della GSBE, definiva il commercio extramatrimoniale quale «commercio carnale», dettando essenzialmente la linea per un’interpretazione restrittiva della fattispecie; siamo di fronte ad un *exemplum* di interpretazione “autentica”, tuttavia i tribunali in seguito all’abolizione del divieto di analogia, incipiarono a ritenere sanzionabili e punibili, in pari misura, anche gli atti di libidine. Vassalli così argomenta: l’interpretazione restrittiva del §2 porterebbe a negare l’inclusione in esso degli atti di libidine, poiché l’espressione “commercio” (*Verkehr*) è stata impiegata solo qualora voglia indicare “congiunzione carnale” (*Beischlaf*) utilizzando per converso, la parola *Unzucht*, laddove si intenda indicare ogni altra specie di “atti di libidine”. Questa è stata la prassi legislativa in svariate disposizioni, dunque, basandosi su un criterio ermeneutico ispirato al canone letterale, nonché all’*habitus legislatoris*, si dovrà escludere una sanzionabilità degli atti di libidine ex. §2, *rectius*, ciò non sarà possibile mediante la sola interpretazione. Differenti argomentazioni vennero sciorinate a sostegno dell’estensione della

---

<sup>467</sup> Cit. VASSALLI, *op.cit.*, 917.

punibilità, una di queste, è rappresentata dall'*argomentum a fortiori*, il che come già ricordato trova quale propria base concettuale, l'*eadem ratio* tra i due termini di paragone; così, se la funzione della legge (*Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*), era quella di tutelare il sangue e l'onore tedesco, questi valori secondo la morale nazionalsocialista ed in virtù della dogmatica ariana, risulterebbero vilipesi dal commercio extramatrimoniale tra un cittadino tedesco ed una israelita. Il vulnus per la "purezza" del sangue tedesco discenderebbe, seguendo il criterio biologico, dalla possibile commistione di sangue israelita e germanico, mettendo dunque in pericolo la "purezza della razza", tuttavia tale esito sarebbe possibile conseguenza non di meri atti di libidine, bensì di una congiunzione carnale vera e propria; qualora si abbia come obiettivo il solo preservare la purezza della razza<sup>468</sup>, la sanzionabilità degli atti di libidine dovrebbe dunque, *prima facie*, escludersi. Come ricorda la definizione stessa della legge, l'oggetto di tutela, non è rappresentato esclusivamente dal "sangue" ma anche dall'"onore" tedesco, proprio di qui, discende la possibilità di ampliamento in guisa analogica della fattispecie; i giudici del *Reich* ritennero lesiva dell'onore ovviamente la congiunzione carnale tra un tedesco ed un israelita, ma ancor più disonorevoli vennero considerati gli "atti di libidine", di qui dunque la necessità di sanzionarli. Il procedimento quivi esplicito è di chiara matrice analogica, il fondamento dell'*extensio* è l'*identitas rationis* tra il punire la congiunzione carnale e la necessità, prima di tutto politica e morale, di sanzionare gli atti di libidine; in alcun modo tale estensione sarebbe stata possibile mediante la mera interpretazione, data l'accezione di "commercio carnale extramatrimoniale". Un altro caso<sup>469</sup>, in pari misura, estremamente interessante, è quello dell'uomo o della donna ariani che si congiungono carnalmente, al di fuori di matrimonio, con un'israelita in territorio straniero; ebbene mentre il §1 sanzionava con la nullità il matrimonio tra ariano ed israelita celebrato all'estero con fini elusivi (condotta incriminata dal §5), nessuna disposizione di legge sanzionava né vietava, almeno

<sup>468</sup> Dai soli atti di libidine non è infatti possibile porre in pericolo la purezza della razza ariana.

<sup>469</sup> Riportato da VASSALLI, in *op.cit.*, p919.

espressamente, il commercio carnale all'estero. Il §4 enumerava alcune eccezioni alla non punibilità di una condotta criminosa tenuta sul suolo straniero: «offese alla personalità interna (*Hochverrat*), alla personalità internazionale dello Stato (*Landesverrat*), contro la fede pubblica, contro la pubblica amministrazione e casi nei quali il fatto commesso all'estero sia sanzionato quale reato dalla legge tedesca ed al contempo dalla legge straniera del *locus commissi delicti*». La possibilità di sanzionare la condotta in esame (vietata dal §2) anche qualora commessa all'estero, non sussisteva in virtù del §4 n.3, salvo il caso remoto ed inverosimile in cui nello stato estero vigesse la medesima norma incriminatrice, ciò è esattamente quanto sostenuto da Ammon<sup>470</sup>. Il giurista riteneva che il §4 n.3 avesse la funzione di punire nell'interesse dello stato straniero, richiedendo quale condizione indefettibile che il fatto fosse sanzionato in ambedue gli stati; così dunque non si potrebbe ricorrere al §4 per punire la congiunzione carnale extramatrimoniale avvenuta all'estero, qualora in questo stato non fosse sanzionata. Data dunque tale autorevole, nonché veritiera, asserzione, la giurisprudenza per sanzionare la condotta ricorse ad un diverso espediente; così venne creata la categoria dei delitti di “tradimento della razza” o *Rasseverrat*, assimilati analogicamente alla categoria dei *Landesverrat*, posta la punibilità dei secondi anche se commessi all'estero, si finì per ammettere, mediante analogia, la sanzionabilità anche dei primi ex §2 e §4 n2, e dunque , anche del commercio carnale (in essi ricompreso) commesso in suolo straniero. Ammon sosteneva, differentemente, la penalizzazione della condotta richiamandosi al §2 StGB, secondo il quale un soggetto è meritevole di punizione qualora commetta « un'azione che la legge dichiara espressamente punibile o che merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo *il sano sentimento del popolo*. Qualora nessuna precisa disposizione penale trovi immediata applicazione all'azione, l'azione stessa sarà punita secondo la legge, il cui pensiero fondamentale ad essa si attaglia nel modo migliore».

---

<sup>470</sup> Cit. VASSALLI, *op.cit.*, p.920, VON AMMON W., *Die Strafbarkeit von Auslander nach §5 Abs.2 BlutschutzeGesetz*, nella *Juristische Wochenschrift*, 1936, pag. 2963.

Ebbene a rendere meritevole di sanzione la condotta dell'ariano e dell'israelita, che si siano congiunti all'estero per eludere il dispositivo del §2 GSBE e la sanzione del §5, sarebbe null'altro che il *sano sentimento del popolo*, la condotta esaminata è contro il senso comune di giustizia; così l'Ammon addiveniva ad identica conclusione, con un procedimento logico decisamente più snello e fluente. Ciò che rileva è il ricorso in ambedue i procedimenti all'analogia :nel primo caso si ha una equiparazione analogica basata sulla *eadem ratio* tra due categorie di reati, l'una prevista (*Landesverrat*), l'altra appositamente creata (*Rasseverrat*), dunque l'applicazione della normativa disposta per la prima viene estesa anche alla seconda (in cui rientra la congiunzione carnale commessa all'estero); nel secondo caso, si ha analogia laddove in nome del "sano sentimento del popolo" si ritiene meritevole di punizione una condotta non espressamente prevista dalla normativa, applicando dunque analogicamente il §2 GSBE mediante riferimento al §2 StGB.

L'atteggiamento di maggior misura e garantismo della Corte Suprema si è più volte appalesato, così ad esempio in tema di simulazione di reato, questa fattispecie criminosa non era prevista nel StGB nel 1936, di qui il tentativo di giungere a sanzione per via analogica. Il ricorso all'analogia presuppone, come notorio, una disposizione da estendere, nella fattispecie si tratta del §164, che sanzionava: « chi davanti a un'autorità o a un ufficiale autorizzato [...], in mala fede incolpa un altro di un'azione punibile [...] con l'intenzione di far sorgere o continuare un procedimento a suo carico [...] .» In seguito alla riforma del §2 ed all'abolizione contestuale del divieto di analogia, si riconobbe nuova linfa alla *vis poietica* dei giudici, così una condotta in alcun modo contemplata, né invero simile all'accusare un terzo, divenne passibile di sanzione. Ci si riferisce alla sentenza emessa dal Tribunale di Bayreuth il 21 settembre 1936, l'imputato, ricoverato in ospedale, aveva narrato al capo della gendarmeria di aver subito un'aggressione, descrivendo il fatto con particolare dovizia di particolari, sia

sull'accaduto, sia sui presunti autori. Le successive indagini, alquanto minuziose e lunghe, foriere come riportato da Vassalli<sup>471</sup> di agitazione e disordine nel paese, portarono la gendarmeria ad escludere la veridicità di quanto asserito dall'imputato. Di qui si discende al capo di imputazione, nel caso di specie la condotta è qualificabile quale "simulazione di reato", fattispecie tuttavia non contemplata nel StGB, di qui, grazie al nuovo espediente fornito dalla riforma del §2, si addivenne ad una incriminazione e condanna per applicazione estensiva del §164 combinato con il §2. Il Tribunale motivava la sentenza in questi termini: « per quanto il §164 non preveda la condanna per calunnia di una persona non precisata, esso è tuttavia da applicarsi a quei casi in cui è accusata una persona non precisamente determinata, ma inventata al fine di cagionare attività persecutorie degli organi di polizia»<sup>472</sup>; il Tribunale, assegnava quindi, prioritaria rilevanza alla tutela del corretto svolgimento delle indagini, ed all'impedire ogni qual sorta di sviamento delle stesse. Ora, pare ovvio, come si possa a lungo disquisire sulla natura della calunnia o autocalunnia, se siano primario oggetto di tutela l'onore e la persona dell'accusato o per converso l'autorità giudiziaria<sup>473</sup>, tuttavia non è ciò che rileva in questo caso; l'elemento meritevole di dibattito concerne l'opportunità di equiparare la calunnia alla simulazione del reato, colà dove si tratti di fattispecie dissimili. Lo Schäfer<sup>474</sup> commentava positivamente la sentenza, ritenendo l'autocalunnia estremamente pericolosa, *vulnus* temibile sia per l'amministrazione giudiziaria, che per l'onore delle persone inutilmente inquisite; per questo l'autore riteneva corretta l'incriminazione della simulazione di reato sulla base di un'applicazione analogica del §164, essendo questa estensione motivata da una *eadem ratio*<sup>475</sup>, nonché richiesta dal "sano sentimento

---

<sup>471</sup> G.VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia*, in *Rivista di diritto penitenziario*, 1937.

<sup>472</sup> G.VASSALLI, *op.cit.*, p.925.

<sup>473</sup> Il collocamento nel codice penale italiano delle due fattispecie nel Titolo VI capo I, lascia intendere un peculiare scopo di tutela dell'A.G.

<sup>474</sup> Per la sentenza e il commento di Schafer, *Deutsche Justiz*, 1936, p.1613 ss., cit. da Vassalli, in *op.cit.*, p.926.

<sup>475</sup> Argomento, questo, non condiviso dal Reichsgericht.

del popolo<sup>476</sup>.

Lo scabinato (*Schoflengericht*) di Liegnitz, nel decidere un caso simile a quello appena esposto, caso di un cantoniere che per mettersi in buona luce di fronte ai superiori aveva inventato di aver sventato un, mai esistito, attentato ferroviario, decise di escludere l'applicazione del §164, ritenuto non estensibile per analogia. Uno dei presupposti per l'estensione analogica, come da §2, era la presenza del medesimo *Grundgedanke*, o *ratio legis*, lo Scabinato ritenendo che la condotta d'ispecie (l'accusare un terzo indeterminato) non violasse la *ratio legis* del §164, escludeva l'ipotesi sanzionatoria, poiché il comportamento contemplato e il caso non contemplato non manifestavano *somiglianza*. La Corte Suprema del Reich nel respingere il ricorso del pubblico ministero, confermava l'indirizzo della corte inferiore; in particolar modo, venne rimarcata la valenza integratrice dell'analogia, la quale richiede logicamente la presenza di *lacune*, nonché, la circostanza che queste non siano brecce volontarie lasciate dal legislatore. Ebbene la circostanza che il legislatore non abbia inteso sanzionare l'autocalunnia, o simulazione del reato, deve portare ad escludere una loro inclusione nel novero dei comportamenti penalmente vietati; il ricorso all'analogia in questi casi sarebbe da evitarsi, mancando la lacuna di carattere involontario da colmare<sup>477</sup>. Allo stesso modo, il Reichsgericht negava la possibilità di incriminare una condotta solo perché potenzialmente lesiva nei confronti dell'amministrazione della giustizia; i rischi di una deriva ampliativa delle fattispecie penali erano ben avvertiti, dunque, dall'organo apicale della giurisdizione tedesca, che ancora una volta ha sentito la necessità di ricondurre a misura, le corti inferiori. Concludo, l'esposizione di casi, citando un'altra sentenza<sup>478</sup> di particolare interesse, riguardante la violenza carnale; vittima del reato era una donna con gravi deficienze fisiche, storpia, alta 1.25 m., paralizzata in tutto l'emisfero sinistro, a livello psichico, la donna, sebbene non inferma di mente, era priva di

---

<sup>476</sup> Il *Grundgedanke* citato nel §2 StGB.

<sup>477</sup> Ovvero il presupposto logico dell'analogia legis.

<sup>478</sup> *Juristische Wochenschrift*, 1936, p.3013. cit. Vassalli, op.cit., p.930.

qualsivoglia grado d'istruzione, analfabeta, nonché scevra di fantasia. L'imputato, era accusato di essersi congiunto carnalmente con lei, poi rimasta incinta, nonostante il rifiuto espresso dalla donna durante l'atto ripetendo il monosillabo «*ruh*»<sup>479</sup>; il fatto riporta Vassalli, aveva destato grave sgomento ed agitazione nella popolazione, assetata di punizione nei confronti dell'autore. Il StGB prevedeva ai §§ 176 e 177, rispettivamente: la violenza carnale e la violenza carnale con persona inferma di mente. La seconda fattispecie, è da ritenersi, inapplicabile al caso di specie, essendo la donna mentalmente "sana", sebbene alquanto disadorna di nozioni e scienza; al pari discutibile è l'applicazione della prima, in alcun modo l'imputato aveva fatto uso di violenza, data la non necessarietà<sup>480</sup> della stessa. Il tribunale di Amberg, con sentenza, che definirsi analogicamente motivata par poco, riteneva l'imputato colpevole; il sillogismo giudiziale poggiava sul pensiero fondamentale della legge, in particolare del §176, disposizione, che nel complesso sanzionava gli atti di libidine commessi con violenza, minaccia o con persona di età inferiore agli anni quattordici. Ebbene la *ratio legis* venne individuata nel « punire chi abusa ai fini di libidine dello stato di inferiorità d'una persona». La sentenza in esame denota una scelta punitiva, ispirata non al garantismo bensì ad una prassi inquisitoria degna di Bernardo Gui<sup>481</sup>, la scelta incriminatrice compiuta dalla corte, sembra diretta a soddisfare esclusivamente il "sano" sentimento di giustizia del popolo, in spregio ai diritti fondamentali dell'imputato.

Vassalli, nel compiere un parallelismo tra stati nei quali il divieto di analogia è stato mantenuto e stati nei quali è stato abolito, denota, nei secondi, una discrezionalità, *rectius*, un arbitrio notevole, nell'astrazione della *ratio legis*; mentre nei primi, un limite ben definito all'attività giudiziale è rappresentato dal testo di legge stesso. Così l'autore definisce «troppo personale» l'interpretazione compiuta, sovente, dai giudici

---

<sup>479</sup> Ossia, "Sta fermo".

<sup>480</sup> La violenza, non era da considerarsi necessaria, in ragione dello stupore della donna, e delle sue deficitarie condizioni fisiche.

<sup>481</sup> Inquisitore trecentesco, di gran fama, autore de' *Practica Officii Inquisitionis Hereticae Pravitatis*", nonché carattere del romanzo di U.ECO, "Il nome della rosa", Bompiani, 1980.

germanici; il *vulnus*, risiede, oltre che nell'arbitrio, palese, nella tendenza ad assecondare la sete di "giustizia" della popolazione, in questo caso la predetta "giustizia", pare in guisa d'Antigone, quanto di più ingiusto(moralmente ma anche giuridicamente in questo caso) possa esservi. Seguire i "moti" ed i sentimenti della popolazione, in genere sobillata da taluni masnadieri, risulta confliggente con i fondamenti di uno stato di diritto; ancor più grave e dignitoso di sgomento è l'inserire in un codice, per di più come parametro per l'applicazione di una norma, il sentimento popolare. Le premesse per una deriva inquisitoria v'erano tutte, tra queste la più rilevante è la presenza di un arendtiano partito di massa, controllore delle menti, che riconnette le scelte punitive ed incriminatrici alla volontà popolare; giunti a tale punto sarà facile denotare, donde discendevano, realmente, le scelte punitive, ebbene, dal partito medesimo, il quale indottrinando e propagandando determinava una morale fittiziamente germanica, invero nazionalsocialista. Qualora si notasse, in particolare nell'ultimo caso citato, l'opportunità morale di addivenire ad una punizione del colpevole, come potrebbe invero negarsi, ci si dovrebbe però arrendere di fronte ad una impossibilità logica e giuridica di sanzionare l'autore, la stessa *ratio legis*, pare dissimile, là dove l'interprete ha ampio margine l'interpretazione può sfociare in poiesi, l'applicazione in arbitrio. Gli esiti di un tale arbitrio sono definiti da Tiedemann<sup>482</sup> "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie astratta", una dizione di tal fatta pare sufficiente per privare d'un sol colpo l'analogia dell'abito interpretativo e di renderla palese nella sua contrarietà al principio di legalità, colà dove non sia stato sospeso o denegato

---

<sup>482</sup> TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrecht*, 1969, in G.MARINUCCI, *op. cit.*

## **Parte Seconda**

### **Premessa**

La seconda parte dell'elaborato tratta della giurisprudenza ed in particolar modo del ricorso all'analogia ,colà dove, sebbene vietato, tale argomento ermeneutico venga impiegato sfruttando la maschera dell'interpretazione estensiva. La scelta dei casi "problematici" discende da un carattere intrinseco degli stessi, la costruzione della fattispecie talvolta determina essa stessa l'insorgenza di dubbi interpretativo-applicativi, passibili di sfociare in applicazione analogica della norma, ovvero, in interpretazioni scorrette. Nell'approccio a tale sezione si tengano ben presenti i divieti di analogia impliciti ed espliciti contenuti nel nostro ordinamento, al pari si rammentino le disastrose conseguenze derivanti dal praticare e perseguire un'ermeneutica di lotta, diretta a soddisfare le inconsulte e mutevoli esigenze di giustizia popolare.

## Capitolo III

### *L'analogia nei reati contro il patrimonio: casi paradigmatici di applicazione analogica*

#### **III.I Truffa: profili normativi della fattispecie**

L'art. 640 c.p. sanziona la truffa con questi termini: « Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 51 ad euro 1.032»

La fattispecie delittuosa in esame è comunemente concepita come reato di evento a condotta vincolata, il presupposto per la sanzionabilità della condotta dell'*agens* è individuato nel nesso di causalità tra l'atto di disposizione patrimoniale della vittima e gli "artifici o raggiri". Così Pulitanò<sup>483</sup>: « come gli studi dottrinali hanno evidenziato vi è uno stretto legame funzionale, di tipo logico causale, tra i vari elementi costitutivi del reato. L'elaborazione dottrinale ha posto in luce un elemento strutturale non esplicito dal legislatore : dalla condizione psicologica di errore del soggetto ingannato deriva la determinazione di quest'ultimo al compimento di un atto negoziale [...] produttivo di effetti sfavorevoli». Si rimarca quindi la necessaria *consecutio* logica tra: inganni-raggiri, atto di disposizione patrimoniale e *deminutio patrimonii* da questo conseguente. Approcciandosi alla disposizione si nota, quale requisito per la configurabilità della fattispecie, il ricorso da parte dell'agente ad "artifici e raggiri"; Antolisei definisce gli artifici come: « ogni studiata trasfigurazione del vero, ogni camuffamento della realtà », il raggiri invece come : « un avvolgimento ingegnoso di parole destinate a

---

<sup>483</sup> PULITANÒ, *Diritto Penale, parte speciale*, vol. II. P.103.

*convincere*». Ora l'elemento di più difficoltosa analisi è proprio questo, il trasporre tali condotte nel reale ed individuarne i caratteri per poi procedere ad una sussunzione del caso reale in quello astratto; il dettato normativo, ancora una volta, non è di particolare ausilio, la doppiezza dei termini impiegati è palese ed effettiva, permettendo questa molteplici intendimenti ed applicazioni. Pulitanò<sup>484</sup> nel descrivere il comportamento fraudolento sostiene che questo possa tradursi tanto in un *quid* di «materiale», ad esempio la contraffazione di un documento, quanto di «dichiarativo», così il fornire fallaci informazioni alla controparte. Posto il diritto penale quale *extrema ratio* dovrebbe escludersi l'opportunità di punire qualsiasi condotta fraudolenta<sup>485</sup>, sanzionando solamente quelle caratterizzate da «particolare artificiosità e da più accentuato disvalore», pena un ampliamento notevole della fattispecie e di conseguenza del penalmente rilevante. Il profilo seriamente problematico nell'interpretazione della fattispecie, inerisce la possibilità di sussumervi comportamenti omissivi e tra questi il silenzio. Il dibattito ha impegnato molta dottrina<sup>486</sup>, coloro i quali denegano l'opportunità di ricondurre alla fattispecie anche comportamenti omissivi evocano, per giustificare tale assunto, il fantasma dell'analogia *in malam partem*; dall'altra parte i fautori del contrapposto indirizzo parlano di mera interpretazione (estensiva o teleologica). Il silenzio viene equiparato (in realtà pare opportuno dire "ricompreso") dalla giurisprudenza ad artifici e raggiri, qualora « implichi l' approfittarsi di una posizione di vantaggio derivante da un divario di competenze o di conoscenze specialistiche sull'oggetto della contrattazione, oppure quando si traduca nella mancata comunicazione alla controparte di elementi utili a meglio valutare la convenienza di un determinato accordo»<sup>487</sup>. Dunque secondo l'attuale indirizzo giurisprudenziale anche il silenzio, qualora

---

<sup>484</sup> PULITANÒ, *op.cit.*, p 104.

<sup>485</sup> C.PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p.226

<sup>486</sup> Tra questi, RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.*

<sup>487</sup> PULITANÒ, *op.cit*

serbato in presenza di un dovere giuridico informativo nei confronti della controparte, può ritenersi “artificio” o “raggiro”<sup>488</sup>

### III.I.1 Truffa: orientamenti giurisprudenziali

Passando dunque all'analisi di alcune sentenze in tema di truffa, si esponga l'indirizzo ormai consolidato nella giurisprudenza italiana e se ne criticano gli aspetti più dubbi. Come poc'anzi anticipato la giurisprudenza, da tempi ormai inveterati, considera le mere omissioni ed il solo silenzio sufficienti per l'integrazione della fattispecie di cui all' Art. 640 c.p., tuttavia il solo silenzio non è *ex se* riconducibile alla condotta vietata. La Cassazione nella sentenza Farina<sup>489</sup> così ha disposto: « anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere, costituisce raggio ai fini della configurabilità del reato di truffa giacché in tal caso il contegno dell'agente non può ritenersi meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno». Un altro caso simile è rappresentato dalla Sent. Cass. 8 maggio 1961: « il silenzio tenuto dal venditore di immobile circa la precedente vendita dello stesso immobile ad un altro compratore concreta raggio idoneo ad integrare il delitto di truffa. Né vale invocare la colpa del compratore nel non essersi accertato della effettiva spettanza al venditore del diritto di proprietà sull'immobile in questione perché la cosiddetta colpa del truffato viene in discussione nel tentativo di truffa al fine di stabilire l'idoneità del mezzo, ma è invece del tutto irrilevante nella truffa consumata dal momento che l'art. 640, a differenza del corrispondente art. 413 del codice Zanardelli, non richiede che gli artifici o raggiri debbano essere

<sup>488</sup> Così Cass. Pen., 26 gennaio 1934, in *Giust. Pen.*, 1936, II, p.988\ Cass., Sez. II, 14 Novembre 1988, Farina, in *Cass. Mass.*, 1972, II, p.822

<sup>489</sup> Cass. Pen, Sez II, 14 febbraio 1988, in *Mass. Cass. Pen.* 1990.

idonei ad ingannare l'altrui buona fede: e ciò perché tale indicazione è resa superflua dalle disposizioni del codice attuale sul tentativo e sul nesso causale.». La Suprema Corte ha confermato il medesimo indirizzo in altre sentenze, corroborando così la concezione del silenzio quale possibile strumento di "raggiro", in questi termini la Sentenza di Cassazione del 6 novembre 1985: « Anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze, da chi abbia il dovere di farle conoscere, costituisce raggiro ai fini della configurabilità del reato di truffa. In tal caso, infatti, il contegno dell'agente non può ritenersi meramente passivo, ma artificialmente preordinato a perpetrare l'inganno». <sup>490</sup> Ciò che oltremisura stupisce è l'equiparazione di una condotta attiva <sup>491</sup>, quale quella artificiosa, ovvero sia consistente nel porre in essere artifici al fine di raggirare, con una meramente passiva, il contegno è totalmente dissimile; quand'anche poi in una data circostanza fattuale si volesse sostenere la malafede della controparte silente, ciò costituirebbe *diabolica probatio*, tanto provarlo quanto disprovarlo <sup>492</sup>. La stessa lettura testuale dell'art. 640 c.p., non permette conclusioni certe in parola, ciò che è certo è che di per se per quanto si voglia estendere il significato della perifrasi "con artifici o raggiri" il silenzio difficilmente pare in questa sussumibile, a patto di non ricorrere ad argomentazioni analogiche. In questi termini si è espresso anche Carlo Federico Grosso <sup>493</sup>, il quale dopo aver esposto l'orientamento giurisprudenziale maggioritario <sup>494</sup> e dopo aver analizzato i vari filoni dottrinali, mostra di condividere la posizione di Mantovani <sup>495</sup> e Fiandaca-

<sup>490</sup> Cass. Sez II, Sent. 6 novembre 1985, in *Mass. Cass. Pen* 1987. Questa sentenza costituisce la base argomentativa della successiva Sent. Farina (14-02-1988), la quale ne ha mutuato contenuti ed in parte forma.

<sup>491</sup> Cfr. CANESTRARI-CADOPPI-MANNA-PAPA, *Diritto penale, p.spec*, X., p.543, gli autori colgono come il silenzio anti-doveroso venga a tutti gli effetti concepito quale condotta attiva ed a questa equiparato ai fini dell'incriminazione.

<sup>492</sup> Sicché par fortemente dubbio far dipendere dalla presunta mala fede il *discrimen* tra silenzio-artificio e raggiri-artifici in chiave commissiva.

<sup>493</sup> GROSSO C.F., "*Considerazioni sul momento e sul luogo del commesso reato del delitto di truffa*", in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, V.II p.2381 ss.

<sup>494</sup> Favorevole ad una interpretazione estensiva della fattispecie. Cfr. Cass., 13 novembre 1997, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1140, m.506; Cass., 3 aprile 1998, *ivi*, 1999, p.1825, m.856; Cass., 18 dicembre 1995, *ivi*, 1997, p. 4247, m.473 Cass., 1° giugno 1989, *ivi*, p.82, m.50.

<sup>495</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*, p.161; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.140 ss.

Musco. L'autore, a prescindere da considerazioni inerenti obblighi più o meno generalizzati di informazione, esclude radicalmente la rilevanza del silenzio ai fini dell'incriminazione ex. Art. 640 c.p. Le ragioni che portano Grosso a tale asserzione sono: d'un lato l'elemento letterale, in quanto la dizione "artifici o raggiri" sarebbe tale da non ricomprendere « la semplice dichiarazione del falso, la negazione del vero o il silenzio sui dati di fatto»; dall'altro la natura dell'art. 640 c.p. come fattispecie a forma vincolata o causalmente orientata, tale per cui il mero silenzio sarebbe inidoneo a determinare l'errore della controparte. Dunque l'autore non esita a definire *analogia in malam partem*<sup>496</sup> l'interpretazione atta a sanzionare il silenzio serbato dall'imputato quale "condotta fraudolenta". Meno condivisibile è l'assunto secondo il quale non dovrebbe ritenersi rilevante la menzogna, in questo caso l'elemento artificioso e fraudolento pare sussistente, d'altronde come potrà dirsi "passivo" il contegno tenuto dall'*agens* in caso di mendacio?! In realtà è opportuno il distinguo tra menzogna *pura e semplice* (inidonea ad integrare il reato<sup>497</sup>) e menzogna accompagnata da ulteriore condotta artificiosa, questa sì ritenuta rilevante ai fini dell'induzione in errore e dunque della truffa<sup>498</sup>. Il *discrimen* appena evidenziato discende da un'attenta analisi del disposto legislativo; ciò che rileva ai fini della truffa è *l'induzione* all'errore<sup>499</sup> della controparte, non per converso lo sfruttamento del preesistente errore e nemmeno il semplice "tenere in errore" la controparte. Ebbene calando nella realtà il contegno "silente" è alquanto inverosimile rilevare un'eventuale induzione in errore causalmente derivante dal solo silenzio. Ipotizzando il caso della vendita di un orologio di lusso, all'eventuale domanda dell'acquirente "*mi scusi il meccanismo marcia a dovere e tiene regolarmente il tempo?*" non sarà il silenzio ad indurre in errore, quanto piuttosto il mendacio; d'altronde in quale trattativa reale il venditore potrebbe rimanere silente di fronte a domanda diretta, senza perdere sistematicamente la vendita?! Dunque il silenzio sarebbe *ex se*

<sup>496</sup> Conforme GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale*, p.gen.,p. 140.

<sup>497</sup> Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.spec.; Cass. Pen. 3 giugno 1997.

<sup>498</sup> Cfr. GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale*, p.430.

<sup>499</sup> Cfr. PULITANÒ, *Diritto Penale*,p.Spec. V2, p.107.

inidoneo a determinare l'errore della controparte contrattuale, a mio modo di vedere per converso, la menzogna, anche se non affiancata da ulteriori condotte artificiose e capziose, sarebbe idonea a trarre in errore il terzo. Rivolgendo lo sguardo alla formulazione letterale dell'art. 640 c.p. l'utilizzo della congiunzione "con" indicherebbe un "mezzo" *impiegato* dall'*agens* al fine di indurre in inganno un terzo e spingerlo così a compiere atti di disposizione patrimoniale per terzi vantaggiosi ma per se stesso pregiudizievoli, pare invero difficile ravvisare il ricorso a qual si voglia mezzo in una condotta passiva<sup>500</sup>. Ebbene, non si dubita che il silenzio serbato in talune circostanze sia totalmente contrario all'onere di buona fede che incombe sulle parti negoziali ex. Art. 1337 c.c. e 1375 c.c., onere che notoriamente copre sia la fase pre-negoziale o delle trattative, che la fase dell'esecuzione. Per ridurre l'area del penalmente rilevante e rispettarne la definizione di *extrema ratio*, non tutte le forme di silenzio sarebbero idonee ad integrare la fattispecie, secondo quanto affermato dalla Cassazione<sup>501</sup>, ma solamente quelle discendenti da una violazione di un dovere giuridico di informazione. Che una tale condotta possa avere effetti pregiudizievoli verso la controparte sarebbe assurdo negarlo, ma d'altra parte ha buon gioco Rinaldi<sup>502</sup> nel considerare discutibile una sussunzione nell'art. 640 c.p. Si ripete, la condotta descritta nella norma sembra avere carattere attivo, il considerare parimenti meritevole di sanzione un contegno omissivo sulla base di una *eadem ratio* è conseguenza di un ragionamento analogico, non essendo né il *modus operandi* né l'esito di esso, riconducibili ad alcun tipo di interpretazione rispettosa e non esorbitante la *littera legis*. Rinaldi si scaglia, ragionevolmente, *contro* la prassi giurisprudenziale or ora esaminata: « si fa rientrare, pertanto, nel reato *de quo*, in virtù di una dubbia interpretazione dell'art. 40, 2° comma, una serie di comportamenti omissivi, che, a ben vedere, poco hanno a che fare con la condotta descritta dalla norma». Che altro se non analogia? Che altro se non scaturigine di

---

<sup>500</sup> Già il definire *agens* l'autore della fattispecie escluderebbe tale ipotesi.

<sup>501</sup> Così Cass. Pen., 26 gennaio 1934, in *Giust. Pen.*, 1936, II, p.988.

<sup>502</sup> R.RINALDI, *op.cit.*

un'ermeneutica di lotta, per dirla alla Donini<sup>503</sup>? Esemplare è la Sentenza Cass. n.1902 del 1961: « Ai sensi dell'art. 1 d.P.R 30 maggio 1955 n. 797, non spettano gli assegni familiari al lavoratore che presta la sua opera per una società non cooperativa, di cui è socio, non quale lavoratore subordinato ma quale socio che apporta le sue prestazioni a titolo di conferimento. Il doloso occultamento di questo rapporto e la denuncia del detto soggetto all'istituto nazionale previdenza sociale quale semplice lavoratore dipendente in modo da ottenere la corresponsione degli assegni familiari costituiscono il reato di truffa aggravata»<sup>504</sup>. Quivi non ci si limita ad avere una mera omissione, un mero silenzio, come *prima facie* si potrebbe supporre, vi è per converso un *quid pluris* costituito dalla dichiarazione mendace, orbene, in questa circostanza è corretto applicare l'art. 640 c.p. essendo integrata la condotta artificiosa ed atta al raggirò prevista dal legislatore. Differente è l'ipotesi di una mera "omissione silenziosa", così la Cass. 8 maggio 1961 citata poc'anzi, in questo caso alcuna dichiarazione mendace, bensì mero contegno omissivo. Identico orientamento è rappresentato dalla Sent. Cass. Pen. del 24 novembre 1997 « in materia di truffa contrattuale, sono ravvisabili gli artifici e i raggiri anche nel tacere o nel dissimulare fatti e circostanze tali da indurre l'altro contraente ad astenersi dal concludere il contratto»<sup>505</sup>. Conforme anche la Sent. Salvalaio<sup>506</sup>, quivi è stata affermata una rilevanza ai fini dei c.d. artifici e raggiri del silenzio artatamente serbato in presenza di un dovere informativo. Così la Suprema Corte richiamandosi a precedente giurisprudenza<sup>507</sup>, ha affermato che :«anche il silenzio maliziosamente serbato su alcune circostanze da chi abbia il dovere giuridico di farle conoscere costituisce artificio, in quanto il comportamento dell'agente non può ritenersi meramente passivo bensì artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno tanto più quando l'obiettiva difformità tra la situazione reale e quella conosciuta da

---

<sup>503</sup> M.DONINI, *op.cit.*

<sup>504</sup> In *Mass. Cass. Pen.* 1961.

<sup>505</sup> Sez. VI, Cass. Pen, Sent. 24 novembre 1997, in *Guida al dir.*, 1998, n5, 79.

<sup>506</sup> Sez. II, 12 settembre 1991, Cass. Pen., in *Riv. Pen* 1992, 473.

<sup>507</sup> Fra le tante, Sez IV, 5 novembre 1983, n.9176; Sez. III, 16 marzo 1990, n.3683.

colui che è stato indotto in errore dipende dal comportamento dell'agente». Di qui i Salvalaio venivano condannati per aver mendacemente dichiarato liberi da ipoteche quattro immobili in realtà da queste gravati. La sentenza in esame pur esponendo un principio non condivisibile in ordine alla rilevanza penale del semplice silenzio, conchiude in termini coerenti sul caso di specie. La condotta dei Salvalaio non è consistita nel mero silenzio o comportamento omissivo, bensì in vero e proprio mendacio, questo, purché corroborato da ulteriori comportamenti tali da trarre in inganno il terzo, è ritenuto ragionevolmente idoneo, dalla giurisprudenza maggioritaria, ad integrare un raggiri o artificio. Per completare il quadro giurisprudenziale in tema di rilevanza del silenzio si citi, da ultima, la sentenza Camaiti<sup>508</sup>: « ai fini della configurabilità del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., il silenzio dell'agente in ordine a fatti che ha l'obbligo giuridico di rendere noti costituisce artificio, in quanto produttivo di ignoranza di tali fatti e quindi fonte di errore del soggetto passivo sulla loro sussistenza.» Rinaldi ha buon gioco nel definire la tutela civilistica “inadeguata”, ed ha altrettanto buon gioco nel considerare le scelte della giurisprudenza dirette al perseguimento di fini di giustizia sostanziale. Tuttavia, abbiamo già avuto modo di notare a quali esiti possa portare un ricorso meccanico all'analogia<sup>509</sup>. L'invettiva dell'autrice così si articola: :« La condotta descritta nella fattispecie incriminatrice è chiara e non lascia adito a dubbi circa i comportamenti a cui essa si riferisce. Il margine (seppure assai limitato) delle possibili soluzioni rimesse all'apprezzamento del giudice, che ci permette di classificare l'espressione ( «... con artifizii e raggiri, inducendo...») nell'ambito degli elementi elastici, consente all'interprete di ricomprenservi, attraverso un'interpretazione estensiva, oltre al comportamento diretto a creare *ex novo* , la situazione di errore, anche quelle condotte, pur sempre commissive, che sfruttando la preesistente situazione di errore, la rafforzano.»<sup>510</sup> In seguito l'autrice conferma la necessità di una

<sup>508</sup> Sez II, 18 maggio 1998, n.5851.

<sup>509</sup> Nuvolone e Vassalli costituiscono un *memento*.

<sup>510</sup> RINALDI, *op.cit.*, p. 206.

condotta commissiva, sanzionando quale procedimento analogico la sussunzione di condotte omissive: « si passa, invece all'uso del procedimento analogico, quando si fanno rientrare nella condotta descritta dalla norma comportamenti meramente omissivi che non influiscono- né determinando, né rafforzando- una preesistente situazione di errore, i quali non possono ritenersi ricompresi nei possibili significati delle espressioni usate nella fattispecie astratta, nonostante presentino un eguale disvalore.»<sup>511</sup> La posizione di Rinaldi è condivisibile, per il configurarsi della fattispecie truffa un mero contegno omissivo e silenzioso è insufficiente, l'asserzione contraria esorbita il testo legislativo, per questo ,sebbene suffragata da *identitas rationis*, è da qualificarsi analogia in *malam partem* vietata ex art. 14 Prel, 1 Cost. e 25 c.p. La tesi in esame è, seppur in parte, parimenti sostenuta da Fiandaca-Musco<sup>512</sup> « se la conseguenza del silenzio o della reticenza non è una falsa rappresentazione, ma piuttosto un'assenza di rappresentazione, allora viene meno un requisito essenziale richiesto dall'art. 640: cioè manca il nesso causale tra la condotta del reo e una vera e propria induzione in errore del soggetto passivo». Fiandaca-Musco nel concepire la truffa reato di evento a forma vincolata, finiscono per escludere la possibilità di equiparare azione ed omissione. Gli autori negano quindi che comportamenti meramente omissivi possano determinare una “falsa rappresentazione” dunque un artificio, piuttosto porteranno ad una “assenza di rappresentazione”. Da tale asserzione discende l'impossibilità di ravvisare il nesso causale azione(omissione)-atto di disposizione, mancherebbe l'induzione all'errore, elemento causalmente indefettibile per il configurarsi della fattispecie. Differente è l'argomentazione, tuttavia le conseguenze, ossia la censura dell'indirizzo giurisprudenziale in parola, sono le medesime. Tono di censura è anche quello di Manzini<sup>513</sup>, il quale nega *tout court*, la possibilità che il silenzio e la mera dissimulazione ,non seguita da artifici o da raggiri, possano costituire

---

<sup>511</sup> RINALDI *op.cit.*, p.206.

<sup>512</sup> G.FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale*, parte speciale II, delitti contro il patrimonio, V ed., Bologna 2008, p179.

<sup>513</sup> MANZINI, *Trattato*, IX, 604.

truffa. Mantovani<sup>514</sup>, concordemente con Fiandaca-Musco, esclude che la dizione artifici-raggiri possa essere integrata da mere omissioni, poiché questi implicherebbero un “attivarsi diretto ad ingannare il terzo”.

### **III.II.1** Insolvenza fraudolenta: *lineamenti normativi della fattispecie*

L'art.641 c.p. sanziona, l'insolvenza fraudolenta: « chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora l'obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino ad euro 516. L'adempimento della obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato.»

La fattispecie in esame rende necessaria una puntualizzazione sul così detto “stato d'insolvenza”; la Cassazione civile con sentenza n. 4789 del 2005 ha così definito tale stato: « E' opportuno rammentare, in limine, che costituisce "diritto vivente" (cfr., da ultime, sentt., pronunciate a sezioni unite, nn. 115 del 2001 e 1997 del 2003), integralmente condiviso dal Collegio, quello, secondo cui lo stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, si realizza in presenza di una situazione di impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta, in proposito, irrilevante ogni indagine sull'imputabilità, o non, all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti.»<sup>515</sup> Dunque, l'art 641 c.p., qui trattato per una somiglianza intrinseca al precedente

---

<sup>514</sup> MANTOVANI, *Diritto penale*.

<sup>515</sup> *Mass. Cass. Civ.*, 2006.

640 c.p., differentemente da questo richiede un'attività dissimulativa, non consistete in veri e propri raggiri o artifici, ma comunque idonea a «guadagnare la fiducia del soggetto»<sup>516</sup>, il quale risulta indotto in falsa rappresentazione. Perciò il semplice silenzio serbato in ordine alla volontà di non adempiere non permetterebbe di qualificare la condotta come dissimulazione di uno stato d'insolvenza, ovverosia come elemento rilevante ai fini dell'insolvenza fraudolenta.

### **III.II.2** Insolvenza fraudolenta: *tra dottrina e giurisprudenza*

Con la sent. 1548 del 19 novembre 1969<sup>517</sup> la Cassazione si è espressa in tema di insolvenza fraudolenta, sottolineando come ai fini della configurazione della fattispecie ex. Art 641 c.p., lo stato d'insolvenza non consista nel solo mancato pagamento, ma come predetto, nella condizione di insolvibilità, quindi nella mancanza attuale, totale o parziale della possibilità di pagare, «che non sia manifesta all'altra parte contraente.» Di particolare interesse è la sceverazione semantica operata dalla Cassazione tra dissimulazione e simulazione. La dissimulazione consiste nel «comportamento positivo inteso a nascondere atteggiamenti, intenzioni, qualità personali o avvenimenti la cui conoscenza da parte di altri è ritenuta nociva al proprio interesse», in definitiva: « la dissimulazione è, in via generale, una forma di finzione adottata da chi si sottrae al contatto leale con altre persone, in particolare non rivelando, nel campo dei rapporti obbligatori con l'altro contraente, la propria incapacità di adempiere l'obbligazione». La simulazione per converso consta , nel «prospettare una situazione falsa, diversa da quella effettivamente esistente». Con la sopracitata

---

<sup>516</sup> Così RINALDI, *op.cit.*, 206.

<sup>516</sup> Conforme: Cass. 15 novembre 1955, in *Giust. Pen.*, 1956, II, c. 582.

<sup>517</sup> In *Cass. Pen. Mass.* 1971.

sentenza la Corte ha ridefinito l'area di rilevanza del silenzio ai fini dell'insolvenza fraudolenta, in particolare: « [...], può avere rilievo come forma di dissimulazione [...], solo quando il detto stato non sia manifesto all'altra parte contraente e il silenzio sul medesimo sia legato al preordinato proposito di non adempiere, cioè quando, sin dal momento in cui il contratto è stato stipulato, vi era l'intenzione di non far fronte all'obbligo o agli obblighi scaturenti dal rapporto obbligatorio; l'inadempimento contrattuale non preordinato, invece, non costituisce delitto di insolvenza fraudolenta e ricade, normalmente, solo nell'ambito della responsabilità civile.»<sup>518</sup> Rinaldi<sup>519</sup>, dati i contenuti definatori della dissimulazione, sostiene ragionevolmente come una sanzione del silenzio ai sensi dell'art. 641 c.p. possa avvenire solo in guisa analogica; una volta definita la “dissimulazione” quale comportamento “positivo” non si potrà in questa dizione ricomprendere il silenzio, contegno ontologicamente omissivo, dunque di segno negativo. L'unica possibilità di intendere in tal senso la fattispecie deriverebbe da una sua applicazione analogica, così, travalicando l'area di significanza semantica della dissimulazione, si ignori il suo carattere positivo e vi si “inserisca” il silenzio, l'*extensio* è compiuta. Come noto l'analogia si caratterizza per un presupposto di tipo logico ,ovvero, la *eadem ratio* tra il caso contemplato e quello non contemplato, fuor di dubbio il silenzio serbato in ordine alla propria “incapacità” di adempiere può arrecare un danno alla controparte, frustrarne gli interessi ed essere totalmente dicotomico rispetto agli oneri di buona fede; tuttavia sanzionarlo penalmente, colà dove la condotta descritta dalla norma sia di segno totalmente opposto, pare conseguenza del perseguimento di una giustizia “materiale” che poco ha a che vedere con il principio di legalità e di prevedibilità dell'azione punitiva. La sentenza “Mazzarelli” ha rappresentato una svolta nell'indirizzo giurisprudenziale del tempo, l'imputato Mazzarelli Vito era stato condannato dal

---

<sup>518</sup> Cass., Sez II, 19 novembre 1969, in *Mass. Cass.Pen.* 1971

<sup>519</sup> R.RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.*, 1934.

Pretore di Gioia del Colle, in data 8 ottobre 1968, per insolvenza fraudolenta e minaccia (641 c.p. e 612 comma 1°c.p) a tre mesi di reclusione e L. 30.000 di multa. Mazzarelli non aveva provveduto al pagamento dei pezzi di ricambio per autovettura, che il querelante, Giovanni Leronni aveva consegnato ad un meccanico nel di lui interesse. Nuovamente, il Pretore di Gioia del Colle con sentenza in data 5 novembre 1968 condannava Mazzarelli per insolvenza fraudolenta (641 c.p.) alla reclusione, risarcimento dei danni e pagamento delle spese in favore della parte civile Dalia Pannunzio . L'imputato aveva alloggiato presso Gioia del Colle nell'albergo Artù, della Pannunzio , contraendo quivi un'obbligazione di L. 35.900, con il chiaro intento di non adempierla, essendosi questo allontanato senza provvedere al pagamento del dovuto. Mazzarelli, condannato in primo grado, ottenne presso il Tribunale di Bari assoluzione per le due imputazioni d'insolvenza fraudolenta, il giudice ritenne non sussistente il reato ascrittogli, mancando uno degli elementi fondanti la fattispecie, ovvero, la "dissimulazione" dello stato d'insolvenza, dunque assoluzione piena poiché "il fatto non costituisce reato". La Cassazione investita dal ricorso del p.m. del compito di derimere il caso controverso, rimarcava la distinzione fondamentale tra insolvenza e truffa, individuata, nella "dissimulazione" del proprio stato di insolvenza, giungendo poi a definire quest'ultimo quale "incapacità di adempiere". La dissimulazione è stata così definita dalla Suprema Corte :« comportamento positivo che mira a nascondere atteggiamenti, intenzioni, qualità personali o avvenimenti la cui conoscenza è ritenuta nociva al proprio interesse ...»; dal dissimulare discende ,quale logica conseguenza, l'ignoranza della vittima circa la qualità personale dell'"incapacità" patrimoniale della controparte. Altrettanto rilevante nella pronuncia è stata l'asserita esclusione ,in chiave concorde con la giurisprudenza oggi maggioritaria, della rilevanza del silenzio "semplice"<sup>520</sup> (relativo ovviamente allo stato di insolvenza), richiedendosi ai fini dell'incriminazione un correlativo obbligo (violato) d'informazione circa il

---

<sup>520</sup> O non qualificato da un obbligo giuridico di informazione.

proprio stato patrimoniale , nonché, una previa intenzione di non adempiere. Per questi motivi, il Collegio cassò la sentenza del Tribunale di Bari: « Quanto all'episodio ai danni del Leronna, il tribunale ha escluso la colpevolezza dell'imputato senza valutare congruamente se il proposito dell'agente di non adempiere l'obbligazione sussisteva al momento in cui questa prendeva giuridica consistenza, soprattutto in relazione alla circostanza, integrante in ipotesi un comportamento positivo, che il Mazzarelli si era presentato alla persona offesa con due autovetture da riparare, anche se poi ne lasciò una soltanto per le riparazioni e sostituzioni di pezzi, e in relazione alla minaccia rivolta dall'imputato al Leronna, che gli sollecitava il pagamento». La Cassazione proseguiva poi: « Nell'episodio ai danni della Pannunzio il giudice d'appello ha escluso pressoché apoditticamente la colpevolezza dell'imputato senza indagare sul comportamento dello stesso, che si era presentato come un qualsiasi avventore solvibile, effettuando anche telefonate interurbane e usufruendo del bar, e senza prendere in esame ai fini del giudizio di colpevolezza o meno dell'imputato la circostanza, messa in evidenza nei motivi d'appello del Mazzarelli, che la Pannunzio avrebbe concesso una dilazione nel pagamento di quanto dovute». La Corte con tale sentenza si è sostanzialmente discostata dall'orientamento giurisprudenziale allora consolidato e rappresentato dalla precedente Sent. Malfatti<sup>521</sup> 1966 :« Ai fini di cui all'art 641 c.p. la dissimulazione del proprio stato di insolvenza deve consistere in un fatto positivo che sia tale da vincere la normale diligenza di chi si dispone a contrattare, così da porlo in condizione di non rendersi conto della insolvibilità dell'altro contraente». Dunque ai fini della configurabilità è richiesta una condotta positiva, non meramente passiva od omissiva. L'irrelevanza del silenzio ai fini della fattispecie è stata asserita ancor prima dalla Sent.Parrella<sup>522</sup>: « per la sussistenza del delitto di insolvenza fraudolenta, occorre che l'inganno della persona offesa sia determinato dalla dissimulazione, da parte dell'agente, del proprio stato d'insolvenza: pertanto,

<sup>521</sup> Sez. III, 1° dicembre 1966, Malfatti, *Mass.Cass.pen.* 1967, p.839, m.1294.

<sup>522</sup> Sez. III, 15 novembre 1955, Parrella, in *Giust. Pen.*, 1956, II, c. 924, m.789.

spetta all'accusa il dimostrare che l'imputato abbia tenuto atteggiamento tale di farlo ritenere ragionevolmente solvibile ; *poiché il tacere soltanto lo stato d'insolvenza non è sufficiente ad integrare la nozione di dissimulazione, che comporta un atteggiamento positivo dell'agente.*» Il distacco dalla sentenza Mazzarelli è evidente, quest'ultima ha segnato un momento fondamentale nell'apertura della fattispecie a nuove condotte prima penalmente irrilevanti, sebbene moralmente riprovate. In dottrina le opinioni sono profondamente discordanti, Antolisei<sup>523</sup> definisce la dissimulazione quale comportamento multiforme « è indubbio che si può concretare tanto in un comportamento positivo che in uno negativo», tanto da farvi rientrare la menzogna, la reticenza o il semplice silenzio (qualora non possano esser qualificati «artifici o raggiri»). Di identico avviso Fiandaca<sup>524</sup>-Musco: «la dissimulazione di solito non si concretizza in un comportamento positivo, ma assume le forme di una condotta negativa: com'è ovvio, quanto più corposo e palese diviene il comportamento dissimulatorio, tanto è maggiore il rischio che esso si trasformi in un vero e proprio artificio o raggio». L'interpretazione di Fiandaca-Musco è particolarmente interessante poiché discende da una ricognizione delle origini storiche della fattispecie; l'art 641 c.p. sarebbe stato creato dal legislatore del '30, per contrastare un peculiare malcostume, ovvero il c.d. *scrocco*, malvezzo consistente nel mangiare in trattoria ovvero dormire in albergo senza ottemperare al pagamento dei servizi. Orbene, secondo gli autori quale condotta se non una propriamente omissiva integrerebbe il “tipico” mezzo di realizzazione dell'illecito? Ciò che lascia perplessi rimane tuttavia l'ampio intendimento della formula legislativa, non propriamente rispettoso del principio di legalità e della sussidiarietà del diritto penale. L'indirizzo dottrinale oggi prevalente, è confermato anche da Carcano<sup>525</sup>, il quale, concependo la dissimulazione in

---

<sup>523</sup> F.ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, p.spec., p.389.

<sup>524</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, p.213.

<sup>525</sup> D.CARCANO, *Diritto penale*, p.spec. p.1119.

termini di condotta sia positiva che negativa si allinea ad Antolisei, Fiandaca<sup>526</sup>-Musco ed alla attuale giurisprudenza di Cassazione. Dunque la rilevanza del silenzio è stata ampiamente e concordemente affermata<sup>527</sup> in dottrina e dalla recente giurisprudenza.

Un caso di particolare interesse è quello del mancato pagamento del pedaggio autostradale, in seguito al ritiro del talloncino nel casello di ingresso ed al compimento della relativa tratta. Ebbene, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice della strada la tendenza consolidata vedeva applicare la fattispecie ex. Art 641 c.p., ciò in ragione del fatto che anche il silenzio può comportare dissimulazione del proprio stato di insolvenza qualora l'agente assuma un'obbligazione senza necessità di contrattazione, ma con un comportamento rituale che sia idoneo ad ingannare la controparte sulle sue reali intenzioni (Cass., 20 novembre 1986, Locorotondo, Cass. Pen. 1988, 828 ss). L'entrata in vigore del nuovo codice della strada determinò problematiche in sede giurisprudenziale e dottrinale, questo poiché l'art. 176 c. 17 ha stabilito che: « chiunque ponga in essere qualsiasi atto al fine di eludere in tutto o in parte il pagamento del pedaggio, è soggetto, salvo che il fatto non costituisca reato, alla sanzione amministrativa.» Di qui sorsero ampi dibattiti in dottrina sulla possibilità di ricondurre la condotta ad illecito amministrativo<sup>528</sup>e quindi procedere ad una depenalizzazione, oppure per converso, data la clausola di riserva in esso contenuta, fare salva l'applicazione dell'art.641<sup>529</sup>. Le Sezioni Unite intervennero per fare chiarezza il 9 luglio 1997<sup>530</sup>, affermando la piena applicabilità dell'art. 641, data la natura del pedaggio di corrispettivo in contratto sinallagmatico, da qui discende la possibilità di qualificare la condotta “insolvente” quale “insolvenza fraudolenta”. E' da escludersi in oltre l'applicabilità dell'art 176 comma 17 C.d.S, avendo quest'ultimo natura sussidiaria. In merito, è interessante e pertinente la

<sup>526</sup> Tra gli altri, ANGELONI, *Il delitto di insolvenza fraudolenta.*, MANTOVANI, *Diritto penale*, p.spec., p.124 ss.

<sup>527</sup> Contra NUVOLONE, *Diritto penale*, cit.p.416.

<sup>528</sup> Cass., 13 Aprile 1994, Pg.G, in c. Caticato, *Foro.it* 1996, II, 688ss, nota conforme Fedrizzi.

<sup>529</sup> Cass. 11 giugno 1996, Dell'Anna, Cass. Pen., 1997, 714 ss., nota di Gargiulo.

<sup>530</sup> Caso Gueli, di cui si tratterà in seguito.

posizione di Maglio e Giannelli<sup>531</sup>, questi attribuendo al requisito della “dissimulazione” valenza prettamente positiva, confutano le argomentazioni della dottrina e della giurisprudenza dominante, negando che nel caso di specie possa parlarsi correttamente di insolvenza fraudolenta. Così gli autori: « Orbene anche quanto all’insolvenza fraudolenta, noi riteniamo che essa debba riuscire caratterizzata da un comportamento positivo; che, ben vero, debba lasciare il *deceptus* nell’ignoranza, senza farlo cadere, propriamente in errore; che, in presenza di artifici, si debba sempre parlare di truffa; che il raggiro considerato nell’art. 641 c.p., la dissimulazione, sia nient’altro che un più lieve raggiro, il quale permette di costruire la insolvenza fraudolenta come una forma speciale, e più lieve, di truffa». Di qui prende le mosse la critica verso i vari Fiandaca-Musco, Mantovani, Antolisei (ed altri), sostenitori di una dissimulazione *per omissionem*. Maglio–Giannelli colgono il vero *punctum dolens* dell’architettura argomentativa favorevole all’incriminazione della “*dissimulazione silente*” ex art. 641 c.p.; il presupposto normativamente richiesto è quello di una insolvenza di base dell’agente, posta una carenza definitoria in sede penale di tale status, si deve ricorrere forzosamente a quella offerta in sede civile<sup>532</sup>. Quindi lo stato d’insolvenza è da intendersi quale: « *situazione di impotenza strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta, in proposito, irrilevante ogni indagine sull’imputabilità, o non, all’imprenditore medesimo, delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all’impresa, così come sull’effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valer nei suoi confronti*»<sup>533</sup>. Detto

---

<sup>531</sup> M.G.MAGLIO, F.GIANNELLI, *Sui pretesi rapporti tra la norma dell’art. 641, primo comma. C.p. e quella dell’art 176. Diciassettesimo comma. C.s. alla luce dell’art. 9. L. 24 novembre 1981. N. 689.*

<sup>532</sup> Dalla precedentemente detta sentenza della Cass. Civ n.4789/2005., nonché dall’art 5 c.2° del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 che recita: «*Lo stato d’insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*»

<sup>533</sup> Cass. n.4789 del 4 marzo 2005.

questo, pare di conseguenza alquanto difficile da configurarsi un'insolvenza tale da rendere impossibilitato il soggetto a pagare somme *de facto* irrisorie. Posto quindi come altamente inverosimile il presentarsi di un sì tanto grave stato di indigenza, la fattispecie dovrà ricondursi a più restrittiva interpretazione ed applicazione. Gli autori, inoltre, notano acutamente una deprecabile tendenza della Corte di Cassazione ad equiparare semanticamente e fattualmente “inadempienza” ed “insolvenza”<sup>534</sup>; l'errore non è tuttavia ingenuo od involontario, bensì intenzionale e mirato ad estendere la portata della norma. Così risulta difficoltoso e mero esercizio di stile interpretativo, per altro illegittimo, ritenere che un automobilista quale il signor Locorotondo, possa trovarsi, senza averne alcuna prova, in un così deficitario e degradato stato patrimoniale da renderlo “insolvente”.

Aveva ben colto la questione il Tribunale di Lodi<sup>535</sup>, finendo per riformare la sentenza di condanna del Pretore a causa di una mancanza di risultanze circa le condizioni economiche del soggetto<sup>536</sup>, e di conseguenza per l'assenza<sup>537</sup> di qualsiasi dissimulazione<sup>538</sup>. Caso recente e celebre in tema di insolvenza fraudolenta è quello “Gueli”, Cass.9 luglio 1997, l'imputato aveva compiuto numerosi viaggi sulla rete autostradale senza mai adempiere al pagamento del pedaggio; condannato dal Pretore di Taranto per insolvenza fraudolenta, l'imputato veniva assolto dalla Corte d'Appello di Lecce poiché il fatto non costituiva reato, bensì, illecito amministrativo previsto dall'art. 176 comma 17 del nuovo codice della strada. Di qui la Suprema Corte è stata poi investita del compito di derimere la causa su ricorso presentato dal P.m. Le Sezioni Unite, in

---

<sup>534</sup> Inadempienza, testualmente, come situazione di chi non vuole, ma può adempiere.

<sup>535</sup> Sent. 9 maggio 1985, assoluzione piena, il fatto non sussiste.

<sup>536</sup> Il che ovviamente rende impossibile asseverarne lo stato di insolvenza, necessario ai fini della fattispecie.

<sup>537</sup> D'altronde dissimulare, dal latino *dis-similis*, significa render dissimile, nel caso di specie occultare un determinato stato esistente, per questo si nega la sussistenza nel caso dell'automobilista di una dissimulazione, poiché non vi è un reale stato d'insolvenza, dunque non potrà esservi nemmeno dissimulazione dello stesso.

<sup>538</sup> Nel momento in cui al casello di ingresso ha con comportamento concludente (ritiro del tagliando) siglato un contratto sinallagmatico.

primo luogo, come osservato precedentemente, hanno centuriato i rispettivi ambiti di operatività degli art. 176 c.17° n.c.s e 641 c.p., giungendo poi in seguito a ritenere applicabile la fattispecie penale al caso in esame: «il reato di insolvenza fraudolenta, in ipotesi di mancato adempimento, da parte dell'automobilista, dell'obbligazione di pagamento del pedaggio autostradale, inerente al negozio di utilizzo della relativa rete non è dunque, escluso né dalla coesistenza di una figura integrante un illecito amministrativo, stante la sua funzione sussidiaria della norma penale, né per la natura del pedaggio, che ha funzione di corrispettivo e non di tassa». Di fondamentale rilevanza è stata poi la definizione di “dissimulazione dello *status de quo*”, questa non deve necessariamente avere carattere positivo, può infatti consistere anche nel mero silenzio, ovvero nel tenere allo scuro la controparte negoziale del proprio stato di insolvenza, purché questo non sia alla stessa manifesto e laddove risulti connesso ad una intenzione preesistente di non adempiere alle obbligazioni assunte<sup>539</sup>. In aggiunta è stato sottolineato dalle SS.UU. come il comportamento silente risulti il più idoneo a *tenere* in fallace convincimento, preesistente e non indotto dall'agente, il soggetto passivo. L'errore è indotto dalla presenza di circostanze obiettive tali da far sorgere in questo un affidamento sulla solvibilità del debitore. In ciò risiederebbe il *discrimen* tra gli artifici- raggiri e la dissimulazione, i primi inducono e determinano l'errore, la seconda “tiene” in errore. Altra conclusione cui addivene la Corte è inerente la rilevanza non della condizione patrimoniale del soggetto, quanto piuttosto di una sua contestuale capacità di pagare, questo discenderebbe dalla previsione ad opera del legislatore dell'adempimento ante-condanna quale causa di estinzione del reato<sup>540</sup>. La sentenza in esame è stata sottoposta a sagace critica da Gioffrè<sup>541</sup>, in particolare, si dubita che il comportamento dell'automobilista possa esser definito coerentemente dissimulatorio, egli si è comportato in guisa del tutto uniforme agli

<sup>539</sup> Conformi, Cass. 26 novembre 1992, Panizzolo; cass., 21 ottobre 1985, Bruno; Cass, 19 novembre 1969 Mazzarelli.

<sup>540</sup> Tesi in palese contrasto con la definizione di “stato d'insolvenza”.

<sup>541</sup> I.GIOFFRÈ, *Mass.Cass.Pen.* 1998 I, p. 433.

altri automobilisti, nonché, nota l'autrice, del tutto obbligata. A maggior ragione la non configurabilità della fattispecie dovrebbe inferirsi dall'impossibilità di tener una condotta "dissimulativa" diretta a trarre in inganno un casellante, nel caso di specie v'era un macchinario automatico; così dunque, sarebbe opportuno interrogarsi sull'opportunità di applicare la fattispecie suddetta qualora i presupposti siano tutt'altro che convintamente esistenti. Gioffrè mostra particolare acume ed incisività nella sua critica, ancor più, colà dove bolla come "non condivisibile" l'attuale concezione della Cassazione in tema di stato d'insolvenza. L'autrice ritiene che la Suprema Corte, per aggirare problematiche probatorie, tutt'altro che trascurabili, abbia deciso di considerare sussistente lo stato di cui sopra in presenza di una mancanza attuale<sup>542</sup>, totale o parziale, della possibilità di pagare, la cui prova può essere ricavata anche dal comportamento precedente, successivo o da quello tenuto al momento dell'inadempimento. Come osservato tale conclusione discenderebbe dalla previsione, quale causa estintiva, dell'avvenuto pagamento ante condanna. Per converso Gioffrè arguisce che l'avvenuto adempimento in fase successiva escluda *tout court* l'antigiuridicità del fatto, venendo meno uno dei presupposti di questo, ovverosia, lo stato d'insolvenza; poiché è impossibile logicamente «dissimulare una condizione che in realtà non esiste». È palese come la di lei concezione di *status* insolvente sia da riconnettersi (logicamente, non cronologicamente), d'un lato alla pronuncia n. 4789 del 2005 della Cassazione civile e dall'altro alla definizione che di stato insolvente viene fatta nell'art. 5 della legge fallimentare, qui definito quale status "permanente" e non meramente temporaneo. Allo stesso modo, considerando come necessario ai fini della incriminazione un "reale e fattuale" stato insolvente, si comprende la *ratio* della distanza tra la posizione assunta dall'autrice e quella della Cassazione-giurisprudenza maggioritaria. Con pari sensibilità Rinaldi<sup>543</sup> e Gioffrè, colgono la ragione profonda dell'attuale linea giurisprudenziale, ossia, far fronte mediante incriminazione, a condotte alquanto frequenti nella vita di tutti i

<sup>542</sup> Ma non permanente, come affermato dalla Cass. civile n. 4789 /2005.

<sup>543</sup> R.RINALDI, *op.cit.*,195 e ss.

giorni. La differenza tra le due autrici risiede nella circostanza che la prima ritiene non sussistente (nei casi sopra esposti, es. automobilista) il reato, per l'impossibilità di concepire il mero silenzio quale *comportamento dissimulativo*; mentre la seconda perviene alle stesse conclusioni inferendo dalla definizione di stato d'insolvenza e di condotta obbligata anziché dissimulativa. Di interesse<sup>544</sup> è anche la Sent. N. 376/1991 del 31.5.1991 emessa dalla Pretura di Ferrara, si affronta quivi il caso della configurabilità, o meno, della fattispecie ex Art. 641 c.p. qualora il casello non risulti presidiato, ovvero in presenza di : ritiro del tagliando all'ingresso a seguito della pressione del bottone rosso a ciò adibito, transito e successivo mancato pagamento a seguito di asserita, ma non asseverata, incapacità di adempiervi. Ora il Pretore denegava la possibilità di ritenere sussumibile la condotta in esame nella fattispecie sanzionante l'insolvenza fraudolenta, richiedendo questa una dissimulazione rivolta a «guadagnare la fiducia del soggetto passivo così da vincere la sua normale diligenza nei rapporti contrattuali e metterlo in condizioni di non rendersi conto dello stato d'insolvenza»<sup>545</sup>. Pare di potersi ragionevolmente escludere la possibilità tanto del guadagnarsi quanto del frodare la fiducia di una macchina; si ricordi a proposito la necessità di contestualizzare la condotta dissimulativa nel momento di insorgenza/contrazione dell'obbligazione. Così l'automobilista quand'anche anche fosse mosso da intenzioni fraudolente, non potrebbe in nessuno dei mondi possibili, leibnizianamente parlando, guadagnarsi la fiducia di un mezzo automatico né tradirla; così non solo l'*agens* non pare un dissimulatore, ma anzi, si dovrà ammettere che abbia tenuto un comportamento del tutto identico a quello di tutti gli altri automobilisti, l'arguire diversamente è illogico. Il Pretore, limitatamente al caso posto sotto la sua giurisdizione, esclude che il silenzio serbato dall'automobilista al momento del ritiro del biglietto possa ritenersi penalmente rilevante in relazione all'art. 641 c.p., costituendo condotta obbligata . Per concludere la trattazione, si osservi in primo luogo come il precedente

---

<sup>544</sup> Data la somiglianza con il caso precedente.

<sup>545</sup> Cass.Pen. sez. II 23,3,70 n 714.

orientamento giurisprudenziale, ante sentenza *Mazzarelli*, fosse indirizzato ad escludere dalla dizione “dissimulazione” le condotte passive e tra queste il silenzio. L’attuale indirizzo pare da giustificarsi alla luce di una crescente tendenza espansiva del diritto penale, non ontologicamente connaturata a questo, bensì indotta, non solamente dalle esigenze di tutela dei consociati, ma anche dalla correlata tendenza dei giudici a piegare l’interpretazione del testo di legge alle mutate e sempre in divenire mutevoli petizioni di tutela. Che questa tendenza sia deprecabile oltre che illegittima, pare fuor di dubbio, a maggior ragione laddove venga perpetrata dal massimo organo giurisdizionale. Ci si chiederà dunque, è possibile parlare di analogia? La risposta non può che essere affermativa, è artificioso infatti, ritenere integrata l’insolvenza fraudolenta per mezzo di una dissimulazione “silente” di uno status insolvente, inesistente, non provato, o *pejus*, meramente temporaneo<sup>546</sup>. Più semplicemente e per fugare complesse argomentazioni, laddove non si volesse attribuire la natura di ragionamento o applicazione analogica alla prassi in esame, si potrebbe più semplicemente parlare di mera interpretazione illegittima. Se questi sono gli intendimenti, se si ritiene la normativa inadeguata poiché inidonea a tutelare le vittime di tali condotte, ebbene si proceda ad una riforma della stessa; in particolare si riterrebbe opportuna una definizione di “stato d’insolvenza” penalmente rilevante, essendo quella civilistica l’unica al momento utilizzabile, seppur contraddetta nei suoi stilemi e linee fondamentali dalla Corte di Cassazione Penale.

---

<sup>546</sup> Sul carattere permanente dello stato d’insolvenza: Cass.4789/2005; APICE-MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, p.40 ss.; DI PAOLA N.S. ; *IL fallimento percorsi giurisprudenziali* p. 25ss; CORTESE-SOMMAGGIO-VALER, *Atti giudiziari di diritto civile, penale e amministrativo*, p.200.

## Capitolo IV

### *L'analogia nei reati contro la Pubblica Amministrazione: casi paradigmatici di applicazione analogica.*

#### **IV.I Turbata libertà degli incanti:** *profili normativi*

L'art 353 c.1° c.p. così recita: « chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti (354;576 ss. c.p.c. ; 264 c.p.p.) o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti (354), è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a 1032.» I maggiori contrasti in sede dottrinale si sono concentrati sull'ambito di applicazione della normativa, dunque sui termini "licitazioni private", "pubblici incanti", "trattativa privata" ed "appalto-concorso"; procedendo ad una chiarificazione semantica, è possibile intendere correttamente la portata della norma e di qui concludere a favore o criticamente con l'attuale indirizzo giurisprudenziale maggioritario.

Per "licitazione privata" si intende una particolare procedura attraverso la quale la P.A. procede alla scelta dei contraenti mediante gara cui partecipano solamente le ditte invitate, poiché ritenute idonee a concludere il contratto in base ad una preliminare valutazione, per questo viene definita "privata", poiché ha natura di procedimento «ristretto». Il ricorso alla licitazione privata è condizionato dalla presenza di particolari circostanze<sup>547</sup> e condizioni<sup>548</sup>, indicate nel r.d. 827/1924 .

---

<sup>547</sup> R.d. 827/1924 recita: «. I casi nei quali, a norma dell'art. 3 della legge si può procedere a licitazione privata sono i seguenti: 1) Per le forniture d'ogni genere, per i trasporti o per i lavori, quando un'evidente urgenza prodotta da circostanze imprevedute non permetta l'indugio degli

Dissimile dalla licitazione privata è l'asta pubblica o pubblico incanto, quivi, partecipano tutti gli interessati, punto comune ad entrambe è il bando, con la distinzione che nel primo caso è indirizzato ai soli soggetti «preselezionati», mentre nel secondo è rivolto a tutti coloro i quali abbiano interesse a partecipare. In tema di procedure ristrette è stata significativa la riforma introdotta con il d.lgs. 163/2006. L'art. 55 del d.lgs. al fine di delimitare la discrezionalità della P.A. in sede di scrematura dei possibili contraenti, ha predisposto l'obbligatoria pubblicazione di un bando contenente i «requisiti di qualificazione», in seguito le imprese interessate e dotate dei requisiti potranno inviare richiesta; solo a questo

---

incanti, e per le provviste occorrenti all'esercito, all'armata o all'aeronautica militare, quando siano urgentemente richieste dalla sicurezza dello Stato;

2) Per le provviste di materie e derrate che per la loro natura, o per l'uso speciale a cui sono destinate, debbono essere acquistate nel luogo della produzione o fornite direttamente dai produttori;

3) Per i prodotti d'arte, macchine, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve commettersi ad artefici o ditte specializzate;

4) Per dare in affitto ad uso di abitazione locali e loro dipendenze, quando per ragioni speciali non sia conveniente sperimentare l'incanto;

5) Quando sia andato deserto l'incanto o non si sia raggiunto dalle offerte il limite fissato, salvo che l'amministrazione non ritenga di dovere stipulare il contratto a trattativa privata;

6) Quando trattisi di contratti che durano più anni e in virtù dei quali il fornitore debba sempre tenere a disposizione dell'amministrazione una determinata quantità della materia da somministrare, ovvero debba avere i mezzi necessari per una data fabbricazione.

2. La ragione che in ogni singolo caso giustifica il ricorso alla licitazione privata, deve essere esposta e dimostrata al consiglio di Stato nei casi in cui occorra il suo preventivo avviso e va indicata nel decreto di approvazione del contratto.»

<sup>548</sup> d. 827/192° 1. Si può inoltre ricorrere alla licitazione privata, concorrendovi particolari ragioni che devono essere indicate nel decreto di approvazione del contratto e dimostrate al consiglio di Stato, nel caso che occorra il suo preventivo avviso:

1) Quando si tratti di spesa che non superi le lire 75.000.000 ovvero di spesa che non superi annualmente lire 15.000.000 e lo Stato non resti obbligato oltre cinque anni, sempreché per lo stesso oggetto non vi sia altro contratto computato il quale si oltrepassino tali limiti;

2) Per la vendita di effetti mobili fuori d'uso e di derrate quando il valore di stima non superi le lire 60.000.000, fatta qui pure l'avvertenza contenuta nel n. 1;

3) Per l'affitto di fondi rustici, fabbricati, ponti ed altri beni immobili, quando la rendita annuale sia valutata in somma non maggiore di lire 5.000.000 e la durata del contratto non ecceda i sei anni, e sempreché non ne sia stata data una parte a fitto con altro contratto per una somma e tempo che, uniti a quelli del nuovo contratto, eccedano i limiti qui determinati;

4) Per l'acquisto e la macinazione di cereali, per l'acquisto dei viveri, del foraggio, della paglia e del combustibile e per il trasporto dei generi suddetti occorrenti per l'esercito;

5) Per l'acquisto di cavalli di rimonta;

6) Per le confezioni e riparazioni di corredo militare;

7) Per le coltivazioni o fabbricazioni, o forniture a titolo di esperimento;

8) Per le forniture occorrenti al mantenimento dei detenuti, quando siano commesse a stabilimenti di opere pie, o per lavori da darsi ai detti detenuti.

punto e previa una valutazione discrezionale, l'amministrazione procede ad inviare l'invito alle imprese interessate ed idonee. Come osservato da Casetta<sup>549</sup> in seguito alla suddetta riforma, il *discrimen* tra licitazione privata e pubblico incanto si è fortemente assottigliato; la *ratio* della riforma è riconducibile d'un lato alla volontà di restringere il margine di discrezionalità della P.A. nella scelta dei possibili contraenti<sup>550</sup>, dall'altro all'intenzione di porre rimedio alla ristretta conoscenza del mercato da parte della Pubblica Amministrazione.

Procedura ancora dissimile è quella dell'appalto-concorso, la cui disciplina era rinvenibile nell'art.4, r.d. 2440/1923: c.1° « Per speciali lavori o forniture possono invitarsi le persone o ditte ritenute idonee a presentare, in base a prestabilite norme di massima, i progetti tecnici e le condizioni alle quali siano disposti ad eseguirli.» c.2° « Nei modi e nelle forme che saranno stabilite nell'invito, si procede, a giudizio insindacabile dell'amministrazione, alla scelta del progetto che risulti preferibile, tenuto conto degli elementi economici e tecnici delle singole offerte e delle garanzie di capacità e serietà che presentano gli offerenti, e si fa quindi luogo alla stipulazione del contratto.» La fattispecie è totalmente dissimile rispetto a quelle precedentemente dette, l'invito è rivolto solo alle ditte considerate idonee, quindi avviene già in tale fase una prima scrematura discrezionale; manca d'un lato la pubblicità tipica della licitazione pubblica, integrata dalla pubblicazione del bando, dall'altro manca la pubblicazione dell'invito, tipica, per converso<sup>551</sup>, della licitazione privata nei suoi recenti stilemi. Passando a definire la "trattativa privata", disciplinata dal d.lgs. 163/2006, questa è una «procedura negoziata» che prevede un elevatissimo tasso di discrezionalità nella scelta del contraente, nessun invito viene emesso dalla P.A., anzi nei casi tassativi previsti dalla normativa<sup>552</sup> è possibile prescindere dalla pubblicazione del

<sup>549</sup> E.CASETTA, *Diritto amministrativo*, Milano, 2011.

<sup>550</sup> L'invito viene inviato solo in seguito alla pubblicazione del bando, in precedenza non v'era alcun bando quindi la scrematura avveniva in guisa del tutto discrezionale.

<sup>551</sup> In seguito al d.lgs. 163/2006.

<sup>552</sup> D.lgs 163/2006 art. 51 :

- 
1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.
  2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura e' consentita:
    - a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata. Le disposizioni contenute nella presente lettera si applicano ai lavori di importo inferiore a un milione di euro;
    - b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
    - c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non e' compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.
  3. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo e', inoltre, consentita:
    - a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;
    - b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;
    - c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
    - d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.
  4. Nei contratti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo e' , inoltre, consentita qualora il contratto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso; in quest'ultimo caso tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.
  5. Nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo e', inoltre, consentita:
    - a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale ne' nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza impreveduta, sono divenuti necessari all'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni:
      - a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall'esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento;
      - a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera il cinquanta per cento dell'importo del contratto iniziale;
    - b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a

bando, procedendo dunque alla mera individuazione della controparte contrattuale con successiva negoziazione. L'elevato tasso di discrezionalità ha portato a disciplinare la figura quale "eccezionale", i casi nei quali è ammessa vengono indicati dal r.d. 827/1924<sup>553</sup>. La snellezza della procedura e la sua correlata rapidità hanno portato negli anni ad una sua larga diffusione, tale da rendere urgente il problema della copertura penale di condotte fraudolente verificatesi in occasione di «trattative private». La problematica dunque è di duplice tipo, in prima istanza definitoria e classificatoria, cosa si intende tecnicamente per licitazione privata e cosa per gara pubblica? Mai come in questo caso intendere i termini sulla base del "senso comune" sarebbe fuorviante<sup>554</sup>, le parole impiegate hanno un significato che specifica il significante e per coglierlo è necessario

---

condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando e' consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale, e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi e lavori successivi e' computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.

6. Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

7. E' in ogni caso vietato il rinnovo tacito dei contratti aventi ad oggetto forniture, servizi, lavori, e i contratti rinnovati tacitamente sono nulli.

<sup>553</sup> Art 41 :Si procede alla stipulazione dei contratti a trattativa privata:

- 1) quando gli incanti e le licitazioni siano andate deserte o si abbiano fondate prove per ritenere che, ove si sperimentassero, andrebbero deserte;
- 2) per l'acquisto di cose la cui produzione è garantita da privativa industriale o per la cui natura non è possibile promuovere il concorso di pubbliche offerte;
- 3) quando trattasi di acquisto di macchine, strumenti o oggetti di precisione che una sola ditta può fornire con i requisiti tecnici e il grado di perfezione richiesti;
- 4) quando si debbano prendere in affitto locali destinati a servizi governativi;
- 5) quando l'urgenza dei lavori, acquisti, trasporti e forniture sia tale da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione;
- 6) e in genere in ogni altro caso in cui ricorrano speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli articoli 37 e 40 del presente regolamento.

<sup>554</sup> Come colto da MARINUCCI, *op.cit.*, in *Riv. It. Dir e proc pen.* 2007. In tale errore è incorso ROMANO, *op.cit.*, nel tentativo di far salva la disposizione.

collocarsi nell'ottica del diritto amministrativo; solo così facendo si interpreterà correttamente la norma. In seconda istanza, la problematica è di natura valutativa degli interessi coinvolti e tutelati dalla fattispecie, l'individuazione di questi se erroneamente effettuata, conduce l'interprete ad erronee conclusioni, cui non mancherò di far menzione. L'individuazione della condotta punibile discende dunque da un preciso contesto indicato dalla stessa normativa ex. art 353 c.p., nonché da peculiari caratteri che questa deve presentare, così ai fini della sanzionabilità si richiede l'uso di violenza, minaccia, doni o promesse al fine di turbare gli incanti.

#### **IV.I.1** Turbata libertà degli incanti: *alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*

Passando ad opera ricognitiva del bene tutelato, le tesi in dottrina e giurisprudenza sono plurime e come spesso accade, discordi; Fiandaca-Musco<sup>555</sup> con posizione alquanto singolare ritengono che ad esser tutelata sia la *libertà di partecipazione*. La conclusione cui addivengono gli autori, discende da una ricostruzione della struttura della norma, quivi sono, in pari misura, sanzionati sia il turbamento che l'impedimento « equiparazione che può giustificarsi solo in un contesto di tutela della libertà di partecipazione della gara»; ecco dunque il precipuo valore tutelato, non la generica “regolarità” della gara, bensì il diritto a prendervi parte liberamente. Conformemente Cerqua<sup>556</sup>, che concepisce quale interesse tutelato dalla fattispecie la libertà di partecipazione; così in ordine al caso dell'imprenditore inseritosi *cum fraude*, attraverso l'impiego di una falsa

---

<sup>555</sup>G.FIANDACA-E.MUSCO, *Diritto Penale*, parte speciale, Vol. 1 p.333.

<sup>556</sup>L.D. CERQUA, *Forniture di beni e servizi, inadempimento di contratti, frode, turbativa di pubblica gara( art. 353-356 c.p.) :problemi di responsabilità penale nell'ambito delle Unità sanitarie locali*, in *Giur. Merito* 1994, 577.

certificazione, in una licitazione privata, negava la possibilità di ritenere configurata la turbativa, non venendo nel caso di specie intaccata la libera partecipazione ad essa, quanto piuttosto la sua formale regolarità. L'autore giustifica la propria arguizione ermeneutica, in primo luogo partendo dalla rubrica della norma che parla di «turbata libertà degli incanti»; in secondo luogo mediante argomentazioni di politica criminale e di opportunità sanzionatoria, rilevando una sproporzione nel punire in pari misura colui che impedisce *in toto* la gara e colui che, per converso, si “limita” ad alterarne il regolare svolgimento. La terza ragione portata a sostegno della propria tesi da Cerqua, inerisce il terzo evento sanzionato dalla norma, ovvero “l'allontanamento degli offerenti”; il colpire la condotta cagionante tale esito ha quale palese *ratio* la tutela della libera partecipazione alla licitazione o gara. L'autore dunque così conclude: « L'analisi delle caratteristiche strutturali dei vari risultati della condotta vale dunque a delineare l'elemento contenutistico del reato: si vuole evitare cioè che sia menomato il diritto alla libera partecipazione agli incanti, onde senza ostacoli violenti o subdoli possa esplicarsi una competizione, il cui svolgimento giova in definitiva agli interessi dello stesso ente promotore della gara.» Cerqua fonda le proprie argomentazioni sia sul dettato normativo che su ragioni di opportunità punitivo-sanzionatoria, tale indirizzo interpretativo pare essere il più convincente, nonché il più rispettoso tanto del testo di legge, quanto dell'art. 14 Prel. Un altro indirizzo individua l'interesse tutelato dalla norma in quello della pubblica amministrazione a che la gara, mediante la quale questa sceglierà una controparte contrattuale, si svolga in *libertà e regolarmente*; la tesi è sostenuta dalla Cass. con la Sent. “Demuro”<sup>557</sup> e porta, come notato da Fiandaca, ad un ampliamento significativo delle condotte punibili. La Suprema Corte con la sentenza Demuro ha rigettato il ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica avverso la sentenza di assoluzione emessa dal Tribunale di Cagliari; nel caso di specie gli imputati A. Demuro e I.Loi, erano stati ritenuti responsabili

---

<sup>557</sup> Cass., 28 ottobre 1974, Demuro, Cass.pen. *Mass. Ann.* 1976 1100.

di turbata libertà degli incanti ex. Art. 353 c.p. dal Pretore di Cagliari, con sentenza emessa in data 11 aprile 1973. La condotta considerata integrante la fattispecie era consistita nell'aver alterato lo svolgimento della licitazione privata attraverso accordo preventivo sulle offerte. L'appello presentato dal Procuratore era fondato sulla considerazione che il procedimento cui era ricorso il Comune di Sestu integrasse la c.d. "gara di consultazione". Con la sentenza "Ciotti"<sup>558</sup> la Suprema Corte aveva ammesso un'interpretazione estensiva della fattispecie Art. 353, tale da ricomprendere quale ambito di tutela anche le "gare di consultazione" (interpretazione della cui opportunità è doveroso dubitare), inoltre

---

<sup>558</sup> Cass.Sez. V, 5 marzo 1969. Con tale sentenza la Corte di Cassazione ritenne passibile di interpretazione estensiva l'art 353 c.p., esteso dunque, anche alle "gare di consultazione". così la Corte « Non è dubbio che l'art. 353 c.p. sia suscettivo di interpretazione estensiva. La interpretazione della legge è definita "estensiva", allorchè il contenuto effettivo delle singole disposizioni, puntualmente accertato attraverso i mezzi consentiti dalla logica e dalla tecnica giuridica, è più ampio di quello che appare dalla sola considerazione del valore letterale delle espressioni che compongono la disposizione stessa. La interpretazione "estensiva" non amplia il contenuto effettivo della norma, ma impedisce che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto della lettera; come tale, essa è ammessa in relazione a tutte le disposizioni della legge comprese quelle penali e quelle che fanno eccezione a regole generali, posto che anche di queste identifica i tempi ed i casi di applicazione.» « L'interpretazione non incontra, pertanto limitazioni nell'art. 14 delle preleggi, allorchè si tratta di accertare l'esatto contenuto dell'art 353 c.p.; e nulla consente di sostenere che tale articolo, allorchè parla di incanti e di licitazioni private, si riferisca esclusivamente agli istituti previsti con tale denominazione e regolati dallo profilo della legge sulla contabilità dello Stato e del relativo regolamento.» «Al contrario, la dizione generica "gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni" pone l'accento sull'elemento obiettivo della competizione, e su quello del soggetto ( la pubblica amministrazione) interessato alla regolarità della gara, ed è tanto ampia da comprendere tutti gli incanti e le licitazioni private, con qualunque forma essi si svolgano e da qualunque legge siano regolati, anche nel caso che assumano forme anomale.» La Corte proseguiva « L'oggetto specifico della tutela penale è l'interesse della pubblica amministrazione, che deve stipulare un contratto dal quale deriva una entrata oppure una spesa, a che la gara che deve precedere la stipulazione si svolga nella più ampia libertà e regolarmente sotto ogni aspetto, poiché soltanto da una competizione nella quale le leggi economiche abbiano potuto agire e spiegare ogni loro effetto possono essere indicate le condizioni per una contrattazione giusta e conveniente.» Di qui la conclusione « Tale interesse sussiste, ogni volta che si effettua una gara, indipendentemente dalle forme che essa assume, e l'art 353 c.p. svolge essenzialmente la funzione di porre una remora a quegli accordi fraudolenti ed a quelle violenze che, turbando la libertà degli incanti, possono comportare la stipulazione di contratti e la assunzione di obbligazioni da parte della amministrazione a condizioni diverse- e per essa più gravose- da quelle che si sarebbero concordate altrimenti». Come è facile desumere da quanto esposto, da una peculiare concezione del bene giuridico protetto, la Corte giunge mediante applicazione analogica *in malam partem*, a ritenere configurabile il reato di turbativa d'asta, anche laddove manchi una licitazione privata ovvero una gara pubblica, non potendo ermeneuticamente ricomprendere in tali termini, non generici, bensì altamente specifici, la "gara di consultazione" si esorbita la mera interpretazione "ammessa".

aveva individuato il bene protetto nell'interesse della P.A. a che la gara si svolga nel modo «più libero e regolare». Partendo da tale pronuncia il Procuratore riteneva che la sentenza di appello andasse cassata, dovendosi ritenere gli imputati responsabili di turbativa d'asta (gara di consultazione). La Corte pur accogliendo la tesi interpretativa sostenuta dalla precedente giurisprudenza (Ciotti), respingeva l'appello, argomentando che: « nella specie ,come è pacifico, il Comune di Sestu intendeva contrattare direttamente con una ditta di sua scelta, intendeva cioè avvalersi della procedura della trattativa privata, che come è noto è caratterizzata della più ampia discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, né il fatto di avere ai fini della scelta, previamente interpellato alcune ditte, può far ritenere che sia stata indetta una gara informale. La gara infatti, è caratterizzata dalla libera competizione tra i concorrenti e competizione non v'è quando i singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentano ciascuno le proprie proposte prescindendo dalla eventualità, ad essi ignota, che altri siano stati oggetto di analoga richiesta.» Di qui, il procedimento si concludeva con l'assoluzione degli imputati, non essendo configurabile l'art 353 c.p. per mancanza dell'elemento costitutivo della "gara". Tale sentenza sia paradigmatica, da una parte per l'individuazione del bene tutelato in un *quid pluris* rispetto alla mera libertà di partecipazione; dall'altra per il concepire estensivamente la fattispecie, fino a ricomprendervi, per mera *eadem ratio*, qualsivoglia "gara" ,comprese le c.d. gare di consultazione. Iori<sup>559</sup> nel commento alla sentenza si fa portatore di una tesi ancor più discutibile, non tanto nelle premesse, quanto nelle conclusioni ermeneutiche, il bene giuridicamente prevalente ad essere tutelato sarebbe la "libertà della gara", attenzione però, non libertà di accedervi bensì libertà concorrenziale, ossia, sì di prendervi parte ma anche di concorrere senza condizionamenti esterni e turbative. Segnatamente, l'autore ritiene che il giuoco della concorrenza con il suo "tourbillon" di offerte, rappresenti la chiave per assicurare un esito vantaggioso

---

<sup>559</sup> D.IORI, *Trattativa privata e turbata libertà degli incanti*, in *Cass. Pen. Mass. Ann.* 1976, 1105.

della procedura per l'amministrazione, d'altro canto tale meccanismo richiede che la regolarità della gara venga tutelata e ne risulti intatta; così conclude « l'interesse alla regolarità sarebbe finalizzato a quello prevalente della libertà della gara, e che *il far perno su quest'ultimo consentirebbe, nelle varie situazioni di fatto che all'interprete si presentano, una applicazione più conforme alla sua ratio.*» Iori afferma come la previsione da parte della stessa Legge sulla contabilità dello Stato art.92 , della possibilità di ricorrere ad una “gara informale”, di “consultazione” od ancora “esplorativa” in caso di trattativa privata, debba portare a ridefinire l'area di significanza del termine ”gara” e succedanei, nonché, a rivedere l'ambito di operatività dello stesso art. 353 c.p. Più precisamente, e ricollegandosi al caso di specie, il fatto che la P.A. avesse previamente interpellato alcune ditte ai fini della scelta del soggetto con il quale concludere il contratto di appalto, indurrebbe « a ritenere non la inesistenza, bensì proprio l'esistenza » di un tale tipo di gara. Iori prosegue giungendo ad equiparare i vari termini “gara ufficiosa”, “gara informale”, “sondaggio” e le “gare di consultazione”; così laddove si consideri in base alla consolidata giurisprudenza, estensibile la turbativa alle gare di consultazione si dovrebbe fare parimenti anche per le altre, essendo quella in esame una distinzione meramente “nominalistica”. Unendo le argomentazioni in tema di *locus* e di *ratio*, l'autore addiviene a ritenere ,contrariamente alla dottrina ed alla giurisprudenza prevalenti, estensibile l'art. 353 c.p. anche in caso di trattativa privata; poiché in questi casi si è consolidata nella prassi amministrativa la tendenza a ricorrere a “gare ricognitive” o variamente denominate, in tutto e per tutto assimilabili alle “gare di consultazione” e dunque meritevoli di tutela da turbative. Quanto esposto ha trovato recente suffragio nella Sentenza “Cuoco<sup>560</sup>”, in cui la Corte di legittimità ha ritenuto che il reato di turbativa possa configurarsi anche in occasione di «gare di consultazione» o «informali», poiché a rilevare è la mera sussistenza della gara o competizione. Sicché a differenza della trattativa privata, colà dove

---

<sup>560</sup> Sez VI, 10 maggio 1996 Cass. Pen. in *Mass. Cass. Pen.* 1997, 1509.

mancherebbe l'elemento competitivo, in questi casi essendo per converso presente, si dovrebbe ritenere applicabile l'art. 353. c.p. La Corte ha inoltre puntualizzato come non si tratti di applicazione analogica, bensì di mera interpretazione estensiva.

Quella che Iori propone, è a suo dire, e non v'è motivo per contraddirlo, un'interpretazione di natura evolutiva, "giustificata" dall'evoluzione della prassi amministrativa e dalle deficienze del testo di legge; francamente trovo la tesi qui esposta irricevibile, argomentando mediante mere considerazioni di "ratio" si giunge ad una estensione del testo normativo imprevedibile, nonché irrispettosa dell'art 14 Preleggi, costituendo vera e propria applicazione analogica. Pare, non condivisibile l'arguire una presunta defezione del legislatore nel non aver contemplato come oggetto di tutela la "trattativa privata" nel suo svolgersi previa "gare informali"; fuor di dubbio non era prevedibile un massiccio ricorso a queste, tuttavia, qualora il legislatore avesse inteso tutelare anche la trattativa privata, termine specifico e non generico, l'avrebbe testualmente inclusa nella disposizione, trattasi, come indicato da Fiandaca-Musco, di una lacuna volontaria. Fatte tali considerazioni si potrebbe, ragionevolmente citare Contento<sup>561</sup>, abbiamo in questo caso ,ancora una volta, un mascheramento ,mediante ricorso all'interpretazione estensiva , del superamento del limite esegetico.

Anche Antolisei<sup>562</sup> ritiene che oggetto preminente di tutela sia il regolare svolgimento della gara, l'autore richiamando i due filoni giurisprudenziali principali sottolinea la plurima possibilità di intendere l'oggetto di tutela, così valga il richiamo alla Sent. Cass. N.19607/2004<sup>563</sup>. La Suprema Corte con tale pronuncia ha affermato il carattere plurioffensivo del reato di turbata libertà degli incanti, la norma tutelerebbe infatti «non solo la libertà di partecipare alle gare nei pubblici incanti, ma anche la libertà di chi vi partecipa ad influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza ed il gioco della maggiorazione delle offerte»

---

<sup>561</sup> CONTENTO, *op.cit.*

<sup>562</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, parte speciale, I.

<sup>563</sup> *Mass, Cass.Pen*, 2005, III, 937.

Parte della giurisprudenza rappresentata dall'appena citata pronuncia, riconduce lo scopo della norma alla tutela della *libertà di concorrenza*, ossia alla libertà di partecipare alla gara ed influenzarne l'esito<sup>564</sup>, dunque oggetto di tutela sarebbe la salvaguardia del gioco della concorrenza all'interno dei pubblici incanti. Un ulteriore *leading case* in questa circostanza è la Sent. Cass. Pen. n 881/1998 "De Bartolo"<sup>565</sup>, quivi la Corte chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza o meno dell'art. 353 c.p. in presenza di una mera alterazione del regolare svolgimento della gara così si esprimeva: « Il delitto di turbata libertà degli incanti sussiste secondo quanto ha già chiarito questo giudice di legittimità- non solo quando con l'uso di uno dei mezzi previsti dall'art. 353 c.p. la gara non può essere effettuata, restando essa deserta, ma anche quando, pur non impedendosi lo svolgimento della gara, se ne disturba la regolarità, influenzandone ed alterandone il risultato, che, senza l'intervento perturbatore, avrebbe potuto essere diverso. Il bene protetto dalla norma, infatti, non è soltanto la libertà di partecipazione alle gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, ma anche la libertà di chi vi partecipa di influenzarne l'esito, secondo la libera concorrenza ed attraverso il gioco della maggiorazione delle offerte, essendo a riguardo sufficiente a determinare il turbamento una qualunque compressione di libertà in rapporto all'incanto, indipendentemente dall'esaurimento di esso.» Dunque come evidenziato, il bene giuridico tutelato sarebbe la libertà di partecipare alla gara o licitazione, intesa tuttavia come "libertà di influenzarne l'esito"; per far ciò si ritiene indefettibile un rispetto integralistico della regolarità della competizione, senza l'osservanza delle regole del "buon gioco" il meccanismo concorrenziale non entra in atto, pregiudicando tanto le possibilità del partecipante "corretto" di influenzarne l'esito (regolarmente), quanto quelle della P.a. di ottenere il massimo vantaggio economico possibile dalla procedura. Muovendo da considerazioni

---

<sup>564</sup> G.AMATO, *Aste, gare pubbliche e appalti di lavori: una tutela penale per la libertà di concorrenza*, in *Enti locali* 1998, n.27, 101.

<sup>565</sup> In *Mass.Cass.Pen.* 1999, I, 544.

quali quelle esposte, in certi termini vicine a quelle di Venturati<sup>566</sup>, si giunge per garantire la regolarità della gara, ad interpretare ampiamente il novero delle condotte punibili elencate dall'art. 353 c.p.; così la Corte nel caso De Bartolo ritenne integrata la condotta vietata, laddove l'imputato aveva provveduto a dichiarare in modo mendace che le vendite di preziosi presso il Tribunale di Novara si erano sempre tenute senza vincolo di prezzo base ed a libera offerta. Nel caso di specie la sussunzione sarebbe ammissibile grazie alla clausola di apertura contenuta nella norma, ovvero "altri mezzi fraudolenti", la quale permette di ricomprendervi pressoché qualunque prassi umana e tra queste anche la menzogna o mendacio. La Corte, date tali premesse, in base all'applicazione dell'art 353 c.p. giunse a confermare la Sentenza di condanna della Corte d'Appello di Torino. Amato<sup>567</sup>, nel commentare la Sent. 881/1998, si esprime favorevolmente in ordine all'individuazione del bene tutelato nel garantire il « libero e rituale svolgimento dei pubblici incanti e delle licitazioni private, garantendo che il normale gioco della concorrenza, che è alla base delle relative gare, non ne risulti alterato da condotte, consistenti, nell'impedire o turbare la gara ovvero nell'allontanare gli offerenti.» Amato riconduce poi questo orientamento a quello espresso nella Sent. N.13967/1976 "Demuro"; indubbiamente in ambedue le sentenze la Cassazione si è espressa ritenendo che ad esser tutelato dalla disposizione sia il regolare svolgimento della gara, attraverso l'osservanza delle regole rituali e della libertà di partecipazione. Il *quid* di differente tutt'al più potrà ravvisarsi nella maggiore rilevanza attribuita nella sentenza "Demuro" all'interesse "economico" della pubblica amministrazione al regolare svolgimento e dunque al vantaggioso esito della gara; mentre nella più recente "De Bartolo" si assegna rilevanza notevole all'interesse del singolo partecipante a prendere parte alla competizione ed in influenzarne il divenire.

---

<sup>566</sup> Questo, perché si tende ad interpretare estensivamente il novero delle condotte punibili.

<sup>567</sup> G.AMATO, *La Cassazione amplia la tutela penale ai partecipanti alla gara d'appalto*; in *Enti locali* 1998, n.38, 97; Cass. Pen, 1999, 541.

Rossi<sup>568</sup> dopo una interessante ricognizione storica dal codice Zanardelli ai giorni nostri, ha concluso che interesse tutelato sia primariamente quello della pubblica amministrazione a che le gare e licitazioni private si svolgano liberamente, considerando tutelati solo indirettamente gli altri interessi. Un breve cenno merita anche la concezione di Bonini<sup>569</sup>, il quale ritiene essere interesse preminente tutelato dalla norma “il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione”, interesse tutelato indirettamente attraverso il «principio della libera concorrenza». L'autore quindi si discosta dalla posizione di Fiandaca-Musco, concependo la tutela della libertà di partecipazione e di concorrenza meramente strumentali. La tesi di Venturati<sup>570</sup> è peculiare nonché singolare, l'autore pone l'accento sull'elemento patrimoniale e sul fine ultimo dell'asta, ovvero «il conseguimento del miglior prezzo», il far scaturire «da una serie di offerte la più conveniente ai fini della aggiudicazione»; sicché ogni turbativa o alterazione dovrà forzosamente esser valutata al fine di tutelare tali interessi «prevalentemente patrimoniali» (dell'Amministrazione). In questi termini, valori considerati di primaria rilevanza da altri autori, quali la libertà di concorrenza o di partecipazione, vengono concepiti in guisa strumentale al perseguimento di interessi economici, poiché tanto il primo quanto il secondo, ove rispettati «giovano agli interessi del promotore, pubblico o privato, assicurando il conseguimento del miglior prezzo e l'attendibilità del risultato.» La posizione di Venturati si pone in forma apparentemente restrittiva, così contrariamente a quanti ritenevano penalmente rilevante qualsiasi deviazione dal normale svolgimento della gara, concependo quale oggetto di tutela (esclusivo e prevalente) la “regolarità” della competizione-asta; l'autore considera sanzionabile in base al principio di offensività, solo ciò che concretamente costituisca un detrimento per il raggiungimento degli scopi

---

<sup>568</sup> R.ROSSI, *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. Pen.* 1982, II, 436 e *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. Pen.* 1982, 552.

<sup>569</sup> BONINI S., *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Arch. Giur. Serafini*, 1994, 355.

<sup>570</sup> VENTURATI, *Frodi negli Incanti*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1992. Utet.

economici della P.a., essendo la regolarità e correttezza della gara a ciò strumentali<sup>571</sup>. Il giurista così conclude la trattazione: « La gara, per definizione, e quindi anche l'attività in questi termini della pubblica amministrazione è diretta a perseguire la pattuizione più vantaggiosa, il massimo risultato economico: non c'è tanto un interesse fine a se stesso della pubblica amministrazione a garantire la regolarità e la trasparenza delle gare, quanto un interesse prevalentemente patrimoniale a evitare manovre e speculazioni fraudolente, a salvaguardare la genuina dialettica economica, il libero gioco degli interessi, il giusto prezzo; ciò anche nelle gare di vaga connotazione pubblicistica dove sarebbe ancora più arduo ravvisare un interesse primario della pubblica amministrazione alla tutela della propria immagine di correttezza, efficienza, fedeltà soggettiva e adeguatezza operativa.». L'autore tiene in nota, a precisare che una turbativa a mezzo di violenza o minacce anche qualora fosse foriera di un'offerta vantaggiosa comunque integrerebbe reato ex. Art 353 c.p. Tale posizione pare in parte condivisibile, *sine dubio* mediante la licitazione o gara la P.A. ha quale obiettivo quello di concludere un contratto vantaggioso non solamente per sé bensì nell'interesse pubblico; lo stesso Venturati coglie la lapalissiana correlazione tra il rispetto di principi e regole della concorrenza, nei quali non può che rientrare la "libertà di partecipazione" citata da Fiandaca, ed il conseguimento di un economicamente "utile" esito della licitazione. La teoria sopra esposta modifica la gerarchia di valori rispetto alle altre, *certe* la fattispecie sanzionando condotte quali la violenza o la minaccia manifestatesi in occasione di aste o gare, è diretta ad assicurarne il regolare svolgimento, ed altrettanto certamente può portare a rinsaldare il diritto alla libera partecipazione di quante ditte risultino interessate; tuttavia la *ratio* di fondo non può fermarsi a ciò (secondo l'autore), il rischio sarebbe quello di confondere il mezzo con il fine. Siamo infatti di fronte a meri presupposti che permettono all'amministrazione di setacciare il mercato e cogliere

---

<sup>571</sup> Così VENTURATI, *op.cit.*, p.307 « la tutela della correttezza e regolarità dell'attività pubblica è accessoria rispetto al raggiungimento di scopi economici. Si guarda principalmente alla realizzazione delle condizioni per la migliore soddisfazione di esigenze utilitaristiche, al fine di meglio rispondere agli scopi del pubblico interesse».

le offerte più favorevoli, impedendo che queste ,a causa di condotte vietate, non si appalesino. Per questa ragione Venturati, puntualizza che il mero carattere favorevole dell'offerta non vale ad escluderne l'illiceità, qualora questa sia scaturigine di una condotta vietata.<sup>572</sup> Ciò che non convince nella teoria sovrapposta risiede non nel concepire la norma come un coacervo di interessi da tutelare, bensì, nella preminenza assoluta assegnata all'elemento patrimoniale. Segnatamente, il regolare svolgimento, l'osservanza di una deontologia concorrenziale devono essere tutelati non in via meramente strumentale o secondaria, bensì principale. La puntualizzazione finale offre poi uno spunto critico, se davvero l'unico interesse meritevole di tutela fra tutti fosse quello patrimoniale, perché non sanzionare un'offerta vantaggiosa frutto di un comportamento minaccioso o violento quand'anche tenuto in occasione di una trattativa privata?! Si risponderà, a ragione, poiché in questo caso pur presentandosi i connotati tipici della condotta vietata ex. Art. 353 c.p., mancherebbe un requisito base, ovverosia, il contesto della gara o licitazione privata, nulla di più vero, ma si aggiunga, se preminente a tutti fosse realmente l'interesse economico il legislatore non avrebbe avuto alcuna ragione per non includervi quale ambito di tutela anche la trattativa privata. Evidentemente la *ratio* della norma deve rinvenirsi altrove, ora nella tutela della libera partecipazione alle gare, ora nella garanzia della competizione "concorrenziale" od ancora, in accezione fortemente estensiva, nell'assoluta regolarità formale della licitazione-gara, precisando però il carattere necessariamente "formale" di questa. Così concludendo, l'interpretazione fornita da Venturati non pare totalmente condivisibile, nonostante la sensibilità mostrata nel cogliere la correlazione di valori ed interessi tutelati, l'ordine gerarchico prospettato tuttavia non giustificerebbe la risposta sanzionatoria. La fattispecie sanziona date condotte poiché tali da falsare la gara o licitazione, comportando un impedimento od una alterazione della stessa; pragmaticamente è ovvio che da ciò possa discendere uno

---

<sup>572</sup> Ex. Art. 353c.p, poiché molesta, violenta e dunque di turbativa dell'asta o licitazione.

svantaggio economico, poiché date tali condizioni è inverosimile che venga presentata un'offerta sì vantaggiosa, quanto quella possibile scaturigine di una regolare competizione. Tuttavia, se l'obiettivo è il profitto inteso quale "giusto prezzo", questo potrà conseguirsi solamente garantendo ai potenziali offerenti il diritto di partecipare ed il dovere di un retto contegno, valori non meramente strumentali bensì primari, così come non meramente strumentale, bensì basilare, è un onere generalizzato di assicurare la trasparenza, correttezza ed imparzialità (art. 97 Cost.) dell'azione amministrativa. Venturati se espone una teoria non condivisibile nelle premesse, trae conclusioni, per converso, sinceramente condivisibili, intimando un'interpretazione prudente e dunque restrittiva della fattispecie, al fine di evitare una risposta sanzionatoria fondata sul mero arbitrio ermeneutico.

#### **IV.I.2** Turbata libertà degli incanti: *altri indirizzi dottrinali*

Tirando le fila della di cui sopra panoramica, potrà osservarsi una frammentazione in sede dottrinale circa il *modus* in cui interpretare la fattispecie dell'art 353 c.p., e di conseguenza, sull'individuazione del bene giuridico da tutelarsi. Antolisei nel suo Manuale riassume lo *skyline* individuando due soli indirizzi, ovvero: d'un lato chi ritiene che il bene giuridico tutelato sia la "regolarità della gara"; dall'altro chi definisce la fattispecie in esame avente natura plurioffensiva, ritenendo che ad essere tutelati siano, unitamente alla sopracitata regolarità della gara, il diritto di prendervi parte e di influenzarne l'esito secondo i principi della concorrenza<sup>573</sup>. Invero, non pare così semplicemente riassumibile l'orizzonte dottrinale, come visto, tentando di ripercorrere concisamente quanto analizzato nelle ultime pagine, un primo indirizzo rappresentato da Iori, individua il bene

---

<sup>573</sup> Conforme Cass. Sent. N.19607/2004<sup>573</sup>, idem Sent. "De Bartolo".

tutelato nella “libertà concorrenziale della gara” riconnessa ad una necessaria regolarità della stessa; giungendo poi a considerare quale suscettibile ambito di applicazione anche le gare di consultazione, come da recente giurisprudenza. Un secondo indirizzo rappresentato da Fiandaca-Musco, propone una interpretazione restrittiva della fattispecie, non quindi in termini di plurioffensività, bensì di monoffensività, così il bene essenzialmente tutelato è quello della libera partecipazione alla licitazione/gara. Ancora differente e singolare è la tesi di Venturati, il quale, come osservato, assegna carattere peculiare all’interesse patrimoniale, preminente a qualsivoglia interesse, mi si perdoni la ripetizione, alla regolarità o trasparenza della gara. Un altro autore meritevole di menzione è Ruggiero<sup>574</sup>, il quale anticipando di circa vent’anni la Cassazione, riteneva che la fattispecie avesse carattere plurioffensivo. Così ad esser tutelati sarebbero, oltre allo scopo generico di tutela della Pubblica Amministrazione, la tutela della libertà economica in generale, e in particolare dei soggetti interessati alla gara, nonché, la protezione degli stessi interessi patrimoniali alla cui soddisfazione sono predisposti gli incanti e le licitazioni. Antolisei infine offre un ulteriore sfumatura interpretativa, considerando quale preminente e solo bene tutelato “ il regolare svolgimento” della gara.

Un altro tema foriero di ampi dibattiti in sede sia dottrinale che giurisprudenziale, è quello dell’ambito di applicazione della fattispecie, dunque, correlativamente, dei limiti di estensibilità della stessa. In parte ho anticipato alcune pronunce pertinenti in merito, in queste la Cassazione è addivenuta ad un ampliamento ed estensione della fattispecie, prendendo quale punto base del ragionamento una peculiare concezione del bene giuridico tutelato. Tale breve spunto introduttivo, per giustificare eventuali ,invero certe, tediose seppur immancabili ripetizioni ai fini della trattazione.

---

<sup>574</sup> G.RUGGIERO, Voce *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1970, 908.

Come detto la dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo arrovelate circa l'ambito di operatività della norma, in particolare sulla possibilità di ritenere applicabile l'incriminazione in esame, qualora la condotta descritta sia tenuta nel corso di "gare" esplorative o di consultazione. Va da se ovviamente che dalla soluzione prospettata potrà discendere un ampliamento numerico significativo delle condotte punibili e del "penalmente rilevante". In primo luogo trovo doveroso definire i termini impiegati; si definiscono "gare informali" o di "consultazione" quei meccanismi attuati dalla Pubblica Amministrazione nel corso di «trattative private», più propriamente, come sostenuto da Giannini<sup>575</sup> nella fase di negoziazione, quivi: « non v'è alcuna gara in senso giuridicamente proprio; vi è una semplice messa a confronto di più offerte, che corrisponde a quanto può fare un privato allorché non ha idee precise circa ciò che gli conviene fare.<sup>576</sup>» L'autore sostiene quindi come l'assenza di formalismi, seppur temperata da una limitata possibilità di esperibilità, comporti l'impossibilità di equiparare tali prassi, concettualmente e vieppiù giuridicamente, ad una gara formale ; « [...] Quando non c'è bando di gara e meccanicità di aggiudicazione, non c'è gara pubblica: onde la gara ufficiosa è facilmente individuabile». Da ciò si desuma l'inapplicabilità dell'art. 353 c.p. per mancanza di presupposto. Sandulli<sup>577</sup> riconosce d'un lato carattere di "gara", seppur informale, alla pratica di scelta del contraente nel corso di trattativa privata, tuttavia proprio poiché informale, nonché strumentale rispetto al tipo di procedura nella quale si innesta, l'autore puntualizza: « La pratica della gara "ufficiosa", [...], non fa venir meno comunque, nei contratti in cui viene impiegata, il carattere di contratti a trattativa

---

<sup>575</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Vol II, Milano 1988, 825.

<sup>576</sup> M.S.GIANNINI, così giustifica il crescente ricorso alla trattativa privata, ed in questa alle gare di consultazione: « La gara esplorativa, detta anche ufficiosa, privata, di sondaggio, e così via, è stata anche consigliata da istituzioni interne delle amministrazioni, per stornare sospetti di favoritismi; può anche, nella pratica, assumere dimensioni consistenti, e concretarsi in scambi di informative, congressi, analisi comuni.»

<sup>577</sup> A.M.SANDULLI, *Scritti Giuridici*, IV, 196 e ss.

privata<sup>578</sup>».» Sandulli individua il *discrimen* nella differente funzione del procedimento amministrativo di scelta del contraente, ora nella “gara informale”, ha meramente carattere strumentale e preparatorio; per converso nella “gara formale” sfocia nel perfezionamento del rapporto contrattuale. Le problematiche non riguardano tuttavia la sola figura della trattativa privata ma anche quella dell'appalto-concorso, procedura questa da alcuni accostata ed equiparata alla licitazione-gara ai fini dell'applicazione dell'art 353 c.p.. Ebbene la soluzione non convince, in dottrina contrari a questa linea interpretativa sono molteplici, tra questi Roehrsen<sup>579</sup>:« L'apporto del privato, consistente nel completamento del progetto di massima dell'amministrazione, influisce notevolmente anche sul giudizio successivo dell'amministrazione stessa». Così l'autore pone l'accento sul peculiare apporto del privato in sede di appalto-concorso, elemento non presente, almeno negli stessi termini, né nella licitazione, né nella gara, il che varrebbe evidentemente a sceverare le tre figure. Vincenzo Musacchio<sup>580</sup> nell'affrontare la problematica, afferma d'un lato la natura plurioffensiva dell'art. 353 c.p., dall'altro giunge ad asserire con non stringenti argomentazioni storiche ed equitative, che il fine della tutela debba essere qualsivoglia “gara”, indetta dalla pubblica amministrazione per la scelta di contraenti. Così l'autore estende d'un sol colpo la fattispecie penale sia alla trattativa privata che all'appalto-concorso, affermando che si tratterebbe di mera interpretazione estensiva. Meritevole di menzione, per il particolare tentativo di far salva la fattispecie, è la posizione di Romano<sup>581</sup>, l'autore partendo dalla denunciata inadeguatezza ed arcaicità semantica della disposizione, perviene attraverso un percorso di tipo ermeneutico-storico ed evolutivo ad ammettere l'*extensio* della fattispecie alle

---

<sup>578</sup> ROEHRSEN- DI CAMMARATA, *La giustizia amministrativa in italia*, 248 e ss. Conforme, S.BUSCEMA, *I procedimenti dell'attività concorsuale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, Cedam, Padova, 1987.

<sup>579</sup> Conforme, S. BUSCEMA, *op cit.*, p.332.

<sup>580</sup> V.MUSACCHIO, *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Rivista Penale*, 536.

<sup>581</sup> M.ROMANO-G.GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol IV, Milano, 2014.

trattative private ,agli appalti concorso ed alle mere gare di consultazione. Quanto alla trattativa privata *quid* rilevante ai fini della copertura normativa sarebbe la presenza dell'elemento competitivo,<sup>582</sup> la presenza di una gara, seppur informale o di consultazione, renderebbe applicabile la fattispecie di cui all'art. 353 c.p. In ordine all'appalto concorso l'autore ,richiamandosi ad un orientamento amministrativistico rappresentato dal Pittalis, ne sostiene la ricomprensione nell'area di vigenza della norma, essendo questo null'altro che una forma speciale di licitazione privata<sup>583</sup>. Così Romano dalla collocazione della procedura (app.concorso), dalla mancata denominazione a sé stante e dal presunto significato atecnico<sup>584</sup> assegnato alla dizione «licitazione privata», addiviene ad ammettere un'applicazione (analogica) della normativa, invero alquanto discutibile. L'autore, concludendo la trattazione, rimarca la necessità di applicare estensivamente l'art. 353 c.p. d'un lato argomentando sulla base del bene tutelato, *ovvero il regolare svolgimento delle gare di aggiudicazione nelle quali sia presente un interesse o ruolo della p.a.*; dall'altro desumendo dall'inasprimento dell'apparato sanzionatorio (l. 136/2010) e dalla mancata modifica strutturale dell'art. 353 c.p., un *placet* del legislatore alla recente prassi giurisprudenziale, che ha visto applicare “estensivamente” la fattispecie in esame. In realtà la tesi sovraesposta non pare meritevole di essere condivisa, i termini impiegati nell'elaborazione della norma sono da ritenersi tecnici e non certo d'uso comune; d'altra parte se vi sono dubbi sull'effettiva portata della norma, tanto da definire non solo “deludente” bensì “deprecabile” il mancato intervento adeguatore ed

<sup>582</sup> In assonanza alla Sent. Cass. Pen. sez. VI, 11 giugno 1993, in Foro.it. 1994, p.38 ss.

<sup>583</sup> M.ROMANO- G.GRASSO, *op.cit.*, p.247 ss. « Tesi, questa, non implausibile, poiché se è vero che l'art. 4 l. 2440/1923 lo prevedeva solo dopo avere richiamato i pubblici incanti e la licitazione privata, è però anche certo che lo riservava a “speciali lavori o forniture” e a “progetti tecnici”, senza attribuirgli alcuna denominazione a sé stante e richiamandolo subito dopo la licitazione privata, con ciò mostrando di voler introdurre un tipo particolare di quest'ultima, svincolato bensì, in parte, dalla sua articolata disciplina ma al pari della licitazione caratterizzato dal dato essenziale di un invito a una pubblica gara rivolto solo ad alcuni dei potenziali contraenti.»

<sup>584</sup> *Contra* BONINI S., *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti come spunto per alcune rimediazioni sul rapporto tra analogia e interpretazione estensiva*, in Arch. Giuri Serafini, 1994, p.349 ss. Secondo l'autore, tesi corroborata per altro dalla dottrina amministrativista, i termini trattativa privata, appalto concorso, pubblico incanto e licitazione privata sono tecnici e non di senso comune, dunque così vanno intesi, evitando sovrapposizioni utilitaristiche.

innovatore del legislatore, ebbene dovrebbe darsi alla fattispecie in esame un'applicazione restrittiva non certo analogicamente estensiva. Così si concluda censurando una volta in più l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che facendo rientrare nell'alveo di tutela dell'art. 353 c.p. procedure non contemplate, d'un lato compie una scelta di politica criminale, trascendendo così il proprio ruolo istituzionale e violando il principio di legalità-tassatività; dall'altro, argomentando in termini di *ratio* e di *evolutio* perviene ad ampliare l'area di applicabilità della fattispecie, violando il divieto di analogia e la concezione del diritto penale quale *extrema ratio*.

#### **IV.I.3** Turbata libertà degli incanti: *Giurisprudenza di Cassazione e ambito applicativo della fattispecie 353 c.p*

La Corte di Cassazione si è più volte espressa sul tema, mostrando a partire circa dal 1970, un significativo mutamento di indirizzo; così la sentenza “Ciotti” con la quale è stata affermata la possibilità di interpretare estensivamente l'articolo sopracitato anche in presenza di mere gare di “consultazione”. L'unico elemento rilevante ai fini dell'applicazione non è il carattere formale o informale della gara, bensì la presenza di una qualsivoglia competizione. Dovrebbe dunque ritenersi ammissibile sanzionare per turbata libertà degli incanti una condotta corrispondente a quanto descritto dalla fattispecie, seppur tenuta in occasione di una trattativa-privata<sup>585</sup>. Conforme ad essa è la già citata Sentenza “Demuro”, anche quivi, si ritenne applicabile la fattispecie in presenza di una trattativa privata, più propriamente di “gare di consultazione”.<sup>586</sup> Altro *leading*

---

<sup>585</sup> Colà dove ovviamente vi sia una gara almeno informale, dunque, una competizione.

<sup>586</sup> La Sent. 28 ottobre 1974, in *Mass. Cass. Pen.* 1976. È stata poi commentata, tra gli altri da Iori, alla di cui tesi, ho dedicato un'analisi, poco sopra.

*case*<sup>587</sup> è rappresentato dalla Sent. Cass. 21 ottobre 1995, la Corte di legittimità anche in questa circostanza, ha sostenuto, suffragata da un ormai ultratrentennale indirizzo, l'estensione della turbativa anche alle gare "di consultazione" o "informali", purché l'elemento competitivo venga assicurato dalla reciproca consapevolezza dei partecipanti della presenza di offerte di terzi. Ciò assicurerebbe la competizione, dunque, la possibilità di qualificare tale procedura quale "gara", applicando estensivamente, in realtà mediante un errato procedimento sussuntivo-analogico, l'art. 353 c.p. La Cassazione ha confermato il proprio indirizzo con la Sent.22 Luglio 1999 n. 9387<sup>588</sup>. Il procedimento vedeva sedere al banco degli imputati Roberto Bruno Merio ingegnere dell'ufficio tecnico dell'USL n.55 di Verbania, condannato in primo e secondo grado, rispettivamente dal Gup del Tribunale di Verbania e dalla Corte di Appello di Torino, in ordine a tre episodi di abuso in atti di ufficio, previsto dall'art. 323 comma secondo c.p. (capi D,G,I) e ad altrettanti fatti di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p. (capi E, H, I), illeciti ambedue commessi in concorso con terzi. Il Merio, nella fattispecie, abusando del proprio ufficio aveva provveduto a programmare ed espletare gare fittizie in favore dell'ospedale di Verbania, per la fornitura di grigliati nelle cucine, per la manutenzione degli impianti di condizionamento d'ambiente e per la manutenzione degli impianti delle cucine. Le gare erano state indette al solo fine di permettere alle ditte "V.S di Vallario Giuseppe & C. Snc." E "Ventura e Massari Snc" il corrispettivo per forniture eseguite *extra* contratto a favore dell'ospedale. Ora, la *fraude* cagionante la turbativa, era consistita nell'acquisire agli atti mere offerte di comodo, al solo scopo di garantire l'aggiudicazione dei correlati appalti alle due ditte. La Corte Suprema investita del compito di decidere sul ricorso, si pronunciò denegandone l'accoglimento, in particolare, in

---

<sup>587</sup> Conforme Cass. pen. sez. VI 11 giugno 1993, in *Foro. It.* 1994, II, 38ss., nella quale si rimarca la rilevanza dell'elemento competitivo quale chiave per la sussunzione del caso di specie nella norma; così anche eventuali abusi occorsi durante una gara informale, prodromica ad una trattativa privata, permetterebbero l'applicazione dell'art. 353 c.p.

<sup>588</sup> In *Riv. Pen.* 1999,p. 863.

riferimento all'art. 353. C.p., colse l'occasione per ribadire: « .. Non è di ostacolo alla configurabilità del delitto in esame la circostanza che le gare incriminate erano relative a trattative private e non già a pubblici incanti o a licitazioni private». Proseguiva poi: « Se si ha riguardo, invero, all'oggettività giuridica dell'art. 353 c.p. che consiste nell'interesse della P.A. alla regolarità e alla libertà della gara, cioè a dire all'esigenza della protezione dello svolgimento della regolarità della gara e alla pretesa della genuinità del risultato della stessa, come effetto di una competizione svoltasi in libera concorrenza, non può esservi dubbio che tale oggettività e, quindi, la *ratio* ispiratrice della norma incriminatrice siano rinvenibili anche nell'impedimento o nella turbativa della «gara ufficiosa» della trattativa privata, a condizione però che tale gara sia, per scelta della P.A. o per previsione legislativa, «procedimentalizzata», nel senso che il suo espletamento sia sottoposto, così come avviene nell'asta pubblica o nella licitazione privata a determinate regole, alle quali i privati debbono sottostare e la P.A. deve adeguarsi ( per quest'ultima il riferimento specifico è all'individuazione del contraente). Rispetto a tale situazione, i cui connotati non sono mai stati oggetto di contestazione, deve privilegiarsi un'interpretazione estensiva dell'art. 353 c.p., tenuto conto dell'evoluzione, prima della prassi amministrativa e, poi, della legislazione. Il fatto che il legislatore penale non abbia espressamente previsto tra i procedimenti tutelati quello della trattativa privata è dovuto al rilievo che, all'epoca (1930), essa si svolgeva senza il ricorso a una gara. L'istituto però, ha subito un'evoluzione e, nella realtà attuale, si verifica spesso l'esatto contrario, perché oggi la P.A. ricorre, sempre più frequentemente alla trattativa privata, coniugandola tuttavia, con sistemi procedimentali finalizzati ad offrire meccanismi selettivi delle offerte. Se la trattativa privata è il sistema che, per i suoi caratteri strutturali, più si presta ad abusi, tanto da essere stato visto con sfavore dal legislatore del 1923 (L.s.c.g.S), a maggiore ragione non deve escludersi, quando ricorrano le particolari condizioni di cui innanzi, la possibilità di una sua tutela che meglio garantisca l'esigenza che l'azione della P.A. sia sempre e in ogni modo ispirata ai principi di imparzialità, di trasparenza e di

correttezza.» Dunque, quella che ancora una volta viene definita interpretazione estensiva, trova giustificazione, secondo la Corte, nella *communis ratio* esistente tra il caso non contemplato ( turbativa in corso di gare informali prodromiche a trattativa privata/ appalto concorso) e quello viceversa disciplinato testualmente dalla norma, ovverosia la turbativa o l'impedimento di gare c.d. "formali". Non vi sono particolari ragioni per contraddire o negare la possibilità che i medesimi interessi tutelati dalla norma possano risultare pregiudicati da una condotta fraudolenta, seppur tenuta in gare ricognitive o di consultazione. Ciò che *contra* non convince affatto, è l'argomento della *intentio legislatoris* e della ricognizione storica, par vero che il ricorso alla trattativa privata nel 1930 fosse meno frequente, così come meno frequenti, *as a consequence* erano le gare "informali" e ricognitive qualora le si consideri ad essa strumentali. Tuttavia il legislatore dotando di disciplina la trattativa privata ha dimostrato di averne ben note le funzioni e l'utilità. Questa procedura si segnala, come detto, per una peculiare elasticità, logicamente connessa alla notevole "autonomia-discrezionalità" lasciata alla P.A. nella scelta del contraente; la stessa discrezionalità che ha imposto, prima la tassativa elencazione dei casi di ricorso alla trattativa privata, poi ha portato gli organi consultivi della P.A. a consigliare alle amministrazioni stesse il ricorso a gare informali. Queste hanno null'altra funzione che quella di contingentare, quanto possibile, la discrezionalità amministrativa, pur non facendo venir meno i caratteri della trattativa privata che tale rimane.

#### IV.I.4 Turbata libertà degli incanti: *le gare informalmente formali, applicazione analogica ed auspici di riforma*

Le differenze sostanziali tra una gara informale ed una formale, ineriscono il ricorso a procedure di scelta dei contraenti informali nella prima e formali nella seconda. Non deve poi stupire, la circostanza che Giannini<sup>589</sup> nel ritenere meramente strumentale e non connotante la gara esplorativa rivendicasse di conseguenza l'autonomia disciplinare della trattativa privata. Esattamente da tale ordine di considerazioni si dovrebbe escludere il ricorso all'articolo 353 c.p. qualora, la condotta descritta in fattispecie sia stata tenuta non nel corso di licitazioni private o gare pubbliche, bensì durante appalti concorso o trattative private. A tale applicazione non osta, si badi bene, la *ratio*, bensì la *littera*, in alcun modo si possono ricondurre i procedimenti descritti nella norma a quelli indicati nella sentenza, d'un lato poiché dissimili proceduralmente, dall'altro poiché semanticamente diversi. Non vi sono particolari dubbi circa la dissonanza terminologica tra "gara" o "licitazione" e "trattativa" o "appalto-concorso", quand'anche si tentasse di arguire una similarità terminologica inferendo che si tratti di termini generici, tali nell'uso comune da ripiegarsi facilmente su se stessi in unico appellativo, ebbene si commetterebbe un grave errore, colà dove si hanno sotto esame tutt'altro che termini generici. Lungamente dottrina e giurisprudenza per giustificare un'interpretazione estensiva della norma, hanno ricondotto ad unità di intenti, di definizione e di disciplina le "gare formali" ed "informali", la mancata sceverazione in realtà crolla logicamente quando si osserva che: da un lato il termine "gara" viene impiegato nella prima accezione come riassuntivo di due procedure ben definite<sup>590</sup>, mentre dall'altro viene utilizzato per definire una *praxis*<sup>591</sup> che si innesta su una procedura, senza però modificarne né la natura né il genere. Così argomentare che l'estensione debba trovare luogo ogniqualvolta si

---

<sup>589</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II.

<sup>590</sup> Ovviamente, gara pubblica e licitazione privata, ex. Art 353 c.p.

<sup>591</sup> Le c.d. gare di consultazione.

sia in presenza di una “gara”, comunque non giustifica l’applicazione dell’art. 353 c.p. oltre i casi contemplati, laddove non v’è una “gara” in senso proprio, bensì improprio.

Un’asseverazione di tipo differente ,tendenzialmente preceduta da una ampia considerazione anche del bene tutelato<sup>592</sup>, potrebbe, a ragione, esser definita analogica. I presupposti per censurare come analogia vietata, una così effettuata applicazione della fattispecie vi sono tutti: *identitas rationis*, travalicamento della *littera legis* e non meno rilevanti esigenze di politica criminale. Abbiamo dunque, quella che Tiedemann<sup>593</sup> definì: “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie astratta”, una sussunzione artatamente compiuta, una poiesi mascherata da ermeneutica, *analogia in malam partem*, o *simpliciter* un’interpretazione illegittima . Pare infine pienamente verificatosi nella prassi ciò di cui Bobbio<sup>594</sup>, settant’anni orsono, ci aveva avvisato, ossia, l’impiego dell’interpretazione estensiva quale velo di Maya per nascondere l’analogia, lo stesso occultamento denunciato da Contento<sup>595</sup>. Fuor di dubbio, un’esigenza di regolamentazione all’interno della trattativa privata sussiste, altrettanto evidente è la possibilità che nel corso di questa possano esser tenute condotte lesive di interessi quali: “il giuoco della concorrenza” e la “libertà di partecipazione”. Tuttavia sacrificare la certezza del diritto, il principio di legalità e tassatività, pare quantomeno di dubbia opportunità. Quindi si concluda l’indagine ricognitiva sulla fattispecie ex art. 353 c.p., auspicando una riforma legislativa, sì da assicurare penalmente una tutela ad interessi equipollenti in *dissimili casu*, senza pregiudicare però valori fondamentali di un qualsiasi stato di diritto. Così sul punto, se da un lato si concorda con Di Giovine<sup>596</sup> sull’opportunità che il legislatore prenda una posizione, dall’altro si contraddice l’autrice, che, per giustificare una più estensiva

---

<sup>592</sup> Leggasi, concezione plurioffensiva, dell’art. 353 c.p., sostenuta tra gli altri da IORI e VENTURATI.

<sup>593</sup> Nell’interpretazione propria di MARINUCCI, *op. cit.*

<sup>594</sup> N.BOBPIO, *L’analogia nella logica del diritto*, 1938, in *limine libris*.

<sup>595</sup> G.CONTENTO, *op.cit.*

<sup>596</sup> DI GIOVINE O., *Turbata libertà degli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, CADOPPI-CANESTRARI-PAPA-MANNA., 835 ss.

ed onnicomprensiva applicazione della fattispecie, parla di una “procedimentalizzazione a tappeto” di tutte le procedure<sup>597</sup>. Il dlgs 163/2006 ha apportato rilevanti innovazioni in materia di contratti pubblici e delle correlate procedure, disponendo una modifica definitoria su base tripartita, ora si parla di procedure “aperte”, “ristrette” e “negoziate”. In queste ultime rientra la trattativa privata, i casi nei quali è ammesso il ricorso a tale meccanismo, sono stati tassativamente indicati, nulla in realtà di differente dalla precedente legge sulla contabilità. Ciò che porta tuttavia Di Giovine alle discusse conclusioni, è la resa obbligatoria della “gara informale”, un tempo meramente facoltativa. Invero, citando nuovamente Giannini, si deve denotare, come tale prassi fosse già in passato consigliata dall’interno, il fatto di renderla coattiva non modifica comunque la dicitura “procedure negoziate”, né le trasforma in “aperte” o “ristrette”. Così permanendo il carattere discrezionale<sup>598</sup>, sebbene contingentato, l’equiparazione delle procedure non è ammissibile in ottica amministrativa, né tanto meno lo sarà in quella penal-repressiva<sup>599</sup>. La posizione di Bonini<sup>600</sup> prende le mosse dalla sentenza della Cassazione penale dell’11 giugno 1993<sup>601</sup>, con la quale la Corte ai fini dell’applicazione dell’art. 353 c.p. ha ribadito: d’un lato l’irrilevanza del *nomen juris* assegnato alla procedura di scelta del contraente; dall’altro la sufficiente e discriminante presenza dell’elemento competitivo. Così secondo un indirizzo ormai consolidato in

---

<sup>597</sup> In connessione al dlgs. 163/2006.

<sup>598</sup> Vero elemento discrezionale, tra la trattativa privata/appalto concorso e licitazione privata/gara pubblica.

<sup>599</sup> La tesi sostenuta in questo capitolo, per quanto non allineata con la giurisprudenza contemporanea, né con la dottrina maggioritaria, viene con forza ribadita da una parte della dottrina, non così sparuta, tra gli altri V.VELLUZZI, *Analoga giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Siena, 1996, p.11 ss. N.MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Jovene, Napoli, 2002, 322 ss., ALBAMONTE, *La frode nella contrattazione pubblica*, in *Lavori pubblici e legislazione*, p.285ss.

<sup>600</sup> BONINI S., *Una decisione sul delitto di turbata libertà degli incanti come spunto per alcune rieditazioni sul rapporto tra analogia e interpretazione estensiva*, in *Arch. Giuri Serafini*, 1994, p.349 ss.

<sup>601</sup> In *Foro. It.* 1994, II, 38ss.

plurime<sup>602</sup> sentenze della Suprema Corte, ai fini dell'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 353 c.p. ciò che rileva è la presenza di una libera competizione, che quand'anche definita "gara informale" permetterebbe di estendere la normativa prevista per le licitazioni private ed i pubblici incanti, anche alla trattativa privata<sup>603</sup>. Di qui una trattativa privata svincolata dell'elemento concorsuale esulerebbe dall'ambito applicativo della norma. Bonini attraverso un'analisi completa con riferimenti alla dottrina amministrativista coglie il *punctum dolens*, ovvero: « Quando si nega recisamente, in modo esatto, che la fattispecie dell'art. 353 sia applicabile alla trattativa privata che sia svincolata da ogni schema concorsuale, implicitamente si riconosce che la soluzione potrebbe essere diversa, nel caso in cui la trattativa privata avesse un *quid* in comune con le due procedure (pubblico incanto e licitazione privata) espressamente previste, *quid* che viene individuato nella presenza di una gara seppure «informale». In seguito l'autore attraverso un'attenta sceverazione tra le diverse procedure, perviene alle medesime conclusioni di Giannini<sup>604</sup>, la presenza di una gara informale non muta la natura della trattativa privata<sup>605</sup>; di qui l'inapplicabilità dell'art. 353 c.p. in caso di eventuali turbative che ne abbiano alterato il corso. Bonini in chiusura, non ha difficoltà poi nel sanzionare come *analogia in malam partem* la vituperata prassi giurisprudenziale in parola, prassi finalizzata a perseguire esigenze di giustizia sostanziale. Una tesi altrettanto meritevole di menzione è quella esposta da Nicola Madia<sup>606</sup>, in primo luogo secondo l'autore non sarebbe da ammettersi una lettura evolutivo

---

<sup>602</sup> 5 marzo, Ciotti; 28 ottobre 1974, De Muro, 22 maggio 1991 Di Francesco, 26 settembre 1991 Di Fresco.

<sup>603</sup> Nella quale si innesta la gara informale o di consultazione.

<sup>604</sup> GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, II, p.392.

<sup>605</sup> Conforme Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 1990, n.686, in *Cons. stato*, 1990, I, p.1087 « L'introduzione di una pre-selezione informale, diretta ad acquisire contestualmente tutte le offerte disponibili, *non modifica le linee fondamentali ed i caratteri tipici della trattativa privata*, perché mira a garantire, nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione, una più completa e rapida conoscenza del mercato e non restringe l'azione amministrativa in uno schema *strictu sensu* concorsuale».

<sup>606</sup> N.MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Jovene, Napoli, 2012.

analogica della disposizione in ragione della natura *espressa* della lacuna. In altre parole, il legislatore del 1930 aveva ben note le procedure dell'appalto concorso e della trattativa privata, dunque il non averle inserite scientemente nel testo dell'art. 353 c.p. le rende estranee all'area di applicabilità della fattispecie; dalla natura espressa e volontaria della lacuna discende, come noto, l'impossibilità logica di ricorrere all'interpretazione estensiva in funzione integratrice<sup>607</sup>. Madia in seguito dirige la sua invettiva verso quella parte di dottrina<sup>608</sup>, rappresentata da Pagliaro e Romano, favorevole ad intendere ampiamente l'art. 353 c.p.; l'autore coglie con acume il punto debole di tali teorie, ovvero l'erronea concezione dei termini *trattativa privata* ed *appalto concorso* intesi come "parole d'uso comune". A riguardo l'autore: « le nozioni di «pubblici incanti» e di «licitazioni private» hanno solo un contenuto specialistico, per giunta preciso e limitato, insuscettibile, quindi, di riformulazioni finalizzate a comprendere al loro interno altre procedure, a loro volta definite con una terminologia puntuale, che non si presta a essere confusa in un magma concettuale indistinto.» Così cade il punto fondante della teoria di Romano, data la sceverazione terminologica viene meno la possibilità di un'*interpretatio extensiva*, il testo di legge ne risulta totalmente trasceso non essendo in questo suscettibili procedure differenti e non menzionate, dunque è corretto parlarsi di *analogia in malam partem*. Madia rimarca *in limine* l'assoluta preminenza del testo come basamento e limite invalicabile dell'*ars ermeneutica*, qualsivoglia esigenza di giustizia sostanziale non può giustificare in alcun modo un'interpretazione spregiudicata della norma, tale da ricomprendervi eventuali turbative occorse in gare informali, appalti concorso o trattative private. Possibili necessità di politica criminale dovranno trovare rimedio non nell'analogia e nell'erosione teleologicamente orientata del precetto, bensì in un sempre più auspicato intervento del legislatore<sup>609</sup>.

---

<sup>607</sup> *Mens legis* e *mens legislatoris* coincidono secondo l'autore.

<sup>608</sup> Conforme alla giurisprudenza maggioritaria.

<sup>609</sup> MADIA N, in "La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche" sottolinea altresì l'irrelevanza del *nomen juris* assegnato alla procedura, dunque una licitazione privata od un

La chiusa di paragrafo, parafrasando Santacroce<sup>610</sup>, non può che consistere in una invettiva avverso l'interpretazione evolutiva, o fintamente tale, questa non giustifica un superamento così netto della lettera della legge, il contegno interpretativo discende dal testo stesso della disposizione ed è autoevidente; mai come ora appellarsi al senso comune delle parole pare foriero di fallaci conclusioni. Qualora l'interpretazione non trovi quale solido basamento il dato testuale, cesserà di essere propriamente tale, cesserà di essere controllabile e legittima, sfociando così nell'arbitrio e nell'illecito ermeneutico.

---

pubblico incanto, pretestuosamente definiti “appalto concorso” o “trattativa privata”, rientreranno nell'area di applicabilità dell'art. 353 c.p. senza il ricorso ad alcuna interpretazione analogica.

*Cfr.* Cass. 11 giugno 1993, in *Foro. It.* 1994, II, 38 ss.

<sup>610</sup> G.SANTACROCE, in *Riv.trim. Appalti*,1993, 661 e ss.

## Capitolo V

### *L'analogia nei reati contro la pubblica incolumità: casi paradigmatici di applicazione analogica*

#### **V.I Il Disastro “Innominato”:** *profili normativi della fattispecie 434 c.p*

L'articolo 434 c.p. sanziona :« Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni.

La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene (449, 676, 677).»

Tale disposizione sanziona il crollo di costruzioni, ovvero, “qualsiasi altro disastro”, cagionati dolosamente; dal combinato disposto degli articoli 434 c.p. e 449 c.p. discende, per converso, l'incriminazione del c.d. disastro innominato colposo<sup>611</sup>, garantendo dunque un ampio spettro di tutela sotto il profilo soggettivo e come vedremo fattuale. Come si può facilmente intuire dal Titolo di collocazione delle due fattispecie, il bene tutelato è la pubblica incolumità, tant'è, che elemento imprescindibile per la configurazione dell'illecito, è la presenza di un pericolo per questa, anche se, come vedremo, una concezione eccessivamente estensiva ha portato a ritenere configurata la condotta vietata anche laddove l'incolumità minacciata sia di un numero determinato e ristretto di soggetti.

---

<sup>611</sup> Art. 449 c.p.: « chiunque al di fuori delle ipotesi previste nel secondo comma dell'art. 423 bis, cagiona per colpa un incendio, o un altro disastro preveduto dal capo primo di questo titolo, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.»

### V.I.1 Il Disastro “Innominato”: *Origini della norma*

Una analisi interpretativa dell’art. 434 (ex 440) c.p., non può prescindere dal riferimento ai lavori preparatori, e più puntualmente, dalla relazione ministeriale che ha accompagnato il progetto del codice penale. Le considerazioni che qui seguiranno, saranno di particolare utilità nel successivo sviluppo della trattazione, nonché, nell’analisi d’un lato della sentenza 327/2008 Cost., dall’altro di recenti pronunce della Cassazione.

Il carattere sussidiario, integrativo e di chiusura della fattispecie in esame, viene pienamente asserito nella relazione ministeriale <sup>612</sup>« Essa (la disposizione dell’art. 440), è destinata a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme di questo Titolo concernenti la tutela della pubblica incolumità. Si è osservato che la preoccupazione del Progetto che possa esservi disastro non compreso nelle specifiche previsioni di questo Titolo sia infondata, ma in verità la quotidiana esperienza dimostra come spesso le elencazioni delle leggi siano insufficienti a comprendere tutto quanto avviene, specie in vista dello sviluppo assunto dalla attività industriale e commerciale, ravvivata e trasformata incessantemente dai progressi meccanici e chimici.» Dunque, quale altra funzione se non colmare qualsivoglia possibile lacuna dell’*ordo juris*? Le preoccupazioni del legislatore, erano d’altronde ben fondate, parimenti si mostrarono di arguta lungimiranza, nell’individuare le fonti e le aree dell’ontologica insufficienza ed arretratezza della poiesi legislativa. Lo sviluppo meccanico, leggesi della *technè*, ossia tecnologico e chimico, unito ad una imprevedibile potenzialità evolutiva del sapere e del fare, spinsero il legislatore ad includere in varie disposizioni normative, clausole di apertura, quale quella in esame. « Del resto non è difficile fare subito ipotesi di fatti, costituenti pure disastro, che non sono espressamente compresi nei disastri specificamente indicati nel Progetto e che pure possono verificarsi. Così ad esempio, l’incaglio della

---

<sup>612</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol.V, P.II, 1929, Roma. 224ss.

nave, il quale se nel maggior numero dei casi non è un disastro pericoloso per la pubblica incolumità può in date evenienze (località in cui avviene, scoppi di caldaie, ecc.) divenire tale, perché mette in pericolo la vita dei passeggeri. Così ancora la caduta di un ascensore privato può, in determinate circostanze, per il numero delle persone lese od esposte a pericolo, essere considerata un disastro, pur non rientrando nelle ipotesi specifiche previste nelle disposizioni di questo Titolo.»<sup>613</sup> Condizione base per il verificarsi del reato, è la sussistenza di un pericolo per la pubblica incolumità, il punto, viene anche in questo caso chiarito nella *relazione* « Debbono ritenersi delitti di pericolo comune astratto quelli, per i quali il pericolo è presunto dal legislatore, e perciò basta che il fatto assunto ad elemento della incriminazione sia compiuto, perché il delitto debba ritenersi consumato. Sono fatti, che per il loro carattere e per quanto avviene nel maggior numero dei casi, hanno insita quella potenza espansiva del nocimento, che è essenziale per questi delitti. Così è a dirsi per l'incendio, per l'inondazione, per il naufragio, per il disastro ferroviario. Vi sono altri casi invece, nei quali solo eventualmente il pericolo per la pubblica incolumità può accedere all'attività del colpevole, e per tali ipotesi il Progetto, come viene già praticato dal Codice in vigore, prevede espressamente la condizione che dal fatto derivi pericolo per l'incolumità pubblica.» Nell'ultima circostanza citata, spetta all'organo giurisdizionale, investito della causa, verificare di caso in caso, la sussistenza del pericolo per la pubblica incolumità. In questi termini, si può a lungo discettare sul carattere intrinsecamente pericoloso, o meno di talune attività, basti rammentare, l'opera di Centonze<sup>614</sup>, e la peculiare definizione di "normalità" dei disastri tecnologici. La fattispecie 434 c.p. nasce quindi quale *clausa* di chiusura, finalizzata a reprimere ipotesi dolose, ovvero colpose<sup>615</sup> di disastro, non specificamente previste, né prevedibili dal legislatore, di qui la dizione "altro disastro" e conseguenti problematiche e dispute interpretative.

---

<sup>613</sup> *Lav. Prep. Cod. Pen.*, V.II.,225.

<sup>614</sup> F.CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Giuffrè, Milano 2004.

<sup>615</sup> Se in combinato disposto con l'art. 449 c.p.

## V.I.2 Il Disastro “innominato”: *rapporti con il principio di determinatezza*

La formulazione dell'art. 434 c.p. ha subitaneamente destato forti critiche e censure dottrinali, in particolare, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento al principio di determinatezza, corollario del più ampio p. di legalità ex. Art 25 Cost. Precisamente, ci si chiede se la locuzione *altro disastro*, non violi l'onere di precisione imposto al legislatore nella redazione delle norme, da tale locuzione, discende lo stesso appellativo assegnato alla fattispecie. L'utilizzo di *alter*, quale aggettivo con funzione definitoria e ricognitiva, non soccorre in alcun modo nella circoscrizione della fattispecie, né invero, nell'individuare l'evento disastroso di riferimento<sup>616</sup>. In questi termini, Gargani<sup>617</sup> distingue tra disastri “nominati” ed “innominati” o atipici, i primi espressamente contemplati dal legislatore, i secondi fatti rientrare mediante operazione ermeneutica nell'art 434 c.p. L'autore non a caso, solleva, dubbi sulla conformità della norma, al principio di determinatezza, definendo la fattispecie, come di per sé «normativamente indeterminata». Voci di questo tenore sono molteplici in dottrina, per non dire maggioritarie, tra questi Fiandaca-Musco<sup>618</sup>: « la formula “altro disastro” è talmente indeterminata ed elastica da sollevare dubbi sulla sua compatibilità col principio di stretta legalità: si parla in proposito di “disastro innominato” per sottolineare, appunto, che il legislatore intende far rientrare in tale formula qualsiasi accadimento che, anche in conseguenza dei progressi della scienza e della tecnica, risulti in concreto capace di esporre a pericolo cerchie indeterminate di soggetti passivi.» Tra gli altri vale la pena indubbiamente di citare l'autorevole parere di Marinucci<sup>619</sup>, il quale ripercorrendo storicamente l'evoluzione della fattispecie, nota, come dubbi

<sup>616</sup> D'altronde il carattere di clausola generale e la volontà di coprire attuali e future lacune ben spiega il deficit definitorio.

<sup>617</sup> A.GARGANI, *Trattato di diritto penale*, P.spec. V.IX.

<sup>618</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, VI ed., p.spec. 510.

<sup>619</sup> G.MARINUCCI, v. *Crollo di costruzioni*, in *Enc. Dir. Treccani*, 411, 1962.

sull'eccessiva elasticità della formula “altri disastri”, fossero comparsi già in epoca contemporanea al Progetto<sup>620</sup>. L'autore giunge successivamente ad asserire la presenza nella fattispecie « di una elasticità e una indeterminatezza tale, peraltro, che ha fatto dubitare, [...], della sua compatibilità con il principio di stretta legalità. Oggi, assunto quel principio a rigido principio dell'istituzione (art. 25 c. 2 ), i dubbi sarebbero certamente tanto più fondati e rilevanti.» Marinucci, pur sostenendo che l'indeterminatezza della fattispecie sia meritevole di sospetti in termini di ammissibilità costituzionale, non nega, che anche in caso di dichiarazione di incostituzionalità, la norma continuerebbe ad avere «un alto valore ermeneutico», infatti. Interpretando *strictu sensu* il testo di legge, si potrebbe pacificamente desumere che solo il “crollo” avente le proporzioni del disastro potrebbe venire sussunto negli art. 434 e 449 c.p.

### V.I.3 Il Disastro “innominato”: *La questione di legittimità Costituzionale*

Dopo aver lungamente anticipato il tema, si affronti dunque, la *vexata quaestio* della compatibilità costituzionale, o per converso, della postulata indeterminatezza dell'art 434 comma secondo c.p. La Corte di Cassazione si è pronunciata sulla fattispecie in esame con la Sent. 327/2008, analizzata diffusamente nel capitolo secondo, quivi, mi limiterò a ripeterne le linee fondamentali e di più rilevante interesse, limitatamente al reato in parola ed alla configurabilità del “disastro innominato”. Investita dal G.u.p. del Tribunale di S. Maria Capua Vetere del compito di

---

<sup>620</sup> Si fa riferimento, al parere della Commissione Reale Avvocati di trieste e dell'Istria, in *Lav. Prep. Cod. Pen. e Proc. Pen.*, V. III, p.III, 283 ss. « “altro disastro”. Quali? È necessario enumerarli, e non far dipendere da una dizione così generica l'applicazione di una pena tanto grave, quale è quella comminata dall'articolo in discussione.»

derimere la questione di legittimità dell'art. 434 c.p. in riferimento agli artt. 24, 25 comma 2 e 27 Cost., la Corte ha ribadito che « l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensì, ovvero[...] di clausole generali o concetti «elastici», non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo.<sup>621</sup>» Data tale premessa, della quale si potrebbe discutere il merito, soprattutto in ordine alla fantomatica prevedibilità dell'operazione ermeneutica di cui mancherebbero tutti i presupposti; la Corte addivene a concludenti conclusioni<sup>622</sup>, respingendo come infondata la questione di legittimità. Le ragioni di tale pronuncia sono così esposte: «contrariamente a quanto assume il rimettente, tuttavia, a precisare la valenza del vocabolo-ric conducendo la previsione punitiva nei limiti di compatibilità con il precetto costituzionale evocato- concorrono la finalità dell'incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità.» *L'incipit* argomentativo non convince, il riconnettersi alle finalità di tutela, nonché alla collocazione, tutt'al più consente di individuare il bene giuridico tutelato dalla norma, oppure può soccorrere in sede interpretativa quale utile ausilio, ma in alcun modo chiarifica il testo in guisa supplente rispetto al legislatore. La Corte, prosegue, richiamando d'un lato la funzione dell'art. 434 c.p. quale norma di chiusura, strumento

---

<sup>621</sup> Così, la Corte Costituzionale nella sent. N. 5 del 2004, richiamata nella sopracitata sent. 327/2008. In *Giur. Costituzionale*, 2008, p.II.

<sup>622</sup> Non più tali ovviamente confutando le premesse.

indispensabile per adeguare la normativa al progresso tecnologico, dall'altro afferma che il senso della dizione "altro disastro" sia « destinato a ricevere luce dalle *species* preliminarmente enumerate, le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del *genus*.» Così, il disastro innominato, sarebbe un accadimento diverso rispetto a quelli elencati nelle precedenti disposizioni, ma ad esse pur sempre omogeneo «sul campo delle caratteristiche strutturali.» Da qui si deve arguire, che, per ricondurre un dato evento alla fattispecie in esame debbano ricorrere i medesimi requisiti previsti per le altre forme "tipiche" di disastro, ovverosia: nesso di causalità avente quale logico meccanismo di innesco una condotta «violenta»; l'evento deve avere portata distruttiva con conseguenze dannose *gravi, complesse ed estese*, aventi un'alta potenzialità lesiva, tale da provocare un *effettivo pericolo alla vita e/o all'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone*<sup>623</sup>. Corbetta definisce innominato il disastro, poiché, ad esser non meglio definiti sono l'ambito ed il contesto, nel quale questo si verifica; in pari guisa Piergallini<sup>624</sup>, rileva che il disastro, sebbene "innominato", non sia "innominabile"; in particolare, l'autore indica quali possibili criteri di denominazione ora quello ermeneutico, ora quello teleologico, affidando al giudice in sede di concreto accertamento l'arduo compito. Quindi come asserito da Piergallini prima e dalla Corte poi, è ragionevole il ricorso al contesto per meglio intendere la norma, ciò che comunque non convince è l'amplissima portata della stessa, posto che l'evento per potersi definire disastro debba avere dati caratteri, l'area dello scibile rimane, comunque, estremamente variegata ed ampia; ci si stupirà poi in seguito, nel notare che nonostante la già enorme portata della norma, si sia tentato in giurisprudenza di estenderla ancor di

---

<sup>623</sup> Cfr. S.CORBETTA, *Trattato di diritto penale*, p.s., V.2, I.633.

<sup>624</sup> C.PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, 279 e ss.

più, fino a ricomprendervi ipotesi “non disastrose” né minacciose per la pubblica incolumità<sup>625</sup>.

#### V.I.4 Il Disastro “innominato”: *la struttura della fattispecie*

Gli elementi che caratterizzano il delitto di disastro colposo, sono dunque gli stessi, propri, delle altre fattispecie di disastro. Così come detto poc’anzi si richiede un «fatto diretto a...», non necessariamente azione, ma anche omissione<sup>626</sup>; altro elemento strutturale, integrante il fatto tipico, non condizione di punibilità come erroneamente assertito da taluni<sup>627</sup>, è la presenza di un evento pericoloso per la pubblica incolumità. L’assenza del pericolo, che deve essere ragionevolmente diffuso, preclude la configurabilità della fattispecie. Paradossalmente dunque, e qui cadono alcuni interpreti, la pericolosità non è un *quid pluris* rispetto al *disastro*, bensì un suo carattere essenziale e peculiare, tanto che non sarebbe possibile definire *disastro* un dato evento, secondo l’accezione di cui all’art 434 c.p., qualora non ricorra un pericolo rilevante per la pubblica incolumità<sup>628</sup>. Così, Corbetta<sup>629</sup>, esclude che possa parlarsi di disastro, in assenza di «fatti distruttivi di proporzioni notevoli, che creino un effettivo pericolo per la pubblica incolumità»; strumento, secondo l’autore, particolarmente utile per l’individuazione, sarebbe l’idoneità del fatto ad aggredire vita e/o incolumità fisica (di un ampio novero di soggetti).

<sup>625</sup> Casi quali, il sinistro automobilistico particolarmente grave, o il ribaltamento della corriera, citati da CORBETTA, e cui farò opportuni riferimenti in seguito.

<sup>626</sup> Purchè fosse ascritto all’imputato un onere legale di vigilanza o condotta.

<sup>627</sup> E.BATTAGLINI-B.BRUNO, voce *Incolumità*, cit. 556; MANZINI, *Trattato*, VI, 346; C.ERRA, *Voce Disastro*, Treccani, Vol. XVI, 1989, 12.

<sup>628</sup> In questi termini anche DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, in *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, l’autore, sostiene l’esigenza, talvolta espressa, tal’altra inespressa dalla fattispecie, che sussista un pericolo per un numero *indeterminato ed incerto di soggetti*.

<sup>629</sup> S.CORBETTA, *op. cit.*, p. 634.

La Cassazione si è pronunciata in tema di disastro, definendolo variamente, così con la Sent. 1 ottobre 1993<sup>630</sup> individuando quali caratteri generali dell'art 428 c.p.(naufragio sommersione e disastro aviatorio) la “*prorompente diffusività*” o “*l'eccezionale gravità*”. L'evento di pericolo comune deve connotarsi con carattere di prorompente diffusione che esponga a pericolo, collettivamente, un numero indeterminato di persone.<sup>631</sup> Differente è la pronuncia del 20 aprile 2006<sup>632</sup>, qui la Suprema Corte ha, per dirla alla Marinucci<sup>633</sup>, « “svalutato” i parametri della “imponenza” e della tragicità dell'evento di danno, in ossequio ad una ricostruzione minimalistica del disastro genericamente inteso, che rischia di “bagatellizzare” quest'ultima figura normativa.». In questa pronuncia, la Corte, ha così precisato: «la nozione di disastro, siccome qualifica anche la previsione del mero pericolo che il disastro si verifichi, non comprende soltanto gli eventi di vasta portata o tragici, ma anche quegli eventi lesivi connotati da diffusività e non controllabilità che pure, per fattori meramente casuali, producano un danno contenuto, sicché i parametri della “imponenza” e della “tragicità” non possono essere assunti come misura del “disastro” genericamente inteso.». E' agevole individuare, giunti a questo segno, la presunta bagatellizzazione della fattispecie oggetto di pronuncia (art.437 c.2): mediante uno svilimento, ed un più lieve intendimento del termine *disastro*, può venire sulla base della fattispecie sanzionato un più ampio novero di condotte, essendo l'evento di danno richiesto di natura “*meno straordinaria ed eccezionale*”. Il concetto di disastro può essere riconnesso con quello di “*incidente rilevante*”, definizione impiegata dal legislatore nel d.lgs. n.334/1999, il quale in recepimento della direttiva 96/82 CE ha reso effettiva la normativa della direttiva “Seveso”; per “incidente rilevante” si intende:« un evento quale un'emissione, un incendio o un'esplosione di grande entità, dovuto a sviluppi incontrollati che si verificano durante l'attività di uno stabilimento di cui all'art. 2, comma 1, e che dia luogo ad

---

<sup>630</sup> In *Mass. Cass. Pen.* 1995, 562.

<sup>631</sup> Cfr. Cass. 12 dicembre 1989, in *Giust. Pen.* 1989, II, 210.

<sup>632</sup> In *Mass. Ced.* 2006/233779.

<sup>633</sup> MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale*, p.spec. 177.

un pericolo grave, immediato o differito, per la salute umana o per l'ambiente, all'interno o all'esterno dello stabilimento e in cui intervengano una o più sostanze pericolose.» Così quindi il carattere eccezionale e complesso, dell'evento disastroso sarebbe da considerarsi dato non escludibile a priori.<sup>634</sup> La discriminazione tra un *disastro* avente forza diffusiva tale da aggredire potenzialmente beni di un numero non determinato né determinabile di soggetti, e l'evento dannoso non avente tale forza espansiva in termini di lesività, è fondamentale. Ciò porta infatti, nel primo caso ad applicare le figure delittuose poste a tutela dell'incolumità pubblica<sup>635</sup>, nel secondo, porta invece ad applicare le fattispecie poste a tutela dell'incolumità individuale. Si badi bene, la complessità nella sceverazione ha avuto esiti, quali l'applicazione della fattispecie di cui all'art 434 c.p. a casi in cui l'incolumità pubblica non poteva essere lesa<sup>636</sup>. E' opportuno puntualizzare, se il pericolo in esame debba essere effettivo e provato, oppure possa essere presunto. Corbetta<sup>637</sup>, sul tema, sostiene che ai fini della configurabilità della fattispecie ex art 434. C.p. il pericolo debba essere concreto<sup>638</sup>, tuttavia, sorgono problematiche interpretative nella misura in cui, nel medesimo Capo I, esistono forme delittuose a pericolo presunto,

---

<sup>634</sup> Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *op.cit.*

<sup>635</sup> Particolarmente interessante sul punto, è la Sent. Cass. Sez.I, 9 febbraio 1951, in *Giustizia Penale* 1951, II, 692. «la legge occupandosi, nell'or menzionato art. 434 cod. pen. del crollo di una costruzione, o di una parte di essa, richiede quale condizione di punibilità che il pericolo per la pubblica incolumità sia sorto in modo *effettivo*, e, pur non distinguendo fra costruzioni di maggiore o minore mole, esige che la costruzione risponda tuttavia a requisiti tali da provocare, con la sua eventuale caduta, conseguenze di apprezzabile raggio, in rapporto alla pubblica incolumità ed all'allarme sociale suscitato. Si tratta, quindi, di accertamenti di fatto dimandati alla indagine del giudice di merito.». Ed ancora « *il concetto di pubblica incolumità deve essere inteso nel senso di bene riguardante l'integrità fisica delle persone in genere, in numero indeterminato ed indeterminabile "a priori"* » La distanza, rispetto, alla sentenza 2006/233779, è lapalissiana, concezione più restrittiva della minaccia alla pubblica incolumità, nonché più propriamente rispettosa del dettato normativo. Ciò dimostra, una volta in più, la tendenza recente, all'ampliamento di portata delle norme penali, con fini di giustizia "materiale".

<sup>636</sup> MARINUCCI, in *op.cit.*, considera "l'indeterminatezza e la non precisabilità" delle vittime del pericolo comune, quale riflesso dell'intrinseca diffusività del pericolo comune.

<sup>637</sup> S. CORBETTA, *op. cit.*

<sup>638</sup> Conforme, FIANDACA-MUSCO, *op cit.*, p.501.

esemplarmente l'art. 423 c.p. sanzionante l'incendio<sup>639</sup>. La Cassazione, si è pronunciata, in ordine al pericolo, con la Sent. N.4040/2005<sup>640</sup> in relazione agli art. 426 e 449 c.p., stabilendo che la «frana», sia nella sua forma colposa che in quella dolosa, è da considerarsi un fenomeno «di proporzioni ragguardevoli per vastità e difficoltà di contenimento, senza che sia necessario verificare il concreto ed effettivo pericolo per la pubblica incolumità, essendo tale pericolo presunto.<sup>641</sup>» Le conclusioni cui è addivenuta la Corte, in materia di “frana” e di “incendio”, quali eventi a presunta pericolosità per la pubblica incolumità, rendono decisamente più agevole l'applicazione della fattispecie; *ça va sans dire*, l'applicare tali arguizioni al “disastro innominato”, renderebbe la fattispecie pressoché onnicomprensiva e di ubiqua ricorrenza<sup>642</sup>. Tentando di concludere in modo concludente, si prenda quale riferimento la definizione di «incidente rilevante» contenuta nell'art. 3 lett. f) d.lg.n.334/1999, analizzata poco sopra, questo, viene descritto quale evento che determina l'insorgenza di un « *pericolo grave, immediato o differito per la salute umana o per l'ambiente*». Partendo da qui si può dedurre, che il pericolo in quanto “immediato” o “differito”, nonché “grave”, vada *provato ed accertato*, dunque non potrà essere presunto, ma dovrà per converso, ritenersi effettivo; in caso contrario, lo sforzo legislativo nel dipingerne i connotati in guisa ‘si minuziosa sarebbe stato mero esercizio di stile.

---

<sup>639</sup> FIANDACA-MUSCO, criticano tale scelta del legislatore, non essendo possibile stabilire a priori se un incendio, sia sempre ed in ogni circostanza evento, per portata e *locus commissi delicti*, tale da minacciare l'incolumità pubblica. La Corte costituzionale con due sentenze, 286/1974 (in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1976) e 71/1979 (in *Foro it.*, 1979, I, 2823), ha ribadito la legittimità della presunzione legislativa di pericolo contenuta nell'art. 423 c.p. « la presunzione del conseguente pericolo per la pubblica incolumità, in tanto si giustifica, sul piano logico-giuridico, in quanto l'elemento materiale del delitto (...) e cioè il fuoco-incendio abbia caratteristiche tali da renderne deducibile in via normale il pericolo per la pubblica incolumità. »

<sup>640</sup> In *Mass. Cass. Pen.*, 2005, 2260.

<sup>641</sup> Conformi v. Sez, I, 1° ottobre 1993, Togni, in *Foro it.*, 1994, II, c.594, Sez. V, 12 dicembre 1989, Massa, in *Giust. Pen.*, 1991. In dottrina, cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, in Vol. VI, Utet, 1982, p.288 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, vol.II, Giuffrè, 1999, p.15 e ss.

<sup>642</sup> Si fa riferimento sia all'art 434 che, ovviamente, al 449 c.p.

### V.I.5 Il Disastro “innominato”: *conclusioni “strutturali”*

Cercando ora di tirare sommariamente le fila in ordine al “disastro innominato”, potrà dirsi che: in primo luogo, siamo di fronte ad una forma delittuosa sanzionata sia nella sua sfumatura colposa (art. 449 c.p.), sia in quella dolosa<sup>643</sup> (434 c.p.); la *ratio*, discende in modo autoevidente, dalla volontà del legislatore di garantire massimo spettro di tutela rispetto ad eventi di vasta portata, nonché potenzialmente, di diffusa offensività plurisoggettiva. Ai fini della configurabilità, è necessario, che dalla condotta discenda causalmente un pericolo grave, effettivo e provato, dunque non presunto<sup>644</sup>. Il contegno, originaria fonte del pericolo, può consistere sia in un *quid* di commissivo che di omissivo, qualora sussistano particolari obblighi di vigilanza e controllo. Le modalità esecutive sono pressoché infinite, ciò discende, come detto, dall'intenzione del legislatore di edificare la norma quale clausola di chiusura,

---

<sup>643</sup> Leggasi, dolo intenzionale o diretto in ordine all'art 434 c.1, dolo generico in ordine al comma 2, conforme Cass., sez. I, 13 dicembre 2010, La Cassazione, con sentenza del 2 maggio 2011, ha così precisato: « *quanto all'elemento soggettivo, va escluso che il delitto in questione sia retto da un dolo specifico, in quanto la finalità di determinare pericolo per la pubblica incolumità è al di fuori del fuoco del dolo. Il dolo è invece intenzionale in relazione all'evento “disastro”, nel senso che l'agente deve avere la consapevolezza che la sua condotta è idonea a cagionare il disastro. Per tale motivo, questa corte di legittimità, di recente, ha statuito che nel delitto di cui all'art. 434. C.p. il dolo è “intenzionale” rispetto all'evento di disastro ed è eventuale rispetto al pericolo per la pubblica incolumità*»

ed ancora Cass. N.41306/2009 in ordine all'elemento soggettivo dell'art. 434 c.p. « A) il dolo eventuale è incompatibile con le ipotesi delittuose nelle quali l'elemento psicologico del reato sia tipizzato nei termini di volontà diretta al raggiungimento di uno scopo preciso, opportunamente descritto dalla norma incriminatrice; B) l'elemento psicologico richiesto dall'art. 434 c.p. per la sussistenza del reato, in quanto descritto nella ipotesi tipizzata dal legislatore come volontà diretta a cagionare un crollo od altro evento disastroso, esclude la possibilità di ipotesi concrete incriminabili a titolo di dolo eventuale.» Questa, sembra essere, di gran lunga, la tesi preferibile, la formula «...atti diretti a...» non da adito a diverse interpretazioni, e rende inammissibile il ricorso al mero dolo eventuale.

<sup>644</sup> In questi termini CORBETTA, *op.cit.*, in Cass. Pen., 2012, 2. 573. *Contra* Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, Schmidheiny, cit., 503 ss.con la quale è stato ritenuto sufficiente il solo dolo generico consistente nella rappresentazione degli effetti potenzialmente offensivi dell'amianto per l'incolumità pubblica e della consapevolezza della intrinseca e naturale capacità della condotta di cagionare un disastro. In realtà la presunzione potrebbe operare in ordine all'art. 437, colà dove la resa obbligatoria di una misura presuppone che l'omissione determini l'insorgenza di un pericolo. Come potrebbe d'altronde negarsi, che vi sia stata da parte degli organi competenti e del legislatore, un'attenta valutazione dei rischi nel momento in cui è stata resa obbligatoria la predisposizione di apposite misure ?

avente valenza sussidiaria. Così, si può considerare la casistica, pacificamente, non enumerabile a priori, così come non descrittibile pare l'ambito di applicazione, questo spazia dai sinistri stradali a disastri tecnologici<sup>645</sup> e ambientali<sup>646</sup>.

Dal Punto di vista strutturale, sia il delitto di “disastro innominato” colposo (449 c.p.), che quello doloso (434 c.1° c.p.), sono reati di pericolo a “consumazione anticipata”, requisito essenziale ed elemento oggettivo del delitto è la sussistenza di un pericolo per la pubblica incolumità, il verificarsi dell'evento lesivo è circostanza aggravante (ex. Art. 434 c.2).

Il momento consumativo del reato è alquanto difficile da individuare, le tesi sono tra loro discordanti, per lo più i dissidi si sono manifestati nel momento di derimere casi “mediaticamente” celebri di presunto “disastro ambientale”, fattispecie sussunta per via interpretativa, nell'art. 434.c.p., o 449 c.p.; in particolare: qualora si concepisca il “disastro innominato” (artt. 434 c1° e 2°, art 449) come reato istantaneo, il momento della consumazione sarebbe da situarsi nell'insorgenza del pericolo per l'incolumità pubblica<sup>647</sup>. Questa linea interpretativa, è conforme con il dettato legislativo, e, vieppiù con la Sent. Cost. 327/2008, infatti, se la figura descritta dall'art. 434 è “diversa” però “omogenea” rispetto alle altre ipotesi di disastro previste negli articoli precedenti, dovrà forzosamente concludersi, che tale omogeneità debba essere di tipo strutturale; così argomentando si arriva ad inferire che anche il disastro innominato debba essere considerato reato istantaneo. Ciò rileva in sede processuale, soprattutto in ordine a procedimenti per disastro ambientale, poiché la prescrizione decorrerà dal momento in cui è insorto il pericolo, determinando la “prematura morte” di svariati processi<sup>648</sup>.

Una differente linea interpretativa, concependo il disastro innominato come reato

---

<sup>645</sup> F.CENTONZE, *op. cit.*

<sup>646</sup> D.CASTRONUOVO, M.DONINI, L.FOFFANI, E. FRONZA, GIUS.PIGHI, C.PONGILUPPI, G.SACCHINI, V.VALENTINI. *La riforma dei reati contro la salute pubblica*. Cedam, 2007.

<sup>647</sup> Non proferendo parola su eventuali, invero certe, difficoltà probatorie.

<sup>648</sup> In questi termini GIAN LUIGI GATTA, in *www.penalecontemporaneo.it*

permanente, ora posterga il *tempus commissi delicti* alla cessazione della condotta, ora ne colloca l'atto conclusivo all'ultima morte o malattia causalmente riconducibile al pericolo o disastro provocato, il tutto, con prevedibili conseguenze in ordine al decorso del termine di prescrizione. All'interno di quest'ultimo filone troviamo, quindi, due correnti interpretative, mentre la prima che tende ad individuare la consumazione con la cessazione della condotta (da qui decorre il termine di prescrizione) è stata sostenuta dalla Cassazione con la Sent. 20370/2013 "Caso Porto Marghera"<sup>649</sup>; la seconda, che incredibilmente inerisce il medesimo caso, individua quale momento conclusivo della permanenza l'ultima morte o malattia connessa causalmente al disastro, finendo per dilatare oltre misura il termine di prescrizione, tale assunto costituisce la cariatide su cui poggiava l'intero impianto accusatorio<sup>650</sup>. Un altro indirizzo sostenuto dai legali rappresentanti delle parti civili nel caso Eternit, nonché da Rosi<sup>651</sup>, ricollega la permanenza del reato di disastro ambientale-innominato alla parziale o mancata

<sup>649</sup> La Corte, in ordine all'imputazione per disastro colposo ambientale così definiva la concezione di disastro, sostenuta dall'accusa: «una nozione di disastro "permanente" che, non a caso, non trova riscontro nella teoria e nella prassi giurisprudenziale: là dove "permanenza del reato" finisce per essere riferita, nel discorso d'accusa, all'attualità delle conseguenze che derivano da situazioni di antica o antichissima contaminazione, materialmente cagionata da terzi predecessori nella disponibilità della fonte inquinante e delle aree inquinate.

Diversamente, per il tribunale di Venezia, "reato permanente" significa reato per la cui esistenza la legge penale richiede che l'offesa al bene giuridico si protragga fino all'attualità (certo), ma per effetto della persistente condotta del soggetto.» in [www.petrochimico.it](http://www.petrochimico.it) testo integrale della sentenza e degli atti processuali dei tre gradi di giudizio.

<sup>650</sup> con le stesse argomentazioni il Tribunale di Torino il 23 febbraio 2012 sul caso "Eternit

<sup>651</sup> ROSI E., "Brevi Note In Tema Di "Dis-Astro" Ambientale"

*Per una effettiva tutela dell'ambiente è necessaria la sincronia degli strumenti giuridici vigenti, in: [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). In particolare: «Sembra innanzitutto indubbio, e non solo a chi scrive, ma a molta parte della giurisprudenza, che essendo il pericolo per l'incolumità collettiva il tratto distintivo della fattispecie, il perdurare del pericolo in una consistenza significativa, equivale a protrazione della consumazione della fattispecie criminosa, quando tale protrazione sia riconducibile al comportamento attivo, od anche omissivo di un soggetto, sempre che su di lui gravi l'obbligo giuridico di attivarsi a rimuovere gli effetti provocati dalla sua attività professionale o d'impresa». Come si vedrà poco oltre, ad essere inaccettabile in tale assunto, che parte comunque da una già non condivisibile concezione bifasica del reato di cui all'art. 434 c.p., è il fondare la permanenza del reato nel protrarsi del pericolo per la pubblica incolumità a causa dell'omesso ripristino-bonifica; tuttavia non essendo all'epoca dei fatti vigente alcun obbligo di tal fatta, l'omissione è da ritenersi irrilevante ai fini dell'imputazione.*

bonifica dei siti industriali. Rosi, particolarmente critica verso la pronuncia della Cassazione sul caso Eternit, richiama l'art 22 della direttiva 2010/75/EU (recepita con il d.lgs. 4 marzo 2014), il quale impone all'operatore in caso di cessazione di un impianto l'obbligo di verificare se questo abbia determinato una situazione di inquinamento della zona e di riportare l'area interessata allo *status quo ante*<sup>652</sup>. Dunque l'autrice in presenza di un'attualità del pericolo per la pubblica incolumità e di un omesso adempimento all'obbligo di bonifica, giunge a concepire il reato di disastro ambientale ancora in corso di esecuzione, di qui la mancata prescrizione del disastro nel caso Eternit. Ciò che lascia comunque perplessi è il considerare l'omissione protratta dell'obbligo di ripristino, allora non codificato, quale elemento chiave per valutare la permanenza del reato. La Suprema Corte, ben conscia di tale orientamento, lo ha in poche battute demolito dalle fondamenta<sup>653</sup>, d'un lato è da considerarsi inammissibile la costruzione *bifasica*<sup>654</sup> dell'art. 434 c.p., dall'altro non si rinviene alcuna menzione dell'obbligo di ripristino né nella fattispecie, né nell'ordinamento vigente all'epoca del *tempus commissi delicti*<sup>655</sup>. Va da sé dunque che incriminare Schmidheiny ex. Art. 434 c.p. concependo il reato ancora in corso d'esecuzione, in ragione dell'omesso adempimento all'obbligo di cui all'art. 22 dir.

---

<sup>652</sup> A tale obbligo non osterebbe la procedura fallimentare.

<sup>653</sup> In riferimento, punto 8.1 delle motivazioni della Sent. N. 1292/2014

<sup>654</sup> Ad avversare la concezione bifasica del reato permanente è la dottrina oggi dominante, così è da escludersi la possibilità di scindere la norma incriminatrice del reato permanente in due precetti: uno volto a comandare o vietare una data condotta, l'altro volto a comandare la rimozione dell'evento-situazione antigiuridica creata con la violazione del primo precetto. Secondo la concezione minoritaria (bifasica) la fattispecie incriminatrice del reato permanente sarebbe quindi scindibile in due fasi: l'una corrispondente alla violazione del primo precetto ed avente forma commissiva od omissiva; l'altra, corrispondente alla violazione del secondo precetto (omessa rimozione dell'evento) avente necessariamente forma omissiva. tra questi FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.gen., p.199; GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, p.1082.

<sup>655</sup> Obbligo di ripristino che è stato introdotto recentemente dall'Art. 452-decies. - « (Ripristino dello stato dei luoghi). – Quando pronuncia sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per taluno dei delitti previsti dal presente titolo, il giudice ordina il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi, ponendone l'esecuzione a carico del condannato e dei soggetti di cui all'articolo 197 del presente codice». In questo caso come si evince dal dettato normativo, si tratta di un obbligo susseguente ad una sentenza di condanna, nonché derivante da apposito atto giudiziale.

2010/75/EU, costituirebbe una grave violazione del principio di legalità e tassatività.

Del variegato panorama, pare, che la prima corrente (reato istantaneo), sia quella più confacente al testo di legge ed alla collocazione<sup>656</sup>; qualora si intenda per converso ricostruire il delitto in esame quale reato permanente, ricordando che in tal modo esso risulterebbe eterogeneo e non omogeneo alle figure contigue di disastro, sarebbe da preferirsi la variante che individua quale condizione della “permanenza” la continuazione della condotta cagione del pericolo.

#### V.I.6 Il Disastro “innominato”: *alcuni casi “facili”*

Il novero dei casi giurisprudenziali prende volutamente le mosse, da casi apparentemente di secondaria importanza, poiché di inferiore risonanza mediatica, quali quelli aventi per oggetto sinistri stradali. Il novero inizia con la Sent. 8 giugno 1954<sup>657</sup>, nel caso di specie la Sezione II della Suprema Corte, ritenne integrato il delitto di cui all’art. 434 c. 2°, in caso di rovesciamento di corriera, con correlativo ferimento di numerosi passeggeri. La Corte così arguiva :« La gravità dell’evento si desume, in generale, dalla rilevanza e dalla estensione del danno effettivo o presunto, dal numero delle persone offese o esposte a pericolo. Non è necessario che si tratti di un avvenimento eccezionale e straordinario giacché tale estremo non è richiesto dalla legge». Il caso in esame, offre con cipiglio degno d’inquisitore, un *exemplum* di interpretazione erronea del testo normativo, interpretazione più propriamente estensiva, tale tuttavia da travalicare il limite dell’area di significanza del testo di legge. In questi termini, come più volte ripetuto si trascende l’esegesi ammessa,

---

<sup>656</sup> Nonché, non dimentichiamo, sostenuta dalla Corte Costituzionale.

<sup>657</sup> In *Giustizia Penale* 1954, 998.

sfociando nell'applicazione analogica, dunque *in consimili casu*. Il punto debole nelle conclusioni della Corte, si individua nell'erroneo intendimento del bene tutelato, ovvero l'incolumità pubblica; questa può considerarsi concretamente esposta a pericolo, solamente qualora risulti concretamente minacciata l'integrità fisica di un numero, a priori, non determinato né determinabile di soggetti. Questo elemento nel caso di specie, pare assolutamente assente, essendo non solo determinato ma altresì determinabile il numero di soggetti minacciati, dunque, la sentenza pare muovere da un'erronea interpretazione del bene tutelato e dell'evento, fino a ricomprendervi casi, che, per connaturata portata<sup>658</sup> "offensiva", non paiono in essa sussumibili<sup>659</sup>. Un altro caso assimilabile all'indirizzo di cui sopra, è rappresentato dalla Sent. del 3 febbraio 1955<sup>660</sup>, quivi la Cassazione ha ritenuto integrato il disastro di cui all'art. 449 c.p. "disastro innominato" colposo, laddove il conducente di un autocarro avendo negligenemente attraversato un passaggio a livello incustodito veniva travolto da un treno in corsa. Qui i punti controversi sono due, d'un lato è erroneo ritenere sussistente un pericolo per la "pubblica incolumità"<sup>661</sup>, dall'altro, quand'anche vi fosse stato, avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 432 c.p. (attentato alla sicurezza dei trasporti).

---

<sup>658</sup> Limitata portata offensiva.

<sup>659</sup> Conforme, CORBETTA, *op.cit.*, il quale parla di eccessiva dilatazione del concetto di disastro. P.633.

<sup>660</sup> In *Giustizia Penale*, 1955, 725.

<sup>661</sup> Per una puntuale analisi del punto, MANZINI, *Tattato*, VI, 348. L'autore, rileva giustamente, che elemento oggettivo della fattispecie, è il ricorrente pericolo per l'incolumità pubblica, in mancanza del quale, il reato non si configura (d'altronde siamo in presenza di un reato *di pericolo*, nonché *contro l'incolumità pubblica*, quindi pare agevole giungere alle medesime conclusioni)

**V.I.7 Il Disastro Ambientale: « Carneade! chi era costui? »** una fattispecie nominata, innominata o innominabile? Le fattispecie di cui agli artt. 434 e 449 c.p., hanno trovato applicazione anche in riferimento ai c.d. disastri ambientali; la *ratio* di tale soluzione ermeneutica, è da rivenirsi nelle lacune codicistiche, mancando un'apposita disciplina repressiva in tema. La scelta compiuta da alcuna giurisprudenza, numerosa invero<sup>662</sup>, di procedere alla *creazione accusatoria*<sup>663</sup> del “disastro ambientale” o ecologico, è stata ed è tutt'ora avversata dalla dottrina maggioritaria. Le motivazioni che spingono il fronte dottrinale all'invettiva, discendono da una ontologica incompatibilità tra il disastro innominato, così come descritto nel testo normativo, ed il disastro ambientale. Un *discrimen* riguarderebbe, in primo luogo, lo stesso bene giuridico oggetto di tutela, se infatti gli artt. 434 c.p. e 449 c.p. sono diretti a proteggere un bene *indeterminato*, quale l'incolumità pubblica, per converso, la pretesa nuova incriminazione sarebbe volta ad assicurare il “bene” ambiente, ancor più indeterminato del primo, nonché, «*provvisto di una consistenza immateriale e diffusa e, forse anche istituzionale*»<sup>664</sup>. Il tutto, senza dimenticare la difficoltà nel ricostruire il nesso causale tra la condotta del singolo ed il verificarsi dell'evento disastroso/ instaurazione del pericolo, si rammenti la posizione contraria di Riva<sup>665</sup>. Le problematiche concernenti la correlazione causale<sup>666</sup>

<sup>662</sup> Tra le altre, la pronuncia del Tribunale di Venezia sul caso Icmesa, negli stessi termini le Sentenze di primo e secondo grado sul caso Eternit.

<sup>663</sup> PIERGALLINI, *op cit.*, p.289

<sup>664</sup> Cfr. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*.

<sup>665</sup> C.RUGA RIVA, definisce non persuasiva, l'opinione di chi ritiene incompatibile il disastro ambientale con quello innominato, arguendo in particolare, sulla base di un differente bene giuridico tutelato. Questo poiché «l'ambiente non è tutelato di per sé, quanto se mai nelle sue distinte componenti (aria, acqua, suolo), spesso in modo strumentale alla tutela della salute dell'uomo.» La tesi qui esposta, mi pare francamente, solo in parte condivisibile, fuor di dubbio, la tutela dell'ambiente è mirata a garantire in via strumentale la salute pubblica, tuttavia, ampliare l'applicabilità del “disastro innominato” ai “disastri ambientali”, i quali, invero, non sempre possiedono potenzialità lesiva, pare essere un grave errore ermeneutico. O si accetta che si tratti in concreto di figure delittuose differenti, e le ragioni per farlo, per lo più di natura strutturale, porterebbero a suffragare tale posizione, oppure, si dovrà negare qualunque sceverazione, rinunciando a sanzionare la maggior parte dei “disastri ambientali” a causa dell' intervenuta prescrizione.

<sup>666</sup> Valga, quale esempio, la linea sostenuta dal P.M. nel caso Marghera.

discendono dalla mancanza di consone leggi scientifiche e probabilistiche, che permettano di ricostruire la linea cronologico fattuale degli eventi e le loro interne connessioni teleologiche. Il tutto è stato affrontato, con grande diffusività, da Centonze<sup>667</sup>, colà dove, riprendendo la “*Normal accidents Theory*”<sup>668</sup> di Perrow, sostiene, come non siano prevedibili le molteplici interazioni esistenti tra fattori e componenti coinvolti in sistemi “ad interazione complessa”, i quali appunto, caratterizzano il macro settore dell’alta tecnologia. Da qui, l’autore giunge a chiedersi, se data l’impossibilità di prevedere *in toto* le concatenazioni causali di fattori, e di conseguenza, gli esiti talvolta disastrosi delle stesse, non sia opportuno rivedere i meccanismi sanzionatori, ora incentrati sulla responsabilità individuale<sup>669</sup>.

L’incompatibilità tra il “disastro innominato” ex Art. 434 c.p. comma 2° e il disastro “ambientale/da prodotto”, discende da un altro aspetto, il primo infatti deve essere istantaneo, nonché caratterizzato da una certa *contestualità* degli eventi; al contrario, il secondo è connotato da una dilatazione temporale tra l’evento di danno e l’appalesarsi delle conseguenze patologiche ed ambientali. Ciò, come osservato da Martini<sup>670</sup>, porta ad escludere la sussunzione nella predetta disposizione della larga maggioranza dei “disastri da prodotto”, poiché in questi casi, mancherebbero sia l’unità spaziale che l’unità temporale proprie del disastro innominato. Una posizione contraria sul punto, è stata espressa dalla giurisprudenza nel caso “porto Marghera”, ma anche, da una minoritaria parte della dottrina<sup>671</sup>; nello specifico, si nega che il disastro debba avere quale requisito essenziale l’istantaneità, ammettendo una distinzione tra disastri *statici* e

---

<sup>667</sup> F.CENTONZE, *op.cit.*

<sup>668</sup> PERROW, *Normal Accidents*. In CENTONZE, *op.cit.*47.

<sup>669</sup> Il potenziale disastro, viene concepito, quale “terza caratteristica strutturale” dei sistemi ad alto rischio, così il responsabilizzare penalmente il soggetto, quando le connessioni causali degli eventi non son conoscibili *ex ante*, costituirebbe mera “*idolatria di eroi senza macchia.*” Le connessioni tra sistemi ad alta tecnologia o interazione complessa e disastri, sono nella prassi noti, il caso Seveso, valga come paradigma.

<sup>670</sup> MARTINI, *Disastro ambientale*, in *Legislazione Penale*, 2008, p.348 ss.

<sup>671</sup> PIERGALLINI, *op. cit.*, p.284 ss.

*dinamici*<sup>672</sup>. La posizione in esame, secondo Piergallini, trarrebbe ulteriore corroboramento, dall'art. 3 lett. f) d.lgs. n.334 del 1999, il quale, definisce l'incidente rilevante, ammettendo un certo grado di dilatazione temporale<sup>673</sup>. Piergallini, date le premesse, conclude per una «configurabilità del disastro innominato anche quando tra la condotta di innesco o di aggravamento del rischio (magari protrattasi nel tempo) e gli eventi pericolosi per la pubblica incolumità sussiste un apprezzabile iato temporale.» La tesi, in realtà non convince, qualora si concepisca l'art. 434 c.2 come reato di pericolo ed a carattere istantaneo, in guisa strutturalmente uniforme alle fattispecie con cui condivide il capo, dovrà negarsi la possibilità di dilatarne temporalmente la verifica. Altro ammonimento, inerisce la concezione della fattispecie, intesa, quale reato "permanente", da qui non è possibile far dipendere la permanenza del delitto dai soli effetti, per converso, si dovrà valutare la permanenza anche in base alla condotta. A queste difficoltà, si aggiungano poi quelle poc'anzi esposte in materia di causalità e ricostruzione del nesso causale, elemento essenziale ai fini strutturazione dell'ipotesi accusatoria. Così, la compatibilità dell'evanescente figura del disastro ambientale con quella, non meno fumosa, del disastro innominato, date le differenze strutturali, pare molto discutibile; non si può tuttavia non denunciare, l'assenza di una adeguata normativa sanzionatoria<sup>674</sup>, il che, ha portato la giurisprudenza ad applicare, seppur in modo ermeneuticamente

<sup>672</sup> Così CORBETTA, *Delitti.*, p.48 ss, conforme FLICK, *op.cit.*

<sup>673</sup> Art.3 lett. f) d.lgs. n.334/1999 «"incidente rilevante", un evento quale un'emissione, un incendio o un'esplosione di grande entità, dovuto a sviluppi incontrollati che si verificano durante l'attività di uno stabilimento di cui all'articolo 2, comma 1, e che dia luogo ad un pericolo grave, immediato o differito, per la salute umana o per l'ambiente, all'interno o all'esterno dello stabilimento, e in cui intervengano una o più sostanze pericolose»

<sup>674</sup> Assenza cui il legislatore ha posto rimedio con il D.l 1345/2015, approvato dal senato il 19.05.2015, il quale ha introdotto tra le altre fattispecie Art. 452-ter. - (Disastro ambientale). – *Chiunque, in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale, o comunque abusivamente, cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituisce disastro ambientale l'alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema o l'alterazione la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, ovvero l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo.*

scorretto, la normativa sul disastro (innominato) vigente. L'ammissibilità dell'operazione sussuntiva è denegata per altro da autorevole dottrina, s'è detto, come Piergallini definisca il disastro ambientale (ex. Artt. 434/449 c.p.) una «singolare figura di creazione accusatoria»; in modo non dissimile, Giunta sottolinea come un'asserita (dalla Corte Costituzionale) determinatezza del disastro innominato «non equivale a ratificare la creazione giurisprudenziale di un autonomo delitto di disastro ambientale<sup>675</sup>». Il rischio derivante da un'ermeneutica in tal guisa creativa e slegata dal dato testuale, è quello di portare ad un ampliamento ancor più significativo di una fattispecie già di per sé dai contorni alquanto indefiniti<sup>676</sup>. Si rammenti, come l'intendimento del concetto “disastro innominato” debba avvenire<sup>677</sup>, concependo la perifrasi in modo “omogeneo” alle figure delittuose che la precedono, il ché porta a figurarsi immaginificamente un disastro innominato con determinate caratteristiche, descritte poco sopra. Orbene, l'includere nella norma anche la sanzione del disastro ambientale, dissimile dal paradigma così costituito ed incompatibile fenomenologicamente con esso, significa creare un'incriminazione del tutto nuova ed in alcun modo inclusa nella fattispecie descritta dai suddetti articoli (in riferimento al disastro innominato colposo). Ritengo, per queste ragioni, pienamente condivisibili le preoccupazioni, di chi<sup>678</sup>, in dottrina, teme che da una simile prassi giurisprudenziale possa discendere un'inaccettabile estensione della punibilità, poiché il rischio è che *stante il carattere polisenso e multidimensionale dell'ambiente, si possa(voglia) riconoscere un potenziale pericolo per l'incolumità pubblica in ogni fatto offensivo dell'ecosistema*<sup>679</sup>. Il quadro normativo ora vigente<sup>680</sup> e definito non a caso frammentario<sup>681</sup>, non

---

<sup>675</sup> GIUNTA, *Giur.Cost.*, p.3543.

<sup>676</sup> Potenzialmente gli artt. 449 e 434 potrebbero divenire onnicomprensivi.

<sup>677</sup> C.Cost. N.37/2008.

<sup>678</sup> GIUNTA, *op.cit.*, e A.L.VERGINE, *Il. C.d disastro ambientale l'involutione interpretativa dell'art. 434 cod.pen.*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 534 ss.

<sup>679</sup> GIUNTA, *op.cit.* p.3550 e ss.

<sup>680</sup> In seguito si farà riferimento alla recente riforma in materia di reati ambientali.

<sup>681</sup> BRAMBILLA, *Sanzioni ambientali in italia*, *Riv Giur.Amb*, 2008, p.25ss.

offre adeguati strumenti per affrontare fenomeni macroscopicamente lesivi di danno, minaccianti al contempo l'incolumità pubblica e l'ambiente, caratterizzati tuttavia, da una peculiare fisionomia in ordine alla collocazione temporale della condotta e delle conseguenze dannose. La frammentaria inadeguatezza, non ha trovato che parziale rimedio nel d.lgs. n.334/1999, questo infatti, autolimita la propria operatività ex. Art. 2 c.1 agli «stabilimenti in cui sono presenti sostanze pericolose in quantità uguali o superiori a quelle indicate nell'allegato 1», impedendo quindi una più pregnante incisività regolatrice. Da queste ragioni discende il disegno di legge approvato dal C.D.M il 24 aprile 2007, il quale conteneva una proposta sostanziale di riforma in materia di diritto penale dell'ambiente, con l'introduzione del titolo VI -bis "Dei delitti contro l'ambiente". Le esigenze di riforma, dato l'arenamento del precedente disegno di legge, sono sempre più vive e presenti, da queste ormai imperiture carenze, trae origine il nuovo disegno di legge N.1345/2014, il quale attraverso l'introduzione del titolo VI-bis disciplina all'art. 452-ter l'agognata figura del "disastro ambientale"<sup>682</sup>. E' evidente che laddove fosse stata pacifica la sussunzione del

---

<sup>682</sup> Di seguito alcune fattispecie introdotte dal Dd.l 1345/2014 approvato dal Senato il 19.05.2015, fonte :[www.senato.it](http://www.senato.it)

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. Dopo il titolo VI del libro secondo del codice penale è inserito il seguente:

«TITOLO VI-bis

DEI DELITTI CONTRO L'AMBIENTE

Art. 452-bis. - (Inquinamento ambientale).

– È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 100.000 chiunque, in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale, cagiona una compromissione o un deterioramento rilevante:

- 1) dello stato del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria;
- 2) dell'ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna selvatica.

Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

Art. 452-ter. - (Disastro ambientale). –

Chiunque, in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale, o comunque abusivamente, cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni.

Costituisce disastro ambientale l'alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema o l'alterazione la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, ovvero l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo.

Quando il disastro è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

Art. 452-quater. - (Delitti colposi contro l'ambiente). – Se taluno dei fatti di cui agli articoli 452-bis e 452-ter è commesso per colpa, le pene previste dai medesimi articoli sono diminuite da un terzo alla metà.

Art. 452-quinq. - (Traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività). –

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 10.000 a euro 50.000 chiunque, abusivamente o comunque in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, cede, acquista, riceve, trasporta, importa, esporta, procura ad altri, detiene o trasferisce materiale ad alta radioattività. Alla stessa pena soggiace il detentore che abbandona materiale ad alta radioattività o che se ne disfa illegittimamente.

La pena di cui al primo comma è aumentata se dal fatto deriva il pericolo di compromissione o deterioramento:

d.ambientale nell'art. 434 c.p., non si sarebbe resa necessaria tale riforma, il legislatore dunque in tal modo ha delegittimato una volta in più la prassi giurisprudenziale quivi avversata.

### **V.I.8** il caso ICMESA-Seveso: *un disastro ambientale ad effetto temporalmente concentrato*

Introdotta il tema, si passino ora ad affrontare, alcuni dei casi più noti ed al contempo più problematici di disastro innominato, sussumibili, almeno astrattamente, nella fattispecie non ancora vigente all'epoca dei fatti del "disastro ambientale"<sup>683</sup>.

Il c.d. caso ICMESA<sup>684</sup> "Seveso" è rilevante, sia ai fini della fattispecie di cui all'art. 437 c.p. (come vedremo in seguito), sia ai fini dell'art. 449 c.p.

1) della qualità del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria;

2) dell'ecosistema, della biodiversità, della flora o della fauna selvatica.

Se dal fatto deriva pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone, la pena è aumentata fino alla metà.

Art. 452-sexies. - (Impedimento del controllo).

– Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, negando l'accesso, predisponendo ostacoli o mutando artificialmente lo stato dei luoghi, impedisce, intralcia o elude l'attività di vigilanza e controllo ambientali, ovvero ne compromette gli esiti, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

<sup>683</sup> M.DONINI, coglie la connessione, inevitabile, tra, tutela della salute pubblica-reati di pericolo comune, questo in ragione dell'esigenza di tutela preventiva del *bene* superindividuale predetto. Il passaggio ulteriore, sostenuto da Riva, è per converso, non sostenibile, infatti non sistematicamente, un'aggressione all'ambiente, comporta una potenziale lesione dell'incolumità pubblica o di un suo profilo quale la salute pubblica. Cedere ad una presunzione di tal fatta, è ermeneuticamente scorretto. (Ardizzone, v. Incolumità, cit. 364)

<sup>684</sup> In *Mass. Cass.Pen.* 1988, II, 1250 ss.

Si descrivano sommariamente i fatti, cui seguirà un'analisi critica delle pronunce giurisprudenziali.

Il 10 luglio 1976 verso le ore 19.40, presso il capannone B dello stabilimento della ditta ICMESA di Seveso, si verificava un incidente di notevole impatto. Durante la pausa di raffreddamento di uno dei reattori dell'impianto, il disco di sicurezza (di questo) cedeva, provocando la fuoriuscita per circa venti minuti di un *forte getto di vapore bianco, che, dopo aver investito le piante all'interno dello stabilimento, formava una nube densa ed estesa fino a notevole altezza, la quale a sua volta spinta dal vento, si diffondeva nell'ambiente circostante*. L'ICMESA, operava quale "filiale" della ditta Givaudan<sup>685</sup>, essendo stata richiesta da quest'ultima la ripresa della produzione di TCF presso "la controllata" in quel di Seveso, il Sambeth (dirigente Givaudan), occupatosi dell'avvio della produzione, demandava i necessari controlli all'impianto a Von Zwehl (Direttore tecnico ICMESA).

Le sostanze contenute nel reattore, durante il ciclo produttivo di TCF erano: tetraclorobenzolo, etilenglicole e soda caustica. Il TCF o triclorofenolo "grezzo", veniva impiegato quale diserbante e base per la produzione di altri prodotti tra cui l'esaclorofene, un disinfettante utilizzato massivamente negli ospedali. Le conseguenze dell'incidente furono rilevanti, la rottura del disco di sicurezza portò alla fuoriuscita di sostanze altamente tossiche, tra le quali la diossina, il grado di concentrazione della quale non venne misurato al momento dell'evento; si registrarono quale esito delle emissioni, danni a colture, animali e persone, soprattutto minori, i quali riportarono edemi al viso, congiuntiviti, eczemi, orticaria diffusa e cloracne<sup>686</sup>.

---

<sup>685</sup> Così aveva dichiarato Von Zwehl, responsabile tecnico dello stabilimento ICMESA di Seveso. (v. interrogatorio reso in istruttoria, vol. 1° fl. 215)

<sup>686</sup> Report, tratto dalla sentenza della Corte di appello di Milano 14 maggio 1985, in Giustizia Penale, 1986, 171 ss. « Invero l'incidente ICMESA ha cagionato un inquinamento diffuso in una vasta zona, suddivisa in tre parti:

- 1) Zona "A" e cioè quella più contaminata, compresa per una piccola parte nel Comune di Meda e per il resto nei Comuni di Seveso, Sesano Maderno e Desio, per un totale di 180 ettari, e che determinò l'evacuazione degli abitanti (730);

La ricostruzione del nesso causale tra condotta (colposa) e gli eventi, nonché la possibilità di qualificare tali eventi come disastri, non è di facile adempimento, preferisco primariamente tentare di esporre la successione dei fatti, con le relative implicazioni di natura procedurale e di tecnica produttiva. La produzione di 2,4,5-triclorofenolo (TFC), si basa sull'idrolisi dell'1,2,4,5-tetraclorobenzene (TCB) mediante idrossido di sodio, le tecniche descritte in altrettanti brevetti, prevedono l'impiego di differenti solventi<sup>687</sup>. A prescindere dalle discrasie termiche e di pressione dei due processi, i brevetti denunziano l'impossibilità di escludere la pericolosità del processo, che, dato il numero cospicuo di incidenti verificatosi ( con cause tutt'ora non chiare), viene definita "intrinseca". Tale connaturata pericolosità in ragione della "delicatezza" della fase di idrolisi alcalina del TCB mediante idrossido di sodio, ed a causa della non trascurabile pericolosità dello stesso prodotto TCF instabile ad alte temperature<sup>688</sup>.

- 
- 2) Zona "B", meno contaminata, per un totale di 269,4 ettari ed interessante una popolazione di 4.800 persone;
  - 3) Zona "R", fascia involgente le suddette due zone, compresa nel territorio dei quattro Comuni indicati, nonché, nei Comuni di Berlassina e Bovisio Masciago, per un'estensione di 1430 ettari ed interessante una popolazione di 22.000 abitanti.

Inoltre dalla Commissione Parlamentare di inchiesta si ricava che l'inquinamento determinò il blocco di tutte le attività agricole e zootecniche della zona (cessazione di ogni attività da parte di 61 aziende e cessazione di ogni coltura in 4.000 orti e giardini familiari).

Nella zona "A" dovettero sospendere l'attività tre stabilimenti industriali, che impiegavano complessivamente 119 unità lavorative e nella zona "B" 11 stabilimenti, con 284 unità lavorative, subirono periodi variabili di chiusura in relazione al tempo necessario ad accertare lo stato di inquinamento della zona.

Infine 37 aziende artigianali ubicate nella zona "A" e 118 nella zona "B", per un totale di 458 addetti, furono temporaneamente bloccate; alcune aziende commerciali site in zona "A" furono evacuate e tre di esse non ripresero più l'attività.

<sup>687</sup> Ora il metanolo, a temperatura variabili di 180°-230° e a pressioni comprese tra i valori di 20 e 55 kg/c2, ora il glicol etilenico, a temperature di 160°-180° e a pressione atmosferica.

<sup>688</sup> Lo stato della tecnica, all'epoca dell'incidente veniva dai periti così ricostruito:

- A) Brevetto *Monsanto* 1959, aveva previsto la possibilità di reazioni di decomposizione introllabili a temperature da 165°-180° durante il processo di idrolisi alcalina del TCB, con conseguente carbonizzazione del reattore e formazione di residui altamente tossici, a prescindere dal solvente impiegato.
- B) Brevetto *Michaels-Lee* 1972, secondo il quale, i policlorofenoli a temperature superiori a 190° possono dare luogo a reazioni esplosive ed anche innescare reazioni esotermiche.

Proprio le alte temperature, cagionarono l'instabilità del processo idrolitico, con conseguente rottura del disco di sicurezza, i periti del tribunale registrarono questo possibile circolo causale:

- 1) Convogliamento del vapore (mezzo riscaldante) nel reattore ad una temperatura di circa 300°, con conseguenziale impossibilità di assicurare un contingentamento della temperatura della massa, inferiore al valore critico di 180°;
- 2) Assenza nell'impianto di adeguate strumentazioni di controllo, relativamente ai valori delle temperature, pressioni etc;
- 3) Controverso rapporto tra glicol e TCB nella reazione chimica, il quale, era dissimile dalle stesse indicazioni brevettuali Givaudan, ciò, unito ad una anticipata distillazione del prodotto rispetto alla sua acidificazione, rendeva ancor più pericoloso il procedimento produttivo;
- 4) Assenza di adeguate apparecchiature di abbattimento termico, tra le quali un sistema di flusso convogliato per la refrigerazione del reattore, sostituite, da un collegamento diretto reattore-atmosfera, valutato inadeguato allo scopo;

- 
- C) Articoli di letteratura scientifica, che sin dal 1951 avvertivano sui pericoli di contaminazione del TCF con sostanze tossiche e, nel 1957 sulle prime esperienze di TCDD contenuta nel TCF.
  - D) Due articoli pubblicati nel 1971 in merito alla ordinaria presenza di TCDD, sebbene con quantitativi minimi, nella produzione di TCF;
  - E) Due articoli del 1974, segnalanti l'importanza determinante del mantenere la temperatura nel processo idrolitico del TCB a 160° e 153° al fine di evitare la produzione di TCDD, abbassando il limite di sicurezza.

Gli stessi incidenti, verificatisi in ordine alla produzione di TCF, avevano, in taluni casi portato all'abbandono della produzione (BASF 1953 e PHILIPS DUPHAR 1963), in altri per converso, (DOW chemical) avevano portato alla creazione di nuovi impianti automatizzati e perfezionati nelle tecniche di sicurezza. Un caso descritto come rilevante ed omogeneo, per omprendere quanto accaduto all'ICMESA di Seveso è quello della Coalite and chemicals products, qui in seguito all'incidente dovuto ad una reazione esotermica della massa, salita la temperatura fino a 175°, questa aveva continuato ad aumentare fino a 250° nei successivi 50 minuti, provocando poi un'esplosione con conseguente morte di un addetto. La Coalite, dopo l'incidente, si era dotata di un impianto, peculiarmente automatizzato e dotato di sofisticati meccanismi di controllo.

5) Assenza di una consona regolamentazione interna del ciclo produttivo e di eventuali situazioni di emergenza;

6) Assenza di sorveglianza nell'impianto, anche per tempi prolungati, unita al disinserimento ,nelle pause, dell'unico strumento di monitoraggio della massa interna al reattore, ovvero il termoregistratore;

La Cassazione Sez. IV, il 26 maggio 1986, condannava gli imputati per il reato di disastro colposo aggravato (ex. Art. 61, n.3, c.p.). Per la sussistenza della fattispecie, ritennero quanto all'elemento oggettivo, ricorrente "l'evento disastro" rapportabile : « a) all'elevata tossicità delle sostanze chimiche liberate allo scoppio; b) alla rilevante entità della massa fuoriuscita dal reattore e diffusasi nell'atmosfera; c) alla vastità dell'area contaminata o comunque esposta a pericolo di inquinamento; d) all'entità della popolazione ivi residente e coinvolta dall'evento; f) al pregiudizio economico diretto; g) al danno indiretto rappresentato dal blocco di tutte le attività agricole e zootecniche dell'area contaminata, dalla sospensione delle attività industriali, artigianali e commerciali; h) allo sconvolgimento del tessuto sociale; i) all'intenso allarme sociale, aggravato dall'incertezza circa gli effetti a lungo termine della contaminazione e perciò dal persistente timore di imprecisati danni futuri.» Gli estremi per qualificare il fatto-evento, quale paradigma di "disastro" vi sono tutti, elevata portata distruttiva di campi colture ed allevamenti, diffusa potenzialità lesiva della pubblica incolumità, estesa, ad un numero pressoché indeterminato ed indeterminabile di soggetti. I beni giuridici coinvolti, sono molteplici, d'un lato l'incolumità pubblica, essendo stata messa in pericolo l'integrità fisica di un ampio numero di cittadini; in secondo luogo la *salute pubblica*, intesa quale : « *benessere psicofisico concepito come assenza di malattie o disturbi anche temporanei quali conseguenze di situazioni, sostanze, fattori o interventi indebiti da parte di terzi, dell'ambiente sociale, lavorativo,*

*etc.*<sup>689</sup>». Allo stesso modo, anche la salubrità dell'ambiente (danni alle colture, ed inquinamento dell'aria), può ritenersi coinvolta, altrettanto temporaneamente, data l'impossibilità di stabilire gli effetti nel tempo delle emissioni. Quanto all'elemento soggettivo, la colpa o negligenza degli imputati venne ricondotta alla mancata osservanza delle linee prasseologiche dettate dai brevetti, all'omessa predisposizione di adeguate apparecchiature di monitoraggio, il tutto accompagnato dall'assoluta mancanza di automazione (considerata necessaria o quantomeno all'uopo, ed adottata in impianti quali quello Dow Chemical U.S.A e Coalite and Chemicals Products, in seguito ai noti incidenti ivi verificatesi durante la produzione di TCF) e di sorveglianza degli addetti. A rendere ancor più evidente la noncuranza e la disattenzione del direttore tecnico dell'impianto ICMESA e degli operatori, è stata la mancata adozione di un serbatoio supplementare di "blowdown", richiesto dalla stessa ditta fornitrice del disco di sicurezza<sup>690</sup>, al fine di impedire la fuoriuscita di fluidi e gas tossici all'esterno del reattore.

Così, ricostruita in termini piuttosto manifesti l'omissiva negligenza dei dirigenti ICMESA ed integrato sia l'elemento soggettivo che quello oggettivo, può ritenersi configurato il delitto di cui all'art. 449 c.p. La sentenza in esame, offre un esempio di corretta applicazione della normativa sui delitti di pericolo comune, nonostante l'ampiezza notevole del dettato legislativo in ordine al reato di disastro innominato colposo. Fuori di dubbio, considerando i fatti lesivi, in primo luogo della incolumità pubblica e solo in seconda istanza del bene "ambiente", si esorbita ed elude qualsivoglia possibile contrasto sulla sussumibilità dei disastri ambientali<sup>691</sup> negli artt. 434 e 449 c.p.

---

<sup>689</sup> DONINI, *op cit.*, p.214.

<sup>690</sup> La Fike Metal Products Corps, nel descrivere le caratteristiche del disco di sicurezza precisava, al punto 207 :« quando si abbiano fluidi di grande valore o di grande tossicità, per cui perdite di qualsiasi entità devono essere evitate, con il disco di rottura, " si richiede l'uso di un secondo serbatoio per il recupero del fluido scaricato". In *Mass. Cass .Pen.* 1988, II, 1257.

<sup>691</sup> Sussumibilità, come detto, da escludersi secondo autorevole dottrina rappresentata tra gli altri, da PIERGALLINI, GIUNTA *giur. Cost* ,2008, p.3543 ed ALBERTA LEONARDA VERGINE in *Ambiente e Sviluppo* 2013, p.534.

Nel caso di specie, in particolare, l'assenza di conflitti interpretativi discende dalla non ricorrenza di un *gap* temporale tra il manifestarsi del *vulnus* fisico/patologico e l'*eventus damni*, così, data la palese riconducibilità causale<sup>692</sup> degli stati patologici alle emissioni di gas nell'atmosfera, è possibile d'un sol colpo, superare tanto le difficoltà teleologiche<sup>693</sup> quanto quelle propriamente prescrizionali ricollegate ai disastri ambientali<sup>694</sup>, sanzionando il fatto quale “disastro innominato colposo”.

Le conseguenze derivanti dal disastro del Seveso, spinsero il legislatore comunitario a regolamentare e disciplinare *i rischi di incidenti rilevanti connessi con determinate attività industriali*, il fine venne perseguito mediante la direttiva n. 82/501 CEE, recepita dal legislatore nazionale con il d.P.R 17 maggio 1988 n. 175. L'evoluzione normativa, continuò con una seconda direttiva 96/82/CE, successiva al caso Chernobyl e recepita con il d.lg. 17 agosto 1999 n.334, disciplinante il *controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze*. Infine il d.lgs. 238/2005 in attuazione della direttiva 2003/105/CE.

Ciò che mancava, non ci stanca di ripeterlo, era tuttavia un'incriminazione esplicita del disastro ambientale, in modo tale da evitare il ricorso ad un'ermeneutica di dubbia legittimità. Ebbene tale lacuna è stata recentemente colmata dal legislatore con il D.d.l n.1345/2015 approvato il 19 maggio 2015, che contiene differenti fattispecie di reati ambientali, tra le quali figura all'art. 452-ter il disastro ambientale.

---

<sup>692</sup> Non sono rilevabili ulteriori concause, dunque la probabilità logica circoscrivendo quella “generale”, permette di individuare quale *condicio sine qua non* le emissioni ICMESA.

<sup>693</sup> GARGANI, concepisce il reato di disastro, come fattispecie a *doppio calibro di tutela*, al contempo, reato di evento e di pericolo, di qui duplice necessità probatoria, ora “l'evento materiale di danno”, ora la sussistenza del pericolo per la pubblica incolumità.

<sup>694</sup> In genere, gli effetti sulla salute dei cittadini compresi nel raggio di operatività del disastro ambientale si manifestano dopo decenni, rendendo, alquanto difficoltoso ricostruire il corso logico e cronologico degli eventi, quanto il perseguire i responsabili, per intervenuta prescrizione.

### V.I.9 Il caso Enichem-P.Marghera: *un exemplum di analogia in malam partem*

Un altro caso parimenti noto, è quello del petrolchimico di Porto Marghera, i dirigenti di Montedison ed Enichem succedutisi nell'amministrazione del Petrolchimico dal 1969 al 2000, dovettero affrontare vari capi di imputazione predisposti dal P.m.; capi di imputazione che variarono dal disastro innominato colposo (art 434-449 c.p.) fino all'omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (437 c.p.). Data la collocazione spaziale della trattazione affronterò quello che dagli atti processuali risulta essere il secondo capo d'imputazione, ovverosia, il disastro colposo innominato, riservandomi di dedicare nel successivo capitolo congrua attenzione anche al primo.

Il Pubblico Ministero, contestava ai dirigenti del Petrolchimico, la compromissione della salubrità ambientale nelle zone circostanti l'impianto, in particolare :

1. Contaminazione dei sedimenti dei canali e delle acque “negli specchi lagunari veneziani prospicienti Porto Marghera”, caratterizzata da elevata concentrazione di diossine e di altre famiglie di composti tossici;
2. Lo stato di grave compromissione del suolo e del sottosuolo “in aree interne ed esterne allo stabilimento, originata dalla tumulazione di enormi quantità di “rifiuti” provenienti dallo stabilimento in 26 discariche;
3. Il progressivo avvelenamento delle acque di falda, sottostanti alle discariche, attinte tramite pozzi per uso domestico e agricolo, e ancor più l'avvelenamento o comunque l'adulterazione delle risorse alimentari (ittiofauna e molluschi) presenti sui sedimenti e nelle acque dei canali lagunari prossimi a Porto Marghera e nell'area di

insediamento della zona industriale; provocata dalla contaminazione trasmessa dalla percolazione delle discariche e dagli scarichi nelle acque ai sedimenti e da questi al biota e alle specie viventi nella zona.

Il Tribunale di Venezia Sez. I, il 22 ottobre 2001, nell'affrontare il mediaticamente e giuridicamente complesso caso, decise con Sentenza di circa 1000 pagine, appunto a rimarcare la rilevanza ed al contempo la difficoltà del decidere sul punto. Concentrandosi sul capo d'imputazione relativo al disastro colposo, si rileva come questo finisca : «per portare con sé accuse totalizzanti e indifferenziate, non sempre compatibili col principio di personalità della responsabilità (penale).»<sup>695</sup>

Strumento di questa discutibile operazione interpretativa, è il costante riferimento dell'accusa a una nozione di disastro “ permanente ” ,che, non a caso, non trova riscontro nella teoria e nella prassi giurisprudenziale: nel discorso d'accusa la “permanenza del reato” finisce per essere riferita « all'attualità delle conseguenze che derivano da situazioni di antica o antichissima contaminazione, materialmente cagionata da terzi predecessori nella disponibilità della fonte inquinante e delle aree inquinate.<sup>696</sup>» La questione ivi affrontata, è di gravosa portata e gli aspetti critici sono plurimi, analizzando previamente le mozioni dell'accusa si nota che il P.M contestava, senza fornirne peraltro alcuna prova, che la fonte e causa dell'inquinamento indistinto tra Prima e Seconda area Industriale, fosse da individuarsi causalmente negli scarichi delle acque del Petrolchimico. Le tesi dell'accusa, che già qui si presentano zoppicanti, al di là di una mancata corroborazione probatoria, mancano altresì di un logico procedere; le risultanze strumentali confermano un più elevato “gradiente di concentrazione” del sedimento, nelle acque della Prima Zona Industriale, gradiente, che va progressivamente diminuendo procedendo verso la Seconda Zona Industriale.

---

<sup>695</sup> PIERGALLINI, *op.cit.*

<sup>696</sup> Stralcio della sentenza di primo grado, in [www.petrochimico.it](http://www.petrochimico.it)

Ebbene, la concentrazione del sedimento nelle acque della P.Z.I non può imputarsi, salvo a mezzo di risultanze probatorie, al catabolismo delle acque del Petrolchimico, il quale è situato nella S.Z.I. Il grado di inquinamento nelle acque della Prima Zona, è da ricondursi, secondo il Tribunale, a cause differenti, ovvero, agli scarichi di altri insediamenti, ivi situati, a partire dagli anni Venti. Dalle analisi compiute su tali flussi d'uscita, s'è rilevata la presenza dei medesimi agenti contaminanti, la cui provenienza, è stata imputata dall'accusa esclusivamente al catabolismo delle acque del Petrolchimico, ciò, per converso, escluderebbe la riferibilità causale esclusiva dell'inquinamento della P.Z.I al Petrolchimico. Tali conclusioni<sup>697</sup>, discendono ulteriormente dall'analisi delle impronte delle diossine (agente contaminante principale delle due aree oggetto di rilevati), rinvenute in traccia nei canali di tale ambito, rispetto a quelle rinvenute nel Canale Lusore Brentelle, ciò confuterebbe la tesi dell'accusa, secondo la quale tali impronte sarebbero da ricondursi esclusivamente alla filiera del cloro (materiale di lavorazione nel Petrolchimico). Queste considerazioni, determinarono l'*ambascia* dell'accusa, che, pervenne a *balbettare congetturalmente* di scarichi indiretti di "peci clorurate", eseguiti dal Petrolchimico a mezzo di bettoline<sup>698</sup> nella Prima Zona, il tutto, senza il ben che minimo mezzo di prova. Anche quest'ultimo tentativo di suffragare le mozioni dell'accusa, venne scardinato, infatti, lo smaltimento delle peci da parte del Petrolchimico, già a partire dal 1972 avveniva a mezzo di apposito impianto di incenerimento (interno), mentre negli anni precedenti era stato eseguito presso discarica, in guisa totalmente lecita. Quanto allo stato della Seconda Zona Industriale, è stato rilevato, che i sedimenti presentavano un grado elevato di concentrazione di inquinanti negli strati più bassi, relativi quindi ad epoche risalenti, mentre negli strati più superficiali, il grado di concentrazione era radicalmente inferiore<sup>699</sup>, «così da escludere una rottura delle condizioni di sicurezza attinenti alla protezione delle comunità

---

<sup>697</sup> In totale contrasto con le tesi accusatorie.

<sup>698</sup> Imbarcazioni con fondo apribile.

<sup>699</sup> Il Tribunale, fece ricorso a parametri definiti da apposite istituzioni, quali Rivm e Noa.

biologiche esistenti *in situ* ». Da queste osservazioni, discende l'impossibilità di imputare *causalmente ed esclusivamente*, anche lo stato di inquinamento della Seconda Zona Industriale al Petrolchimico. L'asserzione in esame trae ulteriore fondamento, dalle origini della S.Z.I, questa, situata a 2.5 m s.l.m., è stata consolidata attraverso l'impiego di rifiuti<sup>700</sup> di lavorazione (altamente tossici), considerati « un *mezzo profittevole, conveniente, adeguato, a strappare terra alle acque e a sostenere (così) la vocazione industriale di Venezia* ». La composizione geologica della S.Z.I venne trascurata dal PM nel muovere l'accusa, quando invece, risulta essere un fattore assolutamente determinante per comprendere le attuali risultanze. Così è possibile spiegare la presenza dei c.d. «fanghi rossi», derivanti da processi di «decuprazione delle ceneri di pirite» e da processi di lavorazione della bauxite, totalmente estranei al catabolismo del Petrolchimico; materiali di risulta che vennero utilizzati prima per l'imbonimento dell'area e poi smaltiti nelle vicinanze. La presenza dei fanghi rossi, come detto rifiuti tossici utilizzati per stabilizzare il suolo della S.Z.I, non è riconducibile in alcun modo all'attività del Petrolchimico, il che evidentemente, porta già *ex se* ad escludere che lo stato di degrado ambientale dell'area, sia *in toto* imputabile al suddetto impianto. Né si ignori, la rilevanza degli interventi di morfogenesi in ordine al gradiente di inquinamento delle acque, è stato rilevato che mediante opera di costante dilavamento-erosione degli argini del Canale Industriale Sud, Canale Industriale Ovest e Canale Malamocco-Marghera, v'è stata una trasmigrazione dell'agente inquinante dalle sponde alle acque, essendo le prime composte dai rifiuti industriali di cui sopra<sup>701</sup>. Da qui, può escludersi che anche l'inquinamento delle acque sia esclusivamente riconducibile all'attività del Petrolchimico<sup>702</sup>, rimane tuttavia provato come il catabolismo delle acque di detto impianto abbia costituito «*apporto significativo in termini di contaminazione unicamente per quel*

<sup>700</sup> Derivanti dalla produzione di alluminio primario, fosfogessi, resti del ciclo di produzione dell'acido solforico, scarti di fonderia, materiali di risulta dalle produzioni metallurgiche, ceneri di carbone di centrali termoelettriche, scarti dalle produzioni di acido solforico, etc.

<sup>701</sup> I Canali, erano stati scavati sulla massa di rifiuti usata come materiale da imbonimento.

<sup>702</sup> Si aggiunga che i bassi fondali prospicienti al SM15( principale scarico del Petrolchimico) sono interessati dall'inquinamento di derivazione dell'antico sito di discarica "Isola delle Tresse".

*che concerne le sue immediate adiacenze.»*

L'accusa fondava la contestazione relativa al disastro innominato colposo, anche, mediante un'ulteriore imputazione a sé stante e concernente la contaminazione del suolo e del sottosuolo<sup>703</sup>, derivante dalla gestione delle c.d. discariche «interne» ed «esterne», con conseguente presunto avvelenamento-adulterazione delle falde acquifere<sup>704</sup>.

Le considerazioni inerenti le c.d. “discariche interne”, riguardano quanto avviene nell'area di insediamento del Petrolchimico, dunque, si vagli la fondatezza dell'asserita correlazione: inquinamento del suolo>inquinamento delle falde> pericolo alimentare> pericolo per la salute pubblica, ergo, ricorrenza del presupposto base per la sussistenza del disastro innominato, nonché delle imputazioni di cui agli artt. 439 e 440 c.p. (rubricato delitto di comune pericolo mediante violenza.)

In realtà, a privare di validità le considerazioni<sup>705</sup> dell'accusa, sono elementi tanto evidenti quanto agevolmente individuabili a priori, in primo luogo si deve rimarcare l'impossibilità di utilizzare le acque sottostanti l'area di insediamento del Petrolchimico, *per uso antropico, per uso industriale per uso alimentare, dunque, per qualsiasi uso*<sup>706</sup>. Le ragioni di tale inutilizzabilità discendono dal carattere salmastro, dalla loro portata quantitativa *poverissima, e per ragioni che attengono alla loro pessima qualità originaria*. Dunque, pare potersi escludere la ricorrenza di un pericolo alimentare e di pari grado di un pericolo per la salute pubblica, mancando il *prius* logico, ossia, il poter considerare risorsa alimentare gli acquiferi sottostanti lo stabilimento di P.Marghera. L'accusa nel suo inferire inconcludente e congetturante, ipotizzò una corruzione delle acque di pozzi siti “a monte” rispetto al Petrolchimico ed un inquinamento di canali lagunari finitimi, mediante un processo di trasferimento orizzontale. L'ardimento accusatorio, cadde tuttavia di fronte al lentissimo moto dei processi di trasferimento

<sup>703</sup> Rilevante ai fini del disastro innominato ex. 449 c.p.

<sup>704</sup> Rilevante ai fini degli artt. 439/440 c.p.

<sup>705</sup> Il sillogismo esposto in forma lineare poco sopra.

<sup>706</sup> Così afferma il Trib. Ven. Sez.I, in *Mass. Cass. Pen.*, 2003, 309.

orizzontale, attestantesi su qualche metro/anno, così, considerato anche il coefficiente di ritardo, il trasferimento orizzontale di agenti inquinanti dalle falde ai pozzi sarebbe avvenuto ancor più lentamente, nei termini di qualche centimetro/anno. Altrettanto prive di fondamento erano le affermazioni inerenti possibili contaminazioni di falde acquifere finitime alle c.d. “discariche esterne”, anche in questo caso, il moto orizzontale non forniva sufficiente suffragio alle conclusioni dell’accusa. Quindi potrà considerarsi disprovata la correlazione poc’anzi esposta: da una parte risultano infondate le accuse di inquinamento ed adulterazione delle acque dei pozzi che attingono alle c.d. discariche esterne; dall’altra l’inutilizzabilità delle acque sottostanti le discariche interne porta ad escludere la sussistenza di un pericolo alimentare e di qui di un pericolo per la pubblica incolumità.

Il caso Porto Marghera, ha destato grande clamore nell’opinione pubblica, sia a causa delle patologie connesse al ciclo operativo del Petrochimico ( ma in differente epoca rispetto a quella oggetto di imputazione), che a causa delle conseguenze ambientali di rilievo ed estensione significative. Come detto, qui l’analisi si è limitata all’imputazione per disastro innominato colposo, dunque anche i rilievi critici a ciò si limiteranno. Dire che il Pubblico Ministero abbia svolto in guisa poco diligente ed a dir poco inquisitoria il proprio compito pare un eufemismo, la sussumibilità del disastro ambientale nella fattispecie di cui all’art. 449 c.p., è stata già criticata nei precedenti paragrafi; basti ora ricordare l’incompatibilità strutturale tra il disastro ambientale<sup>707</sup>, il suo manifestarsi e la fattispecie descritta, invero per nulla, dagli artt. 434 e 449 c.p. L’omogeneità tra il disastro innominato e le ipotesi di disastro nominato, richiesta dalla Corte Costituzionale<sup>708</sup> nel tentativo di rendere “determinato” ciò che determinato non è, porta ad escludere che il disastro innominato possa avere struttura e morfologia eteronoma rispetto a questi. Così, qualora l’accusa tentasse di costruire artatamente la figura del disastro “permanente”, commetterebbe un

<sup>707</sup> Incompatibilità dimostrata poi dai recenti sviluppi normativi.

<sup>708</sup> Sent. 327/2008.

grave errore interpretativo, (quanto non voluto?), giacché, nel caso di specie la permanenza inerisce gli effetti non già la condotta. Il Petrolchimico, non può esser considerato quale unica fonte dell'inquinamento attuale e passato dell'area di Porto Marghera, così dovrà escludersi, *a fortiori*, un ruolo fattivo per quanto concerne l'inquinamento passato dell'area. Escluso uno stringente nesso eziologico esclusivo tra lo stato di inquinamento e l'attività del Petrolchimico, esclusa la ricorrenza di un pericolo per la pubblica incolumità (in base ai parametri fissate dalle organizzazioni competenti), deve parimenti escludersi qualunque tipo di responsabilità degli imputati in ordine all'imputazione per disastro innominato colposo ed adulterazione delle acque( in questi termini ha deciso il Tribunale di Venezia). Le stesse considerazioni sovraespresse, sono state svolte dalla Corte d'Appello di Venezia nel motivare la Sent. del 15 dicembre 2004. In particolare il Collegio, si è concentrato sull'elemento fattuale previsto dall'art 449 c.p./434 c.2°, quivi, si richiede il verificarsi di un *eventus damni* di proporzioni rilevanti da cui scaturisca un pericolo altrettanto rilevante per l'incolumità pubblica; ora, nel caso di specie mancano ambedue gli elementi oggettivi richiesti dal combinato disposto degli artt. 434 c.2 e 449 c.p. (in particolare a risultare assente sarebbe il c.d. macroevento), in aggiunta non pare ammissibile l'attribuzione di un atteggiamento colposo, di qui la condivisibile assoluzione degli imputati <sup>709</sup>. Per queste ragioni non si può che condividere la

---

<sup>709</sup> Con questi termini la Corte d'Appello « Agli imputati viene contestato il reato di “disastro innominato colposo” ai sensi degli artt.434 e 449 c.p.; per la dottrina e la giurisprudenza il disastro sussiste se vi è esposizione a pericolo della pubblica incolumità provocata da un evento di danno per persone e cose.

Non può accettarsi una definizione di disastro che non preveda il requisito del danno per le persone e per le cose incentrandosi unicamente sul pericolo per la pubblica incolumità perché in tal caso si arriverebbe alla punibilità del mero pericolo di disastro innominato al di fuori dei casi in cui il mero pericolo di disastro è normativamente punito ex art.450 c.p. e cioè dei casi tassativamente indicati in tale articolo ( “pericolo di disastro ferroviario, di un'inondazione, di un naufragio, o della sommersione di una nave o di un altro edificio natante”).

Ma se per la sussistenza del disastro innominato colposo è necessario un evento di danno per le persone e per le cose, è altresì necessaria una concreta situazione di pericolo per la pubblica incolumità nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine di un certo fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti.

posizione assunta dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello che in ordine all'imputazione per disastro innominato colposo "esterno" (ambientale) ex. Art 434 c.2 e 449 c.p., hanno ritenuto non sussistente il fatto in ragione dell'assenza del macroevento e del pericolo per la pubblica incolumità.

Per quanto concerne il disastro innominato colposo "interno", è bene rimarcare come la sussistenza dell'elemento colposo, presupponga, va da sé, un onere di diligenza ed una correlata violazione dello stesso, ebbene nella circostanza analizzata, mancando all'epoca della verifica dei fatti<sup>710</sup> contestati (ante 1973), la certezza scientifica di una cancerogenità del cvm sull'uomo, risulta impossibile muovere un rimprovero a titolo di colpa, di qui cadrebbe l'imputazione per disastro colposo innominato "interno", relativo agli angiosarcomi ed alle patologie correlate ad intensive esposizioni a cvm. Dunque, assoluzione perché il "fatto non costituisce reato" per i fatti antecedenti al 1973 (mancanza dell'elemento soggettivo-colposo), per i fatti successivi al 1973, assoluzione perché il "il fatto non sussiste", non essendovi il macroevento

---

Nel caso in esame non è possibile parlare di un evento di danno grave e complesso nel senso naturalistico dell'espressione in quanto l'inquinamento dei canali lagunari si è verificato progressivamente nel corso degli anni ad opera prevalentemente di varie attività industriali estranee al presente procedimento e con un modesto contributo del Petrolchimico.

Comunque anche volendo accettare la tesi dell'evento di danno a formazione progressiva, manca il secondo requisito del pericolo per la pubblica incolumità che, notoriamente nei delitti contro l'incolumità pubblica, è il pericolo concreto.

In altre parole è sempre necessaria l'esistenza di un pericolo reale e concreto che deve essere accertato sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili e formulando un giudizio di massima concretezza sulla base di tutte le circostanze esistenti al momento del fatto.

Il presente procedimento non è riuscito ad evidenziare la presenza di un concreto pericolo reale derivante dall'inquinamento cagionato dal Petrolchimico perché i sedimenti provenienti dai canali circostanti lo stabilimento hanno evidenziato concentrazioni di inquinanti che non raggiungono mai il livello degli effetti osservati e non superano neppure i precauzionali limiti di accettabilità.

In conclusione risulta condivisibile la decisione del Tribunale di escludere la sussistenza dei delitti di disastro innominato colposo, di avvelenamento, di adulterazione e degli altri reati contravvenzionali contestati diversi da quelli che verranno di seguito indicati; conseguentemente la sentenza impugnata deve essere confermata, fatta eccezione per il capo relativo alle contravvenzioni concernenti il superamento dei limiti tabellari di cui al D.P.R. 962/73 da parte degli scarichi idrici del Petrolchimico per le quali si impone una parziale riforma con declaratoria di improcedibilità essendo le stesse estinte per prescrizione.»

<sup>710</sup> Disastro innominato colposo, omicidio colposo, lesioni colpose.

richiesto<sup>711</sup>, il Petrolchimico infatti, avuta certa conoscenza della tossicità del cvm si è dotato di peculiari misure al fine di abbattere l'esposizione al cvm<sup>712</sup>. La celeberrima inadeguatezza dell'art 449 c.p. ( e 434c.p.) a sanzionare il disastro ambientale ,è stata, come lungamente esposto precedentemente, affermata pressoché univocamente<sup>713</sup> in dottrina<sup>714</sup>. Questa manchevolezza ,discende, citando Gargani<sup>715</sup> dalla *polimorfica figura del disastro ambientale, inteso come danno esteso all'ecosistema nel suo complesso, quale risultato di condotte ripartite e diluite nel tempo, che risulta del tutto estranea alla nozione di disastro presupposta dall'art. 434 c.p. ( si aggiunga, ovviamente 449 c.p.) e dovrebbe semmai, in prospettiva di riforma trovare spazio in una apposita categoria di fattispecie poste a tutela del bene ambientale*<sup>716</sup>. L'autore con questo passo, coglie esattamente il *punctum dolens* della linea argomentativa criticata, il carattere della dilatazione temporale caratterizzante il disastro ambientale, rende tale figura del tutto disomogenea rispetto alle altre fattispecie di disastro nominato, che hanno, per converso, carattere istantaneo<sup>717</sup>. Nel caso esaminato si può notare, invero, come l'impossibilità di sussumere gli eventi nella fattispecie (434/449c.p.) deriverebbe in primo luogo dall'assenza del pericolo per la pubblica incolumità, di certo elemento di non secondaria rilevanza; in secondo luogo dalle già dette incompatibilità ontologiche, in terzo dall'assenza dell'elemento soggettivo, ed infine dalla difficoltà di ricostruire una rilevante correlazione causale esclusiva e

---

<sup>711</sup> Tesi anch'essa confermata dalla Corte d'Appello, la quale si è concentrata sull'elemento fattuale, ritenendo non sussistente l'evento disastro di cui al comma 2° art.434 c.p. La concezione fornita dalla Corte d'Appello in tema di macroevento è stata criticata dalla Suprema Corte, la quale ha sottolineato come la concentrazione temporale non sia elemento imprescindibile del disastro, potendo questo realizzarsi in un lasso di tempo prolungato.

<sup>712</sup> Adempiendo dunque agli oneri di diligenza.

<sup>713</sup> E confermata dai recenti sviluppi normativi, data l'introduzione con il D.d.l 1345/2014 (approvato il 19 maggio 2015) dell'art. 452-ter disastro ambientale.

<sup>714</sup> Eccezione rappresentata da Riva, op.cit.

<sup>715</sup> A.GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, 474 ss.

<sup>716</sup> Conforme PIERGALLINI, *op cit.*, 289.

<sup>717</sup> Conformi sul carattere istantaneo GARGANI, CORBETTA, *contra* PIERGALLINI, ritiene che si tratti di mera specificazione e non di carattere essenziale del disastro.

condizionalistica tra l'attività di Enichem e lo stato di inquinamento<sup>718</sup> della zona circostante.

### **V.I.10** Il caso Eternit S.p.a.: *un'analogia prescritta*

Un altro caso notorio, è quello che vedeva coinvolta la Eternit S.p.a. con i suoi massimi dirigenti imputati per i reati di: omissione di misure, ex art. 437 c.1 - 2, aggravato dal verificarsi del disastro, disastro doloso innominato ex. Art. 434, per fatti collocati a partire dal 1966. Più propriamente riporto di seguito i capi di imputazione, precisando fin da ora che mi soffermerò in questa sede, come nel caso Marghera, alla sola analisi del disastro innominato doloso/colposo. Il primo capo di imputazione è stato così formulato « A) art. 437, commi 1 e 2 c.p., per avere omesso di collocare impianti, apparecchi e segnali destinati a prevenire malattie-infortunio, e, in particolare, patologie da amianto (carcinomi polmonari, mesoteliomi pleurici e peritoneali, asbestosi o patologie asbesto correlate non di natura tumorale) presso gli stabilimenti di Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera e, in particolare, per avere omesso

di adottare:

- idonei impianti di aspirazione localizzata;
- idonei sistemi di ventilazione dei locali;
- sistemi di lavorazione dell'amianto a ciclo chiuso, volti a evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione dell'amianto;

---

<sup>718</sup> Non tale comunque da determinare un pericolo per la pubblica incolumità.

- idonei apparecchi personali di protezione;
- organizzati sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro all'interno degli stabilimenti;

con l'aggravante che dal fatto derivano più casi di malattia infortunio in danno di lavoratori addetti presso i suddetti stabilimenti ad operazioni comportanti esposizione incontrollata e continuativa ad amianto, e deceduti o ammalatisi per patologie riconducibili ad amianto, [...]»<sup>719</sup>

Il secondo capo di imputazione, riguardava i fatti commessi nei quattro siti di Cavagnolo, Bagnoli, Rubiera e Casale Monferrato a partire dal 27 giugno 1966, in particolare gli imputati erano chiamati a rispondere : « B) del reato di cui all' art. 434 c.p., per aver commesso fatti diretti a cagionare un disastro e dai quali è derivato un pericolo per la pubblica incolumità, e, in particolare, per avere: nei predetti stabilimenti omesso di adottare i provvedimenti tecnici, organizzativi, procedurali, igienici necessari per contenere l'esposizione all'amianto (impianti di aspirazione localizzata, adeguata ventilazione dei locali, utilizzo di sistemi a ciclo chiuso, limitazione dei tempi di esposizione, procedure di lavoro atte ad evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione delle sostanze predette, sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale), di curare la fornitura e l'effettivo impiego di idonei apparecchi personali di protezione, di sottoporre i lavoratori ad adeguato controllo sanitario mirato sui rischi specifici da amianto, di informarsi ed informare i lavoratori medesimi circa i rischi specifici derivanti dall'amianto e circa le misure per ovviare a tali rischi; in aree private e pubbliche al di fuori dei predetti stabilimenti fornito a privati e a enti pubblici e mantenuto in uso, materiali di amianto per la pavimentazione di strade, cortili, aie, o per la coibentazione di sottotetti di civile abitazione, determinando

---

<sup>719</sup> Testo della sentenza di I grado, tratto da [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

un'esposizione incontrollata, continuativa e a tutt'oggi perdurante, senza rendere edotti gli esposti circa la pericolosità dei predetti materiali e per giunta inducendo un'esposizione di fanciulli e adolescenti anche durante attività ludiche; presso le abitazioni private dei lavoratori omesso di organizzare la pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale, in modo da evitare l'indebita esposizione ad amianto dei familiari conviventi e delle persone addette alla predetta pulizia; con l'aggravante che il disastro è avvenuto, in quanto l'amianto è stato immesso in ambienti di lavoro e in ambienti di vita su vasta scala e per più decenni mettendo in pericolo e danneggiando la vita e l'integrità fisica sia di un numero indeterminato di lavoratori sia di popolazioni e causando il decesso di un elevato numero di lavoratori e di cittadini [...]».

L'accusa ,in particolare, riconduceva all'attività di Eternit S.p.a., dislocata nei quattro stabilimenti suddetti, i seguenti effetti: A) Cavagnolo, 74 lavoratori deceduti per malattia asbesto correlata, 34 deceduti con malattia asbesto correlata. B) Casale Monferrato, 1004 lavoratori interni deceduti per malattia asbesto correlata, 374 interni deceduti con malattia asbesto correlata e 16 lavoratori esterni deceduti per asbestosi, 411 viventi esterni e 4 interni con malattie asbesto correlate. C) Rubiera, 43 lavoratori interni deceduti per patologie asbesto correlate, 2 deceduti con asbestosi e 7 viventi con asbestosi. D) Bagnoli (Na) 267 decessi tra lavoratori interni per asbestosi o patologie asbesto correlate, 117 decessi con asbestosi e 190 casi di viventi affetti da patologie asbesto-correlate. Le cifre, unite alle descrizioni dei testimoni sullo stato degli stabilimenti e delle zone adiacenti, congiunte a loro volta alla notoria diffusione avuta dall'eternit come materiale da costruzione, dato il basso costo ed i plurimi impieghi, rendono palese la *ratio* della risonanza avuta dal caso. Sul banco degli imputati sedevano Stephan Schmidheiny e De Cartier De Marchienne Louis, ambedue come effettivi responsabili dell'attività di Eternit S.p.a. e delle sue conseguenze. Per comprendere perché, rispettivamente, il rampollo della famiglia Schmidheiny, ed il barone De Cartier "affiliato" alla

famiglia Emsens, rispondessero quali responsabili per una impresa storicamente “italiana”, è opportuno ripercorrere brevemente la storia della società. La Eternit S.p.a. nasce nel 1906 a Casale Monferrato con il nome di Eternit Pietra Artificiale società anonima (divenuto poi Eternit S.p.a. nel 1942 con il nuovo codice civile) in seguito all’acquisto da parte dell’ingegner Adolfo Mazza del brevetto dall’austriaco Hatschek<sup>720</sup>. Dopo i primi anni particolarmente difficoltosi, la Eternit sfruttando l’ingegno di Mazza prese il volo, infatti il fondatore riuscì a brevettare un originale procedimento di produzione di tubature ad alta pressione, così complesso da essere non imitabile, questo in seguito alla vendita dei diritti d’uso del brevetto, tra gli altri anche al gruppo svizzero degli Schmidheiny gli valse un grande successo economico e finanziario. Eternit continuò la sua ascesa, nel 1917 venne quotata in borsa, la famiglia Mazza entrò così a far parte del cartello Saiac, ossia il cartello internazionale dell’amianto, formato dalla famiglia Emsens (gruppo belga), dalla famiglia Schmidheiny (gruppo svizzero), Turner & Newall Limited (gruppo britannico), Cuvelier (Francia) e John-Manville Corporation (U.S.A). Dal 1939 Eternit S.p.a si espanse attraverso la creazione di uno stabilimento a Bagnoli, nello stesso anno Mazza divenne presidente onorario Saiac e nel 1950 acquistò il 50% della Amiantifera Balangero, ovvero uno dei giacimenti di amianto più rilevanti in Europa. Nel 1952 Eternit S.p.a., fino a quel momento completamente sotto il controllo di Mazza, si aprì a nuovi orizzonti, così l’invito rivolto dall’ingegnere alle più grandi famiglie europee del Saiac venne raccolto, gli Cuvelier acquisirono il 5%, gli Schmidheiny ed Emsens il 10%<sup>721</sup>. A partire dal 1956 anno della morte di Mazza, l’influenza estera nella gestione della società divenne sempre maggiore, la prima fase è rappresentata da una preminenza del gruppo belga Emsens, testimoniata

---

<sup>720</sup> Inventore e proprietario dei diritti di brevetto dell’eternit, si ricordi, miscela di cemento e d eternit in rapporto 6:1, il successo di questo materiale, è dovuto al basso costo produttivo, alla leggerezza, robustezza ed impermeabilità, tutti fattori che portarono a moltiplicarne esponenzialmente la vendita e l’impiego su scala mondiale.

<sup>721</sup> Mazza mantenne una quota pari al 26%.

d'un lato dal lungo periodo di carica dell'amministratore delegato l'Ing. Fourmanoit (rimase tale fino dal 1956 al 1969), dall'altro dalla nomina avvenuta nel 1966 di De Cartier<sup>722</sup> ad amministratore delegato, e nel 1971 a presidente della CFE<sup>723</sup> « società impegnata anche nella gestione delle polveri di amianto presso le fabbriche di Eternit S.p.a.». La rilevanza di tali incarichi ai fini del processo, è evidente, non a caso il *tempus commissi delicti* ( art 434 c.p. ) è stato fissato dall'accusa in data 27 giugno 1966, in ragione dell'influenza che De Cartier poté esercitare sulla Eternit S.p.a. grazie ai propri incarichi presso la CFE. La travagliata storia di Eternit S.p.a. non si esaurisce qui, nel 1972 i due gruppi principali costituenti l'assetto societario, decisero un cambio nella gestione operativa, così i sindaci Max Graf e Karel Vinck predisposero la transizione dalla famiglia Emsens a quella Schmidheiny<sup>724</sup>. Nello stesso anno le quote della famiglia Mazza vennero acquisite integralmente dai due gruppi esteri<sup>725</sup>. L'influenza<sup>726</sup> della famiglia Schmidheiny divenne via via sempre maggiore, nel

---

<sup>722</sup> Testualmente, dal verbale del 27 giugno 1966: « A Louis De Cartier de Marchienne, amministratore delegato, domiciliato ad Arendonk: firmare esclusivamente tutti gli atti relativi alla gestione giornaliera, ed in particolare concludere tutti i contratti e gli accordi, stipulare ed eseguire tutti i contratti, incassare tutte le somme dovute, emettere o ritirare quietanza di tutte le somme ricevute e pagate, firmare ed accettare qualsiasi titolo, effetto, lettera di cambio, cambiale e titoli di credito, emettere qualsiasi assegno, chiudere qualsiasi conto corrente ed altri di commercio, girare per lo sconto qualsiasi titolo, presentare qualsiasi dichiarazione all'Ufficio del Registro alle Autorità fiscali o ad altre, nominare e revocare gli agenti, gli impiegati e i salariati della società, determinare le loro attribuzioni, fissare i loro trattamenti ed emolumenti così come le loro cauzioni qualora abbiano luogo, giungere ad accordi, a compromessi e conciliare con i soggetti creditori, rappresentare la società sia attivamente che passivamente in giudizio innanzi a qualsiasi giudice e tribunale, ricevere ogni corrispondenza, assolvere ad ogni formalità generalmente richiesta alla dogana, per le Ferrovie dello Stato, poste e telegrafi e telefoni o altre amministrazioni pubbliche o private, così come i servizi di corriere, compagnie di navigazione e darne quietanza. Ed in generale, e relativamente ai poteri qui sopra conferiti fare tutto quello che sarà necessario e richiesto, in conformità e nei limiti degli statuti.»

<sup>723</sup> Compagnie Financière Eternit.

<sup>724</sup> Testimoniata da l verbale del 1972, sezione I, punto 1.1 «*la gestione dell'Eternit Italia è stata affidata al gruppo Svizzero sotto la diretta responsabilità del signor Graf*».

<sup>725</sup> Nel 1972, l'assetto societario prevede una quota del 46% suddivisa equamente tra Emsens e Schmidheiny.

<sup>726</sup> Influenza testimoniata anche dall'acquisto da parte di Eternit S.p.a dello stabilimento di Icar S.p.a di Rubiera, il quale apparteneva già alla famiglia Schmidheiny.

1974 in seguito ad un aumento di capitale eseguito a mezzo di emissione di azioni *preferenziali*, le quote del gruppo svizzero aumentarono fino al 28,8%, quelle del gruppo belga si ridussero, *ex adverso*, al 21%. Un ulteriore aumento di capitale venne sottoscritto nel 1978 al 99,99% dagli Schmidheiny, ciò consentì loro di portare la propria quota di Eternit S.p.a. al 46,66%, contro quella degli Emsens pari al 15,89%. Mediante questi meccanismi il gruppo svizzero al momento del fallimento (1986), arrivò a possedere il 58,37% del capitale azionario. Altrettanto rilevante per gli sviluppi processuali è da ritenersi il decorso del procedimento fallimentare<sup>727</sup> che coinvolse Eternit S.p.a. (divenuta holding nel 1981), quindi più propriamente le quattro società controllate:

- 1) il 23 novembre 1984 Eternit Spa chiese al Tribunale di Genova l'Amministrazione Controllata;
- 2) il 21 gennaio 1985 il Tribunale di Genova concesse l'Amministrazione controllata;
- 3) il 16 dicembre 1985 Eternit Spa chiese il Concordato Preventivo;
- 4) l'11 gennaio 1986 il Tribunale di Genova concesse il Concordato Preventivo;
- 5) il 30 gennaio 1986 l'assemblea straordinaria degli azionisti di Eternit Spa deliberò la messa in liquidazione della società;
- 6) il 3 giugno 1986 venne presentata istanza di fallimento;
- 7) il 4 giugno 1986 - il Tribunale di Genova dichiarò fallita Eternit Spa, nominando Curatore il dott. Carlo Castelli;

Gli esiti del procedimento furono:

---

<sup>727</sup> Tratto dalla sentenza del 13/02/2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

A) Fallimento di Industria Eternit Casale Monferrato Spa il 4 giugno 1986, di Industria Eternit Napoli Spa il 19 dicembre 1985;

B) Eternit Siciliana Spa tornata *in bonis*, venne alienata, salvo poi fallire sotto la gestione dei nuovi proprietari;

C) Industria Eternit Reggio Emilia, tornata anch'essa *in bonis*, venne alienata;

L'imputazione di cui al capo B riguardava, come osservato, il disastro innominato doloso derivante da omissioni organizzative e dai conseguenti pericoli per l'incolumità pubblica, dunque, non solamente limitati ai lavoratori degli stabilimenti di Eternit S.p.a. In particolare, il pericolo per la pubblica incolumità veniva fatto discendere dalle modalità operative della società, così descritte:

1. Trasporto dell'amianto a mezzo di sacchi di juta, «spesso rotti<sup>728</sup>» presso la stazione di Casale Monferrato, provenienza Genova. Le condizioni di trasporto, determinavano la perdita di materiale e conseguente pericolo, d'un lato per gli addetti alle pulizie-logistica, dall'altro per i potenziali fruitori della stazione di Casale.
2. Sebbene in epoca antecedente al 1966 ( Cavagnolo 1951/1958), altra prassi contestata era quella di affidare la riparazione dei sacchi per il trasporto ai familiari dei lavoratori<sup>729</sup>.

---

<sup>728</sup> Deposizione di Sella Giuseppina (cfr. ud. del 10 maggio 2010, pagg. 121 e 122 trascr.) in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>729</sup> Deposizione Ferrero Bruna (cfr. ud. del 17 maggio 2010, pagg. 67 e sgg trascr.) in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

3. Trasporto (Cavagnolo/ Casale) della materia prima (amianto) a mezzo di autocarri non provvisti di teli di copertura con tragitto in pieno centro cittadino<sup>730</sup>.
4. Polverosità scaturente dall'attività produttiva in quel di Cavagnolo, Bagnoli e Casale Monferrato, evidente non solo ai lavoratori ma anche agli esterni<sup>731</sup>.

---

<sup>730</sup> Deposizione Antoniani (cfr. ud. del 5 luglio 2010, pagg. 147 e 148 trascr.) in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>731</sup> Deposizione Antoniani (cfr. ud. del 5 luglio 2010, pag. 155 trascr.) in Deposizione Patrucco Giovanna, (cfr. ud. del 10 maggio 2010, pagg. 99, 100, 101, 106, 117/120 trascr.) « "...Un ricordo che ho molto vivo è anche il ricordo dell'ambiente di noi ragazzini, perché all'epoca il rione era molto popolato, contrariamente alla desolazione che c'è attualmente, era molto popolato...La via Oggero era coperta da un paio di dita di polvere...in particolare d'estate quando il clima asciutto faceva sì che la polvere diventava impalpabile, ovviamente secca. Noi andavamo avanti ed indietro...da Piazza Castello che era un po' il centro...E con la bicicletta bisognava stare attenti a non cadere, perché la polvere era di due dita...impediva di vedere la connessione (della strada). La strada non era asfaltata, era a lastre di cemento connesse tra di loro, e quindi c'erano delle fessure. Spesso c'era il rischio di cadere, perché la polvere nascondeva questo. E quindi c'era una situazione ambientale caratterizzata da questa continua polvere....

Mia mamma...lavava la domenica...per la famiglia la domenica, e sceglieva quel giorno lì perché c'era un po' meno polvere degli altri giorni, perché era il giorno di fermo delle macchine.... E ho un ricordo vivissimo di...mia mamma...che puliva le palette delle persiane...con uno scopino. Quando le è stato diagnosticato il mesotelioma ho pensato che anche questo ci poteva essere. Questo per dirvi questa situazione di polverosità entro cui noi vivevamo, noi come comunità che abitava a Ronzone...

La città è sempre stata polverosa. Io mi ricordo di un amico... che arrivava da Como...e la prima cosa che aveva detto: "ma questa città, ma come mai tutta questa polvere, come mai?". E quindi l'immagine di chi arrivava da fuori era sicuramente questa...

Io mi ricordo che quando ho iniziato a frequentare il Liceo che era in Piazza Castello...percorrevo da casa mia a Piazza Castello, la strada a piedi. Questa strada mi costringeva, diciamo così, a fiancheggiare tutto lo stabilimento...Dopo petulanze infinite avevo convinto i miei genitori a comprarmi le lenti a contatto, e parliamo di prima del 1975...A metà del percorso, nelle giornate di vento, io ero costretta a toglierle quelle lenti, perché la polvere mi impediva la vista...

Dagli anni 80 in avanti la produzione era scemata, ed era evidente che quanto io ho descritto fino ad ora era meno vistoso, questo sicuramente. Perché è chiaro che la polvere era legata direttamente proporzionale a quello che veniva prodotto...

Certamente per correttezza ed onestà, essendo il quartiere occupato non soltanto dalla fabbrica ma dai cementifici, certamente anche i cementifici contribuivano...a creare polvere...Tuttavia...lavoravano molte più persone all'Eternit...l'Eternit aveva una dimensione decisamente preponderante. Sia in termini di occupazione del territorio, e quindi proprio in termini di metri quadri,...sia in termini occupazionali.» in

[www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

Il pericolo ambientale contestato era ritenuto permanente ed attuale, il passato potrebbe invero omettersi, una delle ragioni di tale permanenza, è stata fatta derivare da un'altra prassi <sup>732</sup> alquanto discussa perpetrata della Eternit S.p.a., ovverosia, il fornire in genere gratuitamente a chiunque interessato<sup>733</sup>, il c.d. “polverino”, materiale di risulta da lavorazione. A questo proposito<sup>734</sup> ritengo opportuno riportare le battute dell'audizione del teste (consulente) Lauria:

Pubblico ministero: Perché è pericoloso questo materiale, cioè a cosa è pericoloso e a chi?

Consulente Lauria: *“È pericoloso perché contiene fibre di amianto, come dicevo*

---

<sup>732</sup> In ordine ai siti di Cavagnoli, Rubiera e Casale, per quanto concerne Bagnoli i testi non ne hanno nozione.

<sup>733</sup> Attraverso una procedura definita di vero e proprio *self service*.

<sup>734</sup> Altrettanto rilevante, la deposizione di Turino Deposizione Turino (cfr. ud. del 12 luglio 2010, pagg. 15, 16 e 30 trasc.):

*“... guardi l'amianto, i ritagli di Eternit, a Casale, erano messi quasi dappertutto, fa ridere quando chiedono delle perizie per individuare i posti perché bisognerebbe fare la perizia per individuare i posti dove non c'è....Si metteva per eliminare il fango, quello che noi in dialetto che amavamo la «Parda», si buttavano questi livelli di cemento, Casale è piena dappertutto, cortili delle case, e poi si bagnava per renderli duri...Io ricordo quando mio padre diceva: è un portento questo amianto perché indurisce e non ti sporchi più. In realtà ad indurire era il cemento e l'amianto si volatilizzava e veniva respirato...”*

Parte Civile (avv. Nosenzo) - quindi i privati si approvvigionavano di ...diciamo di lavorazione presso l'Eternit?

Teste (Turino G.) – *“sì, sì, quello che non andava alla discarica, se un privato chiedeva, gliela portavano anziché buttarla alla discarica, la portavano al privato.”*

Parte Civile (avv. Nosenzo) - lei conosce qualcuno che ha effettuato questi trasporti?

Teste (Turino G.) - *“li conoscevo, per esempio questo Pietro che cito nel libro, poi ce n'era un altro...che di cognome in realtà faceva Oriale, ogni tanto andava anche lui...a fare i trasporti. L'Eternit normalmente per quei trasporti particolari aveva un camion a trazione, che è residuo della guerra che dicevano: così risparmiamo sulla benzina e mandava a fare questi scarichi presso le case private, i cortili, i sapelli, i sentieri di campagna...”*

Pubblico Ministero - lo ha già detto ma se poteva proseguire il suo discorso sulla sorte di questo polverino. Cioè dove andava, veniva venduto oppure no.

Teste (Turino G.) – *“...Casale all'80% è coperta da questi polverini, e poi il polverino puro e semplice...veniva messo anche nei solai per fare da isolante, per il freddo, nei solai delle case si metteva a questo polverino che un tempo per cercare di isolare mettevano del vetro tritato con della terra, il polverino faceva molto di più.”*

Pubblico Ministero - lei è in grado di dirci sino a quando è andato avanti questo

*prima, sicuramente con presenza di crocidolite in quanto deriva dalla tornitura dei tubi.*

*Tutti i tubi venivano prodotti anche con crocidolite fino alla fine della produzione stessa.”*

Pubblico ministero: - Il pericolo è di che cosa?

Consulente Lauria – *“È di inalazione di queste fibre. Se teniamo presente che questo materiale è stato messo su piazze ad esempio, un bambino che va a giocare su una piazza che ha questo materiale potrà poi inalare queste fibre.”*

Pubblico ministero - Quindi si può dire per quante persone permane questa situazione di pericolo per la salute?

Consulente Lauria – *“Per tutte quelle persone che possono venire a contatto con questo materiale.”*

Pubblico ministero: Cioè un numero indiscriminato, imprecisabile?

Consulente Lauria: *“Sì, assolutamente non sono in grado di saperlo. Teniamo presente che questo tipo di situazione non riguarda solo la città di Casale Monferrato, anche se il maggior numero di siti riguarda Casale, ma anche il territorio circostante...”*<sup>735</sup>

Dalle testimonianze si evince chiaramente non solo un'incontrollata diffusione del materiale amianto in tutte le fasi del ciclo produttivo<sup>736</sup>, dal trasporto al “riciclo” degli scarti di lavorazione, ma anche un'imprevedibile estensione numerica dei soggetti esposti. Il pericolo per la pubblica incolumità data la notoria e comprovata pericolosità del materiale, era evidente e persiste tutt'ora, questo a

---

<sup>735</sup> Lauria (cfr. ud. del 25 ottobre 2010, pagg. 47 /trascr.)

<sup>736</sup> Dunque in tutte le sue possibili forme.

causa dell'impossibilità di individuare con completezza e certezza i siti da bonificare. Le problematiche in ordine alla contestazione sono molteplici, si parta dal concetto di "dolo", l'organo giudicante muove da una concezione di "dolo eventuale" quale elemento soggettivo sufficiente per integrare la fattispecie di cui all'art. 434 c.2 c.p.

La tesi non convince per la stessa dizione letterale, colà dove il legislatore è ricorso alla perifrasi «fatto diretto a ...», il che porterebbe a ritenere necessario un *quid pluris* rispetto alla mera accettazione del rischio. Corbetta<sup>737</sup>, in particolare, ritiene che in ordine alla fattispecie di cui all'art. 434 la struttura del dolo sia «complessa», dolo intenzionale per quanto concerne il verificarsi del disastro-crollo, dolo eventuale con riguardo al pericolo per l'incolumità pubblica<sup>738</sup>.

La tesi appena esposta è convincente, infatti se da un lato è rispettosa della formula impiegata dal legislatore<sup>739</sup>, che lascia intuire ermeneuticamente la necessità che *prius logico* del disastro-crollo non sia il mero dolo eventuale con correlata accettazione del rischio, bensì il dolo intenzionale; dall'altro, altrettanto conscia della necessità di "anticipare" la tutela della pubblica incolumità, richiede il solo dolo eventuale *quale condicio sine qua non* per sanzionare l'instaurazione del pericolo.

Una differente interpretazione, atta a sanzionare la mera accettazione del rischio-disastro<sup>740</sup>, pare diretta ad estendere la portata della norma ben oltre il suo alveo di significanza, il che non è evidentemente ammissibile neppure per fini di giustizia

<sup>737</sup> CORBETTA, *op.cit.*, p.638 ss.

<sup>738</sup> Conforme MARINUCCI, *op. cit.*, 415.; CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, V.4, p.242.; GARGANI, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di Diritto penale*, p.420 ss. Cass. Sez. 1 - sentenza n. 1332 del 14 dicembre 2010 Ud. - dep. 19 gennaio 2011 – imp. Zonta - rv. 249283) è consolidata nel ritenere che: "Il dolo nel reato di crollo di costruzioni, che ha natura di delitto a consumazione anticipata, è intenzionale rispetto all'evento di disastro ed è eventuale rispetto al pericolo per la pubblica incolumità."

<sup>739</sup> attraverso l'impiego dell'aggettivo "diretti "

<sup>740</sup> Dunque, dolo eventuale come elemento soggettivo rilevante per la sanzione del disastro-crollo. In realtà non si condivide tale impostazione, essendo necessaria l'intenzione diretta dell'agente di provocare l'evento disastroso, con la mera accettazione del rischio che da questo possa discendere un pericolo per la pubblica incolumità.

sostanziale; la giustizia formale è il necessario *prius* logico della “giustizia” sostanziale, dato il polimorfismo del termine e datane la natura multiprospettica, travalicare e frustrare la forma comporta un’insopportabile violazione del “*justum secundum jus*”. Così, il perseguire la presunta giustizia materiale nel singolo caso porta ad una ingiustizia formale, può il diritto abdicare di fronte a mere spinte morali? La risposta deve essere negativa, quantomeno, alla *sehnsucht* di “giustizia” deve seguire un’opera di adeguamento e di elaborazione legislativa, in caso contrario, la brama deve rimanere insoddisfatta, non deve esser assecondata, il *vulnus* potenziale è rappresentato dall’oblio del diritto e del “giusto” latinamente inteso.

Nel caso in esame un ulteriore motivo di dibattito è legato all’interpretazione del comma secondo dell’art. 434 c.p., sanzionante il verificarsi del “disastro”, si osservi come anche in questo caso le opinioni in dottrina sulla natura della disposizione siano confliggenti. Antolisei<sup>741</sup> ritiene che il verificarsi dell’*eventus damni* costituisca mera circostanza aggravante, per converso, Marinucci<sup>742</sup> concepisce il comma secondo quale figura autonoma di reato, poiché, si avrebbe una realizzazione compiuta dell’offesa, sanzionata nel primo comma nella forma del mero tentativo. La concezione del comma secondo quale fattispecie a se stante si interseca con le considerazioni sovra-esposte in materia di elemento soggettivo, anzi si dirà di più, ne è la diretta emanazione. Nella sentenza di primo grado Eternit si rileva come da mere considerazioni di opportunità pratica, ovvero l’impossibilità di sanzionare il “disastro” causato in uno stato di “dolo eventuale”, quindi di consapevole accettazione del rischio, sia stata arguita la necessità di ritenere quale elemento soggettivo rilevante non il dolo intenzionale<sup>743</sup>, bensì il

---

<sup>741</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, parte speciale, II, 22; conforme tra gli altri ARDIZZONE, *La fattispecie*, cit., 556.

<sup>742</sup> G.MARINUCCI, v.*Crollo*, in *Enc. Giur. Treccani* cit. 418.

<sup>743</sup> Contra, Cass.Sez. I, n.41306, 7 ottobre 2009 Ebbene, sintetizzando il pensiero della Corte, si possono ricavare dalla sentenza in parola due fondamentali indicazioni. Da una parte, il dolo intenzionale, definito anche dolo diretto, è quello riscontrabile “*quando la volontà dell’agente è diretta ad un determinato risultato*” e, dall’altra parte: “*il dolo eventuale è incompatibile con le ipotesi delittuose*

mero dolo diretto<sup>744</sup>. Pare non solamente criticabile la scelta operata dal giudicante, ma diametralmente esecrabile, cos'altro se non un aggiramento del dettato normativo? Siamo di fronte ad una scelta "interpretativa" degna delle corti dell'*ancient regime*.

Ancor più degne di *censura* sono le motivazioni addotte a sostegno dell'operazione ermeneutica, così si legge nella Sentenza<sup>745</sup>: « *Rimarrebbero, perciò, inspiegabilmente ed irragionevolmente privi di ogni rilevanza penale, tanto il disastro commesso con dolo eventuale, quanto il disastro commesso con dolo diretto, intesa questa forma di dolo come consapevolezza dell'idoneità della condotta a cagionare il disastro, che è poi quella riscontrabile proprio negli attuali imputati.*»

Pare, con stupore, che il processo sussuntivo abbia visto i propri termini totalmente invertiti, non l'evento sussunto nella norma, bensì la *legis dispositio* che viene adattata, piegata ai fini di un presunta giustizia materiale, al fine di farvi rientrare il fatto, o evento, altrimenti ad essa estraneo. Siamo di fronte ad un esempio di pronuncia, altamente emozionale, ebbene i moti d'animo raramente rendono limpido e "regolare" il procedimento decisorio. Da queste considerazioni è facile capire perché secondo l'organo giudicante sarebbe necessario concepire il 2° comma quale fattispecie a se stante, non mera circostanza aggravante; ragionando in tal guisa sarebbe possibile secondo gli assertori di detta impostazione, ritenere rilevante ai fini dell'incriminazione il mero dolo eventuale o diretto, dunque un *quid* di dissimile<sup>746</sup> rispetto a quanto richiesto dal primo comma.

---

*nelle quali l'elemento psicologico del reato sia tipizzato nei termini di volontà diretta al raggiungimento di uno scopo preciso, opportunamente descritto dalla norma incriminatrice*».

Di qui le conclusioni sul tema: "*l'elemento psicologico richiesto dall'art. 434 c.p. per la sussistenza del reato, in quanto descritto nella ipotesi tipizzata dal legislatore come volontà diretta a cagionare un crollo od altro evento disastroso, esclude la possibilità di ipotesi concrete incriminabili a titolo di dolo eventuale.*"

<sup>744</sup> forma intermedia tra dolo eventuale ed intenzionale.

<sup>745</sup> Sent. Tribunale di Torino, 13 febbraio 2012, p.508.

<sup>746</sup> Nonché di più agevole ricorrenza.

Un ulteriore aspetto critico della pronuncia è rappresentato dalla concezione dell'operatività della prescrizione, anche in merito i dibattiti sono plurimi, soprattutto, può annoverarsi un dicotomico approccio tra la dottrina e la recente giurisprudenza. Il reato di disastro innominato ha, come noto, da sempre destato crucci interpretativi, tra questi, uno inerisce la forma delittuosa ed il *tempus commissi delicti*, con ovvie implicazioni in tema di decorso del termine prescrizionale. Orbene, un'interpretazione conforme al testo legislativo, alle indicazioni contenute nei lavori preparatori, nonché alla pronuncia n.327/2008 della Corte Costituzionale, porterebbe a ritenere la fattispecie 434 c.p. strutturalmente omogenea a quelle di disastro "nominato". Da ciò, discende la necessità di considerare il reato in esame "istantaneo", così il *tempus commissi delicti* sarebbe da collocarsi nel preciso istante in cui inizia la sussistenza del pericolo per l'incolumità pubblica<sup>747</sup>. La stortura interpretativa atta a concepire il delitto di disastro innominato quale reato permanente, origina dalla mancata previsione<sup>748</sup> del delitto di disastro ambientale, fenomeno-evento di vasta portata caratterizzato da una dilatazione temporale<sup>749</sup>, *quid* che mal si attaglia alla fattispecie descritta dall'art. 434 c.p. c.1 e 2; il disastro ambientale si presenta dunque strutturalmente dissimile indi non sussumibile in essa. Come detto tuttavia, la giurisprudenza si è mostrata di diverso avviso d'un lato per le carenze legislative, dall'altro per il clamore che accompagna certi casi, talvolta<sup>750</sup> in grado di influenzare le scelte giudiziali. Nella pronuncia qui oggetto di disamina, il Tribunale di Torino ha concepito il delitto di disastro innominato quale reato permanente, ritenuto per di più ancora in corso d'esecuzione, di qui discenderebbe il mancato decorso del termine di prescrizione, che anzi dovrebbe ancora incipire. L'errore ermeneutico è significativo, anche concependo il reato in esame a carattere permanente, si

---

<sup>747</sup> Così G.L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>748</sup> All'epoca dei fatti.

<sup>749</sup> Così, A.L. VERGINE, *Il C.d disastro ambientale l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod.pen.*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 534 ss.

<sup>750</sup> Non così nel caso Porto Marghera.

dovrebbe rilevare che la durata della permanenza deve valutarsi non solamente in ordine agli effetti scaturenti dalla condotta, bensì anche in base alla condotta stessa, viceversa si invertirebbero colposamente *prius et posterius*. Come detto poco sopra, ai fini della permanenza non si richiede esclusivamente un'attualità della lesione al bene giuridico tutelato, bensì è parimenti richiesta l'attualità della condotta da cui essa scaturisce, quindi permanenza degli effetti e del contegno. Così, concependo erroneamente la natura del reato ed al contempo i presupposti stessi della permanenza, il giudice trae fallaci conclusioni, problematica che per altro verrà corretta solo in sede di Cassazione, attraverso la declaratoria di prescrizione del disastro.

Il Tribunale di Torino ha ritenuto essere ancora attuale il pericolo per la pubblica incolumità, più propriamente ad essere ancora attuale sarebbe il disastro<sup>751</sup>, da qui, ha escluso che la prescrizione fosse già intervenuta, giungendo a condannare gli imputati per disastro innominato doloso ex. Art. 434 c.2., pronuncia per altro confermata<sup>752</sup> sul punto dalla Sentenza del 3 giugno 2013 emessa dalla Sezione terza della Corte d'Appello di Torino<sup>753</sup>.

I rilievi critici, devono doverosamente prendere le mosse dal *tempus commissi delicti* nonché da un'analisi del disastro innominato. Orbene, posta la natura di reato istantaneo e di pericolo, ciò che rileva ai fini della sussistenza nonché della consumazione, è l'instaurarsi del pericolo, di qui inizia a decorrere il termine prescrizione fissato in anni 5 (comma 1°) e 12 anni (comma 2°) ex. Art. 157 c. 1° c.p. Dunque, posto che dalle testimonianze è agevole rilevare un pericolo per la pubblica incolumità nei quattro siti di attività di Eternit S.p.a., già palese nel 1966 (invero anche prima), dovrebbe ritenersi ampiamente prescritto il reato, questo porta ovviamente con se difficoltà probatorie inerenti il

---

<sup>751</sup> Questo, data la concezione del comma secondo quale fattispecie autonoma di reato.

<sup>752</sup> La differenza tra la posizione della Corte d'Appello e quella del Tribunale di Torino risiede nel diverso presupposto della permanenza; mentre il Tribunale di Torino ha ritenuto il reato ancora in corso in ragione dell'attualità del pericolo per la pubblica incolumità, la Corte ha fondato la propria pronuncia sulla mancata conclusione del fenomeno epidemico.

<sup>753</sup> Condanna S.Schmidheiny per il reato di cui all'art. 434 comma 2 c.p. per i fatti avvenuti a Cavagnoli, Rubiera e Bagnoli.

momento di insorgenza del pericolo stesso. Dall'altra parte, qualora si volesse cedere all'orientamento giurisprudenziale considerando il reato in esame permanente, il *dies a quo* per il decorso del termine prescrizionale ex. Art 158, dovrebbe individuarsi al momento della cessazione della condotta. Nel caso di specie tale momento coincide con l'anno 1986, anno della dichiarazione di fallimento e chiusura/vendita/abbandono degli stabilimenti (le cui sorti sono già state analizzate); ai fini della prescrizione è del tutto irrilevante *ex se* l'attualità o meno degli effetti dannosi, ciò che rileva è che il delitto non sia in corso d'esecuzione. Date queste considerazioni, pare opportuno censurare d'un solo colpo sia la pronuncia della Corte d'Appello di Torino, che quella di primo grado, poiché il reato contestato di cui all'art. 434 c. 2° c.p. è da ritenersi (ampiamente) prescritto. Così è stato deciso in data 18 novembre 2014 dalla Corte di Cassazione<sup>754</sup>, dalle motivazioni<sup>755</sup> si evince che i reati contestati sono ed erano da considerarsi prescritti ben prima che iniziasse il primo grado di giudizio, non si può che esser soddisfatti della posizione interpretativa assunta dalla Suprema Corte.

Il non piegare il diritto all'esigenza sempre mutevole di giustizia è espressione del sommo principio di legalità imprescindibilmente affermato nella Costituzione. Il clamore determinato dalle numerose vittime, che ha accompagnato le fasi del caso Eternit è stato estremamente significativo, tuttavia, la Cassazione con esemplare veste censoria ha cassato le sentenze precedenti, denunciandone i vizi più che palesi. Devono, infine, destare sconcerto, le grida dei masnadieri che uniti a crocchi hanno incitato l'opinione pubblica, figurata pittorescamente quale procellosa turba popolare, ad insorgere nei confronti di un'ingiusta, sconveniente ed impopolare magistratura. Si badi bene, costoro sovente non conoscono ciò di cui favellano, il *punctum dolens* dell'attuale normativa, non è da individuarsi nella prescrizione, (anche raddoppiando il termine per i disastri dolosi il risultato non sarebbe dissimile),

---

<sup>754</sup> Cass. pen., sez. I, 19 novembre 2014 (dep. 23 febbraio 2015), n. 7941.

<sup>755</sup> Depositate il 23 febbraio 2015.

bensì nella mancata previsione di una fattispecie *ad hoc* atta ad incriminare il disastro “ambientale” ed architettata in modo consono con le sue peculiarità, dissimili come visto, dalle altre fattispecie “nominate” ed “innominate” di disastro. Estendere l’applicazione della normativa vigente per il disastro innominato, sì da ricomprendervi il disastro ambientale, qualora non la si voglia considerare procedimento analogico, sebbene i presupposti vi siano tutti (*eadem ratio* e valicamento della portata semantica), *sine dubio* dovrà considerarsi procedimento ermeneutico illegittimo<sup>756</sup>. La recente riforma avvenuta con il D.d.l n. 1345/2014 ed atta ad introdurre nuove fattispecie di disastri ambientali rappresenta una svolta in materia, data l’introduzione dell’autonoma figura del disastro ambientale all’art. 452-ter, l’auspicio è quello di un netto superamento dell’attuale prassi giurisprudenziale che aveva sollevato molteplici e giuste critiche in dottrina.

## **V.II Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: lineamenti normativi della fattispecie**

L’articolo 437c.p. sanziona : « chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.

Se dal fatto deriva un disastro o un infortunio la pena è della reclusione da tre a dieci anni»

Dalla *littera legis* e dalla collocazione discendono alcune considerazioni, in particolare, l’ambito è quello dei delitti di comune pericolo mediante violenza,

---

<sup>756</sup> Si rammenta nuovamente la recente introduzione dell’art. 452-ter “Disastro Ambientale” avvenuta con il d.d.l 1345/2014.

donde ad essere perseguito è un pericolo per la pubblica incolumità, si vedrà in seguito se questo debba essere presunto o concreto e se ancora sia o meno elemento costitutivo della fattispecie. Di qui derivano altrettante dissertazioni sul bene tutelato, l'incolumità pubblica, deve questa intendersi con ampia accezione? oppure limitatamente al luogo di lavoro? In aggiunta a queste problematiche si deve annotare la questione di legittimità sollevata in merito all'art. 437 dal G.i. del Tribunale di Rieti in data 11 marzo 1980, respinta, dalla Corte Costituzionale il 21 luglio 1983, sebbene non del tutto infondata.

### V.II.1 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *il bene tutelato*

Il primo aspetto meritevole di ,seppur succinta, disamina è l'individuazione del bene tutelato. Dalla collocazione dell'art. 437. c.p. nel Titolo VI , può desumersi facilmente che ad essere tutelata sia la pubblica incolumità, in particolare si ritiene che oggetto di tutela sia l'integrità fisica di chi gravita in prossimità dell'ambiente di lavoro. Le misure cui il legislatore accenna genericamente sono così individuabili: in generale, dall'art. 2087 c.c. (che impone un onere generico al datore di lavoro di predisporre idonee misure atte a prevenire infortuni), in particolare dalla normativa speciale ex. D.lgs n.626 del 1994<sup>757</sup>. Così dunque, la normativa speciale funge da salvifico mezzo per integrare una norma penale dai contorni sufficientemente incerti.<sup>758</sup>

---

<sup>757</sup> Disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro.

<sup>758</sup> Interessante è la disamina compiuta da PADOVANI , *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen .Ec.* 1996, l'autore parla di una "depenalizzazione bilanciata" mediante una rivalutazione di tutti gli illeciti concernenti la sicurezza e l'igiene del lavoro, nonché le peculiari condizioni psicofisiche di determinate categorie di lavoratori, di qui il nucleo predominante del nuovo diritto penale del lavoro sarebbe costituito dalle disposizioni in materia di sicurezza ed igiene del lavoro

## V.II.2 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *il pericolo e suoi profili generali*

Altro profilo oggetto di ampio dibattito in dottrina è rappresentato dal pericolo; in particolare ci si è chiesti quali caratteristiche debba avere e in che misura sia da rapportarsi alla norma. Dando precedenza al secondo quesito per motivi di ordine, Padovani<sup>759</sup> autorevolmente, pur criticando come irrazionali le conclusioni della Corte Suprema -la quale d'un lato ha escluso che il pericolo possa considerarsi elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art 437 c.p., dall'altro ha differenziato tale norma dalle contravvenzioni (previste da leggi speciali) sulla base del pericolo, che concepisce presunto<sup>760</sup>-condivide le premesse di tale ragionamento, ovverosia la concezione del pericolo quale elemento estraneo alla fattispecie. Da ciò deriva la fuoriuscita del pericolo dalla norma, divenendo questo *ratio* dell'incriminazione<sup>761</sup>; le implicazioni da qui derivanti sono molteplici, soprattutto in tema di onere probatorio e garanzia dei principi costituzionali.

Passando al secondo punto, la critica di Gallo<sup>762</sup> è pregnante, se il ricorso a formule presuntive è dettato da sempre mutevoli esigenze di politica criminale, pare opportuno notarsi, come ciò finisca per pregiudicare valori di rango costituzionale. Più propriamente l'autore sottolinea che: « Nel nostro ordinamento, il requisito dell'offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive di una data figura giuridica, ma esprime l'esigenza che tale fatto oltre a possedere i connotati formali tipici, si

---

<sup>759</sup> T.PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, p.187.

<sup>760</sup> Non richiedente prova. Conforme Cass. 5 dicembre 1983 « Nella configurazione del delitto di omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, il pericolo per la pubblica incolumità non è previsto come elemento costitutivo del reato- da accertare ogni volta- ma è presunto (o astratto), nel senso che dalla conformità della condotta del soggetto agente al modello legale il legislatore ha già presunto la sussistenza del predetto pericolo.» in mass. Cass. Pen. 1985.

<sup>762</sup> M.GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, p. 1 ss.

presenti, in concreto carico del significato, in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche.» Castellani<sup>763</sup> condivide la posizione di Gallo, rilevando nella categoria astratta dei reati a pericolo presunto una netta violazione dell'art. 49 c.2° c.p., in ragione dell'introduzione di una presunzione di lesività della condotta<sup>764</sup>. La linea dottrinale qui esposta, rimane minoritaria, Manzini<sup>765</sup> definisce la fattispecie di cui all'art 437 c.p. “un reato di pericolo presunto, perché l'evento di danno è preveduto soltanto come circostanza aggravante”<sup>766</sup>. Peculiare è infine la posizione di Giovagnoli<sup>767</sup>, il quale dopo aver adeguatamente sceverato reati di pericolo astratto e concreto, definisce la fattispecie in esame un esempio di “reati di pericolo astratto che la giurisprudenza ha trasformato in reati di pericolo concreto”. L'asserzione dell'autore trova diretto fondamento nel recente orientamento giurisprudenziale, posta la prassi che vede concepire l'art. 437 c.p. come reato di pericolo presunto, recentemente la Corte Suprema<sup>768</sup> per distinguere la fattispecie penale dalle contravvenzioni previste da leggi eccezionali ha disposto che: « *se per gli eccezionali fattori esistenti nel caso concreto, il pericolo per l'incolumità dei lavoratori non sussiste, è da escludere, ex art. 49, comma 2, c.p. l'offesa tipica di cui all'art. 437 c.p.*»<sup>769</sup>. Pur condividendo in parte le posizioni di coloro i quali per motivi garantistici criticano le fattispecie di pericolo presunto, ritengo che un'interpretazione letteralmente conforme non possa che portare a differenti conclusioni. Il pericolo non viene direttamente menzionato nella disposizione di legge, d'altra parte deve desumersi quale elemento per così dire “latente” dalla collocazione

---

<sup>763</sup> C.CASTELLANI, *La tutela della sicurezza del lavoro nel delitto di «rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*. In Riv.it.dir.e proc. Pen.,1977., 817.

<sup>764</sup> Conforme, Tribunale di Torino, Sent. 7 maggio 1974.

<sup>765</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale*, XXII, 315 ss.

<sup>766</sup> Conforme, C. SMURAGLIA, *Diritto penale*, cit., 154.

<sup>767</sup> GIOVAGNOLI, *Diritto penale*, 1019 ss.

<sup>768</sup> Conforme ,Cass. 14 gennaio 1999.

<sup>769</sup> Con parole differenti, GIOVAGNOLI denuncia quanto criticato fortemente da Padovani. La trasformazione rilevata dall'autore, sarebbe da individuarsi nell'esigenza imposta al giudice di verificare se al di là di una conformità tra fatto e fattispecie sussista i pericolo, che in realtà si darebbe per presuntivamente sussistente.

della norma in base al Titolo<sup>770</sup>. Concordo con chi ritiene<sup>771</sup> che la pericolosità debba considerarsi presunta in presenza di una condotta conforme a quella descritta. La volontaria rimozione di misure e cautele contro gli infortuni non può che determinare correlativamente e causalmente l'insorgenza di un pericolo; asserire in modo difforme significherebbe frustrare la previsione di un onere civilistico e generalizzato di protezione posto in capo al datore di lavoro, rendere vana la minuziosa previsione di oneri da parte del legislatore speciale ed infine rendere sostanzialmente inapplicabile l'incriminazione di cui all'articolo in esame<sup>772</sup>. Non potrà dirsi forse che le misure di prevenzione abbiano quale finalità precipua la maggiore sicurezza del luogo di lavoro? Ebbene da qui non potrà evidentemente concludersi<sup>773</sup> che una loro omissione o rimozione renderebbe "meno sicuro il luogo di lavoro" con conseguente pericolo per l'incolumità dei lavoratori<sup>774</sup>?

L'intrinseca pericolosità del luogo di lavoro non può che esigere un grado di tutela anticipato per l'incolumità fisica dei soggetti coinvolti, *la fictio* che nel caso di specie un luogo privo di apposite misure possa esser privo di un pericolo concreto non pare meritevole di ossequio. Il legislatore nel predisporre come obbligatorie determinate misure ed installazioni, ha provveduto *ex ante* a valutazioni inerenti la necessità di predisporle e dunque l'idoneità a prevenire eventi lesivi e pericolosi per l'incolumità di chi frequenta il luogo di lavoro. Per queste ragioni condivido l'impostazione della dottrina maggioritaria, il richiedere la sussistenza di un pericolo concreto, sovente, potrebbe comportare l'impossibilità di prevenire l'evento-danno. La recente giurisprudenza di

---

<sup>770</sup> Delitti Vs. la pubblica incolumità.

<sup>771</sup> Tra gli altri V.ZAGRELBESKY, v. *Omissione*, *Enc.Dir.*, Giuffrè. « La realtà è che il legislatore ha ritenuto, presumendola una volta per tutte, la normale potenzialità diffusiva del pericolo connesso all'attività lavorativa, cosicché l'inserzione dell'art 437 c.p. nell'ambito dei delitti contro la pubblica incolumità riflette solo tale giudizio e non implica che il pericolo per la pubblica incolumità debba ogni volta essere verificato.» Conforme, Cass. Sez. I, 18 novembre 1955.

<sup>772</sup> E 451 c.p.

<sup>773</sup> Così ALESSANDRI, v. *Cautele*, p.154 ss.

<sup>774</sup> Si legga "pubblica", con le doverose precisazioni che seguiranno.

Cassazione<sup>775</sup> pare indirizzata a ritenere insufficiente il mero pericolo “presunto” tratto dalla sussistenza della condotta “tipo”, ciò che si richiede è un’idoneità lesiva del contegno; in altri termini è necessario che la condotta sia *de facto* idonea a mettere a repentaglio il bene giuridico protetto.

### V.II.3 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *il carattere diffusivo del pericolo*

Un altro aspetto lungamente dibattuto è quello inerente la “diffusività” del pericolo, quindi correlativamente l’ampiezza della tutela assicurata dalla norma. La *littera legis* non favorisce univoci intendimenti, se da una parte l’inclusione nel Titolo VI comporta l’individuare quale oggetto di tutela “la pubblica incolumità”, dall’altra il chiaro riferimento all’ambiente di lavoro contenuto nella disposizione pare circoscriverne l’operatività. Ci si chieda dunque quali caratteristiche debba avere il fattore “pericolo” per essere rilevante ai fini dell’art. 437 c.p. Una prima linea interpretativa è quella fornita dalla Suprema Corte con la Sent. 15 aprile 1955<sup>776</sup>, qui il termine “pubblica incolumità” viene concepito in guisa fortemente estensiva, portando ad una applicazione per converso restrittiva della norma. Solamente qualora il lavoro abbia natura “collettiva” è possibile che dall’omissione o rimozione delle misure derivi un pericolo di siffatta diffusività. Viene proposta dunque una connessione concettuale tra il carattere diffusivo e la potenziale forza espansiva del nocimento; da una tale tesi discende l’impossibilità di ritenere configurabile il delitto in esame qualora si sia in presenza di lavori ,ad esempio il cantiere edile oggetto di sentenza, nell’ambito dei quali sia impossibile

---

<sup>775</sup> Cass., sez. 1<sup>a</sup>, 2 dicembre 2005 n. 6393, Strazzarino, rv. 233826, e in precedenza, sez. 1<sup>a</sup>, 11 marzo 1998 n. 8054, Lucani, rv. 211778; 20 novembre 1996 n. 11161, Frusteri, rv. 206428; 16 giugno 1995 n. 9815, Gencarelli, rv. 202544.

<sup>776</sup> In *Giust. Pen.*, 1956.

l'insorgenza di pericolo per la pubblica incolumità. La Corte addivene quindi ad un'asserzione dettata dalla collocazione della norma e dalle caratteristiche strutturali delle fattispecie contigue, scelta interpretativa che venne duramente criticata da Nori<sup>777</sup>. L'autore in particolare sostiene come il carattere diffusivo non dipenda dall'elemento numerico-quantitativo, quanto piuttosto dall'indeterminatezza dei soggetti esposti al pericolo (che rimane presunto), tale impostazione discende dalla relazione del Guardasigilli<sup>778</sup> « *Nel progetto la nozione di incolumità pubblica è assunta nel suo preciso significato filologico, ossia come un bene che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone e perciò solo i fatti che possono esporre a pericolo un numero indeterminato di persone sono presi in considerazione in questo titolo.*»

In particolare si deve osservare come un'interpretazione quantitativamente orientata della disposizione comporti l'esclusione ai fini di tutela delle piccole imprese, la tesi di Nori, è ampiamente condivisa in dottrina. Tra questi Alessandri<sup>779</sup> nel criticare la Sent. Cass. 13 ottobre 1978, rimarca l'opportunità di prescindere dal carattere dimensionale dell'impresa e degli addetti. La Cassazione aveva con la predetta sentenza escluso che l'art. 437 potesse configurarsi « *in una qualsiasi minuscola impresa, dove il singolo lavoratore è tutelato sufficientemente dalla norme antiinfortunistiche previste da leggi speciali, mentre per le stesse limitatissime dimensioni dell'impresa è obiettivamente esclusa l'insorgenza del pericolo alla pubblica incolumità.*»

Alessandri dunque al pari di Nori, connota l'incolumità pubblica con specifico riferimento all'ambiente di lavoro, di qui elemento rilevante non è il numero potenzialmente ampio di soggetti esposti al pericolo, quanto piuttosto l'indeterminabilità a priori degli stessi; solo in questo modo sarebbe possibile ricomprendere nell'alveo di tutela imprese di piccole dimensioni.

---

<sup>777</sup> A.NORI, In riv. Giust. Pen., 1955.

<sup>778</sup> Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, 1929, II, p.212.

<sup>779</sup> A.ALESSANDRI, Riv.it.dir.proc.pen., 1980.

Assimilabile alle posizioni sovra-esposta è quella di Vladimiro Zagrelbesky<sup>780</sup>, anche quivi, la diffusività viene fatta dipendere non dall'elemento prettamente quantitativo, bensì dall'indeterminatezza ed indeterminabilità *ex ante* dei soggetti esposti, il che discende dalla fungibilità dei lavoratori impiegati<sup>781</sup>. Questo nuovo orientamento *in primis* dottrinale ed in secondo luogo giurisprudenziale<sup>782</sup>, addiviene ad un ampliamento come detto della fattispecie, d'altronde se da un punto di vista etico e morale pare condivisibile, passando ad una prospettiva ermeneutica più fedele al testo, pare in parte criticabile. Quand'anche si volesse tralasciare il dato quantitativo l'inapplicabilità della disposizione ai casi di omissione-rimozione in piccole imprese, dovrebbe discendere dall'impossibilità del configurarsi di un pericolo avente natura diffusiva<sup>783</sup>, tale, da esporre a possibili lesioni dell'integrità fisica un numero non determinato di lavoratori. L'indeterminatezza è comunque in questo caso da ricollegarsi al principio di "incolumità pubblica", così per rilevare ai fini della fattispecie, dovrà esservi l'esposizione di una *collettività*<sup>784</sup> lavorativa indeterminata<sup>785</sup>. I dubbi interpretativi riguardano la possibilità di ampliare in modo così significativo una fattispecie, che data la sua collocazione nel Titolo VI, esige un pericolo per la pubblica incolumità, così, anche trascendendo il dato quantitativo, che pare comunque rilevante, risulta difficoltoso farvi rientrare ipotesi nelle quali il pericolo abbia coinvolto un numero ristretto di addetti alle mansioni, poiché si aggirerebbe l'elemento di indeterminatezza-diffusività. Le incertezze interpretative sono significative, discendono e dipendono dal punto di osservazione dal quale si procede all'analisi della fattispecie. Prendendo le mosse dalla crescente sensibilizzazione del legislatore in materia

---

<sup>780</sup> V.ZAGRELBESKY, v.*Omissione*, *op. cit.*

<sup>781</sup> Elemento di cui parla anche ALESSANDRI, *op.cit.*

<sup>782</sup> Cass. 13 dicembre 1994, conforme Cass. 4 maggio 1989, in *Mass. Cass.Pen.* 1990,I, 1939.

<sup>783</sup> In particolare, diffusività ed indeterminatezza sono due requisiti da ritenersi necessari congiuntamente, non disgiuntamente.

<sup>784</sup> Dunque il dato quantitativo dovrebbe considerarsi rilevante.

<sup>785</sup> Cass. pen., 30-06-1981, in *Riv.Giur.Lav.*, 1983, IV, 433.

anti-infortunistica<sup>786</sup> e da una concezione ampia del principio d'uguaglianza, si può giungere a restringere il concetto di “pericolo per la pubblica incolumità”, ritenendo quindi rilevante il pericolo anche del singolo infortunio professionale, così da ampliare l'area applicativa della norma. A queste conclusioni, come osservato, addivengono vari autori e la recente giurisprudenza muovendo da una relativizzazione del concetto di indeterminabilità; in particolare una tale operazione ermeneutica porterebbe ad affermare, sul punto si condivide, che anche tra 5 possibili operatori sarebbe impossibile determinare a priori il soggetto o i soggetti potenzialmente esposti al pericolo. Così, data l'indeterminatezza, non potrebbe escludersi a priori il carattere diffusivo del pericolo, anzi, anche nel caso di piccola impresa (quale ambiente di lavoro interessato dal comportamento omissivo o di rimozione), potrebbe ritenersi integrata la fattispecie. D'altra parte, mutando il punto di osservazione, si attribuisca maggiore rilievo all'aspetto sistematico, in questi termini si giunge ad una concezione restrittiva del “pericolo per la pubblica incolumità”<sup>787</sup>, tale potrebbe definirsi solamente il pericolo in grado di ledere una “massa collettiva” di lavoratori non determinabile a priori e numericamente rilevante, qui si ha una correlazione di questo tipo: pericolo-diffusività-indeterminatezza<sup>788</sup>-elemento quantitativo<sup>789</sup>. Questo secondo orientamento ermeneutico è stato superato (in parte) dalla recente dottrina e giurisprudenza<sup>790</sup>, più propense ad assicurare la massima estensione della tutela

---

<sup>786</sup> Da ultimo il Decreto Legislativo n. 81 del 9 aprile 2008

<sup>787</sup> In questi termini Cass. pen. Sez. I, 10-10-1995, n. 10951, in *Cass. Pen.*, 1996, 2973

<sup>788</sup> Il punto debole del previgente orientamento, risiede nella pretesa di assolutizzare il concetto di indeterminazione, colà dove, la relativizzazione discenderebbe dalla locuzione “ambiente di lavoro”. Dunque non è possibile intendersi il pericolo per la “Pubblica incolumità” avente un carattere così diffusivo ed indeterminato quanto nelle altre fattispecie di reati del Titolo VI. Pare preferibile dunque, relativizzare l'indeterminatezza, essendo il numero dei potenziali esposti determinabile *ex ante*, ad essere indeterminabile pare piuttosto, l'esatta identità del soggetto o soggetti coinvolti nell'eventuale disastro/infortunio. Infatti, non può forse dirsi a potenzialmente determinabile il novero dei soggetti esposti al pericolo anche in imprese di grandi dimensioni?! La risposta pare affermativa.

<sup>789</sup> Così la sopracitata Sent. Cass. 13 ottobre 1978.

<sup>790</sup> Tra le tante Cass. pen. Sez. I, 16-06-1995, n. 9815, in *Cass. Pen.*, 1996, 2972; Cass. pen. Sez. I, 02-12-2005, n. 6393, in *Riv. Pen.*, 2007, 2, 231. Cass. pen. Sez. I, 21-02-2007, n. 12464, in *Dir. E Pratica del lavoro* 2007, 17, 1117 Difforme Cass. pen. Sez. I, 02-12-2005, n. 6393, in *Riv. Pen.*,

penalistica, anche quindi, ad imprese di più ristrette dimensioni. È lecito chiedersi tuttavia, se la collocazione dell'art. 437 c.p. nei reati di comune pericolo a mezzo di violenza<sup>791</sup> debba considerarsi elemento non di primaria rilevanza, ovvero per converso, punto dal quale prendere le mosse per interpretare la norma; una differente risposta al quesito porterà a risultanze dicotomiche. Il terreno interpretativo è ancora una volta particolarmente sdruciolevole ed aperto ad un sempre futuribile *revirement*, così è stato nel caso di specie, da un'ermeneutica prima orientata in senso sistematico si è passati ad una interpretazione più propriamente evolutivo-teleologica; ambedue presentano elementi a sostegno e punti deboli, si rammenti come l'angolo di visuale risulti essere decisivo ai fini delle conclusioni cui si perviene.

#### **V.II.4** Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *Infortunio sul lavoro e tecnopatìa, profili giurisprudenziali*

Un altro aspetto problematico nell'interpretazione dell'art. 437 c.p. inerisce il concetto di "infortunio sul lavoro" e la possibilità o impossibilità di ritenere applicabile la norma in esame in presenza di "malattie professionali". La trattazione non può non prendere le mosse dalla questione di legittimità costituzionale sollevata dal G.i. di Rieti, questi, ritenne non manifestamente infondata la questione di legittimità relativa all'art. 437 c.p. (c. 1° e 2°), in ordine agli artt. 3 e 24 Cost. In particolare, le ragioni di avvallo della mozione, vertevano su tre punti: A) Quanto al bene tutelato, possibilità che il pericolo per la pubblica

---

2007, II, 231., con la quale, la Corte, ha escluso l'applicabilità della fattispecie al caso di una cartiera di modeste dimensioni.

<sup>791</sup> Il più recente orientamento giurisprudenziale potrebbe trarre sostegno dall'art. 440 c.p., in questo caso esposto al pericolo potrebbe essere anche un solo soggetto sebbene indeterminabile a priori.

incolumità insorga, anche esponendo i lavoratori al rischio di contrarre tecnopatie; B) Teleologicamente non v'è ragione per limitare la tutela dell'ambiente di lavoro e l'incolumità degli addetti solo in riferimento ad una loro lesione «traumatica» e non estenderla alle malattie professionali; C) Storicamente il vuoto di tutela viene ricondotto al *gap* temporale che separa il primo intervento legislativo in materia di infortuni ( r.d. n.928 13 maggio 1929, divenuto esecutivo il 1° gennaio 1934) ed il codice penale, ( approvato con r.d. il 19 ottobre 1930 e divenuto esecutivo il 1° luglio 1931).

Il G.I denota una crescente equiparazione legislativa tra tecnopatie o malattie professionali ed infortuni come da testo unico (Dpr. N.1124/1964), donde « *l'irrazionale disparità di trattamento*» operante a causa dell'art. 437 c.p. tra: A) Lavoratori esposti al rischio di infortunio e lavoratori esposti al rischio di tecnopatie; B) Imprenditori esercenti le rispettive tipologie di lavorazione. Una compiuta analisi della questione viene esposta da Zagrelbesky-Vaudano<sup>792</sup>, gli autori denotano una frattura tra la fattispecie e l'evoluzione delle tecniche produttive, con prevedibili ed ovvie implicazioni in materia di rischio e misure preventive. Un punto di rilievo inerisce l'astratta definizione di infortunio <sup>793</sup>, qualificata dai commentatori come espressione “avente i confini elastici”, il *quid* che permetterebbe di distinguere malattia ed infortunio sarebbe da individuarsi nella *causa violenta* tipica del secondo. Tuttavia l'elasticità di questo requisito è notevole, tanto da permettere un'eventuale equiparazione tra malattia ed infortunio, ricercando nel percorso eziologico determinante la tecnopatia un evento iniziale qualificabile come infortunio<sup>794</sup>. L'estensione dell'art. 437 c.p. discende dalla nozione che si decide di assegnare al requisito della violenza, così

---

<sup>792</sup> Infortunio e malattia nell'art. 437 c.p. ( a proposito di una questione di legittimità costituzionale). In *Riv.Giur.Lav* 1981 II, 91 ss.

<sup>793</sup> Art. 2 R.D. 17 agosto 1935 n. 1765 « causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o una inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero una inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione al lavoro per più di tre giorni.»

<sup>794</sup> Così E.CARLETTI, *op.cit.*, 55 e ss. In questo modo non si sarebbe più in presenza di fenomeni differenti, bensì di un *prius* ed di un *posterius* solo temporalmente distinti.

prendendo le mosse da una definizione fornita da Moriniello<sup>795</sup>, gli autori arguiscono che: l'azione di un agente esterno, patogeno, virulento o cancerogeno, in grado di portare eziologicamente allo sviluppo di uno stato morboso in un organismo umano, potrebbe definirsi «azione violenta», divenendo in tal modo passibile di sussunzione nella definizione di infortunio. Così Zagrebbsesky giunge ad auspicare un intervento legislativo atto a dissipare i dubbi interpretativo-applicativi.

Pregnante ai fini della trattazione è la pronuncia di rigetto emessa con ordinanza n. 232/1983 dalla Corte Costituzionale, i giudici ritennero inammissibile la questione di legittimità, poiché pronunziarsi nei termini di una illegittimità dell'art. 437 c.p. in ragione della disparità di trattamento tra malattia professionale ed infortunio, significherebbe portare alla creazione di una nuova fattispecie incriminatrice.

Le conclusioni cui è pervenuta la Corte offrono uno spunto di riflessione, ebbene ammesso che un'eventuale estensione alle malattie professionali della normativa penale ex art. 437 c.p. significhi creare una nuova fattispecie incriminatrice, potrà ben dirsi d'essere in presenza di due “fenomeni” tra loro differenti ed estranei. Si precisi sul tema l'ovvia doverosità morale ed etica di un intervento legislativo, d'altronde non è pensabile lasciare un ‘si rilevante vuoto di tutela comprensivo di tutte le omissioni-rimozioni di misure con funzioni preventive di tecnopatie; tuttavia, il colmare tale “lacuna” mediante una forzatura ermeneutica pare la soluzione peggiore. Le pronunce giurisprudenziali sul punto sono molteplici e non sempre tra loro omogenee, in questi termini la Sentenza del 31 dicembre 1979<sup>796</sup> emessa dal Tribunale di Bolzano, che esclude la possibilità che possa riferirsi il

---

<sup>795</sup> MORINIELLO, *La tutela del lavoratore contro le malattie professionali in Italia e nel MEC*, Milano, 1963. « La violenza non è insita soltanto nei caratteri esteriori dinamici, ma, anche nella capacità intrinseca di un dato corpo o di un dato fenomeno di sviluppare intensamente, per la natura intima sua propria, per la potenza energetica- di qualsiasi ordine- insita nella sua stessa essenza, e per la peculiare intensità della sua azione, lesioni nell'organismo.»

<sup>796</sup> In Giur. Merito 1982, 171, con nota di Grossi, il quale pur sostenendo un progressivo assottigliamento della distinzione tra malattia professionale ed infortunio, ne esclude una totale equiparazione.

pericolo di cui all'art.437 c.p. all'insorgenza di malattie professionali, con preciso richiamo al principio di certezza del diritto. Esemplarmente il Tribunale si è espresso in questi termini :« *Per quanto concerne il concetto di infortunio sul lavoro, questo termine è talmente chiaro che ogni tentativo di ricomprendervi le malattie professionali è naufragato.*»

Di avviso diametralmente opposto è stata la Cassazione con la Sentenza del 9 luglio 1990<sup>797</sup>, la Suprema Corte ha tentato di elaborare un distinguo, tra “malattia-professionale” e “malattia-infortunio”; la finalità è palese, ricondurre la seconda nell'alveo degli infortuni al fine di estendere, anche in tali casi, l'applicazione della fattispecie in esame. Per “malattia –infortunio” si intende « la sindrome morbosa imputabile all'azione lesiva di agenti diversi da quelli meccanico-fisici, purché insorta in esecuzione di lavoro.»<sup>798</sup> Il rapporto tra le categorie considerate sarebbe quello di contenitore e contenuto, in particolare le malattie-inf. non esaurirebbero il *genus* delle malattie prof. in senso lato . D'altra parte, per malattie professionali in senso stretto si intendono « manifestazioni morbose contratte nell'esercizio e a causa di lavoro, ma che non siano prodotte da agenti esterni». Pare quantomeno di dubbia opportunità far dipendere una possibile imputazione da mere considerazioni semantiche, per altro di scarsa condivisibilità. Ancora una volta il testo di legge sembra essere stato oggetto di un'attività modificatrice ed alteratrice della giurisprudenza, sempre più attenta ad assicurare un'evoluzione del diritto a scapito della certezza e di una corretta ermeneutica.

---

<sup>797</sup> In *Mass.Cass.Pen.*, 1992, 348. Conforme, Cass. Sent. 20-11-1998, n. 350, in *Giust. Pen.* 2000, 57.; Cass. pen. Sez. I, 06-02-2002, n. 11894 in *Dir. E Pratica del Lav.* 2002, 1388.

## V.II.5 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *Infortunio sul lavoro e tecnopatia, alcuni indirizzi dottrinali*

La pronuncia della Corte Costituzionale ha spinto a riflessione alcuni autori, tra questi Carletti<sup>799</sup>, la definizione di infortunio nelle sue linee strutturali si ricava dal D.p.r. n. 1124/1965 art. 2, dunque l'infortunio è da definirsi « un evento dannoso, avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro»<sup>800</sup>; la malattia professionale per converso « non è occasionale ma causata dal lavoro: essa è dovuta a una causa lenta, cioè all'azione reiterata e diluita nel tempo di *noxae* patogene proprie di determinate lavorazioni e non ha il carattere di accidentalità e di imprevedibilità, essendo anzi un evento prevedibile e fatalmente legato al lavoro»<sup>801</sup>. Si rimarca come condizione ulteriore per la qualifica di malattia professionale la necessità che questa sia originata nel corso di un'attività ricompresa nell'art. 1 (D.pr. 1124/1965), nonché risulti essere ricompresa nell'allegato di cui all'art. 4 dello stesso D.p.r. Posto l'elemento differenziale tra infortunio e tecnopatia nella causa violenta, Carletti ammette una ricomprensione della malattia negli infortuni professionali laddove « sia dovuta a condizioni abnormi di lavoro, e quindi alla particolare *vis* del fattore patologico, originate da un ambiente di lavoro sensibilmente diverso da quello caratterizzato dalle normali condizioni di sicurezza», così « le modalità di aggressione del fattore patogeno possono permettere di considerare come *violenta* la causa della lesione, e quindi di far rientrare la malattia professionale pur tipica (tabellata) nel novero degli infortuni sul lavoro». Quindi una possibile equiparazione, presupporrebbe condizioni eccezionali, la patologia dovrebbe dipendere da una *concentrazione del fattore patogeno abnorme e di eccezionale rilievo*; la definizione è di per sé sufficiente a rilevare quanto ardito sia

---

<sup>799</sup> E.CARLETTI, *op.cit.*, in *riv giur. Lav.* 1983 p. 55ss.

<sup>800</sup> PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, Bologna, 1984, p.675.

<sup>801</sup> PUCCINI, *op.cit.*, 675.

l'espedito ermeneutico. Consapevole di detto limite e delle possibili censure quale *analogia in malam partem* di una siffatta estensione dell'art. 437 c.p., Carletti, pospone con cautela la possibile equiparazione *post factum*. L'autore nel tirare le fila del ragionamento non esclude l'ammissibilità logica di un'interpretazione estensiva della fattispecie in esame, sia per ragioni di natura storica che meramente sistematica (così in riferimento all'art. 590 c.p.), interpretazione pur tuttavia limitata a particolari ipotesi di malattia professionale; d'altra parte consapevole della possibile violazione delle regole ermeneutiche e delle garanzie costituzionali auspica un intervento del legislatore. I dubbi circa l'inclusione delle malattie professionali nella categoria degli infortuni in occasione di lavoro, sono stati sollevati da più voci, tra queste quella autorevole di Manzini<sup>802</sup>, il quale esclude l'equiparazione non essendo le malattie né propriamente infortuni né tantomeno disastri<sup>803</sup>. Probabilmente l'approccio esatto è questo, l'interprete nel tentativo di estrarre il significato della disposizione deve forzatamente partire dalla lettera ed in questa ritornare<sup>804</sup>. Come visto nella prima parte dell'elaborato, la poiesi nella forma dell'*analogia in malam partem*, si differenzia dall'interpretazione corretta vera e propria esattamente in ciò, nel valicare, sospinta dalle più variabili pulsioni, il confine semantico. Così, al di là della seppur infinitesimale e sfuggente distinzione tra i termini (che in realtà appare ben chiara), posto che il legislatore li utilizza entrambi<sup>805</sup> e rilevato che in dottrina le figure vengono tra loro sceverate, non potrà onestamente estendersi l'art. 437 c.p. all'ipotesi fattuale di omissione di apparecchi con funzione preventiva di malattie professionali, non essendo quest'ultimo termine sinonimo a quello di infortunio. Non si discute la contiguità semantica né tanto meno l'opportunità di addivenire ad una equiparazione normativa, si contesta il *modus operandi* della giurisprudenza, che ancora una volta ha agito in via supplente al legislatore; a fondare il sospetto di una analogia

<sup>802</sup> MANZINI, op.cit. p.317. Conforme FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.spec. 532

<sup>803</sup> Conforme MARMODORO, *Riv. Pen.* 1984, 932

<sup>804</sup> Concependo l'attività ermeneutica come tracciato circolare.

<sup>805</sup> Distinguendoli chiaramente, D.p.r 1124/1965 Art. 2

mascherata è la stessa profusione di energie nel tentativo di rendere sempre più labile il confine terminologico-semanticamente tra le due figure, fino ad annullarlo del tutto<sup>806</sup>.

In realtà non è condivisibile tale indirizzo, le differenze esistenti tra le tecnopatie e gli infortuni professionali non consistono in leggere sfumature linguistiche, bensì ne ineriscono la struttura. In particolare, la causa violenta e temporalmente concentrata, evento traumatico dagli effetti lesivi immediati, connota l'infortunio ed è pienamente compatibile con la sua definizione<sup>807</sup>. Non si può dire lo stesso in ordine alla malattia professionale, per quanto si voglia elevare il carattere traumatico dell'esposizione ad agenti patogeni (così Carletti), la patologia si connota per una diluizione temporale che separa l'esposizione dall'appalesarsi della patologia<sup>808</sup>.

## V.II.6 Rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro: *l'elemento soggettivo*

La ricognizione degli elementi costituenti la fattispecie incriminatrice prosegue e si conclude con l'analisi dell'elemento soggettivo, ovverosia il dolo. In dottrina ci si è a lungo interrogati sull'opportunità di richiedere il dolo generico, oppure un *quid pluris* in termini di consapevolezza. La dottrina ormai minoritaria ritiene che elemento soggettivo rilevante, sia il dolo generico, dunque la mera volontà di rimuovere od omettere le misure atte a prevenire infortuni o disastri sul luogo di lavoro e di contravvenire dunque ad un

---

<sup>806</sup> ZAGRELBESKY-VAUDANO, *Infortunio*, cit., 93. Gli autori cercano di individuare un evento di portata rilevante, all'inizio o nel corso della patologia, «in modo tale da poter considerare il fatto considerato un infortunio». Contraria rispetto ad una *confusio* terminologica,

<sup>807</sup> Si faccia riferimento all'art. 2 D.p.r. 1124/1956.

<sup>808</sup> Un'altra sostanziale differenza potrebbe ravvisarsi nel carattere "casuale ed imprevedibile" dell'infortunio, ed in quello "normale e prevedibile" della tecnopatia

preciso obbligo giuridico in tal senso. In questi termini si è espresso Manzini<sup>809</sup> escludendo che possa avere rilievo «*il fine di determinare un pericolo o di cagionare un danno all'incolumità pubblica*». Questa interpretazione non richiede quindi elementi ulteriori rispetto a quello volitivo, non è necessaria né una previsione del verificarsi dell'infortunio o disastro a seguito della condotta, né la previsione del semplice pericolo che questi possano avere luogo. Un differente orientamento richiede un *quid pluris* rispetto alla mera *voluntas*, ovvero, la consapevolezza che le misure rimosse od omesse fossero destinate finalisticamente alla prevenzione di infortuni o disastri sul lavoro<sup>810</sup>. Il Nori<sup>811</sup> contraddice questa interpretazione, ritenendo che la destinazione antinfortunistica debba ritenersi obiettiva e non subiettiva, essendo dipendente dalla normativa. La critica dell'autore pare meritevole di condivisione limitatamente all'ipotesi in cui, come affermato dalla Cassazione, ad essere richieste non siano solamente le misure indicate nelle leggi speciali, bensì, anche quelle che in base alle conoscenze del tempo e all'esperienza siano ritenute necessarie. In ordine alle misure tipizzate l'esigere una consapevolezza della destinazione pare una notevole forzatura, proprio perché questa funzione è fissata dal legislatore, dunque dovrebbe desumersi un onere di conoscenza della loro destinazione-funzione in capo al datore di lavoro. Tuttalpiù una consapevolezza quale quella in parola, potrebbe richiedersi (almeno teoricamente) in riferimento alle misure non tipizzate, inutile dire come i confini tra dolo e colpa risulterebbero in questa circostanza alquanto rarefatti. Zagrelbesky<sup>812</sup> individua l'elemento soggettivo nel dolo generico, richiedendo il *quid pluris* della consapevolezza della destinazione, ma escludendo che tale consapevolezza debba estendersi anche al pericolo di infortunio o disastro. Al contrario la Suprema Corte con la Sentenza n. 9815/1995 ha affermato che ai

<sup>809</sup> MANZINI, *op.cit.*, p 318 ss.

<sup>810</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 391 ss. Conformi tra gli altri BATTAGLINI-BRUNO, *v. incolumità pubblica*, 558; Cass. 5 dicembre 1983, in *Mass.Cass.Pen.* 1985, 29 aprile 1981, in *Giust. Pen* 1982, II, 102.

<sup>811</sup> NORI, in *Giust. Pen.* 1955, data la natura obiettiva della destinazione antinfortunistica.

<sup>812</sup> ZAGRELBESKY, *v. Omissione*, 11.

fini della configurabilità del dolo si richiede una cosciente e volontaria omissione delle cautele prescritte, con la consapevolezza del pericolo per l'incolumità delle persone<sup>813</sup>. Altrettanto d'interesse è la Sentenza n. 20370/2006<sup>814</sup>, con cui la Suprema Corte ha così stabilito i requisiti soggettivi dell'art. 437 c.p.: consapevole e volontaria omissione-rimozione di misure, nella consapevolezza della loro destinazione antinfortunistica, fin qui *nihil sub sole novi*, in aggiunta però è richiesta *l'accettazione del conseguente* pericolo; così definito l'elemento soggettivo pare riconducibile alla figura del dolo eventuale. Per concludersi, la giurisprudenza maggioritaria corroborata dalla recente dottrina<sup>815</sup>, è orientata ad intendere il dolo quale volontaria omissione o rimozione accompagnata però dalla consapevolezza della destinazione preventivo-antinfortunistica delle misure oggetto di azione-omissione. Come detto, i dubbi maggiori ineriscono l'ipotesi in cui si tratti di misure tipizzate *ad hoc* nella normativa speciale<sup>816</sup>. Stante l'obbligo giuridico del responsabile di predisporre tali misure, va da sé che si possa presumere ed esigere una conoscenza della loro destinazione-funzione. Qualora si tratti per converso di misure non tipizzate<sup>817</sup>, sarebbe *a fortiori* alquanto difficile esigere ai fini del dolo una conoscenza circa la loro destinazione, rischiando di rendere inapplicabile la fattispecie, o *peior*, assicurarne una incontrollabile estensione.

---

<sup>813</sup> Conforme Cass. pen. Sez. I, 18-01-2006, n. 7337, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2007, 17, 1109

<sup>814</sup> Conforme Cass. pen. Sez. I Sent., 01-04-2008, n. 17214, in *CED Cass.* 2008.

<sup>815</sup> Anche se Saltelli e Florian, già erano indirizzati su tale orientamento.

<sup>816</sup> Il responsabile, è giuridicamente obbligato a predisporre tali misure e dunque a conoscerne le destinazioni, potrebbe darsi per presunta la conoscenza delle stesse.

<sup>817</sup> Si ricordi l'esclusione della tassativa elencazione delle misure preventive, affermata dalla Cass. pen. Sez. IV, 17-01-2008, n. 10812, in *CED Cass.* 2009

### V.II.7 Il caso Enichem-P.Marghera: *infortuni analogicamente intesi*

Passando al profilo giurisprudenziale, si prendano le mosse nuovamente dalla Sentenza del 29 maggio 2002 emessa dal tribunale di Venezia, in merito al caso Enichem di Porto Marghera. Il primo capo d'imputazione formulato dal P.M., è stato, si ricordi, quello di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro ex art. 437 c.p. I profili problematici innervano l'intero apparato accusatorio fino ad inficiarlo dalle fondamenta. La prima critica può muoversi dalla ricomprensione delle malattie insorte a causa dell'esposizione al CVM nella dizione "infortuni", s'è già ripetuto, si tratta di concetti differenti e tra loro non passibili di *confusio*. In particolare l'infortunio sul lavoro viene definito dal Puccini<sup>818</sup> « un avvenimento sfortunato e sfavorevole, improvviso e impreveduto, indipendente dalla volontà di chi lo subisce, anormale rispetto al regolare andamento del lavoro. Propriamente, si tratta di un *evento dannoso avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro*, le cui componenti essenziali sono : la causa violenta (elemento eziologico), l'occasione di lavoro (elemento circostanziale) e il danno all'integrità fisica-psichica del lavoratore (elemento consequenziale)». L'autore all'uopo provvede a rimarcare, già in apertura, una distinzione rispetto alla malattia professionale, nella quale sarebbero assenti i primi due requisiti. Per tecnopatie o malattie professionali si intendono « *quei processi morbosi che derivano da una esposizione prolungata agli effetti nocivi del lavoro*, da qualsiasi causa determinati». Data la pluralità di fattori patogeni, i quadri nosologici possono essere dei più vari. Passiamo ora alla sceverazione delle due figure, seguendo sempre la linea dettata da Puccini: « *La malattia professionale si differenzia dall'infortunio per tre principali caratteri. In primo luogo, essa non è un evento improvviso e impreveduto, ma è legata prevedibilmente al lavoro nocivo ed è evitabile con opportune misure protettive. In secondo luogo, essa è dovuta a una causa lenta, cioè all'azione diluita e reiterata nel tempo della noxa patogena conseguente alla*

---

<sup>818</sup> C.PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, 1984, 704,

*prolungata esposizione al rischio professionale; pertanto, uno stesso fattore morbigeno, per esempio un tossico, darà luogo a una malattia professionale se agisce a dosi frazionate e ripartite nel tempo determinando una intossicazione cronica, mentre darà origine all'infortunio tossico se agisce a dosi massive e concentrate provocando una intossicazione acuta. In terzo luogo, la malattia professionale non è semplicemente occasionata dal lavoro, bensì è legata direttamente al lavoro stesso da un rischio specifico cui è esposto l'operaio nell'esercizio della lavorazione nociva, in stretto rapporto al tempo di applicazione lavorativa e all'ambiente dove si svolge il lavoro pericoloso (rischio ambientale).»*

L'esemplare definizione fornita da Puccini, permette di cogliere il solco che separa la tecnopatia dall'infortunio, gli elementi differenziali ineriscono sia il fattore propriamente eziologico che quello prognostico, finendo poi per riguardare l'aspetto temporale e la maggiore o minore concentrazione nell'ambiente di lavoro del componente causalmente patogeno. Quando qualche battuta sopra si criticava la posizione di Carletti, si voleva censurare particolarmente il riferimento al mero dato quantitativo, essendo questo *ex se* insufficiente e non soddisfacente. Non esiste alcuna distinzione meritevole d'esser considerata tra le teorie c.d. *autonomista-tradizionale-intermedia*, qualora due elementi presentino così puntuali e significative ragioni di dissonanza, non possono che ritenersi estranei, poli dicotomicamente opposti di un magnete. Il primo aspetto degno di critica inerisce quindi la qualificazione del fatto, l'attribuzione a titolo di dolo delle (728) patologie, situate mediante criticabili valutazioni epidemiologiche in un periodo temporale collocato tra il 1969 ed il 2000.

Pare quantomeno dubbia la possibilità di qualificare tali tecnopatie "infortuni", sia in ragione dell'assenza di una causa violenta, che in ragione di una dilatazione temporale significativa tra l'esposizione e il manifestarsi dello stato patologico. Una soluzione possibile sarebbe il valutare il grado di concentrazione delle particelle morbigeno rilevato nel periodo considerato, tuttavia quand'anche lo si

ritenesse eccezionale (in termini generali) ed abnorme soggiungerebbero due ordini di considerazioni tali da impedire la sussunzione: in primo luogo la non eccezionalità del tasso rispetto ai limiti fissati all'epoca dei fatti, in secondo luogo l'assenza di quella che Puccini definisce "intossicazione acuta". Un altro aspetto controverso inerisce l'elemento causale, come noto le patologie tumorali sono multifattoriali, questo comporta l'estrema difficoltà di rendere palese il processo eziologico-causativo che le ha determinate, ciò anche in ragione del *gap* temporale che separa l'esposizione prolungata a sostanze cancerogene e l'appalesarsi della malattia. La critica si rivolge all'abbandono del principio di causalità *strictu sensu*, con relativo maggiore affidamento a leggi statistiche. In questi termini, concordando con quanto sostenuto da Donini<sup>819</sup>, è da ritenersi inammissibile il rinnegare il concetto di causalità in favore del mero aumento del rischio. Le indagini statistiche ed epidemiologiche<sup>820</sup>, come nel caso di specie, qualora prive di una base scientificamente edificata e certa, non possono ritenersi idonee ad individuare il nesso di causalità singolare tra l'evento e la condotta presa in considerazione. In sede penale, stanti i valori costituzionali coinvolti, non è possibile avvallare come soddisfacente un "più probabile che non"<sup>821</sup>; per quanto possa essere inadeguato o utopistico<sup>822</sup> il perseguire una causalità strettamente

---

<sup>819</sup> DONINI, *op.cit.*

<sup>820</sup> VINEIS "la causalità tra diritto e medicina", 1991, in *Cass.Pen.* 2003. «L'attribuzione del rischio a livello individuale comporta la predizione, rivolta al futuro, e l'attribuzione causale rivolta al passato [...] data la natura multifattoriale del cancro, oltre al carattere probabilistico del legame causale, è impossibile- se non in casi eccezionali- attribuire il singolo caso di tumore ad una singola esposizione.»

<sup>821</sup> Così, sebbene consapevoli delle difficoltà discendenti dal rinvenire con certezza l'elemento causativo di date patologie, non si contesta il ricorso a leggi statistiche, si contesta per converso un uso indiscriminato delle stesse, nonché slegato da basi di certezza scientifica.

Così BLAIOTTA, Causalità giuridica, 10, richiede che queste abbiano un *sicuro significato causale*.

<sup>822</sup> Interpretazione fornita dal PM (censurata per altro dalla Corte d'Appello di Venezia) della sentenza Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Dir.Pen.proc.*, 2003, 50.

Le Sezioni Unite nella Sentenza Franzese, per converso, dimostrano di rinsaldare il principio di causalità, rinnegando una deriva probabilistica: «*Ma pretese difficoltà di prova, ad avviso delle SS.UU., non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione "debole" della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell'"aumento del rischio",*

deduttiva e condizionalistica, non è per converso ammissibile giungere ad una deriva probabilistica trasformando la causalità generale<sup>823</sup> in quella singolare-specifica. Le Sezioni Unite con la più volte citata sentenza Franzese, non solo negano criticamente l'opportunità e la possibilità di perseguire un grado di certezza assoluto<sup>824</sup>, ma al contempo rifuggono un giudizio di causalità fondato sulla base di mere elaborazioni probabilistiche. Ciò premesso, potrà dirsi tanto utopistico il perseguire un grado di certezza causale assoluta, quanto erroneo fondare la ricostruzione del nesso eziologico tra eventi sulla base di livelli elevati di probabilità, che, quand'anche dedotti da leggi di tipo universale richiedono una verifica del loro valore eziologico effettivo, in questo modo si consuma il passaggio dalla causalità generale a quella individuale. In sintesi, l'orientamento giurisprudenziale prevalente aderisce in tema di nesso causale alla c.d. "teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche" secondo la quale « un antecedente è condizione necessaria di un evento, se rientra nel novero di quegli antecedenti che, secondo una successione regolare, conforme ad una legge dotata di validità scientifica (c.d. legge generale di copertura) determina il

---

*finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in violazione dei principi di legalità e tassatività della fattispecie e della garanzia di responsabilità per fatto proprio.» Criticabile sul punto è la pronuncia Cass. pen. Sez. IV, 12-07-2012, n. 41184, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2012, 43, 2748, quivi la Suprema Corte, ha ritenuto sufficiente ai fini dell'imputabilità a titolo di colpa del reato di omicidio colposo (connesso ad omissione ex art. 437 c.p.), la mera significativa probabilità, che il conformarsi alla diligenza richiesta avrebbe potuto scongiurare il danno.*

<sup>823</sup> Particolare la posizione di STELLA il quale rilevando come carattere peculiare delle leggi scientifiche sia la natura probabilistica inferisce l'impossibilità di pervenire ad una certezza «deduttiva», posto dunque che la spiegazione scientifica sarebbe sempre una spiegazione statistica sarebbe pretestuosa, secondo l'autore, la tesi di chi esclude che conclusioni fondate su ipotesi statistiche siano inadeguate a fornire una spiegazione causale (accettabile ai fini della responsabilità penale), in *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, I ed., Giuffrè, 1975, p. 311 ss., Inutile dire come la posizione di Stella che definirei di "assolutismo probabilistico" sia stata ben accolta dalla giurisprudenza, stante la possibilità di ricorrere a leggi statistiche aventi un grado relativamente basso di probabilità come "legge di copertura". D'altronde dall'assunto che tutte le leggi scientifiche sono riducibili ad un carattere di mera probabilità discende la possibilità di affermare *de plano* che nessuna legge scientifica assicura certezza, dunque un grado di probabilità pari ad 1. Così risulterebbe non solo illogico, ma parimenti impossibile, esigere un certo susseguirsi dei fattori neppure ricorrendo a leggi di copertura scientifiche. ( si badi l'autore nega un distinguo sul punto tra leggi universali e statistiche).

<sup>824</sup> Solo in pochissimi casi raggiungibile a mezzo di leggi scientifiche universali o statistiche prossime alla certezza.

verificarsi di quegli accadimenti.»<sup>825</sup> Le leggi scientifiche di “copertura” possono essere di due tipologie: “universali” se la verifica dell’evento viene spiegata senza eccezioni in termini di certezza; oppure “statistiche” se spiegano il verificarsi di un dato evento a date condizioni solo in forma di percentuale. Nella seconda categoria rientrano palesemente le indagini epidemiologiche, le quali nulla dicono in ordine al nesso eziologico, limitandosi ad asseverare un eccesso od un difetto nell’insorgenza di date patologie nelle coorti oggetto di esame; da tale considerazione discende che in seguito ad una analisi dei dati offerti da dette indagini, non sarà possibile stabilire con la richiesta certezza il nesso causale, tutt’al più potrà rilevarsi un “curioso” dato statistico. La sentenza Franzese indubbiamente ha rappresentato un punto di svolta per il superamento dell’orientamento giurisprudenziale un tempo prevalente, che tendeva a rilevare una spiegazione causale solo in presenza di una legge statistica o universale di copertura, in grado di assicurare un coefficiente probabilistico pari o vicino a 100<sup>826</sup>. Il punto debole di una siffatta teoria causalistica risiede nell’elevata difficoltà di individuare leggi universali o statistiche tali da assicurare percentuali vicine alla certezza, in questi termini la Sentenza Franzese ha permesso di non rinnegare la necessaria presenza di leggi scientifiche di copertura valorizzando però la c.d. “probabilità logica”<sup>827</sup>. Si ricolleggi il ragionamento sovra-esposto con la formula della *c.s.q.n.*, questa presuppone ontologicamente ai fini dell’ascrivibilità, che la condotta o l’omissione siano la *condicio sine qua non* dell’evento, uno svilimento di tale principio permetterebbe una potenzialmente imprevedibile espansione della responsabilità penale<sup>828</sup>.

<sup>825</sup> Cass. Sez. IV N. 38991/2014 in *CED cassazione* 2010.

<sup>826</sup> Indirizzo rappresentato dalla Sent. Cass. Sez. IV, n.14006/2001 Di Cintio.

<sup>827</sup> “La probabilità statistica” indica in genere in forma percentuale il grado di frequenza con cui ad un dato antecedente segue una determinata conseguenza; la “probabilità logica” premessa la presenza di una legge statistica di copertura indica se nel caso concreto a mezzo di un ragionamento logico induttivo, sia possibile escludere la presenza di fattori causali alternativi idonei a produrre l’evento. Esempio ricostruzione fornita dalla Cass. Sent. n. 30328/2002

<sup>828</sup> Con particolare riferimento alla causalità nei reati omissivi, mi permetto di citare un passo della Sentenza delle Sezioni Unite n.30328/2002 :« a) *Il nesso causale può essere ravvisato quando,*

Ebbene l'elemento che più incuriosisce della pronuncia, è rappresentato dal perfetto rispetto della concezione "condizionalistica" del nesso causale, con un diametrico superamento della totalitaria certezza statistica. Così richiamando la probabilità logica è possibile integrare risultanze statistiche con medio-bassa probabilità (c.d. *frequentista*) garantendo la certezza processuale richiesta, data l'esclusione di fattori causali alternativi alla causazione dell'evento<sup>829</sup>. Si badi infine, anche in presenza di un elevato coefficiente di probabilità statistica si dovrà in concreto indagare l'assenza di cause "alternative"<sup>830</sup>.

Questo preambolo è giustificato dal ricorso nel processo "Porto Marghera", ad argomentazioni epidemiologiche al fine di dimostrare un nesso tra le numerose patologie di tipo oncologico e l'attività dello stabilimento. Ciò che pare contestabile non è di per se il ricorso a dati statistici<sup>831</sup>, quanto piuttosto la

---

*alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - , si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.*

*b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica".*

*c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.»*

<sup>830</sup> Essenziale per assicurare il rispetto del principio di legalità.

<sup>831</sup> Per altro ammessi pacificamente dalle Sezioni Unite Con la citata sentenza n. 30328 del 2002 che così si esprimeva al punto 7 della motivazione:« *Orbene, il modello nomologico può assolvere nel processo penale allo scopo esplicativo della causalità omissiva tanto meglio quanto più è alto il grado di probabilità di cui l'explanans è portatore, ma non è sostenibile che si elevino a schemi di spiegazione del condizionamento necessario solo le leggi scientifiche universali e*

mancanza di un'indagine sulla causalità individuale; non è sufficiente dimostrare la nocività in termini generali di una sostanza per attribuire la singola patologia correlata ad una singola esposizione. La causalità individuale richiede ai fini dell'accertamento una completa analisi di tutti i dati scientifici disponibili e reperibili<sup>832</sup>.

Tornando al caso di specie, le risultanze dei più recenti studi epidemiologici, tra questi Berrino, confermano un'associazione forte tra esposizione a cvm e angiosarcoma epatico, eccessi di rischio nello svolgimento di talune mansioni (autoclavisti e insaccatori dello stabilimento di Porto Marghera) esposte ad elevate concentrazioni per l'epatocarcinoma e per il tumore polmonare, mentre non è stata confermata la connessione tra cvm e le altre patologie contestate dal P.m.<sup>833</sup> nel

---

*quelle statistiche che esprimano un coefficiente probabilistico "prossimo ad 1", cioè alla "certezza", quanto all'efficacia impeditiva della prestazione doverosa e omessa rispetto al singolo evento.*

*Soprattutto in contesti, come quello della medicina biologica e clinica, cui non appartengono per definizione parametri di correlazione dotati di tale valore per la complessa rete degli antecedenti già in fieri, sui quali s'innesta la condotta omissiva del medico, per la dubbia decifrabilità di tutti gli anelli della catena eziopatogenetica dei fenomeni morbosi e, di conseguenza, per le obiettive difficoltà della diagnosi differenziale, che costruisce il nodo nevralgico della criteriologia medico-legale in tema di rapporto di causalità.*

*E' indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (e ancor più da generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità nella fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch'essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento.*

*Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi rilevato con regolarità o in numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l'irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi la "attendibilità" in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile.»*

<sup>832</sup> Sentenza Corte Suprema del Texas «la causalità è generale quando una sostanza è in grado di causare un danno o una condizione particolare in una intera popolazione, mentre la causalità è specifica quando una sostanza ha causato il danno del singolo individuo...» in Cass. Pen. 2003

<sup>833</sup> Posizione criticata nelle conclusioni della sentenza di I grado dal Tribunale di Venezia : « Alla fine della lunga istruttoria dibattimentale il pubblico ministero non ha preso atto delle nuove emergenze che gli venivano anche dagli studi della Agenzia e dalla audizione in giudizio di due

decreto di rinvio a giudizio<sup>834</sup>.

Vennero eziologicamente attribuiti agli imputati: 8 angiosarcomi, 5 epatopatie e 10 sindromi di Raynaud/acrosteliosi<sup>835</sup>.

Giunti a tale punto, si deve indagare il *tempus commissi delicti*, collocabile e collocato dal Collegio negli anni '50-'60, ovverosia quando il livello delle esposizioni era di 500 ppm. Tale valore oggi è ritenuto abbondantemente eccedente il limite ammissibile fissato dalla CEE e recepito con il d.P.R. n.962 del 1982 a 3 ppm. Non ci si stupisca dell'eccedenza, la scoperta di una probabile cancerogenicità del cvm è stata raggiunta nel 1969 grazie agli studi di Viola, tuttavia, la certezza della tossicità è stata raggiunta successivamente, d'un lato grazie agli studi di Maltoni 1970-aprile 1973, dall'altro in seguito al caso Goodrich (1974). Così il 1974 può essere considerato l'anno a partire dal quale scientificamente si è avuta la conoscenza certa di una cancerogenicità del cvm, da qui, lo stesso obbligo giuridico di ridurre la concentrazione di particelle negli ambienti di lavoro<sup>836</sup>. Enichem non rimase inerte, a partire da tale data iniziò un'opera costante e profonda di riduzione delle emissioni, giungendo nei primi mesi del 1975 a circa 3-5 ppm, fino ad assestarsi su valori medi inferiori ad 1 ppm nel Novembre del 1975. I limiti in quegli anni sono stati via via resi più stringenti, basti ricordare che il Ministero della Sanità nel 1974 aveva fissato a 50 ppm il parametro d'esposizione raccomandato, dunque abbondantemente al di sopra di quello presente negli stabilimenti del Petrolchimico (in quel periodo).

Le risultanze fattuali dimostrano un costante adeguamento nelle strutture del Petrolchimico al fine di garantire la salute e l'integrità fisica degli addetti; traslasciando critiche in merito alla possibilità di sussumere le patologie contestate nella definizione di infortuni<sup>837</sup>, procedo ad esplicitare l'illogicità temporale

---

coautori autorevoli (i dott. Simonato e Boffetta) e ha continuato a ritenere tutte le forme tumorali associabili alla esposizione a c v m, limitandosi ad escludere quelle riferibili all'esposizione a dicloroetano ritenuto da IARC non cancerogeno per l'uomo.»

<sup>834</sup> Cirrosi, Neoplasie, Bronchiti, Tumori gastrici, Tumori cerebrali ecc.

<sup>835</sup> Sulla base, anche, di molteplici indagini epidemiologiche. (tra questi Simonato-Boffetta)

<sup>836</sup> Esigibilità non ancora tipizzata in quella data.

<sup>837</sup> La cui esclusione è già stata discussa precedentemente.

dell'ipotesi accusatoria. Il periodo preso quale punto di riferimento dall'accusa sia in ordine all'imputazione per disastro colposo, che a quella per omissione dolosa di cautele, è individuato tra il 1969 ed il 2000. Tuttavia le uniche patologie concretamente riconducibili alle esposizioni da cvm, sono da farsi risalire alle tecniche produttive degli anni '50-'60; ovvero ad un periodo nel quale, data l'assenza di certezza sul carattere cancerogeno del cvm, non erano concretamente esigibili condotte differenti da quelle tenute<sup>838</sup>. Dunque si concluda con favore verso la Sentenza del Tribunale di Venezia, secondo il quale l'assenza di qualunque profilo di colpa ascrivibile agli imputati esclude a maggior ragione il dolo contestato dal P.M.<sup>839</sup>, secondo il Collegio ad escludere vieppiù l'applicabilità dell'art. 437 c.p. ai fatti anteriori al 1973 sarebbe l'assenza dell'elemento oggettivo, non potendosi considerare apparecchi o impianti prevenzionali i dispositivi di protezione individuale e le parti d'impianto (valvole, rubinetti) funzionali al ciclo produttivo. “ In limine si censuri ancora una volta l'equiparazione tra malattie (patologie tumorali) ed infortunio professionale, estensione scaturente da un'operazione ermeneutica censurabile quale *analogia in malam partem* vietata.

La Corte d'Appello di Venezia ha in parte riformato la pronuncia di primo grado in ordine all'imputazione di cui all'art 437 c.2 c.p., in particolare la Corte in merito alle profilo soggettivo ha ritenuto non sussistente il dolo, unico elemento soggettivo rilevante ai fini dell'ascrivibilità del reato in esame, in modo conforme al Collegio; tuttavia riconsiderando il parametro della *prevedibilità*, da riferirsi non al preciso evento/decorso tumorale, bensì ad una astratta potenzialità lesiva

---

<sup>838</sup> Con relativo tasso di concentrazione nell'ambiente, sebbene legale, al di sopra della soglia di rischio (attuale).

<sup>839</sup> Sentenza confermata sul punto dalla Corte d'Appello di Venezia con la Sent. N.600/03. In particolare la Corte, ha ritenuto mancante il requisito soggettivo di cui all'art. 437 c.1 per i fatti antecedenti al 1974 “*Difettano dunque idonei indici rivelatori esterni dai quali dedurre che, non solo conosciuta una situazione di pericolo, e non solo rappresentata la necessità di specifico intervento precauzionale consistente in collocazione di impianti, apparecchi o segnali, vi sia stata poi cosciente volontà da parte di ciascun imputato di omettere un tale intervento*”. Quanto ai fatti successivi al 1974 ha ritenuto mancante anche l'elemento oggettivo, essendosi Enichem attivata a dotare di apposite apparecchiature la struttura.

del cvm per la pubblica incolumità, ha ritenuto la condotta dei vertici Enichem ante-1973 colposa e negligente. La Corte si è discostata dal giudice di I grado anche per ciò che attiene l'elemento oggettivo, ritenendo definibili installazioni e misure di sicurezza anche i dispositivi di protezione individuale e le parti d'impianto (valvole, rubinetti) funzionali al ciclo produttivo, purché aventi una funzione preventiva.

Quanto ai fatti successivi al 1973, non sarebbe rilevabile alcuna negligenza<sup>840</sup>-omissione, ergo mancanza dell'elemento oggettivo-materiale dell'illecito, se non una *mancata installazione degli impianti di aspirazione* fino al 1980; di qui dunque per i fatti anteriori al 1973 assoluzione poiché il "fatto non costituisce reato" per assenza dell'elemento soggettivo, per il periodo 1974-1980 il reato sarebbe da considerarsi prescritto<sup>841</sup>.

---

<sup>840</sup> Così la Corte d'Appello Sent. N.600/03 : «Per il periodo dal 1974 in avanti, divenuta ormai conclamata la cancerogenicità del cvm, la Corte di merito condivide la valutazione del Tribunale che il tema della sicurezza sia stato affrontato adeguatamente (con l'eccezione di cui infra), con interventi che si sono susseguiti nel tempo; interventi che vengono analiticamente descritti, che la Corte ritiene adeguati e conformi alla normativa vigente e che quindi conducono ad escludere, per questo periodo di tempo, anche l'esistenza del fatto materiale addebitato. Per quanto riguarda gli strumenti di protezione individuale si sottolinea che i lavoratori ne erano provvisti, anche se è stata provata trascuratezza (e quindi colpa) nell'osservanza dell'obbligo di imporne ai lavoratori l'utilizzazione.

Dubbi invece permangono, secondo la Corte, per quanto riguarda gli impianti di aspirazione che, solo dal 1980 in avanti, risulterebbero adeguati e funzionanti. Con la conseguenza che, per questa parte dell'imputazione, il reato è stato dichiarato estinto per prescrizione non essendo evidente l'innocenza degli imputati (anche per quanto riguarda l'elemento soggettivo essendo ormai da tempo noti gli effetti cancerogeni del cvm).» Linea confermata dalla Cass. nel terzo grado di giudizio: «E' quindi del tutto logica la considerazione del secondo giudice che ha ricostruito l'addebito nei confronti degli imputati come un'ipotesi di negligenza (e non di errore sull'obbligo di attivarsi come si sostiene nel ricorso della parte civile T.F.) ben potendo, la condotta dei medesimi, essere stata determinata dalla convinzione (colpevole ma non dolosa) della esclusione della pericolosità dell'esposizione e dalla sottovalutazione degli elementi concreti che consentivano di prevedere un possibile effetto cancerogeno del cloruro di vinile. E' pertanto corretto affermare che si tratta di condotta negligente, e quindi colposa, ma non idonea a configurare, pur essendo cosciente e volontaria, un'ipotesi di volontaria omissione consapevole del rischio oncogenico dell'esposizione.»

<sup>841</sup> Sul punto la Cass. con la Sent. N. 4675/2006 :« poiché non risulta da alcuna parte delle sentenze di merito, che in precedenza P.C. abbia lavorato alle dipendenze di Montedison nè che le società ENI ed ANIC, presso le quali ha svolto funzioni dirigenziali o ricoperto cariche sociali, abbiano gestito prima del 1980 gli impianti in questione evidente appare l'estraneità del ricorrente alla condotta contestagli che si riferisce al periodo 1974- 1980.

### V.II.8 Il caso Eternit S.p.a.: *profili introduttivi*

Un altro caso altrettanto noto è quello della Eternit S.p.a., in parte affrontato precedentemente in riferimento al secondo capo d'imputazione, giunti ora in apposita sezione, si procede ad analizzare il primo capo d'accusa inerente l'omissione dolosa di cautele<sup>842</sup> contro gli infortuni sul lavoro. Vale la pena richiamare il periodo nel quale si collocano i fatti, 1966- 2012 (tesi criticabile del PM), nonché i soggetti imputati, Schmydheiny Stephan e Louis De Cartier Marchienne, rispettivamente esponenti del gruppo belga e di quello francese<sup>843</sup> alternatisi al controllo di Eternit S.p.a. nel periodo in analisi. Un elemento differenzia il caso Enichem-Montedison da quello Eternit, il differente grado di conoscenza scientifica rispetto alla nocività/ cancerogenicità della sostanza, pressoché ignoto per quanto concerne il cvm ( nel 1950/1960), noto invece all'epoca dei fatti per quanto riguarda l'asbesto. La letteratura scientifica e la legislazione hanno riconosciuto gli effetti cancerogeni dell'amianto già in epoca risalente, di seguito riporto una tavola esplicativa<sup>844</sup> contenente l'elencazione di alcune malattie professionali connesse con l'esposizione a particelle di asbesto e del relativo anno di riconoscimento da parte dei legislatori nazionali.

---

Con la conseguenza che, in riforma della sentenza impugnata, deve pronunziarsi nei suoi confronti, da parte di questa Corte, sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto.»

<sup>842</sup> In particolare così individuate:

- idonei impianti di aspirazione localizzata;
- idonei sistemi di ventilazione dei locali;
- sistemi di lavorazione dell'amianto a ciclo chiuso, volti a evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione dell'amianto;
- idonei apparecchi personali di protezione;
- organizzati sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro all'interno degli stabilimenti

<sup>843</sup> Parti a loro volta del cartello internazionale dell'amianto.

<sup>844</sup> In forma più ampia, in Eurogip, *Les maladies professionnelles liées à l'amiante en Europe. Une enquête dans 13 pays*, 2006.

Paese	Asbestosi	Cancro del Polmone	Mesotelioma	Placche Pleuriche	Altri Tumori
Germania	1937	1942	1977/1993	1988	Laringe 1997
Belgio	1969	1999	1982	1999	Laringe 1982
Francia	1945	1985	1976	1985	-
Italia	1943	1994	1994	complementare	-
Austria	1955	1955	1976/1977/1990	-	Laringe 1990
Danimarca	1959	1959	1959	Reintrodotte nel 2005	Laringe 1996

Il quadro merita un'analisi, come si evince in Italia già a partire dal 1943<sup>845</sup> viene inclusa l'asbestosi nell'elenco delle malattie professionali coperte da assicurazione obbligatoria. In realtà e come prevedibile, l'intervento del legislatore è stato susseguente a scoperte scientifiche di gran lunga antecedenti; in particolare<sup>846</sup> si può richiamare l'intervento di Luigi Scarpa al Congresso italiano di medicina (1908) in occasione del quale riferiva di una "tubercolosi galoppante" di 30 operai addetti alla lavorazione dell'amianto registrati al Policlinico di Torino, con sospetta connessione con il pulviscolo di asbesto. Passano i decenni ed il sospetto diviene certezza, così nel 1930 il primo volume dell'*Encyclopedie d'hygiène de pathologie et d'assistance sociale* dell'Ufficio Internazionale del Lavoro riporta : « *Oggi che [la tessitura dell'amianto] è molto diffusa, diventa*

<sup>845</sup> L. 455/1943

<sup>846</sup> Come riportato nella ricostruzione storica della Sentenza Eternit di I grado.

*urgente la messa in opera di sistemi di ventilazione. Ogni operazione svolta con l'amianto, a partire dalla sua estrazione, implica un pericolo certo; è per questa ragione che le compagnie assicurative per la vita in Canada e negli Stati Uniti rifiutano di assicurare i lavoratori di amianto».* Una testimonianza questa senza dubbio di rilievo, l'anno successivo gli studi condotti da Merewether e Price portano a rilevare che *«L'inalazione di polvere di amianto per un certo numero di anni ha come effetto lo sviluppo di fibrosi dei polmoni»*, qualificando la fibrosi polmonare quale rischio occupazionale dei lavoratori del settore amiantifero. Gli studiosi accanto a tali conclusioni, aggiungevano alcune raccomandazioni per ridurre il tasso di polveri: *« L'aspirazione, la sostituzione di operazioni meccaniche con il lavoro manuale, la chiusura di macchine e cicli produttivi che producono polveri, la sostituzione di metodiche a secco con altre a umido, l'eliminazione di determinati apparecchi, l'abbandono di alcuni particolari processi (alloggiamenti di sedimentazione), la separazione di processi (specialmente i processi che producono polvere da quelli non polverosi), l'uso di sacchi con buona chiusura per il lavoro interno, l'introduzione di efficienti sistemi di pulizia (specialmente basati sull'aspirazione), lo stoccaggio dell'amianto al di fuori dei luoghi di lavoro.»*

Di grande rilevanza sono gli studi svolti nella Germania nazista intorno agli anni Trenta dal patologo Nordmann, con i quali si rilevava che il 12% dei soggetti che avevano contratto asbestosi morivano a causa di un tumore polmonare, il che destava ulteriori sospetti sul nesso eziologico tra asbesto e patologie cancerose. Continuando l'*excursus*, nel 1950 la canadese Clinique Industrielle de Thethford inviava una missiva ad Ernst Schmidheiny (seconda di uno scambio epistolare) rilevando che : *«Per l'individuo o l'ente pubblico che considera che la presenza della minima fibrosi asbestosica costituisca la "malattia asbestosi", o per coloro che credono che una fibrosi asbestosica anche minima predisponga al cancro polmonare, alla tubercolosi polmonare o alle cardiopatie, è evidente che il problema diventa serio, dato che è facile immaginare che un numero piuttosto cospicuo di operai dell'amianto possa presentare una leggerissima fibrosi*

*amiantosa...sia una tubercolosi polmonare, sia un cancro polmonare, tutte eventualità piuttosto frequenti presso una popolazione di più di 50 anni».*

Pur sollecitando alla calma l'interlocutore, i rappresentanti della clinica rimarcavano l'importanza di adottare congrue misure per abbattere l'emanazione di polveri.

Negli anni seguenti si susseguirono svariati studi<sup>847</sup> atti a rilevare con sempre maggiore certezza la connessione tra l'inalazione di polveri d'amianto e l'elevata

---

<sup>847</sup> 1963- Buchanan espone al Congresso internazionale di medicina del lavoro i risultati di un'indagine dell'ispettorato del lavoro, relativa al periodo 1947/1954, dalla quale risulta un'elevata incidenza di tumori bronchiali, mesotelioma alla pleura, del peritoneo e delle ovaie in lavoratori e lavoratrici esposti ad amianto.

1964- Enrico Vigliani nell'analizzare le cause di morte di 172 lavoratori indennizzati in Piemonte e Lombardia per asbestosi, rileva 15 casi di tumore polmonare e 3 di mesotelioma pleurico. Un'analisi microscopica su campioni provenienti da Torino, Milano e Pavia rivelava un tasso di mortalità di cinque volte maggiore per tumore polmonare nei soggetti affetti da asbestosi rispetto a quelli affetti da silicosi, le indagini evidenziavano anche un eccesso di mortalità per tumore polmonare tra i soggetti affetti da asbestosi.

1965- Wagner dopo approfonditi studi in Sud Africa, parla di straordinarietà del mesotelioma, tumore con elevatissima mortalità, periodo di latenza anche quarantennale e contrazione anche con tassi di esposizione molto bassi. Le sue conclusioni verranno riprese da Selikoff nel 1978 .

1968- Maranzana medico INAIL espone al Convegno sulla patologia da Asbesto" numeri allarmanti circa l'incidenza di asbestosi ed altre neoplasie nei lavoratori esposti ad amianto. Nella stessa occasione Vigliani così si esprime :«[...] tutte le qualità di amianto finora studiate hanno dimostrato proprietà fibrogene, la diversità della loro azione essendo più in ordine quantitativo che qualitativo, ma certi amianti sembrano possedere in grado molto più elevato d'altri, la capacità di produrre tumori polmonari e particolarmente mesoteliomi pleurici; l'amianto più pericoloso a questo riguardo è il cosiddetto amianto blu, o crociolite (...) qual è la situazione attuale? Gli esposti professionalmente all'inalazione di amianto vanno incontro a queste possibilità : asbestosi, cancro polmonare, mesotelioma della pleura (...) il problema dell'associazione dell'asbestosi con il cancro polmonare è risolto in questo senso : l'esistenza di una asbestosi, cioè di una fibrosi polmonare, indubbiamente predispone al cancro polmonare. Ci sono statistiche inglesi veramente impressionanti, secondo le quali nella grande manifattura di amianto di Rochdale quasi il 40% delle persone morte per asbestosi aveva anche un cancro polmonare.» Lo stesso Vigliani completava il suo intervento sottolineando le peculiarità del mesotelioma, patologia rilevato non solo nei soggetti direttamente esposti alle polveri ma anche ai loro prossimi congiunti, ovviamente esposti a minori e più brevi esposizioni.

1969 In Gran Bretagna viene emanato un regolamento contenente precise prescrizioni in materia di lavorazione dell'amianto atte a limitare il grado di esposizione alle polveri.

1973 Ginevra, riunione di esperti sulla sicurezza nell'utilizzo di amianto, ivi si affermò esplicitamente che l'inalazione di polveri di amianto può causare l'insorgenza di mesotelioma. (vi prese parte Lepoutre capo dei servizi medici)

1976- Convegno di Neuss in cui si dà atto che « a partire dagli anni sessanta vengono seguiti con la massima attenzione i lavori scientifici concernenti l'amianto, là dove viene considerato una minaccia per la salute, e viene inoltre mantenuto uno stretto contatto con gli uffici competenti».

1977 la IARC (international Agency for Research on Cancer) sancisce la "sufficiente evidenza" della cancerogenicità dell'amianto.

probabilità di contrarre certe patologie tumorali. Rilevante ai fini della trattazione è il sottolineare come tali ricerche ed i relativi esiti, non fossero “secretati” o di ristretta conoscenza, per esempio si hanno molteplici pubblicazioni su quotidiani<sup>848</sup>, ciò porta a concludere per una conoscenza diretta da parte delle industrie impegnate nella lavorazione di asbesto della pericolosità del materiale e dei rischi cui erano esposti i lavoratori. Le difese degli imputati articolarono in punti (7) alcune obiezioni<sup>849</sup> al fine di dimostrare come le conoscenze scientifiche non fossero ancora consolidate e che le indagini epidemiologiche avessero quale riferimento l’attività estrattiva e di tessitura. L’unico elemento condivisibile è il considerare non ancora “definitive e consolidate” le conoscenze scientifiche del tempo, per converso non pare meritevole d’esser sostenuta la declinazione di responsabilità fondata sull’addotto mancato trasferimento delle conoscenze in ambito industriale.

Che l’asbesto ed in particolare la crocidolite rappresentino una minaccia seria per l’incolumità dei lavoratori e parimenti di chi ne inalò le polveri è dato acquisito ai giorni nostri, tant’è che in Italia è stata vietata la produzione di amianto con la Legge n. 257 del 1992, tuttavia già nei primi anni ’70 era nota la correlazione tra asbesto e patologie che variano dal mesotelioma al tumore polmonare, notorietà non limitata al settore medico scientifico ma estesa alle stesse industrie attive nel settore<sup>850</sup>.

Dai dati riportati è possibile cogliere il *discrimen* tra il caso Enichem e quello

---

<sup>848</sup> Esempio un articolo di D.Lajolo su “L’Unità” in materia di rischi di mesotelioma da amianto per gli stabilimenti Fibronit di Broni ed Eternit di Casale Monferrato.

<sup>850</sup> A sostegno di tale tesi si ricordino la missiva inviata a Selikoff nel 1964 da uno studio legale rappresentante aziende del settore tessitura amianto finalizzata a dissuadere lo studioso dal pronunciarsi in termini dannosi per il loro giro d’affari. Al pari si rammenti la strategia di comunicazione volta a contrastare le voci sempre crescenti di nocività dell’amianto (1971-Asbestos Information Committee- Londra), sintomo che le informazioni erano giunte eccome all’orecchio dei dirigenti. Infine 1976 Ernst Schmidheiny partecipa al convegno di Neuss in cui parla del rischio di contrarre mesotelioma per i lavoratori esposti e ad alte concentrazioni di polveri.

Eternit, nel primo non v'era alcuna a conoscenza consolidata della tossicità del *cvm* (all'epoca dei fatti) al di là degli studi di Viola, nel secondo per converso la cancerogenicità dell'amianto è conosciuta ben prima del 1966 ed è stata definitivamente asserita dalla IARC nel 1977. Tale stato fattuale è fondamentale ai fini della formulazione dei capi d'imputazione, come noto l'art. 437 c.p. esige sotto il profilo soggettivo l'elemento doloso, inteso quale volontà di omettere o rimuovere le misure di prevenzione, consapevolezza della destinazione antinfortunistica e, secondo un recente orientamento conoscenza-previsione del pericolo con correlata accettazione del rischio (dolo eventuale). Data dunque la conoscenza della cancerogenicità dell'asbesto, data la raccomandazione di adottare specifiche misure in tutela dei lavoratori (legislazione inglese) fattori noti già nei primi anni '70, non può che attribuirsi a capo degli imputati, massimi dirigenti Eternit S.p.a., l'obbligo di predisporre congrue misure atte a salvaguardare la salute dei dipendenti. Ad un occhio attento non può sfuggire l'ardita interpretazione fornita dal Tribunale in ossequio ad una consolidata giurisprudenza, ovvero il sussumere patologie quali asbestosi, tumore pleurico, tumore polmonare ecc., nella dizione infortuni. Dunque ancora una volta, valga la pena censurare un'ermeneutica così spregiudicata da ampliare una fattispecie sino a crearne una nuova, pervenendo a sanzionare condotte non previste dalla normativa. Il Tribunale di Torino in data 13 febbraio 2012 riconosceva gli imputati colpevoli per il reato di cui all'art. 437 c.p. in riferimento ad asbestosi, tumore polmonare e mesotelioma pleurico, ritenendo provato<sup>851</sup> il nesso causale tra l'omissione di misure anti-infortunistiche e l'insorgenza delle suddette patologie.<sup>852</sup>

---

<sup>851</sup> Sia dalle numerose indagini scientifiche antecedenti e contemporanee ai fatti, sia dalle risultanze statistiche degli studi epidemiologici.

Quanto agli studi epidemiologici si ricordino: 1) Coorte Casale Monferrato, studi del Ctu Magnani (6/12/2010) eccedenza di 450 morti in più dell'atteso pari al 30% , dato definito "assolutamente particolare". Si annoverano 286 decessi per asbestosi contro 1 atteso; 177 tumori maligni della pleura contro meno di 5 attesi; 69 tumori del peritoneo contro meno di 3 attesi; 286 tumori del polmone contro 128 attesi. (in Sent. Trib. Torino 13 febbraio 2012) 2) Coorte Cavagnolo (studi Magnani) l'unico dato di rilievo statistico è la presenza di 30 morti in più rispetto all'atteso. 3)

### V.II.9 Il caso Eternit S.p.a: *analisi critica*

La critica alla sentenza Eternit (I grado<sup>853</sup>) prende le mosse d'un lato da una applicazione analogica della fattispecie, dimostrata dall'ampliamento inammissibile del termine "infortunio", dall'altro da un quantomeno criticabile impiego delle risultanze statistiche. Quanto al primo aspetto sviluppato sufficientemente poco sopra, ci si limiti a rimarcare una volta in più come il *discrimen* tra patologia ed infortunio non si basi su elementi prettamente semantici bensì strutturali, così da minare qualsivoglia mozione di sinonimia. Una differente soluzione- per quanto motivata attraverso considerazioni giustizialiste, precauzionali o di consenso- non merita accoglimento, fuor di dubbio anche l'insorgenza di patologie professionali a causa della rimozione od omissione di cautele esige copertura, ma ciò non può avvenire certamente a mezzo di un'ermeneutica irrispettosa del principio di legalità. Altro aspetto quantomeno censurabile, è l'impiego spregiudicato delle risultanze statistiche al fine di dimostrare il nesso di causalità individuale tra patologie e condotte omissive/commissive; che si tratti di un malvezzo giurisprudenziale è ormai sufficientemente appurato, tuttavia la prassi non lo rende comunque meritevole di ossequio. Il ruolo della statistica quale base dell'epidemiologia può essere decisivo nell'ambito del diritto penale, decisivo non per ricostruire il nesso causale individuale, almeno non *ex se né sic et simpliciter*, bensì per meglio comprendere le reciproche interazioni tra fattori. Questa funzione, rilevante sì ma

---

Coorte Rubiera (Re), Gli studi del consulente Ferdinando Luberto rilevarono un eccesso di mortalità del 15% (definito ai limite della rilevanza statistica), eccesso di tumori maligni del 23%.  
4) Coorte Bagnoli gli studi hanno evidenziato: 9 casi di tumore del peritoneo con un'eccedenza di circa 15/16 volte il dato atteso, 81 decessi per tumore maligno del polmone rispetto ai 54 attesi, 44 decessi per asbestosi rispetto agli 0.09 attesi.

<sup>852</sup> Il Collegio ha ritenuto quanto all'asbestosi ed al carcinoma polmonare ,sulla base delle risultanze processuali, che fossero patologie dose-dipendenti, ovverosia malattie la cui mortalità aumenta e latenza diminuisce in risposta ad una crescente esposizione ad agenti cancerogeni. Quanto al mesotelioma, i problemi maggiori derivavano dal carattere altamente multifattoriale della patologia e dall'insorgenza anche a seguito di esposizioni di bassa entità, tuttavia, seguendo l'orientamento scientifico maggioritario anch'essa venne definita patologia dose-risposta dipendente dal tasso di esposizione alle fibre di asbesto.

<sup>853</sup>Lo stesso dicasi della sentenza d'appello.

non determinante ai fini dell'imputabilità, può ben inserirsi nell'ottica della c.d. *causalità generale*<sup>854</sup>, al fine di registrare la sussistenza di un incremento più o meno significativo della probabilità di contrarre una data patologia. Dall'analisi dei dati epidemiologici non è mai possibile inferire causalmente in relazione al singolo caso di specie. Che nella coorte di Casale M. vi sia stato un eccesso di patologie asbesto correlate può dirsi "statisticamente evidente" non potrà però di qui giungersi ad asserire che il singolo lavoratore X abbia contratto mesotelioma a causa dell'omissione di cautele dei vertici Eternit. Altrettanto provato scientificamente è che tanto il cvm quanto l'asbesto sono fattori patogeni<sup>855</sup> con effetti di oncogenesi, in questi casi le evidenze statistiche sono particolarmente significative<sup>856</sup>, a queste si accompagnano markers ed altri esami strumentali, nonostante ciò si rimane comunque nell'alveo della causalità generale. L'indagine sulla causalità individuale richiede un *quid pluris*<sup>857</sup>, individuabile nel ricorso ad una attenta indagine tra possibili fattori concausanti, la sola esclusione dei quali permetterebbe di individuare un fattore causale quale *condicio sine qua non*. Questo procedimento di indagine ed esclusione delle possibili cause concorrenti è stato ricompreso dalle Sezioni Unite nella perifrasi "probabilità logica", è bene sottolineare la totale indifferenza della percentuale di ricorrenza statistica offerta dalle legge di copertura (statistica/epidemiologica)<sup>858</sup>, che si tratti di leggi tali da approssimarsi alla certezza (grado 1) o ad una bassa probabilità, in alcun modo è possibile da qui ritenere provato il nesso causale nel caso di specie<sup>859</sup>. Nei casi esaminati, tanto in quello Enichem quanto in quello Eternit ciò che manca non è la comprovata causalità generale, ovvero l'idoneità delle sostanze cvm e amianto ad accelerare il decorso della patologia od a causarla,

---

<sup>854</sup> In merito si ricordi il riferimento alla sent. Franzese 30380/2002. A proposito può essere utile fare riferimento a BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, pp. 9 ss.

<sup>855</sup> DONINI li definisce "Fattori ad altissima probabilità condizionante", in *Il garantismo della "condicio sine qua non"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 941

<sup>856</sup> Il Tribunale di Venezia parla di "associazione forte tra cvm ed angiosarcoma epatico"

<sup>857</sup> Conforme DONINI, in *op.cit.*, p.941

<sup>858</sup> Tant'è che le Sezioni Unite fanno riferimento anche alla c.d. "frequentista".

<sup>859</sup> Poiché come detto potrebbero essere intervenuti altri fattori causanti

manca la prova che le contestate omissioni abbiano determinato le più di mille patologie contestate dall'accusa nei confronti dei dirigenti di Eternit S.p.a. . Tale sentenza finisce per equiparare e confondere il mero rischio con la causa<sup>860</sup>, il più probabile che non, s'è già detto, mal s'attaglia al diritto penale, ancora più evidente è la deviazione dai principi scolpiti dalle Sezioni Unite<sup>861</sup>, mere risultanze statistiche<sup>862</sup> o epidemiologiche non permettono di attribuire a titolo di responsabilità un dato *eventus damni* a taluno<sup>863</sup>. Quello che Stella definisce conflitto tra individuo e gruppo è invero il riflesso del distinguo tra causalità generale ed individuale, tra osservazione statistica e ricostruzione induttiva del nesso causale. L'insufficienza ai fini della causalità individuale dell'epidemiologia è affermata dagli stessi epidemiologi<sup>864</sup> e discende dal concetto stesso di causalità impiegato negli studi (epidemiologici in genere) IARC, intesa quale "idoneità" a produrre un dato evento<sup>865</sup>. È lapalissiano come un'idoneità astratta non significhi causazione concreta in ogni singolo caso

<sup>860</sup> Conforme DONINI, *I reati di pericolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 2013, p. 46 ss.

<sup>861</sup> Sent. N.30328/2002.

<sup>862</sup> Curioso in parola è l'ondivago moto di STELLA, l'autore ha in modo repentino, modificato la propria posizione, prima in *Leggi scientifiche e spiegazione causale* (1975) convintamente favorevole ad una idoneità delle leggi statistiche (anche con coefficienti di certezza non assoluti) quale *puntum* da cui elaborare una spiegazione causale, ora in *Giustizia e modernità*, nega la possibilità di fondare il giudizio di causalità attraverso la sussunzione sotto leggi scientifiche a medio-bassa probabilità.

<sup>863</sup> STELLA sul punto « la causalità generale non consente di collegare i singoli eventi lesivi all'uso o all'esposizione a sostanze tossiche. »

<sup>864</sup> BERRINO, *Candido atteggiamento o denuncia di comportamenti inadeguati?*, in *La medicina del lavoro* 1988, . 167 ss. « Quando si dice che il "tanto per cento" dei tumori è dovuto a cause professionali, il numeratore della proporzione ("casi attesi") non deriva da un censimento di casi provatamente causati da esposizione, bensì dalla differenza tra il numero di casi osservati negli esposti e il numero di casi che ci si sarebbe attesi se l'incidenza negli esposti fosse pari a quella dei non esposti»; per ciò-seguita- «non c'è alcuna possibilità di distinguere, tra i casi esposti, chi non si sarebbe ammalato in assenza di esposizione e chi, invece, si sarebbe ammalato egualmente. Per fare un esempio, in dieci anni di attività del registro-tumori Lombardia, in provincia di Varese siamo venuti a conoscenza di oltre 3.000 casi di cancro del polmone. Circa 2.000 di questi pazienti hanno avuto contatti, nel corso delle loro attività professionali, con una o più sostanze cancerogene per l'apparato respiratorio. Sappiamo, al di là di ogni ragionevole dubbio, che circa 1.000 di questi casi non si sarebbero manifestati in assenza di questi specifici fattori professionali. Ma non sappiamo quali. (...) Naturalmente tutti i nomi sono a disposizione del magistrato, Ma cosa se ne farebbe un magistrato? (...) Tirerebbe a sorte? »

<sup>865</sup> Si pensi al "curioso" caso *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2180, 199 p.2d 1 (1948) in STELLA, *Giustizia e modernità*, p.275 ss., esposto dall'autore quale esempio dell'inaffidabilità delle leggi statistiche quand'anche attestate sul 99%.

vagliato, altrettanto lapalissiano è che basandosi sulle “nude statistiche”<sup>866</sup> la sceverazione sia impossibile a patto di non accettare di sfidare la sorte. Pur non giungendo ad una esclusione assolutistica delle leggi statistiche, né ad una declinazione probabilistica di tutta la scienza, ritengo piuttosto che le indagini epidemiologiche offrano numeri interessanti e di doverosa analisi da parte del Collegio giudicante. Da ciò non discende però una concezione della statistica come chiave di volta dell’arco eziologico del singolo caso ,ma piuttosto come utile “luminico” da cui muovere per restringere od ampliare il novero delle possibili cause, fino ad addivenire a quella necessaria. Di per sé la statistica non prova nulla ed al pari l’epidemiologia, offrono tutt’al più dati sui quali riflettere, dai quali muovere, ma che necessitano indefettibilmente d’esser calati nel caso concreto e da qui sviluppati<sup>867</sup>. La conclusione del processo Eternit S.p.a. si è avuta con la Sentenza della Cassazione emessa il 19 Novembre 2014, con la quale è stata annullata la sentenza d’appello essendo i fatti riferibili all’arco temporale 1966– 1986 . La pronuncia della Suprema Corte<sup>868</sup> ha destato grande clamore e per certi versi riprovazione, non si condanna tanto il moto d’animo popolare, il senso latente d’ingiustizia derivante dalla mancata irrogazione di una pena, si censura per converso la schiera di politicanti dedita al balbettare<sup>869</sup> in modo incerto e zoppicante di diritto. Di certo nel caso Eternit a sconvolgere non è la prescrizione, né tanto meno si auspica una riforma “estensiva” dei termini dell’istituto; ciò che deve sconvolgere è per converso la prassi seguita dalla pubblica accusa: il piegare la *legis dispositio* a proprio piacimento<sup>870</sup> con un’analogica equiparazione tra malattia e infortunio, il reinterprete il concetto di reato permanente ritenendolo

---

<sup>866</sup> Queste secondo STELLA ,*op.cit.*, 280 ss., non provano nulla in relazione al singolo caso.

<sup>867</sup> DONINI, ne *Il garantismo della condicio sine qua non*, in *Riv. Trim. Dir.Pen.Ec.2013*, p.937 cita G.FEDERSPIL, *Spiegazione e causalità in medicina*, in *Scritti per F.Stella*, vol.I, Napoli, 2007, p.556 s. Esempio di come anche una legge statistica a basso coefficiente possa permettere di “guidare” l’interprete nell’individuazione della causa.

<sup>868</sup> Ad ora conosciuta solo a mezzo di articoli di dottrina e reportage giornalistici.

<sup>869</sup> Dal greco *bar-bar*, definizione onomatopeica coniata dagli ellenofoni per schernire le popolazioni straniere, non in grado di parlare in modo fluente la lingua ellenica.

<sup>870</sup> Seguendo invero i moti d’animo della piazza.

ancora in corso, non avvedendosi di come la sola attualità degli effetti dannosi non sia sufficiente per determinare l'attualità/permanenza del reato di cui all'art. 434 c.p. Il vero problema dunque non è da individuarsi nella prescrizione ma nell'interpretazione spregiudicata ed inconsapevole del testo di legge: il processo Eternit non sarebbe neppure dovuto iniziare, i fatti contestati (post. 1976) sono prescritti dal 1988, da riformare non è la prescrizione, pare vera piuttosto l'esigenza di introdurre una norma *ad hoc* per sanzionare ora il disastro ambientale<sup>871</sup>, ora le omissioni-rimozioni di cautele da cui derivino malattie professionali.

#### **V.II.10** Il caso ThyssenKrupp: *un exemplum ermeneuticamente corretto di intendere l'art. 437 c.p.*

Un corretto modo d'intendere l'ambito di applicazione fattuale dell'art. 437 c.p. è offerto dalla Sentenza della Sezioni Unite n. 38343/2014 (sul punto conforme a quelle di I grado e d'appello) inerente il caso ThyssenKrupp A.S.T. S.p.a<sup>872</sup>. La TKAST<sup>873</sup> con sede a Torino è una società controllata dalla holding TKAG, in questo stabilimento hanno luogo solo le fasi a freddo del ciclo produttivo: laminazione, ricottura e decapaggio. Il ciclo prevede il passaggio di questi enormi rotoli di acciaio allo stato grezzo tra i cilindri del laminatoio, di qui ricottura, trattamento termico in forno finalizzato a restituire al metallo le caratteristiche originarie; infine decapaggio tramite immersione in vasche contenenti sostanze acide, al fine di conferire lucentezza e perfezione estetica al prodotto. L'*eventus*

---

<sup>871</sup> Introduzione avvenuta con il D.d.l n.1345 il 19.05.2015

<sup>872</sup> La trattazione sarà breve, volendo essere la Sentenza esemplare per quanto attiene il profilo oggettivo del reato.

<sup>873</sup> ThyssenKrupp acciai speciali Terni.

damni si è verificato nella linea dello stabilimento denominata APL5 dedicata alle fasi di ricottura e decapaggio.<sup>874</sup>

*I rotoli provenienti dalla fase di laminazione giungevano intrisi di olio*

*trattenuto tra le spire e nella apposita carta di separazione (carta interspira).*

*La bobina veniva sistemata su apposita struttura (aspo svolgitore) ed*

*avanzava, srotolandosi, lungo la linea. La lavorazione implicava la*

*collocazione della bobina sul perno dell'aspo, curando che l'asse mediano del*

*rotolo fosse allineato all'asse mediano del perno o mandrino. La centratura*

*era operazione importante e manuale. Dopo che il nastro era stato*

*imboccato, era previsto l'azionamento del pulsante "aspo in centro" che*

*comandava l'allineamento automatico dell'asse dell'aspo medesimo con*

*quello dell'impianto. Apposita lampadina segnalava all'operaio l'avvenuto*

*allineamento. L'operazione aveva il fine di evitare che il nastro, avanzando,*

*sfregasse contro le sponde dell'impianto. Il corretto posizionamento era*

*segnalato da fotocellula. Per assicurare la continuità del ciclo, il tratto iniziale*

*del nuovo nastro da srotolare veniva saldato alla coda del nastro ultimato.*

*La linea aveva un pulpito, cioè una cabina di comando principale al cui*

*interno erano collocati alcuni visori; erano altresì presenti pulsanti di arresto*

*ed emergenza che disattivavano le elettrovalvole e conseguentemente i*

*circuiti elettrici. Sulla linea stessa si trovavano pure diversi pulpitini, cioè*

---

<sup>874</sup> La struttura si sviluppava su due piani, era a forma di omega, alta 9 metri, larga 12 e lunga 200.

*banchi di comando minori. Il primo addetto alla linea stazionava nel pulpito, il collaudatore si trovava nella propria cabina, tre operai erano addetti alla linea, altro operaio era gruista.*

*La notte in cui si verificò l'evento erano in servizio sei operai addetti alla linea e occasionalmente il capoturno Ma.Ro., nonché altro operaio.<sup>875</sup>*

Il decorso eziologico scatenante l'incendio è stato così ricostruito: 1) sfregamento per alcuni minuti del nastro di acciaio in lavorazione contro i bordi dell'impianto (quota + 3 metri); 2) surriscaldamento con scintille; 3) appiccamento delle fiamme su carta ed olio di laminazione che si trovava sul pavimento sotto l'impianto; 4) contatto delle fiamme con un flessibile in gomma, protetto da due reti d'acciaio, contenente olio idraulico ad alta pressione, che cedeva con proiezione dell'olio in aria; 5) deflagrazione della miscela nebulizzata; 6) formazione di una nuvola incandescente di olio nebulizzato (c.d. *flash fire*) che si espanse improvvisamente per un'ampiezza di 12 metri ed investì gli operai che si erano avvicinati all'incendio con estintori a breve gittata. Perirono a causa delle gravissime ustioni sette operai.<sup>876</sup>

*La sentenza spiega che i meccanismi dell'impianto sono azionati da circuiti oleodinamici che presentano numerosi tubi flessibili in gomma, ricoperti da maglie di acciaio. La resistenza dei flessibili al calore è assai limitata e costituisce un punto di vulnerabilità dell'impianto.*

*Vi è sostanziale accordo nel senso che il primo innesco riguardò carta accartocciata vicino al punto di sfregamento tra il nastro ed i bordi*

---

<sup>875</sup> Stralcio della Sentenza SS.UU. n. 38343/2014 in [www.Leggiditalia.it](http://www.Leggiditalia.it)

<sup>876</sup> L'incendio fu domato solo dopo diverse ore grazie all'intervento dei vigili del fuoco.

*dell'impianto. Essa, infiammata, precipitò sul piano sottostante ove si trovavano spezzoni di carta e ristagni di olio che alimentarono l'incendio. Nell'arco di circa 10 minuti l'incendio coinvolse tutta la carta e l'olio esistenti sul pavimento. I lavoratori, avvedutisi dopo alcuni minuti di quanto accadeva, si precipitarono fuori dal pulpito nel quale si trovavano; con gli estintori a mano tentarono di spegnere le fiamme e provarono pure ad utilizzare una manichetta dalla quale tuttavia l'acqua non fuoriusciva. Dalle primissime indagini dopo l'incendio emerse la presenza di cospicui ristagni di olio e carta imbevuta di olio. Tale presenza era dovuta soprattutto al fatto che i rotoli di acciaio, dopo la laminazione, non stazionavano abbastanza a lungo per sgocciolare adeguatamente. Per effetto delle fiamme risultarono collassati 11 flessibili. La lampadina che indicava il corretto centraggio del nastro era bruciata. Quella che segnalava il regolare svolgimento della carta di separazione era mancante. Il telefono del pulpito era rotto. I dispositivi di centraggio automatico non funzionavano adeguatamente, a dimostrazione di una grave carenza di manutenzione. Inoltre gli idranti esistenti nello stabilimento non avevano pressione sufficiente. Emerse un complessivo degrado dell'impianto e la parziale inefficienza degli strumenti di spegnimento, nonostante la pulizia effettuata dopo i fatti e l'intervento di una ditta chiamata per la manutenzione degli*

*estintori. Gli ispettori della Asl riscontrarono ben 116 irregolarità; e costatarono la mancata manutenzione delle attrezzature tra le quali i tubi flessibili, il danneggiamento di parti elettriche, l'accumulo di materiale infiammabile.*

Leggendo la descrizione operata dai giudici, osservando il decorso eziologico e l'analisi dello stato in cui versava l'impianto di Torino, non sembra particolarmente complesso né arduo individuare quale premessa maggiore del sillogismo giudiziale l'art. 437 c.p. c.2 (avvenuta causazione del disastro o infortunio). A tale conclusione addivenne il Tribunale di Torino<sup>877</sup> considerando sussistente non solo un'omissione di cautele, individuata nella mancata adozione di un congruo impianto per lo spegnimento di incendi etc., ma altresì il verificarsi di un incendio (qualificato come disastro) e dell'infortunio ( occorso a 3 lavoratori).<sup>878</sup>

Il nesso causale tra le numerose omissioni<sup>879</sup> ed il verificarsi delle morti e lesioni

---

<sup>877</sup> Punto riformato in seguito dalle Sezioni Unite, che ritennero esclusa la sussistenza dell'aggravante.

<sup>878</sup> Sentenza in parte riformata dalla Corte d'Assise d'Appello di Torino con la Sent. 28 febbraio 2013, la quale ha derubricato le imputazioni per omicidio ed incendio da dolose a colpose.

1. <sup>879</sup> Accumulo incongruo di olio di laminazione ed idraulico e carta interspira;
2. anche a causa dello insufficiente sgocciolamento dei rotoli d'acciaio
3. provenienti dalla laminazione.
4. Mancata rimozione tempestiva della sporcizia.
5. Mancata sostituzione dell'olio idraulico con liquido non facilmente infiammabile.
6. Assenza di estintori a lunga gittata.
7. Inefficienza dell'anello idrico antincendio.
8. Assenza di schermi e di indumenti di protezione per gli addetti.
9. Mancanza di impianto di rilevazione e spegnimento automatico.
10. Mancato tempestivo azionamento del pulsante di emergenza.
11. Inefficienza e farraginosità della procedura di allarme ed emergenza.
12. Concreta inefficienza della procedura di emergenza.
13. Mancata valutazione del rischio flash fire nel Documento di valutazione dei rischi.
14. Mancanza di informazioni ai lavoratori sugli specifici rischi da flash fire; e di istruzioni conseguenti sulla necessità di mettersi subito in salvo in caso di rischio grave.
15. Progressivo scadimento delle condizioni dell'impianto.
16. Carezza di manutenzione e di ispezioni ad essa connesse.
17. Modifica del contratto di pulizia divenuto "a chiamata", con conseguente sporcizia diffusa.
18. Riduzione dei corsi di formazione con loro cessazione nel febbraio 2007.

non pare dubbio, anzi, il decorso eziologico è stato pienamente riconosciuto in tutti e tre i gradi di giudizio; ciò che per converso è andato via via modificandosi è il ritenere o meno sussistente l'aggravante di cui al capoverso dell'art. 437 c.p. Sul punto le Sezioni Unite si sono espresse negando la sussistenza dell'aggravante, non sussistendo l'evitabilità in concreto dell'evento-disastro. Ecco il filo argomentativo seguito dalla Suprema Corte:

*«La copiosa indagine fattuale fornisce elementi di giudizio decisivi, chiari, che sono stati sostanzialmente travisati dal giudice di merito. Come si è già accennato ed emerge dalla stessa formulazione dell'imputazione, la pretesa di realizzare un impianto antincendio automatico quale strumento di risolutiva efficienza secondaria trova la sua origine fattuale nella forte determinazione della casa madre di attuare una lotta radicale agli incendi in tutti gli stabilimenti della holding. Tale piano fu rapidamente avviato; furono stanziare risorse economiche copiose; all'inizio del 2007 si tennero due importanti simposi che coinvolsero tutte le sedi territoriali e consacrarono, attualizzarono il progetto di lotta senza quartiere al fuoco. In tale contesto, nell'ambito del WGS venne costituito un gruppo incaricato delle attività progettuali. All'inizio del 2007 si colloca l'iniziativa dell'ing. Rizzi cui si è fatto già cenno, volta, appunto, a dare concretezza, tra l'altro, agli impianti di rilevazione e spegnimento automatico. Per quel che qui interessa, le operazioni progettuali ed esecutive si svilupparono in modo incalzante nella*

- 
19. Tolleranza sull'assenteismo dei lavoratori ai corsi di formazione, che avvenivano fuori dall'orario di servizio.
  20. Fuoriuscita del personale più esperto e qualificato.
  21. Attribuzione di nuove mansioni a personale non formato.
  22. Prassi di attribuire indiscriminatamente al personale l'intervento sui focolai di incendio che si susseguivano con cadenza quotidiana a causa dell'innesco dei ristagni di olio e carta.
  23. Attribuzione ai capituono della produzione anche della responsabilità dell'emergenza
  24. Mancata attuazione degli accorgimenti basilari antincendio (estintori a lunga gittata, autobotte antincendio) che, invece erano stati attuati tempestivamente a (OMISSIS), in concomitanza con la semplificazione delle procedure prevista dalla holding, in linea con la acquisita strategia di lotta radicale agli incendi.
  25. Parziale inefficienza dei meccanismi di centratura dell'aspo.

*sede di (OMISSIS), conformemente alle indicate direttive. Orbene, è un dato di fatto che, come emerge dalla sentenza impugnata, in (OMISSIS) l'impianto in questione fu ultimato e collaudato a metà del 2009, cioè oltre un anno dopo i drammatici eventi di (OMISSIS). Sulla base di tali concreti, effettuali, altamente significativi elementi comparativi, reali e non astrattamente ipotetici, è agevole agire il controfattuale in chiave puramente logica: ove pure a (OMISSIS) si fosse proceduto con la documentata celerità riscontrata nello stabilimento di (OMISSIS), l'impianto non sarebbe stato certamente ultimato nel dicembre 2007.»*

Pare quantomeno opportuno obiettare come al di là di qualsivoglia dissertazione sul tema del tempo di realizzazione dell'impianto nello stabilimento di Terni, non sembri sufficiente ciò per escludere il nesso causale tra gli eventi di disastro-infortunio e le condotte gravemente omissive poste in essere dai vertici di ThyssenKrupp. L'industria tedesca a partire dai primi mesi del 2007 aveva sì stanziato fondi per un rinnovamento delle strutture, salvo poi dirottarli dall'impianto di Torino a quello di Terni, continuando per giunta la produzione nel primo. A prescindere dalla circostanza temporale relativa ai tempi di costruzione di un impianto di spegnimento automatico degli incendi, ciò che rileva è il non essersi attivati prima mantenendo per giunta in essere la produzione, nonostante la consapevolezza del pericolo cui erano esposti gli operai.

La pronuncia delle Sezioni Unite sembra quantomeno di dubbia ammissibilità per quanto attiene l'esclusione dell'evitabilità, d'altronde la circostanza che l'impianto non potesse essere completato e collaudato entro la notte del 5 dicembre 2007, null'altro dice, se non che vi era un obbligo del tutto ignorato di prevenire il verificarsi dell'incendio predisponendo le necessarie cautele<sup>880</sup>. Evitando di addentrarsi oltre sia in materia di causalità che in materia di dolo

---

<sup>880</sup> Per altro sarebbe possibile avvicinarsi alle argomentazioni della Corte qualora i vertici ThyssenKrupp avessero provveduto ad iniziare i lavori per mettere in sicurezza l'impianto di Torino ma ciò non è avvenuto.

eventuale e colpa cosciente<sup>881</sup>; il caso or ora esaminato deve essere paradigmatico sotto il profilo fattuale: lesioni-infortunio, pericolo per la pubblica incolumità (numero non determinabile a priori di lavoratori coinvolti), omissione di cautele; come è agevole rilevare, sussistono tutti i requisiti di cui all'art. 437 c.p. La chiusa di paragrafo con l'esposizione del caso ThyssenKrupp aveva quale finalità quella di dimostrare il *discrimen* netto tra un infortunio professionale<sup>882</sup> con causa violenta correlata (*flash fire* ed incendio) e dall'altra parte le malattie professionali; la presenza di una causa scatenante temporalmente concentrata, la correlazione stretta senza dilazione tra fenomeno ed infortunio, ostano all'equiparazione con la categoria delle malattie professionali. In caso contrario, l'asserita estensione normativa pare lecitamente definibile analogia *in malam partem*, suffragata per lo più da una presunta similarità, alquanto discutibile, tra malattie ed infortuni, dal vuoto normativo in materia penale, per quanto attiene le malattie professionali, nonché dalle pressioni mediatiche. Così la criticabile sentenza di Cassazione sul caso ThyssenKrupp, almeno limitatamente al profilo oggettivo si pone quale *exemplum*, finendo per rendere ancora più evidente la spaccatura tra un fenomeno patologico ed uno violento.

---

<sup>881</sup> Temi per i quali le sentenze sul caso ThyssenKrupp sono note.

<sup>882</sup> Si ricordi la definizione di PUCCINI, in *Istituzioni di medicina legale*, 1987 « un avvenimento sfortunato e sfavorevole, improvviso e impreveduto, indipendente dalla volontà di chi lo subisce, anormale rispetto al regolare andamento del lavoro. Propriamente, si tratta di un *evento dannoso avvenuto per causa violenta in occasione di lavoro*, le cui componenti essenziali sono : la causa violenta (elemento eziologico), l'occasione di lavoro (elemento circostanziale) e il danno all'integrità-psichica del lavoratore (elemento consequenziale)».





## *Conclusioni*

Le considerazioni finali prendono ovviamente le mosse da una concezione dell'analogia come argomento *logico-retorico* di mera probabilità<sup>883</sup>, un *quid* situato a metà tra l'induzione e la deduzione che permette un accrescimento della conoscenza rispetto al punto X di partenza, senza però fornire un grado di certezza sulle conclusioni<sup>884</sup>. E' indubbio il ruolo integrativo e di sviluppo riconosciuto all'inferenza analogica nel diritto, così se non ci si pone particolari crucci sull'ammissibilità di tale procedimento in tema di diritto civile, per converso maggiori dubbi insorgono in ordine al diritto penale ed eccezionale. I divieti di estensione analogica contenuti negli art. 1 c.p. e 14 prel. circoscrivono l'ambito di operatività dell'analogia al solo diritto comune ed a norme altere rispetto a quelle incriminatrici. Come notato la *ratio* delle prescrizioni risiede da un lato nella concezione del diritto eccezionale come nota dissonante dell'ordinamento, frutto di un'esigenza concreta e peculiare tale da rendere *inopportuna* una qualsivoglia estensione a *presunti casi simili*. Dall'altra parte il divieto di estensione analogica di norme *strictu sensu* penali trova la propria ragione fondante nel principio di riserva di legge ex. Art. 25 Cost. ed 1 c.p.; così è agevole rilevare un carattere non meramente integrativo dell'analogia, bensì più propriamente creativo, in caso contrario non si spiegherebbe il richiamo al principio di riserva di legge. Passando oltre, il diritto penale, dati i beni giuridici coinvolti, diritto di difesa, diritto ad un giusto ed equo processo, libertà personale etc., esige un interprete non solamente ermeneuticamente e tecnicamente ineccepibile, bensì parimenti *onesto*<sup>885</sup>. Ebbene tale onestà deve misurarsi attraverso un'attenta analisi del procedimento di giustificazione del sillogismo giudiziale, in che modo viene individuata ed applicata la premessa maggiore? Ed ancora, è in concreto riferibile

---

<sup>883</sup> Negli stessi termini GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2000.; *contra* BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*.

<sup>884</sup> Valenza probabilistica dell'inferenza analogica.

<sup>885</sup> M.DONINI, *Disposizione e norma*, in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 100 ss.

il caso di specie alla fattispecie-tipo contenuta nella norma<sup>886</sup>? L'opera ricognitiva dell'attività decisoria deve essere attenta, in più non deve tralasciare fattori esterni ma alquanto rilevanti, quali ad esempio l'attenzione ed il clamore destati da taluni casi di cronaca, che *da sempre* e non certo da ora, possono talvolta sospingere le decisioni giudiziali a lidi non propriamente condivisibili. Senza giungere a conclusioni degne di un moderno Beccaria, non si reclama un ritorno al giuspositivismo giuridico ed al più sfrenato letteralismo<sup>887</sup>, d'altronde da una *stricta interpretatio* letterale discenderebbe una pietrificazione dell'ordinamento, dunque le conseguenze potrebbero essere per certi versi ancor più indesiderabili di quelle derivanti da una prassi arbitraria. Per converso si auspica una più attenta prassi giudiziale, attenta all'area di significanza semantica dei termini impiegati dal legislatore, area che non costituisce un insopportabile limite alla creatività dei giudici, quanto piuttosto rappresenta garanzia di tutela, prevedibilità e giustizia per l'imputato. Prescindere dalla lettera e considerarla solo quale odiosa, tediosa e vetusta barriera, significa privare di logica prevedibilità<sup>888</sup> l'azione degli organi giudicanti, rendendo alquanto difficoltoso definire "*giusto*" il processo ed altrettanto arduo organizzare una consona difesa. Partendo dal presupposto della ovvia ed ontologica presenza di lacune nel diritto, connessa con la tendenza a legiferare solo in seguito all'insorgenza di una data esigenza; mentre nel diritto civile non vi sono particolari dubbi sull'ammissibilità del ricorso all'analogia con fini *integrativi*, maggiori sono i dubbi nel diritto penale, per le ragioni suddette. In questa branca le deficienze dell'ordinamento devono trovare ordinario rimedio nell'intervento del legislatore, in quanto, solamente l'organo per eccellenza rappresentativo è costituzionalmente investito del potere di compiere scelte di politica criminale. In questi termini data l'impossibilità e l'inopportunità di costruire le fattispecie incriminatrici in forma rigida ed anelastica, è comunque necessario non fuoriuscire dalla lettera

---

<sup>886</sup> Usata appunto quale premessa maggiore.

<sup>887</sup> Correnti criticate con forza da ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*.

<sup>888</sup> Cfr. Sent. Corte Edu "Scoppola" 2009.

sanzionando condotte non sussumibili nella fattispecie. Dunque l'organo giudicante deve rimanere inerte di fronte alle petizioni di giustizia, assicurando un'interpretazione rispettosa dei principi costituzionali nonché delle regole fondanti l'ermeneutica. È proprio trascendendo la massima area di significanza semantica della disposizione<sup>889</sup> che viene meno l'interpretazione e si fa spazio la normo-poiesi. In questi casi l'analogia cessa di essere uno "strumento" logico ammesso, e finisce per divenire *argomento retorico* finalizzato a giustificare ardite interpretazioni del diritto; ancor più problematico è contrastare tale prassi a causa della tendenza, ovvia per altro, di dissimulare il ricorso all'analogia *travestendola* da mera interpretazione estensiva<sup>890</sup>. Dunque è necessario concludere per una prioritaria ed assoluta preminenza della tutela del principio di legalità e dei suoi corollari, a fronte di un'anche impellente brama di giustizia; ci si dovrebbe chiedere d'altra parte quale giustizia possa mai esservi nel travisare totalmente la disposizione di legge. Quale prevedibilità e rispetto della *littera legis* v'è nell'equiparare gare a trattative private? Quale rispetto del principio di tassatività v'è nell'assimilare infortuni sul lavoro all'insorgenza di patologie amianto correlate? La risposta non è difficile da fornire, non v'è alcuna prevedibilità dell'azione punitiva, alcuna tassatività ed invero alcuna giustizia, od in guisa ossimorica la sicura garanzia di *un'ingiusta giustizia*. Che le misure approntate da Schmidheiny e dai vertici Eternit non fossero adeguate non pare in discussione, ma questa è una valutazione fatta a posteriori ed in raffronto agli attuali standard di sicurezza. Tuttavia ciò che deve essere censurato nelle sentenze dei primi due gradi di giudizio sul caso Eternit S.p.a. ,deve essere d'un lato l'equiparazione ermeneuticamente inammissibile delle malattie asbesto correlate alla dizione *infortuni sul lavoro* ex art. 437 c.p. ; dall'altro l'aver bellamente e colposamente ignorato la decorrenza dei termini di prescrizione. Si potrebbe mai gioire per un siffatto tipo di *giustizia*? Una giustizia giustizialista, una giustizia materiale, una giustizia a tutti i costi, una giustizia imprevedibile, una giustizia di

---

<sup>889</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p.gen.

<sup>890</sup> In questi termini DONINI, *op.cit.*

pancia, una giustizia che rende prigioniera l'ermeneutica asservendola ai propri scopi, tutt'altro che giusti. Il raffronto che presto segue potrà sembrare ardito, tuttavia poco importa, certamente non ho quale obiettivo precipuo l'incontrare ossequio, quanto piuttosto lo sradicare e privare di legittimità una prassi giurisprudenziale becera ed arbitraria, quale quella analizzata in plurime sentenze nella seconda parte del presente elaborato. Il sanzionare malattie insorte negli operai a causa dell'attività lavorativa<sup>891</sup> equiparandole pacificamente ad *infortuni* occasionati sul luogo di lavoro, è non solo scorretto da un punto di vista letteral-interpretativo, ma al contempo è inaccettabile ed irricevibile da un punto di vista medico-legale; così il Puccini<sup>892</sup> nettamente e con fermezza sceverava il fenomeno patologico da quello a concentrazione temporale ed a causa violenta dell'infortunio. Dunque la *confusio* se non dettata da mera ignoranza di tipo medico, deve ricondursi al preciso intento dell'organo giudicante di sanzionare un *quid* di dissimile rispetto a quanto descritto dalla fattispecie, fuoriuscendo così dalla lettera e travalicando immancabilmente la propria funzione istituzionale. Le stesse considerazioni valgono per l'incriminazione del c.d. disastro ambientale, negli ultimi anni la tendenza giurisprudenziale prevalente è stata quella di sussumere questa peculiare figura di disastro nell'art. 434 c.p., sanzionante il c.d. disastro innominato. Questa tendenza si è consolidata approfittando della concezione dell'art. 434 c.p. come clausola di apertura, fattispecie *destinata a colmare ogni lacuna* secondo i lavori preparatori<sup>893</sup>. A fare luce però sul corretto modo di intendere tale disposizione è stata la Corte Costituzionale con la Sent. N.327/2008, con la quale la Corte respingendo la questione di legittimità costituzionale ne rimarcava la sufficiente determinatezza ricorrendo al criterio sistematico; così l'art. 434 c.p. è da ritenersi fattispecie determinata poiché atta a sanzionare disastri *simili* strutturalmente ed

---

<sup>891</sup> Ammesso poi che sia pacifico il nesso eziologico, elemento non sempre così sussistente.

<sup>892</sup> PUCCINI, *Op.cit.*

<sup>893</sup> *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol.V, P.II, 1929, Roma. 224ss.

*omogenei* a quelli tipici preveduti dalle norme con cui condivide il capo. Data dunque l'assoluta disomogeneità tra il *disastro ambientale* e le altre ipotesi tipiche di disastro<sup>894</sup> è da escludersi la sussumibilità del d. ambientale nell'art. 434; in caso contrario si renderebbe la fattispecie indeterminata e quindi incostituzionale, venendo meno ogni possibilità di intendere con chiarezza l'evento di danno da essa preveduto<sup>895</sup>. A suffragio di una differente natura del disastro ambientale si citi il disegno di legge<sup>896</sup> n. 1345/2014 contenente l'introduzione del Titolo VI *bis* "delitti contro l'ambiente" ed il nuovo art. 452<sup>897</sup> *ter* "disastro ambientale"; è evidente che laddove fosse stata pacifica la sussunzione del d. ambientale nell'art. 434 c.p. non si sarebbe reso necessario tale progetto di riforma.

Orbene il sanzionare una condotta poiché lo esigono *la ratio legis*, il *pensiero fondamentale della legge* od *il sentimento popolare* significa riprendere gli stilemi di un filone giurisprudenziale di matrice totalitaria, lo stesso analizzato da Vassalli<sup>898</sup> e Nuvolone<sup>899</sup>. Il paragone è ardito, tuttavia anche nei recenti casi analizzati, come visto, v'è stato un ricorso spregiudicato ad un'ermeneutica incontrollata e totalmente priva di connessione testuale, il tutto influenzato dai mass media e dalle pressanti richieste di giustizia dei famigliari delle vittime. Ebbene in taluni di questi casi è stato salvifico l'intervento della

---

<sup>894</sup> Ad esempio quello ferroviario od aviatorio.

<sup>895</sup> In questi termini il parere di G.M.FLICK, "Parere pro veritate sulla riconducibilità del c.d. *disastro ambientale* all'art. 434. c.p.", in *Mass. Pen.* 2015., p.12 ss.

<sup>896</sup> Approvato il 19.05.2015.

<sup>897</sup> Art. 452 *ter*: "Art. 452-ter. - (Disastro ambientale). – Chiunque, in violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale, o comunque abusivamente, cagiona un disastro ambientale è punito con la reclusione da cinque a quindici anni. Costituisce disastro ambientale l'alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema o l'alterazione la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali, ovvero l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza oggettiva del fatto per l'estensione della compromissione ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo. Quando il disastro è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata."

<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/301808.pdf>

<sup>898</sup> VASSALLI, *La riforma del §2 del StGB*

<sup>899</sup> NUVOLONE, *op.cit.*

Suprema Corte<sup>900</sup>, così nel caso Eternit, in cui l'organo apicale del nostro sistema giurisdizionale una volta riconosciuta l'intervenuta prescrizione, ha ricondotto a misura le corti inferiori .

Si ritiene necessario un ritorno ad un'ermeneutica non di certo esegetica, ma quanto meno conscia del limite che il dettato normativo rappresenta al suo agire e svilupparsi, a maggior ragione nel diritto penale; dunque la peculiarità ermeneutica del diritto penale<sup>901</sup> finisce per identificarsi con un preciso tipo di *ars interpretandi* così strutturabile: a) matrice novativo-evolutiva al fine di assicurare un adeguamento costante dell'*ordo juris* e per evitare un immobilismo degno di una cariatide, il tutto tenendo ben a mente che l'efficacia di una norma discende dal suo trovare applicazione; b) stretta osservanza del vincolo di legge, unico baluardo difensivo contro possibili arbitri giudiziari; c) onestà dell'interprete, il quale procedendo come giudice - non come inquisitore- deve applicare il diritto, svilupparlo, renderlo vivo ed animato, ma giammai (in sede penale) crearlo *ex novo*.

Avremo dunque nel diritto penale un'ermeneutica in costante tensione tra l'innovazione e la dipendenza dal testo<sup>902</sup>, consapevole di come la lettera rappresenti non solo l'oggetto ed il presupposto dell'intendere e sviluppare il diritto, ma anche il suo limite ultimo ed invalicabile<sup>903</sup>. In questi termini Zaccaria-Viola: « *se i confini di una struttura linguistica preesistente segnano comunque il perimetro entro il quale l'interprete è chiamato ad operare, senza mai poterne del tutto fuori uscire, tali confini sono, nel caso del linguaggio penale, da considerare come rafforzati e perciò invalicabili: l'elemento del vincolo linguistico- data la particolare natura del diritto penale- deve prevalere su quello della torsione evolutiva del linguaggio degli enunciati o in altre parole sulla flessibilità della*

---

<sup>900</sup> Si potrebbe compiere un facile parallelismo con l'esperienza germanica ed il ruolo svolto dalla *Reichsgericht*

<sup>901</sup> Sostenuta da DONINI, *op.cit.*, e ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*.

<sup>902</sup> Riprendendo quanto sostenuto da ZACCARIA ne *l'arte ermeneutica*.

<sup>903</sup> ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*.

*norma a fini sociali.»<sup>904</sup> Così il diritto penale è ambito in cui il vincolo alla legge deve definirsi assolutamente *invalicabile*, in caso contrario ad abdicare saranno il principio di legalità e lo stesso stato di diritto, *vulnus* ben maggiore rispetto al frustrare l'*idem sentire* nel singolo caso di specie.*

---

<sup>904</sup> ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*, p.307







**Bibliografia**

- ALBAMONTE A., *La frode nella contrattazione pubblica*, in *Lavori pubblici e legislazione*.
- ALESSANDRI A., “*Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 cod.pen.*”, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1980.
- ALESSANDRI A., V. *Cautele contro disastri o infortuni sul lavoro*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988.
- AMATO G., *Aste, gare pubbliche e appalti di lavori: una tutela penale per la libertà di concorrenza*, in *Enti locali* 1998, n.38, 1998, n.27, 101.
- AMATO G., *La Cassazione amplia la tutela penale ai partecipanti alla gara d'appalto*; in *Cass. Pen.*, 1999, 541.
- ANGELONI G.C., *Il delitto di insolvenza fraudolenta*, Giuffrè, Milano, 1954.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, p.Spec., Giuffrè, Milano, 1997.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, p.Gen., Giuffrè, Milano, 2006.
- APICE-MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ARDIZZONE, “*La fattispecie obbiettiva del crollo colposo di costruzioni*”, in *Riv.it. dir.proc. pen.* 1970, 767.
- ARENDT H., *Le origini del Totalitarismo*, Einaudi, Milano, 1994.
- BATTAGLINI-BRUNO, V. *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Nss.D.I.*, VIII, Torino, 1962, 542,
- BAUDELAIRE C., *Spleen*, in *Les Fleurs du mal*, Einaudi, Milano, 1998.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, Milano, 1950.
- BELLAVISTA G., *L'Interpretazione della legge penale*, Giuffrè, Milano, 1975.
- BENINCASA, “*Liceità e fondamento dell'attività medico chirurgica a scopo terapeutico*”, in *Riv.it. dir. E proc. Pen.*, Milano 1980.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Giuffrè, Milano, 1955.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971.

- BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Vita e pensiero, Milano, 1935.
- BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010.
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.
- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955.
- BRAMBILLA, "Sanzioni ambientali in italia", *Riv Giur.Amb.*, 2008, p.25ss.
- BUSCEMA S. , *I procedimenti dell'attività concorsuale*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, CEDAM, Padova,1987.
- CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, p.Gen., CEDAM, Padova, 2012.
- CANESTRARI-CADOPPI-MANNA-PAPA, *Diritto penale*, p.Spec ,X, UTET, Torino, 2011.
- CARCANO D., *Manuale di diritto penale*, p.spec., Giuffrè, Milano, 2010, p.1109
- CARCATERRA G., V. *Analogia*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1988,
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011.
- CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 1939.
- CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, In *Riv. Dir. Proc. Civ.*, Milano, 1935.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1888.
- C.CASTELLANI, *La tutela della sicurezza del lavoro nel delitto di «rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*, In *Riv.it.dir.e proc. Pen.*,1977., 817.
- D.CASTRONUOVO, M.DONINI, L.FOFFANI, E. FRONZA, GIUS.PIGHI, C.PONGILUPPI, G.SACCHINI, V.VALENTINI. *La riforma dei reati contro la salute pubblica*, CEDAM, Padova, 2007.
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici*, Giuffrè, Milano, 2004.
- CERQUA L.D., "Forniture di beni e servizi, inadempimento di contratti, frode, turbativa di pubblica gara( art. 353-356 c.p.) :problemi di responsabilità penale nell'ambito delle Unità sanitarie locali", in *Giur. Merito*, 1994, p.577.
- CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, S.E.L., Milano, 1900.

- CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M.Stile, Napoli, 1991.
- COPPA-ZUCCARI, *Diritto singolare e diritto territoriale*, Società tipografica modenese, Modena, 1915.
- CORBETTA, S. *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, p.Spec. V.2, I.633, CEDAM, Padova, 2003.
- CORTESE-SOMMAGGIO-VALER, *Atti giudiziari di diritto civile, penale e amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, CEDAM, Milano 2006.
- DI GIOVINE O., *Turbata libertà degli incanti*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA, UTET, 2007 p, 835 ss.
- DI PAOLA N.S. , *Il fallimento percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Torino, 2012.
- DONINI M., *Disposizione e norma*, in *Europeismo Giudiziario e Scienza Penale*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DONINI M., “*Lettura di C.Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: “interpretazione delle leggi”* in *Diritto Penale XXI Secolo*, Bologna 2015.
- DONINI M. , “*Il garantismo della “condicio sine qua non”*”, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, p. 941
- DONINI M., *I reati di pericolo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.* 2013, p. 46 ss.
- DONINI M., “*L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*”, in *Critica del diritto*, 1998.
- DONINI M., “*Alla ricerca di un disegno*”, Giuffrè, Milano, 2003
- ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, (a cura di) Baratta e Giuffrida Rapaci, Milano 1970.
- ERRA C., V. *Disastro*, Enc.Giur. Treccani, Vol. XVI, 1989, 12.
- FIANDACA G.- MUSCO E., *Delitti contro il patrimonio*, in *Diritto Penale*, p. Spec. II, , V ed., Zanichelli, Bologna 2008, p.179.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Delitti di pericolo*, in *Diritto penale*, p. Spec. I, V ed., Zanichelli, Bologna 2008, p.533.

- FIANDACA G.- MUSCO E., *Delitti dei privati contro la p.a.*, in *Diritto Penale*, p. Spec., Vol. 1 p.333, Zanichelli, Bologna 2008
- FIANDACA- MUSCO, *Diritto Penale*, p. Gen, IV ed., Zanichelli, Bologna 2011.
- FLICK G.M., “ *Parere pro veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all’art. 434 c.p.* ” In *Cass. Pen.* 2015, fasc.1. Milano, 2015.
- GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro penale*, 1969, p. 1 ss.
- GARGANI A., *Reati contro l’incolumità pubblica*, in *Trattato di diritto penale*, p. Spec. II, 474 ss., Giuffrè, Milano 2013
- GAROFOLI R., *Diritto Penale*, Nel diritto, Roma, 2010.
- GATTA G.L., *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell’amianto: riflettendo sull’epilogo del caso Eternit*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- GENTILE E., *Il culto del Littorio*, Laterza, Roma.2001.
- GIANFORMAGGIO L., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giuffrè, Torino, 2000.
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, Vol II, Giuffrè, Milano 1988, 825.
- GIANNINI, *L’analogia giuridica*, in *Jus*, fasc. 1, Milano, 1941.
- GIOFFRÈ I., *Nota a Cass. pen., S.U., 9-7-1997*, in *Cass. pen.* 1998 I, p. 421.
- GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale*, p.Gen, Giuffrè, Milano, 2008.
- GIOVAGNOLI, *Diritto penale*, p. Spec., Giuffrè, Milano, 2008, p. 1019 ss.
- GIOVAGNOLI-FRANCINI, *Giurisprudenza penale 2012*, Milano, 2012.
- GIUNTA, *Nota a C.Cost. n327/2008*, in *Giur.Cost.* 2008, p.3543
- GROSSO C.F., “ *Considerazioni sul momento e sul luogo del commesso reato del delitto di truffa* ”, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.
- IORI D., *Trattativa privata e turbata libertà degli incanti*, in *Cass. Pen. Mass. Ann.* 1976, 1105
- MADIA N., *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Jovene, Napoli, 2002, 322 ss.
- MAGLIO M.G., GIANNELLI F., *Sui pretesi rapporti tra la norma dell’art. 641, primo comma. C.p. e quella dell’art 176. Diciassettesimo comma. C.s. alla luce dell’art. 9. L. 24 novembre 1981. N. 689*, in *Riv.Pen.* 1997, 887 ss.

- MANTOVANI F., *Delitti contro il patrimonio, Diritto penale, p.Spec.*, CEDAM, Padova, 2008, p.124 ss.
- MANTOVANI F., V. *Insolvenza Fraudolenta*, in *Disg. D. pen.*, Utet, 1995, vol. IX, 278 ss.
- MANTOVANI, *Manuale di diritto penale, p.Gen.*, CEDAM Padova, 2001.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, in Vol. V, Utet, Torino, 1982, p.288 ss
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, in Vol. VI, Utet, Torino, 1962.
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1987.
- MARINI, V. *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.* Vol XXVIII, Milano, 1978.
- MARINUCCI G., *Punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale.*, in *Riv. It. Dir e proc pen*, 2007.
- MARINUCCI G., V. *Crollo di costruzioni* , in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 410 .
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, p.Gen.*, Giuffrè Milano, 2012.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, I*, Giuffrè Milano, 2001.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale, p.Spec.*, Giuffrè, Milano, 2012.
- MARMODORO, *nota a Sent. Trib Padova 3 nov. 1984*, in *Riv. Pen.* 1984, 932
- MARTINI, *Disastro ambientale*, in *Legislazione Penale*, 2008, p.348 ss.
- MELANDRI E. ,*La linea e il circolo*, Quodlibet, Macerata, 2012.
- MILL J.S., *Sistema di logica deduttiva ed induttiva*, Torino, 1988.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Rizzoli, Milano, 2010.
- MORINIELLO, *La tutela del lavoratore contro le malattie professionali in Italia e nel MEC*, Giuffrè, Milano, 1963.
- MUSACCHIO V., “*La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*”, in *Rivista Penale* 1993, 385 e 536.
- NAPPI A., *Guida al codice penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- NORI A, *L’art. 437 c.p. in relazione agli infortuni sul lavoro*, In *Riv. Giust. Pen.* 1955,II, 901.

- NUVOLONE P., *La riforma del §2 del codice penale germanico*, in *Rivista Italiana di diritto penale*, Milano, 1938.
- NUVOLONE P., *Diritto penale del fallimento*, Milano, 1955 .p416
- PADOVANI T., *Manuale di diritto penale X ed., p. Gen* , Giuffrè, Milano, 2008.
- PADOVANI T. , *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. Dir. Pen .Ec.* 1996
- PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1990, p.187
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979.
- PANNAIN R., *Manuale di diritto penale*, p. Gen., Giuffrè, Torino 1967.
- PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p.226
- PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, Napoli, 1882.
- PETRONCELLI, “*La illiceità penale della violenza sportiva*”, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, Roma, 1929 .
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 279 e ss.
- PUCCINI, *Istituzioni di medicina legale*, Casa editrice Ambrosiana, Bologna, 1984, p.675.
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv trim dir. Proc. Civ.* , Milano, 1950.
- PULITANÒ, *Diritto Penale, p. Spec.*, vol. II. , Giappichelli, Torino, 2011, P.103
- QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale: Art. 10-15*, Roma, 1974.
- RAMACCI-SPANGHER, *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, Milano, 2010.
- RAVÀ, *Istituzioni di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1936.
- RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.* ,1994, p. 155.
- RINALDI R., *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, In *Sulla potestà punitiva dello stato e delle regioni*, Milano, 1994.

- RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 1994.
- ROCCO A., *“Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”*, in *Rivista procedura penale*, vol. I., Milano, 1910.
- ROCCO, *L'oggetto del reato*, Torino, 1913.
- ROCCO A., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol.V, P.II, 1929, Roma., p 224ss
- RODOTA', *Il tempo delle clausole generali*, in *“Rivista critica di diritto privato”*, Napoli, 1987.
- ROEHRSEN- DI CAMMARATA, *La giustizia amministrativa in Italia*, Milano, 1988, 248 e ss
- ROMANO M- G.GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- M.ROMANO-G.GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol IV, Giuffrè,Milano, 2014
- ROSI E., *“Brevi note in tema di “dis-astro” ambientale”*  
*Per una effettiva tutela dell'ambiente è necessaria la sincronia degli strumenti giuridici*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)
- ROSSI R., *Considerazioni sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Giust. Pen.* 1982, II, 436.
- RUGA RIVA C., *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'illegalità diffusa*, in *Il Pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009.
- RUGA RIVA, *Diritto Penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2103.
- RUGGIERO G., V. *Incanti (turbativa ed astensione)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, 1970, 908.
- SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, I, Foro Italiano, Catania 1946.
- SALTELLI, *“L'analogia ed i principi generali del diritto in materia penale”*, in *Annali di diritto e procedura penale*, Torino, 1934.
- SANDULLI A.M., *Scritti Giuridici*, IV, Jovene,Napoli, 1990, 196 e ss.

- SANTACROCE G., “ *Il delitto di turbata libertà degli incanti*”, in *Riv.trim. Appalti*, 1993, 661 e ss.
- SCHLEIERMACHER F. (a cura di) M. MARASSI, *Ermeneutica*, Bompiani, Milano, 2000.
- SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Eri, Milano, 1968.
- SMURAGLIA C., *Diritto penale del lavoro*, in *Enc. Giur. Lav.*, CEDAM, Padova, 2010, cit., 154.
- STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, I ed., Giuffrè, Milano, 1975, p. 311 ss.,
- STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- VASSALLI G., *I limiti del divieto di analogia in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1942.
- VASSALLI G., *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia*, in *Rivista di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 1937.
- VELLUZZI V., *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva : usi ed abusi in diritto penale*, in *Working paper n.5*, Università di Siena, 1996, p.10 ss
- VENTURATI, V. *Frodi negli Incanti*, in *Dig. Disc. Pen.*, Utet, 1992.
- VERGINE A.L., *Il C.d disastro ambientale l'involuzione interpretativa dell'art. 434 cod.pen.*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 534 ss.
- ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione*, CEDAM, Padova, 1990.
- ZACCARIA R.-VALASTRO A -ALBANESI E., *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Giuffrè, Milano, 2013
- ZACCARIA-VIOLA, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Lecce, 1999

## BIBLIOGRAFIA



### Ringraziamenti

Le ultime battute di quest'opera partono da un "grazie" rivolto al mio relatore, il Professor Massimo Donini, che è stato preziosa guida in un mare concettuale quale quello penalistico dai contorni pressoché indefiniti; per me è stato un vero onore poter avere un confronto aperto, un dialogo, ma anche ricevere i moniti (spesso volti a censurare aulicisms eccessivi) da quella che può essere considerata, a ragione, una delle voci più autorevoli della dottrina contemporanea. Rimanendo in ambito accademico trovo doveroso volgere un ricordo alla scomparsa Prof. Alessandra Bignardi, colei che mi ha introdotto al diritto con metodo e disciplina, senza minare le fondamenta classiche della mia formazione. Un ringraziamento va alla mia famiglia, a mio padre Raffaele ed ai suoi sacrifici (Caron' dimonio esige un obolo per compier la tratta), ai suoi silenzi ed ai suoi, parvi invero, complimenti. Un Grazie a mia madre Lorena, forza morale di un Colosso, portafortuna e compagna in molteplici esami, in spregio a sguardi e sorrisi che nulla han capito e che certe nulla capiranno. Un Grazie ad Elisa, mia sorella minore, termine che odio però l'anagrafica è severa, 17 anni da pochi giorni e le spalle di un gigante. Un Grazie a nonno Giorgio, un giovincello di 85 anni con un'energia ed una pazienza notevoli, mi ha spronato dal primo giorno e coadiuvato fino all'ultimo. Un Grazie a nonna Antonietta, mi scuso immensamente per le risposte poco ortodosse pre-esame, difficilmente curiosità ed ansia sono felici consorti, tipica la telefonata ricognitiva appena terminato l'esame, anch'esso un ricordo che resterà sempre con me. Un ringraziamento va ai miei amici, ragazzi spensierati che sovente hanno sopportato le mie divagazioni giuridiche, ebbene meritate una citazione: Martino Le Hung sodale di allenamenti e piacevoli serate, Federico Romani amico d'annata ed a volte dannato (ogni riferimento ad eventuali docce gessate è

puramente casuale), Luca Percannella amico non di vecchia data tuttavia voce fidata.