

Università degli Studi di Torino  
Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA

***Non interpretivismo e nichilismo  
giuridico nell'ordinamento penale italiano***

Candidato:  
Francesco Verna

Relatore:  
Prof. Giorgio Licci

*A.a. 2013/2014*



*Ai miei genitori*

## **CAPITOLO 1**

### *CENNI SULLE TEORIE DELL'INTERPRETAZIONE*

1. Il procedimento interpretativo .....	7
2. I soggetti e i criteri del procedimento interpretativo delle leggi.....	18
3. L'oggetto del procedimento interpretativo: normativismo e realismo giuridico.....	27
4. Scuola analitica e scuola Ermeneutica .....	30
5. Originalismo.....	35
6. Testualismo.....	42
7. Contestualismo.....	45
8. Non-interpretivismo.....	50
9. Nichilismo giuridico.....	52

## **CAPITOLO 2**

### *L'INTERPRETAZIONE NEL SISTEMA PENALE ITALIANO*

1. Principio di Legalità.....	56
2. Principio di Legalità nel diritto vigente in Italia.....	59
3. Sviluppo storico del principio di legalità.....	63
4. I due genotipi della riserva di legge.....	75

5. La riserva di legge nell'ordinamento vigente.....	79
6. Il principio di irretroattività.....	87
7. Il principio di sufficiente determinatezza.....	91
8. L'analogia nella logica e nel diritto.....	98
9. Le Disposizioni sulla legge in generale.....	103
10. L'art.12 delle Disposizioni sulla legge in generale.....	105
11. Segue. I tradizionali criteri interpretativi.....	109
12. La duplice dimensione del procedimento analogico....	118
13. Il divieto di analogia nell'ordinamento penale italiano.....	123
14. Interpretazione estensiva e principio di stretta interpretazione.....	127
15. Formante giudiziale.....	130
16. Il principio di stretta interpretazione e il problema del favor rei.....	140
17. L'art.14 delle Disposizioni sulla legge in generale. Genesi.....	143
18. Il contenuto normativo dell'art.14 delle Disposizioni sulla legge in generale.....	146

### **CAPITOLO 3**

#### *GIURISPRUDENZA*

1. Il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso

i fanciulli.....	154
2. Formante giudiziale in materia di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli.....	163
3. Il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso.....	168
4. Il dilemma del concorso esterno in associazione mafiosa.....	174
5. La legge Merlin. Cenni storici.....	185
6. Il fenomeno prostitutivo e le fattispecie previste dall'art.3 della Legge Merlin.....	188
7. Derive contestualistiche del formante giudiziale in tema di sfruttamento della prostituzione.....	196
8. Molestia o disturbo alle persone.....	201
9. Formante giudiziale in tema di molestie tramite nuove tecnologie.....	203
10.Reati commessi col mezzo della stampa periodica.....	206
11.Formante giudiziale in materia di periodici on-line.....	210
12.Il decreto legislativo 231 del 2001.....	212
13.Sull'applicabilità del D.Lgs. 231/2001 alle imprese individuali.....	220
<i>Bibliografia.....</i>	<i>224</i>



# Capitolo I

## *Cenni sulle teorie dell'interpretazione*

### *1. Il procedimento interpretativo.*

In qualunque momento e in ogni accadimento o atto, da quelli più significativi a quelli di rilevanza secondaria, l'intera esperienza umana è caratterizzata dalla centralità del fenomeno interpretativo inteso in senso ampio come un insieme di operazioni intellettuali di apprendimento, di critica e insieme di selezione e di giudizio, volto a chiarire contenuti espressi nel linguaggio e ad attribuire significati ed enunciati linguistici<sup>1</sup>.

L'interpretazione, nel senso filosofico più generale, è il risalire ad un significato partendo da un segno. La figura dell'interpretazione è alquanto complessa e sfuggente, già a partire dalla sua radice etimologica (i lemmi latini *Inter* e *Pretium*, il secondo dei quali riscontrabile nel sanscrito *pret* o *pres*) che suggerisce un'attività di

---

<sup>1</sup> VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ed ermeneutica del diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1999, 105; VATTIMO G., voce *Interpretazione*, in *Enciclopedia di filosofia*, Garzanti, Milano, 1983, 450.

intermediazione senza chiarire il contenuto del termine medio.<sup>2</sup>

L'espressione latina, a sua volta, traduce il termine greco antico *hermenèia* che ha un significato più specifico, che richiama il compito di Hermes (il messaggero degli dei) di intermediare, di gettare un ponte (il linguaggio, strumento interpretativo per eccellenza) verso il significato.

Platone parla di *hermenèia* riguardo al modo di conoscere le cose: vi sono oggetti che non presentano difficoltà per chi vuole conoscerli al contrario di quelli che si presentano come complessi da conoscere perché «colpiscono il senso con impressioni tra loro opposte». "Impressioni" che egli chiama appunto *interpretazioni* riferendoli agli oggetti che pongono problemi alla conoscenza e non all'attività che svolge l'intelletto per conoscerli, interpretandoli, togliendo le contraddizioni che ne rendono difficile la conoscenza<sup>3</sup>.

Per Platone interpretare sembra quindi voler significare un modo di cogliere la realtà del mondo esteriore<sup>4</sup>. Lo stesso Platone si avvicina al modo moderno di definire l'interpretazione quando usando il verbo *hermenèuein* scrive che i poeti sono in grado di "interpretare" gli dei<sup>5</sup> o quando parla di un'arte "interpretativa" che è quella di coloro che spiegano gli oracoli<sup>6</sup>. Per Aristotele l'*hermenèia* è il linguaggio che "interpreta" i pensieri esprimendoli all'esterno e in questo senso egli usa il termine per intitolare nell'“*Organon*” uno dei trattati dedicati all'interpretazione (*Peri*

2 LICCI G., *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo*, Giappichelli, Torino, 2013, 15.

3 PLATONE, *La Repubblica*, Laterza, Roma, 2007, 523b e sgg.

4 PLATONE, *Teeteto*, Laterza, Roma, 2006, 209a.

5 PLATONE, *Ione*, Bompiani, Milano, 2001, 535a.

6 PLATONE, *Politico*, Laterza, Roma, 1997, 260d.

*hermenèias*). Questo uso tecnico del termine passa nel pensiero medievale di Boezio e San Tommaso, commentatori dell'opera aristotelica<sup>7</sup>. Con San Tommaso il significato aristotelico del termine interpretazione comincia ad accompagnarsi a quello di esegesi, intesa come elucidazione dei significati oscuri di un testo<sup>8</sup>. È soprattutto in questa accezione che il termine passerà nell'uso moderno.

Decisiva, nell'accentuare tale componente del significato della parole, è certamente la lunga elaborazione (l'esegesi) che, nei padri della Chiesa e nel medioevo, si ha intorno al problema dei sensi della Sacra scrittura.

La peculiarità del testo biblico, nel suo proporsi come rivelazione divina in parola umana, determina la singolarità dello statuto epistemologico della stessa esegesi<sup>9</sup>.

Come testo simile ad ogni altro scritto umano, la Bibbia parla attraverso una “distanza” ( dello scritto rispetto alla parola, ma anche la distanza cronologica o culturale) e, come tale, richiede, per essere colta nel suo significato, una dottrina della rivelazione, dell'ispirazione, della canonicità e conseguentemente un'ecclesiologia<sup>10</sup>.

Come “parola di Dio” inoltre, la Bibbia, parla “attraverso i tempi”, per ogni generazione umana: essa perciò richiede di essere interpretata o “tradotta” nel suo senso corrispondente per ogni

7 VATTIMO G., *Interpretazione*, cit., 450

8 SAN TOMMASO, *Summa theologiae*, Edizioni San Paolo, Roma, 1999.

9 ANGELINI I., voce *Esegesi*, in *Enciclopedia di filosofia*, Garzanti, 1983, 263.

10 ANGELINI I., *Op. Ult. Cit.*, 263.

epoca storica.

Il compito dell'esegeta sconfina dunque in quello dell'interprete, l'esegesi a sua volta nell'ermeneutica, qualora si intenda per esegesi la scienza del testo e per ermeneutica l'operazione di interpretarne il senso (ma generalmente i termini ricevono diversa caratterizzazione)<sup>11</sup>.

L'elaborazione esegetica parte dai testi di San Paolo in cui si parla degli eventi dell'Antico testamento come figure<sup>12</sup> e allegorie profetiche dei fatti del Nuovo Testamento<sup>13</sup>.

La riflessione esegetica medievale procederà oltre questo punto, sia estendendo l'interpretazione figurale anche al Nuovo testamento (giacché anch'esso narra fatti che hanno un senso riposto, e cioè la salvezza del genere umano attraverso la Chiesa), sia riconoscendo che si può dare un'interpretazione figurale anche di testi non biblici (come afferma Abelardo)<sup>14</sup>.

Mentre il tema della lettura figurale della Scrittura è vivo in tutti

11 ANGELINI I., *Esegesi*, Cit., 263.

12 ROBILANT (DI) E., *Realtà e figure nella scienza giuridica*, in SCARPELLI U. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, 57 ss. Per il con-figurazionismo di Robilant, la figura è un rapporto tra elementi, tratteggiato astraendo dalla realtà, nel suo primo apparire, aspetti ritenuti rilevanti e conferendo in questo modo ai fenomeni indagati una prospettiva e un significato. La figura è perciò una schematizzazione di alcuni elementi della realtà, rappresentati in maniera abbozzata o simbolica. Le figure della realtà sono pertanto autonome dalla realtà, esse non sono inoltre rassomiglianti alla realtà, quanto invece dotate di forza esplicativa, capacità suggestiva e potenzialità allusiva. La figurazione comporta pertanto l'astrazione e la selezione di aspetti della realtà, alla luce di un filtro teoretico, sicché la figura contiene qualcosa di più della realtà, in quanto è in grado di attribuire un significato alla realtà, e qualcosa di meno della realtà, in quanto costruita in maniera selettiva. Cfr. LICCI G., *Immagine di conoscenza giuridica*, Cedam, Padova, 2011, 65 ss.

13 San Paolo, 1 Corinti 10, 1-11. In questo senso parla di Interpretazione Sant'Agostino, Cfr. *Enarrationes in Psalmos* 89,n.1; 47, n.1; 78, n. 26.

14 ABELARDO P., *Introductio ad Theologiam* (1121), Duchesne, Parigi, 1616, 3 ss.

gli autori medievali, relativamente raro è, in confronto, l'uso del termine “interpretazione” e dei termini connessi; a essi vengono preferiti termini come *intelligentia* (comprensione), *expositio* (spiegazione) e simili<sup>15</sup>.

Il termine “interpretare”, applicato alle Scritture, viene a significare sempre di più “mettere in luce” un senso nascosto: questo significato si accentua ulteriormente nell'età umanistica, a opera di pensatori come Marsilio Ficino e Pico della Mirandola, nei quali la dottrina dei vari sensi della scrittura si complica con l'inserimento di un simbolismo naturale di derivazione neoplatonica e di elementi cabalistici (la *qabbalah* stessa è intesa nel significato di “ricezione” o “tradizione” dunque anche come repertorio interpretativo)<sup>16</sup>.

Attraverso una lettura figurale della Scrittura e l'utilizzazione della *qabbalah*, che è destinata ad aprire gli occhi dei giudei sulla divinità di Gesù, Della Mirandola si propone di realizzare il suo grande progetto di unificazione religiosa del genere umano<sup>17</sup>.

A tale orientamento si opporranno, dal punto di vista di una lettura spirituale e ascetica della Scrittura, Erasmo da Rotterdam e, soprattutto, la riforma protestante, che vede nell'accumularsi di letture figurali della Bibbia una indebita sovrapposizione alla chiarezza della parola di Dio, la quale deve essere accessibile a tutti gli uomini.

---

15 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 450.

16 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 450.

17 DELLA MIRANDOLA P., *Conclusioni filosofiche, cabalistiche e teologiche* (1486), Mimesis, Milano, 1994, 7 ss.

L'età moderna, da parte protestante, ma anche cattolica, si apre sotto il segno della ricerca di un criterio che serva a limitare gli arbitrî dell'interpretazione figurale, giunta ai suoi estremi proprio nella speculazione rinascimentale<sup>18</sup>.

In ambito cattolico, il criterio, con il concilio di Trento, viene ad identificarsi sempre più nettamente con l'autorità della Chiesa; per i protestanti, la chiarezza del senso della Scrittura, deve essere riconosciuta anche attraverso un più accurato studio filologico e storico del testo, guidato solo dallo sforzo di mantenersi fedeli allo “spirito” dei testi sacri.

Il razionalismo seicentesco si inserirà su queste premesse, riservando il lavoro interpretativo a quei testi e passi della Scrittura che non ammettono una comprensione letterale<sup>19</sup>.

Attraverso il rifiuto delle esagerazioni figurali e l'insistenza sul significato letterale e storico dei testi, oltre che attraverso la polemica razionalista, la dottrina dell'interpretazione era pronta a passare dal campo ristretto all'esegesi biblica a ogni tipo di testi: è questo il senso dello sviluppo che l'interpretazione subisce nel Settecento, a opera dapprima di Chladenius<sup>20</sup> e poi, soprattutto, di Schleiermacher<sup>21</sup>.

Interpretazione viene così a significare la comprensione di ogni testo il cui senso non sia immediatamente perspicuo, dal quale ci

---

18 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 450.

19 SPINOZA B., *Tractatus*, in SANGIACOMO A. (a cura di), *Tutte le opere di Spinoza*, Bompiani, Milano, 2010, 500 ss.

20 CHLADENIUS J.M., *Guida alla retta interpretazione di scritti ragionevoli*, Leipzig, 1742

21 SCHLEIERMACHER F.D., *Ermeneutica*, Bompiani, Milano, 2000, 100 ss..

separi, cioè una qualche distanza.

Anche in questo senso più ampio, non più legato ai testi sacri, l'interpretazione ha a che fare dunque con lo svelamento di un senso nascosto, che però appare tale ormai non più perché espressione della trascendente sapienza divina, ma solo per ragioni linguistiche, storiche, psicologiche, culturali<sup>22</sup>.

Anche rispetto a tale senso nascosto, tuttavia, sembra poter valere il precetto espresso da Schleiermacher, ossia “*capire il discorso anzitutto altrettanto bene e poi meglio di quanto lo capisse l'autore stesso*”<sup>23</sup>.

Sebbene le dottrine dell'interpretazione successive non abbiano più formulato esplicitamente tale precetto, si può affermare che il dibattito sull'interpretazione si è svolto intorno al problema che esso poneva, il quale è enunciabile in tali termini: fino a che punto l'interpretazione miri semplicemente a ricostruire il senso dell'autore e fino a che punto essa apporti conoscenze nuove circa i

---

22 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 451.

23 SCHLEIERMACHER F.D, *Op. Ult. Cit.*, 87. Tale affermazione Di Schleiermacher è ripresa da Karl Popper nella sua opera *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf* del 1971 (POPPER K., *La conoscenza oggettiva*, Armando editore, Roma, 2002). L'epistemologia del filosofo austriaco si fonda sulla teoria dei tre mondi: il mondo degli oggetti e degli stati fisici (mondo 1); il mondo degli stati mentali e della coscienza (mondo 2); nel mondo dei contenuti oggettivi di pensiero poetici, artistici e scientifici (mondo 3, che per ammissione esplicita di Popper stesso ha molto in comune con lo Spirito Oggettivo e con lo Spirito Assoluto di Hegel, differenziandosene perché, secondo Popper, si tratta di un prodotto essenzialmente umano). Il mondo delle idee popperiano costituisce un universo autonomo, oggettivo, dotato di un'esistenza propria ed esiste indipendentemente dalla circostanza di essere effettivamente conosciuto (un libro rimane un libro anche se non è mai stato letto, ovvero non è mai stato compreso). Pertanto che un libro (o una teoria) sia conosciuto o capito è un accadimento del tutto fortuito. Popper asserisce che Schrödinger presumibilmente non aveva pienamente inteso l'equazione da lui stesso formulata, prima che tale equazione venisse reinterpretata dall'equazione formulata da Max Born. Cfr. LICCI G., *Immagini*, Cit., 51 ss.

testi, legate ad esempio al quadro storico-culturale che è possibile delineare rispetto a ciascun testo ed a ciascun autore<sup>24</sup>.

Con l'impostazione del problema da parte di Schleiermacher, nel quale il carattere oscuro dei testi, che esige l'interpretazione, è legato alla stessa distanza storica che li separa da noi, l'interpretazione si definisce come sapere storico e, viceversa, tutta la conoscenza storica è posta sotto il segno dell'interpretazione<sup>25</sup>.

Questa identificazione degli ambiti si compie esplicitamente con l'opera di Dilthey<sup>26</sup>, per il quale ogni intendere intenzionale di manifestazioni della vita fissate in maniera durevole è detto interpretazione, ma poiché la vita spirituale trova solamente nella lingua la sua espressione compiuta, l'interpretazione giunge al suo culmine solo in rapporto ai resti dell'esistenza umana contenuti nello scritto<sup>27</sup>. Una volta identificato il prodotto storico per eccellenza nello scritto, l'interpretazione può divenire la forma di conoscenza tipica di tutte le scienze storiche, pur mantenendo il suo costitutivo riferimento ai testi.

Sulla linea aperta da Schleiermacher e da Dilthey si collocano buona parte delle teorie dell'interpretazione elaborate nel Novecento: esse accentuano, di volta in volta, l'uno o l'altro degli elementi che si sono accumulati nella nozione lungo il corso della

---

24 VATTIMO G., *Interpretazione*, cit., 451.

25 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 451.

26 DILTHEY W., *Piano per la prosecuzione della costruzione del mondo storico nelle scienze dello spirito*, In ROSSI P. (a cura di), *Scritti filosofici di Wilhelm Dilthey*, Utet, Torino, 2004.

27 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 452.

Storia<sup>28</sup>.

Così l'aspetto di storicità (per cui richiede interpretazione ciò che è storicamente remoto) e il legame col linguaggio e i testi stanno al centro della nozione di interpretazione data da Heidegger<sup>29</sup>, per il quale l'uomo è “gettato” nel mondo, nel senso che la sua esistenza è già sempre qualificata da una certa precomprensione del mondo che è incarnata nel linguaggio di cui ognuno si trova a disporre; l'interpretazione è allora, secondo Heidegger, l'articolazione della comprensione che ci costituisce come esistenti<sup>30</sup>.

Questa generalizzazione dell'interpretazione, che diviene la dimensione collettiva di tutta l'esistenza, è ripresa e proseguita da Gadamer, che ha proposto una vera e propria ontologia ermeneutica<sup>31</sup>.

Altri aspetti del fenomeno interpretativo sono accentuati nelle altre principali elaborazioni contemporanee: Ricoeur<sup>32</sup> sottolinea in particolar modo il concetto di interpretazione come svelamento di sensi nascosti, in quanto concepisce l'interpretazione come riservata alla comprensione dei simboli (ossia di quei segni che hanno significati equivoci), collegandosi in tal modo anche al senso che il termine ha nel pensiero del fondatore della psicoanalisi<sup>33</sup>.

Dal canto suo, Pareyson<sup>34</sup> definisce l'interpretazione come

---

28 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 452.

29 HEIDEGGER M., *Essere e tempo*, Mondadori, Milano, 2011, 145.

30 HEIDEGGER M., *Op. Ult. Cit.*, 158 ss.

31 GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1972, 31 ss.

32 RICOEUR P., *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Il saggiatore, Milano, 2002, 1 ss.

33 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 452.

34 PAREYSON L., *Esistenza e persona*, Il nuovo melangolo, Genova, 2002, 14 ss.

conoscenza di forme da parte di persone, elaborandone soprattutto i peculiari caratteri di inesauribilità, riprendendo in qualche modo il pensiero dello Schleiermacher sul saperne di più dell'autore stesso<sup>35</sup>.

La generalizzazione del concetto di “*interpretazione*” operata dallo storicismo tardo-ottocentesco e poi da Heidegger non ha toccato in maniera rilevante la cultura anglosassone: qui il termine rimane ristretto a designare la comprensione di discorsi e di testi letterari, e lo studio dei problemi relativi è oggetto della retorica e della teoria della critica<sup>36</sup>.

Questa tradizione anglosassone si caratterizza in generale per una più spiccata preoccupazione metodologica, che trova il criterio direttivo dell'interpretazione nell'attribuire ai testi il senso che gli attribuirebbe l'autore se potesse essere anche lettore dei propri scritti<sup>37</sup>.

Una maggiore consistenza filosofica, sempre nel mondo anglosassone, è stata conferita alla nozione di interpretazione da Peirce<sup>38</sup> che, nella prospettiva di una teoria pragmatistica del segno, fa coincidere l'ambito dell'interpretazione con quello degli effetti “veicolati” dai segni<sup>39</sup>; questi effetti, che Peirce chiama interpretanti, sono di tre generi: emotivi (ossia le reazioni sentimentali a un segno), energetici (ossia gli atti che il segno fa accadere) e logici.

---

35 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 452

36 RICHARDS I.A., *Filosofia della retorica*, Feltrinelli, Milano, 1966, 20 ss.

37 RICHARDS I.A., *Op. Ult. Cit.*, 2 ss; VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 452.

38 PEIRCE C.S., *Scritti scelti*, Utet, Torino, 2008, 418 ss..

39 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 452.

L'interpretante logico può essere identificato con un concetto nella mente di chi riceve un segno, ma il concetto è a sua volta un segno che ha bisogno di un interpretante ulteriore<sup>40</sup>. Anche l'altra definizione, più schiettamente pragmatistica, che intende l'interpretante logico non solo come un concetto, ma come un mutamento negli orientamenti d'azione di chi riceve il segno, comporta un'apertura indefinita sul futuro, che rende difficile darne una descrizione conclusiva<sup>41</sup>.

Sembra quindi che anche Peirce, di là dalle interpretazione comportamentistiche, alquanto riduttive, date al suo pensiero, conservi all'interpretazione un certo carattere di apertura e di infinità<sup>42</sup>.

---

40 VATTIMO G., *Interpretazione*, Cit., 452

41 VATTIMO G., *Op. Ult. Cit.*, 452.

42 Fuori dall'ambito della riflessione sulle scienze storiche e sull'esegesi, e dall'ambito dell'ontologia esistenzialistica e del pragmatismo, il termine "interpretazione" è utilizzato anche dalla logica formale contemporanea: qui esso designa l'operazione con cui, dato un sistema di relazioni formali-puramente sintattico- se ne mostra l'applicabilità a un campo di oggetti, mediante l'elaborazione di apposite regole semantiche e di specifiche condizioni di verità.

## 2. I soggetti e i criteri del procedimento interpretativo delle leggi.

All'interno della categoria dell'interpretazione in generale si colloca, per quel che ci concerne, anche l'interpretazione giuridica. Secondo la nozione classica e tradizionale, l'interpretazione giuridica è l'operazione attraverso cui si attribuisce un significato ad un enunciato normativo<sup>43</sup>. Nella pratica giuridica il termine “norma” viene spesso utilizzato in riferimento sia agli enunciati, ossia alle formulazioni linguistiche testuali, sia ai loro significati<sup>44</sup>. In realtà i due vocaboli vanno tenuti ben distinti poiché assumono significati ben diversi nel linguaggio giuridico. Per quanto concerne la definizione di disposizione, nonostante l'estesa e varia gamma che tale termine può assumere all'interno dell'ordinamento giuridico, si può stabilire che connotato al concetto di disposizione vi è quello di determinazione volontaria.<sup>45</sup> In tale ottica, sembra quindi possibile restringere il concetto di disposizione nell'ambito delle fonti-atto, ossia delle determinazioni di volontà espresse dai soggetti detentori del potere politico. Per disposizione, quindi, come è stato autorevolmente osservato, non si intende la norma formulata, quanto più propriamente la formula istituzionalmente

---

43 MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 2009, 1.

44 CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè Editore, Milano, 1964, 195 ss; GUASTINI R., *Disposizione vs norma*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, I, 3 ss.

45 CRISAFULLI V., *Op. ult. Cit.*, 195.

rivolta a porre e a rivelare la norma.<sup>46</sup> La disposizione è, in altre parole, l'enunciato normativo contenuto nella fonte del diritto che costituisce la base testuale da cui sussumere la norma giuridica attraverso il procedimento interpretativo.

Dunque ipotizzando che i due termini del rapporto ermeneutico siano costituiti dal testo (generale ed astratto) prodotto dal legislatore e dalla problematica (particolare), cui l'interprete deve fornire una risposta adeguata, possiamo considerare come interpretativo il procedimento che, muovendo da uno o più disposizioni normative, pervenga all'individuazione di una norma reale, capace di qualificare giuridicamente vicende o situazioni, mediante un giudizio di conformità tra queste ed un modello normativo.<sup>47</sup>

Secondo i cognitivisti come il Betti e, nella sfera penalistica, il Manzini, nell'ambito giuridico il processo interpretativo non ha una funzione meramente ricognitiva ed esplicativa del pensiero dell'organo o soggetto emittente, ma assolve la fondamentale funzione di sviluppare direttive per l'azione pratica, conservando e rendendo operative all'interno della società norme, precetti e valutazioni normative che sono destinate a regolarne l'efficace funzionamento<sup>48</sup>.

La legge stabilisce pertanto regole obbligatorie di condotta, e l'ordinamento giuridico riconosce ai singoli la garanzia della

---

46 CRISAFULLI V., *Op. ult. Cit.*, 196.

47 LICCI G., *Figure*, Cit., 16.

48 BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 803.

certezza del diritto obiettivo, la quale fallirebbe se le formule legislative potessero esser modificate per effetto di una supposta “volontà” diversa di chi le ha create<sup>49</sup>.

La “volontà” della legge non è altro che la volontà del legislatore considerata non soggettivamente, ma in quanto manifestata con una determinata formula, la quale deve ricevere tutte le applicazioni di cui è suscettibile<sup>50</sup>.

Se la norma giuridica fosse una formula meccanica e se l'energia potenziale, ad essa propria, fosse una forza fisica, per la sua attuazione pratica basterebbe certamente un calcolo materiale, fondato sulla concreta presenza degli elementi per i quali la formula è creata, in modo da ridurre i suoi termini astratti in termini concreti<sup>51</sup>.

Ma poiché la regola di diritto è essenzialmente una manifestazione di volontà, soggetta a tutte le imperfezioni che accompagnano le espressioni volitive complesse ed astratte, e poiché gli elementi che ne formano oggetto non sono soltanto, specialmente nel diritto penale, fatti fisici, ma altresì fatti psichici, così essa esige di volta in volta uno studio particolare, meramente logico, che deve precederne l'applicazione al caso concreto; studio il quale consiste per l'appunto nell'interpretazione<sup>52</sup>, la quale, quantunque possa apparire evidente, è sempre necessaria, giacché la formula che esprime la “volontà” della legge, ha necessariamente

---

49 MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V ed., Utet, Torino, 1982, 308.

50 MANZINI V., *Op. ult. Cit.*, 308.

51 MANZINI V., *Op. ult. Cit.*, 308.

52 MANZINI V., *Op. ult. Cit.*, 308.

carattere generale ed astratto, tale cioè da non potersi adattare ai singoli casi concreti senza previamente precisare il senso e la continenza della norma<sup>53</sup>.

Il fenomeno interpretativo, all'interno del mondo del diritto, attiene al funzionamento stesso delle istituzioni giuridiche e contribuisce in maniera determinata a plasmare l'ordinamento normativo nel suo complesso<sup>54</sup>.

Si possono allora identificare tre diversi soggetti dell'interpretazione ossia: il giudice ( interpretazione giudiziaria), il giurista in senso stretto (interpretazione dottrinale) e infine il legislatore (interpretazione legale)<sup>55</sup>.

La dottrina analizza gli enunciati normativi nel quadro di una più ampia intrapresa scientifica<sup>56</sup> ed è funzionalmente diretta alla mera conoscenza del diritto e solo indirettamente alla sua applicazione. L'interpretazione dottrinale era considerata fonte del diritto prima della codificazione e ancora nell'Ottocento ha goduto di un ruolo preponderante rispetto all'interpretazione giudiziale, che avrebbe dovuto limitarsi ad applicarla.

L'interpretazione giudiziale è direttamente funzionale all'applicazione del diritto a casi specifici, il giudice dunque attualizza e concretizza gli enunciati normativi.

Infine il legislatore nel modificare e riformare il sistema,

---

53 MANZINI V., *Trattato*, Cit., 309.

54 MONATERI P.G., voce “*Interpretazione del diritto*”, in *Digesto delle discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, Torino, 2010, vol. X, 32.

55 BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, 214.

56 LICCI G., *Figure*, Cit.,16.

introducendo nuove disposizioni ed abrogando disposizioni preesistenti, non può muovere da un'interpretazione del diritto vigente.

Le tre dimensioni interpretative non differiscono soltanto per il diverso soggetto che le attua e per il diverso scopo a cui mirano, ma anche per le diverse condizioni e qualità in cui versa l'interprete. La dottrina infatti è storicamente più sensibile alle fonti indirette: non di rado infatti alcuni prestiti provenienti dal mondo tedesco<sup>57</sup> e penetrati nella legge italiana vengono interpretati dalla dottrina alla luce di modelli tedeschi; il prestigio di cui gode la letteratura tedesca nella dottrina italiana introduce elementi che distorcono l'interpretazione dottrinale degli enunciati normativi<sup>58</sup>.

Anche l'interpretazione legale presenta a sua volta una serie di criticità. Infatti il legislatore, nel formulare una disposizione legislativa, può muoversi ritenendo che essa, una volta inserita nell'ordinamento, lo modificherà in una certa direzione, producendo determinati effetti. Tuttavia assai frequentemente la presupposizione formulata dal legislatore risulta errata.<sup>59</sup>

Da ultimo ci soffermiamo su quelle che sono le caratteristiche (forse meglio definibile come criticità) della recente interpretazione giurisprudenziale, la quale è foriera di errori giudiziari dettati da un certo spirito di conservazione dettato dal rispetto per il precedente giudiziario, che talora sconfinava in un vero e proprio acritico ossequio alla prassi o da episodi di protagonismo

---

<sup>57</sup> LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, Torino, 2006, 234.

<sup>58</sup> LICCI G., *Figure*, Cit., 15.

<sup>59</sup> LICCI G., *Op. ult. Cit.*, 17.

dovuti ad una crescente sensibilità nei confronti delle suggestioni ambientali e delle aspettative della collettività<sup>60</sup>.

Inoltre si discute sulla possibilità che il giudice svolga un'attività politica per mezzo delle sue decisioni, da un lato taluni sostengono che il giudice debba essere “politicamente neutrale”, dunque applicare la legge quale essa sia, senza tenere in conto alcuna ideologia politica, secondo una prospettiva tipicamente liberale; d'altra parte si afferma che operando in tal modo, il giudice fa ugualmente una “scelta politica”, e precisamente adotta una politica conservatrice, propugnando invece la legittimità di contrapporre ad essa e far prevalere una politica, riformatrice o rivoluzionaria, secondo una prospettiva socialista<sup>61</sup>.

Tuttavia il giudice che si assume il compito di riformare l'intera società per mezzo delle sue pronunce, si carica sulle spalle un onere che non gli compete e responsabilità che non gli spettano, poiché l'esercizio di un indirizzo politico aggiunge nuove difficoltà a quelle, invero non trascurabili, di applicare le leggi vigenti, degrada il giudice da artefice del giusto a mestierante del possibile, esponendolo a più facili critiche da parte dei cittadini e attira la sfiducia di questi sull'intera giustizia<sup>62</sup>. Inoltre, sotto un profilo

60 LICCI G., *Op. ult. Cit.*, 18.

61 MALINVERNI A., *Giudice, Politica e Interpretazione*, in *Convegno di studio su Giudice e Politica*, Fondazione cini, Venezia, 1977, 3. La tesi di fare politica mediante le sentenze è stata portata avanti soprattutto dai fedeli dell'ideologia marxista, al contrario la tesi che vede nel giudice la voce parlante della legge ha trovato consenso nei suoi avversari, e poiché una non piccola parte delle leggi in vigore, ed essenzialmente i codici, sono stati emanati nel ventennio infausto del regime fascista, è apparso naturale tacciare i sostenitori dell'apoliticità del giudice quali nostalgici del regime, invece di riconoscere la matrice liberale e garantistica di coloro che sostenevano l'apoliticità del giudice.

62 MALINVERNI A., *Giudice*, 5.

costituzionale, il giudice che assume un indirizzo politico particolare e lo fa valere mediante le sue decisioni, diviene un organo anomalo del sistema; egli infatti svolge attività di indirizzo politico, senza alcuna legittimazione e non rispondendone né verso i poteri politici dello Stato, né verso i cittadini che non possono, col mezzo del voto, fargli pagare i suoi errori<sup>63</sup>.

L'indirizzo politico fondamentale, nel nostro sistema, è fissato dalla Costituzione, modificabile soltanto da maggioranze parlamentari, detto indirizzo è caratterizzato dalla determinazione dei valori preminenti e dalle garanzie poste alla loro salvaguardia e perseguimento<sup>64</sup>.

Le cause che hanno permesso ed in qualche modo amplificato, nel nostro Paese, tali atteggiamenti del formante giudiziale sono rinvenibili nell'inettitudine della classe politica, nella fragilità del sistema istituzionale e nelle tre grandi emergenze della politica italiana (mafia, corruzione e terrorismo). Tali tre fattori hanno fatto sì che la magistratura si addossasse molte responsabilità del potere esecutivo e legislativo<sup>65</sup>.

Sono stati i procuratori e i giudici che hanno subito per primi gli attacchi dell'illegalità politica e criminale, hanno combattuto con le armi della loro funzione, cercando di rafforzare sempre più gli strumenti del loro lavoro.

L'esercizio di tali responsabilità li ha resi famosi, la popolarità ha

63 MALINVERNI A., *Op. Ult. Cit.*, 6

64 MALINVERNI A., *Op. Ult. Cit.*, 6.

65 ROMANO S., "La questione giustizia", in *Storia d'Italia dal risorgimento ai nostri giorni*, Tea-Longanesi, Milano, 2014, 368.

esaltato in essi il sentimento di una missione nazionale; questo sentimento li ha convinti ad assumere in parecchie situazioni il ruolo del tribuno della plebe o del *defensor populi*, inoltre il fatto che molti di essi abbiano studiato negli anni della contestazione studentesca e siano divenuti magistrati in un periodo in cui l'ideologia dominante voleva che ogni funzione sociale, pubblica o privata, fosse inevitabilmente “politica” ha amplificato tali sentimenti<sup>66</sup>.

Se la vecchia burocrazia e la vecchia magistratura erano state, nell'ideologia di tali giudici, strumenti del potere moderato, loro sarebbero diventati gli strumenti di “rinnovamento” politico e morale del Paese, mai come in questa generazione il confine tra neutralità tecnica e impegno politico si è andato affievolendo, sino a divenire pressoché inesistente<sup>67</sup>.

Dopo tale breve parentesi, possiamo concludere affermando che ci troviamo oggi di fronte ad una smisurata letteratura<sup>68</sup>, che invece

66 ROMANO S., *La questione giustizia*, Cit., 368

67 ROMANO S., *Op. Ult. Cit.*, 368. Come nota giustamente l'Autore, non è un caso che molti procuratori e giudici abbiano deciso di passare dalla magistratura alla politica e che il nostro Paese, fra le maggiori democrazie occidentali, sia quella in cui è particolarmente alto in Parlamento il numero di deputati e senatori provenienti dall'ordine giudiziario.

68 ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998; ASCOLI M., *La interpretazione delle leggi: saggio di filosofia del diritto*, Athenaeum, Roma, 1928; AUSTIN J., *Come fare cose con le parole*, Marietti 1820, Genova, 2008; BARCELLONA M., *Diritto, sistema e senso: lineamenti di una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996; BELVEDERE G., *I poteri semiotici del legislatore*, in GIANFORMAGGIO L.-JORI M., *Scritti in onore di Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1998, 87 ss; BETTI E., *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1990, Vol. II; BIANCA M., *L'interpretazione e fedeltà alla norma*, in AA.VV., *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, Giuffrè, Milano, 1978; BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; DEGNI F., *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli, 1909; DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento*, Società editrice Libreria, Milano, 1910; DWORKIN R.,

di portare un po' di luce nel delicato campo dell'interpretazione, guadagna al contrario in oscurità e astrazione, presentandoci un quadro straordinariamente confuso, una sempre più marcata evasività, ambiguità e, complessivamente, inconcludenza<sup>69</sup>.

Se si vuole ammettere che l'interpretazione costituisce la funzione essenziale della scienza del diritto<sup>70</sup>, nessun'altra scienza appare altrettanto problematica come questa, poiché tutto è problematico nel campo dell'interpretazione: la natura dell'attività interpretativa, i

---

*Questioni di principio*, Il saggiatore, Milano, 1990; ENGISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Winter, Heidelberg, 1960; ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Jovene, Napoli, 1983; FERRARIS M., *Che cos'è l'ermeneutica*, in AA.VV., *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988; GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria dell'interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1939; GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941; ID., *I precedenti storici dell'art.12 delle disposizioni preliminari del c.c 1942*, In *Foro it.*, 1969, V, 131 ss; Guastini R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars interpretandi*, Carocci editore, Roma, 1997; HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996; KENNEDY D., *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998; Lombardi Vallauri L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975; LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990, MATTEI U., *Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998; MONATERI P., *Correct our watches by the public Clokes. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998 ; ID., *Interpretare la legge*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, 532 ss; ID., *All of this and so much more. Intento originiale, antagonismo e non interpretivismo*, in *Ars interpretandi*, Carocci editore, Roma, 1998; NERHOT P., *Law, writing, meaning: an essay in legal hermeneutics*, Edinburgh University Press, Edinburg, 1992; ID., *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, Cedam padova, 1998; SACCO R., *il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli, torino, 2003; ID., *Interpretazione del diritto. Dato soggettivo e spirito dell'interprete*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998; ID., *Le fonti del diritto italiano-2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco*, Utet, Torino, 1999; ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H.G. Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.

69 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in SCIALOJA A.-BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1974, 194.

70 DEGNI F., *Interpretazione*, Cit, 1.

suoi caratteri di assolutezza o relatività e , ammessa quest'ultima, comprendere di quale relatività si tratta. Il suo oggetto, il suo scopo, la sua portata, la sua funzione, creatrice o meno ( e in qual senso creatrice) e così via di seguito<sup>71</sup>. La problematicità della scienza del diritto si riflette dunque, in tutto e per tutto, nella teoria dell'interpretazione, che ne subisce la varietà infinita delle vicende<sup>72</sup>.

### *3.L'oggetto del procedimento interpretativo: normativismo e realismo giuridico.*

Il procedimento interpretativo non dipende soltanto dai soggetti preposti all'attività ermeneutica, ma anche dal differente modo di approcciarsi alle fonti da parte della filosofia del diritto e in particolar modo dalle due principali correnti di pensiero del positivismo giuridico: il realismo giuridico di stampo scandinavo e anglosassone e il normativismo<sup>73</sup>.

Il realismo giuridico è un insieme di concezioni del diritto diverse tra loro, ma unite dal fatto di attribuire rilevanza all'effettività operativa e alla sua applicazione da parte dei giudici. Il realismo

---

71 QUADRI R., *Op. Ult. Cit.*, 194.

72 QUADRI R., *Interpretazione*, Cit., 195.

73 LICCI G., *Figure*, Cit., 18; BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, Cit., 16-29.

offre dunque una teoria non già formalistica, ma fattualistica della validità del diritto. Secondo i suoi rappresentanti è valida la norma sorretta dalla pressioni psicosociologica dell'intero ordinamento giuridico; sicché il punto focale del realismo giuridico non è la norma, che regredisce a semplice materiale preparatorio<sup>74</sup>; bensì la pronuncia giudiziale, tanto che i giusrealisti (particolarmente coloro appartengono alla corrente anglosassone) parlano di *Common law* come diritto “fatto” dai giudici (*Judge-made law*)<sup>75</sup>. L'interpretazione-per uno studioso realista- non è un'attività cognitiva, bensì decisoria: è atto di volontà, non di conoscenza<sup>76</sup>.

La criticità di questa teoria consiste nell'imprevedibilità della decisione del giudice, non essendo questa frutto di ragionamento, bensì di “intuizioni”, per le quali il giudice giunge alla decisione finale, ancora prima di aver cercato di motivarla e spiegarla.<sup>77</sup>

Al contrario il normativismo ritiene che la norma sia il nucleo fondamentale del diritto, affermando che la pronuncia giudiziale costituisce un semplice fenomeno accessorio.<sup>78</sup>

Il normativismo kelseniano distingue tra diversi tipi di sistemi normativi: in particolare tra “sistema morale” e “sistema del diritto”. La differenza tra le norme morali e quelle giuridiche sta nel fatto che le prime sono valide in forza del loro contenuto, il quale

---

74 LICCI G. *Op. ult. Cit.*, 18.

75 BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, cit., 17.

76 KELSEN H., *The law of the United nations*, Stevens&Sons, Londra, 1950; KELSEN H., *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1960.

77 FRANK J. N., *Courts on Trial. Myth in American justice*, Princeton University, Princeton, 1950.; FRANK J.N., *Law and the modern mind*, Brentano's, New York, 1930.

78 LICCI G. *Figure*, Cit., 18.

ha qualità immediatamente evidente che dà loro validità, mentre le seconde sono valide non per via del loro contenuto. Le norme giuridiche, allora, sono valide, poiché si sono presentate secondo un metodo specifico: in questa prospettiva il diritto vale soltanto come diritto posto, nella sua assoluta indipendenza dalle norme morali. Esattamente in ciò risiede la positività del diritto, il quale è posto nella sua assoluta indipendenza da norme reali.<sup>79</sup>

Quel che i normativisti contestano, non è tanto la connessione tra diritto e morale, quanto la sua pretesa necessità (tipica dei pensatori giusnaturalistici): pretesa necessità che nasconderebbe solo una prescrizione di interpretare e giustificare il diritto in base alla morale<sup>80</sup>. Per i normativisti il diritto è dunque scienza “pura”, libera da ogni altra scienza, per far sì che l'uomo, tramite la giuridicità, non abbia la possibilità di trasformare la società a proprio piacimento.

La prospettiva di queste due correnti di pensiero è quindi simmetrica: l'approccio normativistico tende a polarizzare l'attenzione sulla previsione legale; viceversa l'approccio realistico tende a concentrarsi maggiormente sulla regola applicabile a ciascun caso concreto<sup>81</sup>.

---

79 Kelsen H., *Dottrina pura del diritto*, Cit., 20 ss; Kelsen H., *Teoria generale delle norme*, Torino: Einaudi, 1985.; Bobbio N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992; Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi, 1952 . Fedele fino in fondo alla sua teoria, Kelsen, quando fu allontanato dall'Università in quanto ebreo e dovette emigrare, sostenne sempre con coerenza che lo Stato nazionalsocialista era uno “Stato di diritto”, poiché v'era un ordinamento giuridico valido ed efficace.

80 Barberis M., *Filosofia del diritto*, cit., 18.

81 Licci G., *Figure*, cit., 20.

Realismo e normativismo riflettono le due diverse culture giuridiche da cui derivano: il giurista realista è un pratico, che si confronta con la realtà empirica, cercando di risolvere problemi concreti, il giurista continentale è uno studioso che qualifica la realtà alla luce di categorie astratte, trasmesse da prestigiose e risalenti dottrine.

Queste concezioni sono funzionali rispetto a valori diversi : il valore centrale del normativismo è l'uguaglianza formale, coniugata con la certezza del diritto, inteso come un insieme di regole generali e astratte. Al contrario il valore centrale del realismo è la giustizia sostanziale, cioè la giustizia del caso concreto, sacrificando perciò l'uguaglianza sostanziale e la certezza del diritto.<sup>82</sup>

#### 4. *Scuola analitica e scuola ermeneutica*

Non vi è accordo nella letteratura novecentesca sulla natura del procedimento interpretativo. Possiamo ricondurre questo scontro a tre importanti teorie interpretative: la prima è quella dell'*originalismo*, la quale ritiene che l'interprete sia uno storico che mira a recuperare il messaggio originale veicolato da un testo . La seconda è quella del *testualismo*, nella quale assume importanza

---

82 LICCI G., *Figure*, cit., 20.

centrale il testo della fonte del diritto; qui l'interprete è un filologo che effettua l'operazione esegetica di trarre fuori dal testo giuridico il suo significato intrinseco. Infine abbiamo il *Contestualismo*, che ritiene che la fonte del diritto non sia il testo, bensì l'atto creativo dell'interprete, il quale facendosi portatore di valori e significati della cultura collettiva.<sup>83</sup>

I primi due punti di vista riflettono una concezione cognitivista dell'interpretazione (che ha cioè come scopo quello di rendere chiaro un significato presente nel testo), al contrario il terzo punto di vista riflette una concezione creativa dell'interpretazione (per cui si deve cercare le soluzioni più adatte per la comunità giuridica di appartenenza, senza il bisogno di esser troppo legati al testo)<sup>84</sup>.

Il confronto tra la concezione cognitivista e la concezione creativa dell'interpretazione è stato l'oggetto del dibattito e dello scontro tra la filosofia analitica e la filosofia ermeneutica.<sup>85</sup>

L'atteggiamento filosofico analitico è caratterizzato e definito dall'accoglimento di alcuni principi filosofici<sup>86</sup>, o almeno alcuni di essi: Il primo principio fondamentale caratterizzante la filosofia analitica è rappresentato dalla distinzione tra proposizioni analitiche e proposizioni sintetiche, in base al quale sono asserti analitici quelli dotati di necessità logica (“nessun celibe è sposato”) e sono

---

83 LICCI G. *Op. ult. Cit.*, 21.

84 LICCI G. *Op. ult. Cit.*, 21. L'atto interpretativo, secondo la concezione creativa, non sarebbe inoltre nemmeno un atto individuale, bensì un atto collettivo. L'autore ci mette giustamente in guardia sul carattere intimamente totalitario di tale concezione.

85 PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico: sei studi di teoria generale del diritto*, III ed., cedam, Padova, 2001, 22 ss.

86 JORI M., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, 84.

asserti sintetici quelli che intrattengono rapporti con l'esperienza (“il cielo è blu”)<sup>87</sup>.

Il secondo principio fondamentale è rappresentato dalla grande divisione kantiana tra essere (*Sein*) e dover essere (*Sollen*), ovvero dalla distinzione tra discorso in funzione conoscitiva e discorso in funzione normativa<sup>88</sup>.

Il terzo principio è dato dalla distinzione tra linguaggio-oggetto e metalinguaggio che verte sul primo. In questo contesto, le regole interpretative, impiegate per interpretare le regole-oggetto, sono meta-regole che stabiliscono come attribuire un significato agli enunciati normativi.<sup>89</sup> Si tratta della tesi capitale nella strategia della filosofia analitica, in quanto consente alla filosofia di distinguersi dalla scienza empirica conservando ciò nonostante un ruolo.

Anche nell'accostarsi al caso concreto, la scuola analitica permane di ordine logico: il sillogismo giudiziale si articola in Premessa maggiore (chi fa X è punibile), in Premessa minore (tizio ha fatto X) ed in Conclusione (Tizio è punibile)<sup>90</sup>.

La logica formale, che presiede alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta, presenta però un inconveniente di grande rilievo: essa porta al regresso *ad infinitum*.<sup>91</sup>

---

87 LICCI G., *Immagini*, Cit., 76; GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992, 300.

88 Il divisionismo post-kantiano costituisce uno dei punti di minor resistenza del neopositivismo, come è ormai pacifico nella metascienza contemporanea. Cfr. LICCI G., *Immagini*, 71 ss.

89 LICCI G., *Op. ult. Cit.*, 79., ; ID., *Figure*, Cit., 22.

90 LICCI G. *Figure*, Cit., 21-22.

91 LICCI G. *Op. ult. Cit.*, 23.

Nelle sue origini mitiche (Hermes, il messaggero degli dei, esercitava un'attività di tipo pratico portando ammonimenti, annunci e profezie) come poi in tutto il seguito della sua storia, l'ermeneutica<sup>92</sup>, in quanto esercizio trasformativo e comunicativo si contrappone alla teoria come contemplazione di essenze esterne, non alterabili da parte dell'osservatore.

Inoltre la concezione ermeneutica della conoscenza muove dalla ricerca di significati, la quale, a sua volta, muove da una pre-comprensione del testo. Il termine “significato” viene però inteso dagli ermeneutici in maniera “collettiva”: costoro pongono maggiormente attenzione sull'attribuzione collettiva di significati, ossia sulle prassi linguistiche, piuttosto che sull'esperienza personale.<sup>93</sup>

L'ermeneutica giuridica rappresenta un singolarissimo episodio di incontro tra filosofia e diritto. Il paradosso è dato dal fatto che, delle due polarità dell'ermeneutica novecentesca, cioè l'ermeneutica come teoria dell'interpretazione oggettiva<sup>94</sup> e l'ermeneutica come filosofia<sup>95</sup>, curiosamente è la seconda, non la prima, a diventare punto di riferimento per l'ermeneutica giuridica.

Punto di partenza per l'interesse ermeneutico della teoria generale del diritto è la polemica constatazione dell'incapacità della

---

92 FERRARIS M., *Che cos'è l'ermeneutica?*, Cit., 5

93 LICCI G., *Immagini*, Cit., 78.

94 BETTI E., *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Cit., 2 ss; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Cit., 20 ss; HIRSCH E., *Teoria dell'interpretazione*, Il mulino, Bologna, 1973, 12 ss.

95 GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1972, 211 ss; HEIDDEGER M., *Essere e tempo*, cit., 150; PAREYSON L., *Esistenza e persona*, cit., 2002, 14 ss.

giurisprudenza di considerarsi e funzionare come una teoria della prassi giuridica. Ne consegue il riconoscimento del ruolo privilegiato da attribuire al nesso teoria-prassi nello studio del diritto e dell'interpretazione giuridica. Per gli ermeneutici i testi giuridici e le norme costituiscono soltanto un momento del più ampio e globale processo di positivizzazione del diritto, che si caratterizza come approfondimento e sviluppo, potenzialmente infiniti del significato racchiuso nei testi normativi, dunque anche se già spesso interpretati, tutti i fenomeni giuridici devono necessariamente essere reinterpretati e rielaborati<sup>96</sup>.

Dunque il significato del messaggio normativo non è posto dal legislatore, né ricostruito in maniera meccanica dall'interprete: l'esito interpretativo è dato dalle complesse interazioni tra più soggetti, operanti in tempi e contesti diversi<sup>97</sup>, giacché il contesto entro cui è formulato l'enunciato normativo non è identico al contesto dell'interprete.

L'ermeneutica giuridica ha attribuito una tale libertà all'interprete rispetto all'interprete, tale da annullare ogni tentativo di conferire obiettività all'interpretazione, dando così origine al nichilismo giuridico,<sup>98</sup> che consente una libertà incondizionata dell'interprete rispetto al testo, ed al non-interpretivismo,<sup>99</sup> che riduce

---

96 ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 1990, 46-48.

97 LICCI G., *Figure*, Cit., 22.

98 BARCELLONA M., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006; LICCI G., *Figure*, Cit., 23; IRTI N., *Nichilismo giuridico*, III ed., Laterza, Bari, 2005.

99 LICCI G., Op. Ult. Cit., 23, MONATERI P.G., "All this and so much more". *Intento originale, antagonismo e non interpretivismo*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1998, 97 ss.

l'interpretazione ad una mera finzione conducendo a decisioni politiche invece che basate sull'interpretazione del testo.

## 5. *L'originalismo.*

L'originalismo è un metodo di interpretazione costituzionale<sup>100</sup> che non è proprio dell'esperienza italiana e che è invece diffusa nella dottrina costituzionalistica di matrice statunitense<sup>101</sup>, in base al quale il giudice risolve le controversie ricercando il significato originario del testo.<sup>102</sup> La dottrina originalista trova la sua prima emersione nella sentenza *Dred Scott* della Corte Suprema<sup>103</sup> del 1857.<sup>104</sup> Secondo tale ideologia l'interprete è chiamato a fare ciò che i *Framers* (i Padri Fondatori costituenti) avrebbero voluto facesse, muovendosi all'interno dei limiti rigidi del testo, invece di attivarsi come parte creatrice del circolo ermeneutico dell'attività giudiziaria.

---

100 Nell'ordinamento italiano, il legislatore statuisce il criterio dell'intenzione del legislatore nell'art.12 delle Disposizioni sulla legge in generale. Il criterio dell'intenzione del legislatore mira a ricostruire il contenuto di un enunciato dai lavori preparatori di un codice o di una legge di riforma. Il ricorso all'intento "originale" nell'attività interpretativa è pertanto formulato in maniera espressa dal legislatore e valido per tutte le leggi, al contrario di quanto avviene nell'esperienza statunitense. Qui infatti l'originalismo è una corrente interpretativa diffusa nella dottrina costituzionale statunitense ed è diretta all'interpretazione delle disposizioni costituzionali.

101 FLORENZANO D.-BORGONOVO RE D.-CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2012, 12.

102 SCALIA A., *A matter of interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997, LICCI G., Figure, Cit., 21.

103 Si tratta della celebre decisione *Dred scott v. Sandford*, 60 U.S. (How. 19) 393/1857 che sancì il divieto per le persone di origine africana di diventare cittadini americani, fossero schiavi o meno, così come l'impossibilità per gli Stati membri della Federazione di abolire la schiavitù.

104 CUOCOLO L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009, 114.

Il testo costituzionale rappresenta in questa logica sia l'origine della ricerca del significato più giusto da attribuire alla clausola costituzionale, sia il risultato della stessa. Qualunque evoluzione o qualunque tentativo di adattare la previsioni costituzionali al cambiamento dei tempi sono dunque illegittimi<sup>105</sup>.

L'originalismo prende spunto da altre due correnti di interpretazione costituzionale: lo *strict constructionist* e il *textualism*. L'approccio costruzionista mira ad assegnare alle disposizioni costituzionali il significato letterale, al fine di avere un metodo interpretativo semplice e il più possibile oggettivo. Il limite di questa dottrina è quello di concentrare l'analisi sul solo testo della Costituzione alla ricerca di una purezza non riscontrabile nella realtà. Parte di queste eccessive rigidità sono attenuate dalla corrente testualista (di cui ci occuperemo nel proseguo della trattazione), più aperta al contesto all'interno del quale sono collocate le previsioni costituzionali.

Le correnti originaliste si differenziano a seconda che pongano l'accento sull'*original meaning* (che si propone di privilegiare il significato obbiettivo e ragionevole delle disposizioni costituzionali), ovvero sull'*original intent* (più propensa all'intenzione storica di coloro che hanno redatto il testo)<sup>106</sup>.

105 POWELL H.J., *The Original Understanding of the Original Intent*, in *Harvard Law Rev.*, 1985, 885.

106 FLORENZANO D.-BORGONOVO RE D.-CORTESE F., *Diritti inviolabili*, Cit., 12; KAVANAGH A., *Original Intention, Enacted Text and Constitutional Interpretation*, in *American Journal of Jurisprudence*, 47/2002, 205. La forma più netta di originalismo è la prima (*Original meaning*), che ricerca il significato originale in base al significato che le parole utilizzate avevano per l'uomo medio al tempo dell'adozione della Costituzione. La ricerca della volontà dei costituenti (*Original intent*) della corrente intenzionalistica, invece, inserisce elementi interpretativi soggettivi, e dunque incrina l'oggettività cui aspira il vero originalismo; Cfr. DWORKIN R., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari,

Entrambe queste correnti sono però accomunate dalla convinzione che l'interpretazione costituzionale debba seguire canoni parzialmente differenti dalle tecniche generali di interpretazione normativa.<sup>107</sup> La Costituzione, infatti, custodisce i principi fondamentali non solo di un ordinamento giuridico, ma anche di una *political society*, pertanto modificare la Costituzione in via interpretativa sarebbe come alterare i caratteri fondamentali della società.<sup>108</sup>

L'originalismo crebbe in modo determinante nel contesto statunitense intorno agli anni Sessanta per reazione alla sentenza *Brown vs Board of Education* emanata dal giudice Warren nel 1954<sup>109</sup>.

Con questa decisione si rigettava la precedente decisione<sup>110</sup> della

---

2010. Il giurista americano ritiene inattaccabile l'*Original meaning*, mentre critica l'*Original intent*, in quanto ritiene che se gli estensori della Costituzione hanno voluto fissare degli standard morali astratti, allora siamo fedeli a ciò che intendevano dire solo se riteniamo che abbiano dichiarato che la legislazione dovesse essere individuata in relazione alla giustizia stessa.

107 CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, 156.

108 BORK R., *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 47, 1971, 1.

109 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

110 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Il 7 giugno 1892, Homer Plessy si imbarcò su un treno della ferrovia della *East Louisiana railroad* e si sedette su una carrozza destinata ai soli bianchi. Sebbene fosse nell'aspetto di razza bianca caucasica, Plessy era un cosiddetto *octoroon*, aveva cioè uno degli otto bisnonni di colore e per questo gli fu chiesto di accomodarsi nella carrozza per le persone di colore. Al suo rifiuto, fu arrestato e incarcerato. Durante il dibattimento, Plessy dichiarò che la *East Louisiana railroad* gli aveva negato i suoi diritti costituzionali sanciti dal tredicesimo e dal quattordicesimo emendamento; tuttavia, il giudice assegnato al caso, John Howard Ferguson, stabilì che la Louisiana aveva il diritto di regolare le compagnie ferroviarie finché queste operavano entro i confini statali. Plessy si rivolse dunque alla Corte Suprema della Louisiana, che confermò le parole del giudice Ferguson. Infine Plessy si rivolse alla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1896. Con sette voti favorevoli e uno contrario, la Corte respinse le accuse di Homer Plessy basate sul tredicesimo emendamento, affermando di non riconoscere violazioni da parte dello Stato della Louisiana. Inoltre, la maggioranza della Corte respinse la visione per cui le leggi della Louisiana comportavano una inferiorità dei neri, in violazione del quattordicesimo

Corte Suprema che legittimava le attività di segregazione razziale presenti soprattutto negli Stati del Sud e si avviava il processo di integrazione razziale ad opera dell'attivismo giudiziale della Corte, cioè di una funzione creativa del diritto da parte della Corte stessa. In particolare, l'oggetto della questione era la clausola di uguale protezione davanti alla legge contenuta nel XIV emendamento<sup>111</sup> alla Costituzione americana: il sillogismo su cui si basava il caso *Plessy* rispecchiava le esigenze di fedeltà costituzionale dell'originalismo e si articolava intorno ad una Premessa maggiore

---

emendamento. Cfr. BROOK T., *"Plessy v. Ferguson": a Brief History with Documents*, Bedford books, Boston, 1997, KEITH WELDON M., *We As Freeman: Plessy v. Ferguson*, Gretna, Los Angeles, 2003.

111 XIV emendamento alla Costituzione degli stati Uniti "All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the States wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Representatives shall be apportioned among the several State according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any elections for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United states, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State. No person shall be a Senator or representative in Congress, or elector of President and Vice President, or hold any office, civil or military, under the united States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of congress, or as an officer of the United States, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the united States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void. The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this articles".

(fondata sulla disposizione di legge costituzionale), secondo cui la *Equal Protection Clause* vieta allo Stato forme di discriminazione nei confronti delle minoranze razziali; da una Premessa minore (fondata sul fatto), per cui il contenuto di tale clausola era soddisfatto quando i singoli Stati fornivano uguali servizi a tutti (anche se in modo segregato e che le forme di segregazione non incidevano sull'uguaglianza nella prestazione dei servizi); infine, da una Conclusione per la quale le scuole segregate non violavano (in considerazione della Premessa minore) il XIV emendamento.

La sentenza del 1954 ha rigettato l'interpretazione del fatto specifico perché nel tempo è cambiato il modo di interpretare la disposizione costituzionale, ma non il suo testo. È cambiato il modo di intendere gli atti discriminatori riconoscendoli in quanto tali e giudicandoli di conseguenza.

A questo proposito, il maggior sostenitore della teoria dell'Originalismo, il giudice della Corte Suprema Antonin Scalia , ha sottolineato come il significato di una clausola costituzionale sia fornito dalla portata limitata delle parole oltre le quali nessuna interpretazione è concessa. Con ciò egli non mira a preservare il raggio d'azione di una norma nel tempo, poiché viceversa il senso ad essa sotteso può variare negli anni riflettendo l'evoluzione degli *standards* del vivere civile che segnano il processo di una società: il criterio della ragionevolezza è perciò funzionale all'interno dei limiti del testo e il parametro di riferimento della fedeltà costituzionale all'*Original meaning of the text*<sup>112</sup>.

---

112 SCALIA A., *A Matter of Interpretation*, Cit., 12-17.

Decidere aderendo all'*Originalism* vuol dire essere fedeli alla natura e allo scopo dei diritti costituzionali, nel rispetto della Costituzione e della democrazia; i giudici vincolati all'originalismo ritengono di essere lontani dal considerare i diritti costituzionali secondo i propri valori, applicandoli, invece, in virtù di una neutralità originaria piuttosto che al rischio di una politicizzazione o di un'arbitrarietà della funzione giudiziaria.

L'uso della tradizione come strumento interpretativo è utilizzato per garantire che sia la società e non il giudice a determinare l'esito della controversia, per questo motivo l'obiettivo degli originalisti è la ricerca della neutralità della regola.

La poca dottrina che ha approfondito la tematica circa l'uso dell'originalismo, nel denunciarne la scarsa utilizzazione da parte dell'interprete, non ha mancato al contempo di evidenziarne la necessità di ridefinire il ruolo nell'ambito del complesso strumentario dei canoni interpretativi<sup>113</sup>.

La diffidenza verso l'utilizzo dell'*original intent* quale canone interpretativo, muove da motivazioni di natura giuridico-filosofica, che affondano le radici agli albori dello Stato moderno.

Agli inizi del XVII secolo, il principio che governava l'interpretazione, in base al quale, nella sola ipotesi in cui mancava il c.d. "*casus legis*", si apriva il campo della interpretatio dei dottori

113 MOLTENI F., *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della Legge*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958, 384 ss; PATRONO M., *Interpretazioni e nuove leggi*, in *Nomos*, 1988, 61; POGGI A., *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 1997; MONATERI P.G., "*All this and so much more*", *Cit.*, 97 ss; SCIANNELLA L., *L'argomento dell' original intent nella giurisprudenza costituzionale in tema di forma di governo*, in GIUFFRÉ F.-NICOTRA I. ( a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, 56.

e dei tribunali, i quali ultimi erano chiamati a risolvere il caso, sia pur e in maniera non vincolante, mediante l'ausilio di *rationes*.<sup>114</sup> Le *rationes* rappresentavano criteri derivanti da principi legali, riconosciuti come *ius commune* e fondati su ragioni oggettive<sup>115</sup>.

Durante il XVIII secolo, in linea con lo spirito illuministico, l'affermarsi dell'idea della sovranità dell'assemblea, unitamente a quella della separazione dei poteri, comportò l'adozione del principio della soggezione del giudice rispetto alla legge<sup>116</sup>. Secondo i postulati più noti, spettava al legislatore sia la potestà di fare leggi, sia quella di interpretarle. Dinanzi a controversie non risolvibili mediante il ricorso al solo dato testuale, sarebbe spettato ai giudici garantire (con un'operazione meramente meccanica) l'applicazione della legge.

I pensatori illuministi, come Montesquieu<sup>117</sup> e Voltaire non erano né ingenui, né stolti: la pretesa espressa con la formula secondo la quale il giudice è “bocca della legge” non è di carattere logico-epistemologico, bensì di carattere garantistico: si tratta di assicurare la separazione dei poteri e di precludere al potere giudiziario la possibilità di vanificare le garanzie del sistema<sup>118</sup>.

---

114 SCIANNELLA L., *L'argomento dell'original intent*, Cit., 58.

115 Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, bologna, 1976.  
L'espressione *ius commune* aveva per riferimento un diritto che era anzitutto “positivo”, secondariamente “vigente” per consenso e uso dei popoli; in terzo luogo “residuale”, cioè tale da essere utilizzato e fatto oggetto di ricordo solo in mancanza di regole più “vicine” alla lite.

116 GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Cit., 211 ss.

117 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois (1748)*, Garnier, Parigi, 1979, 294-304.

118 LICCI G., *Figure*, Cit., 24; ID., *Immagini*, Cit., 81.

## 6. Testualismo.

In base alla prospettiva testualistica, il significato di ogni enunciato è interamente determinato dal significato delle parole che lo formano e dalle regole sintattiche di composizione.<sup>119</sup>

Nell'intento di elaborare una disamina adeguata e specifica dell'originalismo, tanto i critici quanto i sostenitori hanno dato vita ad una fitta rete di analisi, specialmente con riguardo all'interpretazione costituzionale. Le teorie testualistiche sono dirette sostanzialmente ad esaltare l'intenzione in senso oggettivo del legislatore, ricercando il significato delle singole espressioni testuali contenute nei singoli testi legislativi, così come conferito al momento della loro emanazione, perdendo in tal modo importanza, ai fini interpretativi, i lavori preparatori o qualunque altro documento estraneo alla disposizione legislativa.

L'approccio in esame ha conosciuto compiuta ed approfondita elaborazione teorica nel pensiero di Robert Bork. Nelle riflessioni di questo autore, aventi a riguardo il testo costituzionale americano, l'*original intent* viene ad identificarsi con il significato attribuito alle disposizioni al momento della loro emanazione.<sup>120</sup> Dunque il significato delle parole contenute nella Costituzione o in altra legge

---

119 MAZZARESE T., *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in VELLUZZI V. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 200, 125-126.

120 BORK R., *The tempting of America*, Touchstone, New York, 1991, 150 "It is a meaning understood as the time the law's enactment [...] because what the ratifier understood themselves to be enacting must be taken to be what the public of that time would have understood the word".

rappresenta il solo perno attorno al quale deve ruotare l'intera attività esegetica.

Gli argomenti di Bork, contrari ad una “*living Constitution*”- ossia ad una Costituzione flessibile e adattabile al mutamento <sup>121</sup>- insistono sui rischi connessi ad un ricorso pervasivo ad una giurisprudenza di tipo creativo, che può nascondere in realtà l'arbitrio da parte del potere giudiziario e l'indeterminatezza del diritto, giacché ciò che la Costituzione significava ieri potrebbe non essere più vero domani. E a decidere se sarà così oppure no, non sarà il legislatore democraticamente eletto, bensì un corpo di giudici non eletti democraticamente.<sup>122</sup> Ne risulta perciò lesa il principio della separazione dei poteri e, con esso, la stessa legittimità delle decisioni giudiziali.

Dunque la pretesa dei giudici di emanciparsi dalla volontà dei padri costituenti comporta un aumento esponenziale del carattere discrezionale delle loro argomentazioni<sup>123</sup>.

A sua volta la discrezionalità favorisce l'espansione del tasso di politicità nell'operato delle Corti, a detrimento degli altri organi costituzionali.

---

121 Cfr anche SCALIA A., *Common Law Courts in a Civil Law System*, Princeton University Press, Princeton, 1995, in cui l'Autore polemizza con la dottrina della *Living Constitution*, poiché essa legittimando il ricorso ad una giurisprudenza creativa, ha frustrato le intenzioni originarie dei Padri Fondatori e apportato indebite restrizioni alle libertà fondamentali originarie. In quest'ottica, si nega che l'interpretazione costituzionale ad opera dei giudici debba seguire l'evoluzione della società, essendo riservato al legislatore il compito di aggiornare la Costituzione al mutare dei tempi. La forbice eventualmente apertasi tra Costituzione e la mutata realtà sociale andrebbe riallineata semmai attraverso la revisione costituzionale.

122 COSTA P.-ZOLO D.-SANTORO E., *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003, 238.

123 BORK R., *Coercing virtue, The Worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Institute Press, Washington, 2003.

Un secondo filone della teoria testualista, denominato intratestualista, la ricostruzione del mondo di idealità del legislatore costituente viene condotta mediante una lettura attenta delle singole parole che compongono il dettato costituzionale, che vengono interpretate alla luce del significato conferitogli dai *Framers*<sup>124</sup>. Tale approccio intratestuale offre una lettura olistica del testo costituzionale, così come approvato dai *Framers*, ratificato dal popolo e successivamente emendato.

Il testo delimita dunque l'area di intervento, attraverso il quale l'interprete deve dare concretezza all'intenzione originaria, assumendo le singole parole come punto di riferimento ai fini della risoluzione delle singole controversie che possono presentarsi.<sup>125</sup>

Lo scopo così perseguito è quello di tutelare l'identità costituzionale mediante le pronunce della Corte Suprema, la quale è chiamata ad utilizzare il testo quale parametro di controllo della correttezza dell'interpretazione costituzionale. In altri termini l'intratestualismo consente di interpretare il testo costituzionale, preservando al contempo la caratteristica della Costituzione come quadro generale, destinato a perdurare nel tempo<sup>126</sup>.

---

124 AMAR A.R., *Intratextualism*, in *Harvard Law Review*, Cambridge, 1999, 749 ss.

125 ELY J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, 715 ss

126 AMAR A. R., *Foreword: the Document and the Doctrine*, Harvard law Review, Cambridge, 2000, 32 ss.

## 7. Contestualismo.

Il contesto è uno di quei concetti che Wittgenstein definirebbe come vago<sup>127</sup>, poiché è assai impegnativo riuscire a fornire una definizione univoca di contesto<sup>128</sup>.

Alcuni autori definiscono il contesto come “l'insieme degli elementi che condizionano, in un modo qualsiasi il significato di un enunciato”<sup>129</sup>; altri come “ un gruppo di parole, idee, etc, che in una data occasione accompagna o circonda ciò che si dice abbia un contesto”<sup>130</sup> o “l'insieme linguistico di cui l'enunciato fa parte e che condiziona, in modo e gradi che possono essere diversissimi, il suo significato”<sup>131</sup>. Infine abbiamo una definizione di contesto come “tutto ciò che accompagna un testo”, il quale contesto viene suddiviso in contesto linguistico, costituito da quelle porzioni di testo che precedono e seguono un certo testo, e contesto extralinguistico, ossia quella porzione di mondo nel quale il testo viene prodotto ( che comprende tra le altre cose il tempo e il luogo in cui il testo è prodotto, l'autore ed il destinatario del testo)<sup>132</sup>. Si tratta di caratterizzazioni assai caleidoscopiche, che non ci forniscono molti lumi riguardo al concetto e ai problemi del contesto<sup>133</sup>, qualche chiarimento ci può esser fornito invece dalla

---

127 WITTGENSTEIN L. “*Tractatus logico-Philosophicus*”, Einaudi, Torino, 1983.

128 PAGALLO U., *Testi e contesti*, Cit., 31.

129 ABBAGNANO N.-FORNERO G., *Dizionario di Filosofia*, Utet, Milano, 1998, 205.

130 OGDEN C. K.-RICHARDS I.A., *The meaning of meaning*, 1989 (prima pubblicazione 1923), Harvest/HBJ book, Orlando, 58.

131 LANGER S., *Philosophy in a New Key*, Harvard University Press, Cambridge, 1957, 137.

132 FRIGERIO A.-RAYNAUD S., *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, 2233

133 PAGALLO U., *Testi e contesti*, Cit., 31.

nozione di contesto formulata dal Licci, il quale asserisce che il contesto è lo sfondo problematico entro cui va collocato un testo o una proposizione teoretica<sup>134</sup>. Questo accostamento è debitore della nozione kuhniana di paradigma, inteso come collocazione di un problema entro uno sfondo problematico alla luce di un modello<sup>135</sup>.

Sotto tale profilo, il contestualismo costituisce la ricollocazione del testo entro uno sfondo problematico nuovo e differente da quello dell'autore del testo<sup>136</sup>.

Con il termine contestualismo si intende solitamente una posizione filosofica che assegna un ruolo centrale al contesto ritenendo che il rinvio al contesto sia una mossa essenziale per intendere e spiegare fenomeni di vario tipo (ontologici,epistemologici, semantici,etc)<sup>137</sup>.

In relazione ai criteri d'interpretazione del testo giuridico si può affermare che il contestualismo è una posizione antiletteralistica, che individua il senso della disposizione sulla base di parametri e criteri desumibili dal contesto extranormativo di riferimento.<sup>138</sup>

Il contestualismo è perciò favorevole all'argomento della *Living Constitution* ( rigettato da originalisti e testualisti) e persegue un'interpretazione evolutiva della legge.

Sull'argomento vi sono state importanti ed originali prese di posizione da parte della migliore dottrina italiana del Novecento.

---

134 LICCI G., *La metafora della causalità giuridica*, Jovene, Napoli, 2011.

135 KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (ed. or. 1962), Einaudi, Torino, 2009.

136 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14 delle Disposizioni sulla legge in generale nel sistema penale italiano*, in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Editoriale scientifica, 2014, 191.

137 PAGALLO U., *Testi e contesti*, Cit., 83 ss.

138 VIOLA F.-ZACCARIA G.,*Diritto e interpretazione*, Cit., 241.

Alcuni autori sostennero che l'interpretazione evolutiva, intesa come adattamento del contenuto della norma ad esigenze pratiche sorte posteriormente all'emanazione della stessa, non consiste in un'attività di interpretazione vera e propria, la vera interpretazione sarebbe infatti un'operazione intellettuale che non si risolve in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vivente.<sup>139</sup>

Altri sostennero che, a mano a mano che l'interprete si allontana nel tempo dal legislatore, l'idea racchiusa nella norma si impoverisce e ne viene stimolata la riproduzione nella mente dell'interprete, esposta quindi ad alterazioni.<sup>140</sup>

Altri autori ancora mediarono tra queste due posizioni ritenendo che il significato delle disposizioni normative sia oggettivamente reperibile nel testo tramite una compiuta sistematica strutturata metodicamente, purtuttavia non furono contrari all'interpretazione evolutiva, ma schivarono l'idea che l'interpretazione non potesse non essere evolutiva<sup>141</sup>.

Altri infine ritengono che la dichiarazione legislativa in senso stretto non può che constare altro che di carta sporcata d'inchiostro<sup>142</sup>, eliminando l'idea che il testo abbia un significato oggettivo, anzi l'unico significato che essa assume è quello soggettivo attribuitole dall'interprete<sup>143</sup>.

Se nel contesto civilistico può essere ammessa un'interpretazione

---

139 ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, 119 ss.

140 CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Società editrice del "Foro Italiano", Roma, 1951.

141 BETTI E., *Interpretazione della legge e atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 15; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1990, Vol. II, 883.

142 SACCO R., *Il concetto di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2003 (or. 1947), 59.

143 SACCO R., *Op. Ult. Cit.*, 106.

evolutiva dettata dalla filosofia contestualistica, nel contesto penalistico ciò appare invece particolarmente pericoloso.

La pretesa di matrice liberale ed illuministica di vincolare il giudice alle disposizioni normative “non risulta da un fraintendimento della natura creativa dell'atto interpretativo, bensì dall'esigenza di riservare scelte importantissime per la vita e la libertà del cittadino all'organo che meglio assolve le istanze di garanzia”<sup>144</sup>, cioè l'organo Parlamentare democraticamente eletto.

Tenendo a mente l'art. 101 della Nostra Costituzione<sup>145</sup>, si può rilevare che la funzione politica e legislativa svolta dal parlamento, instaurata tra il popolo sovrano e costituzione, all'interno della mediazione istituzionale, appare effettivamente sovraordinata all'attività della magistratura<sup>146</sup>.

Invece, la teoria contestualistica, fondata su modelli induttivi di ragionamento giudiziario in risposta al formalismo dei modelli deduttivi, ritiene che il giudice non applichi, ma crei diritto, mentre la motivazione in fatto risente di scelte dipendenti dalla personalità del giudice e, comunque, di una non chiarita rilevazione immediata dei significati impliciti nella realtà<sup>147</sup>.

Si sostiene perciò che il giudice desume direttamente dal fatto la sua decisione, tuttavia come ciò avvenga rimane avvolto nel più profondo mistero.

Nei modelli induttivi, a cui appartiene la teoria contestualistica

---

144 LICCI G., *Figure*, cit, 24.

145 Art. 101 Cost. Italiana “La giustizia è amministrata in nome del popolo. [2] I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

146 PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, cit, 75.

147 NAPPI A., *Guida al codice penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008, 96.

( così come il non-interpretivismo ed il nichilismo giuridico di cui si parlerà più avanti), il diritto si identifica con la volontà arbitraria e incontrollabile di un nuovo idolo, il giudice<sup>148</sup>, il quale diviene, secondo tali teorie, un “interprete fedele della volontà e degli interessi dei cittadini”<sup>149</sup>.

Nel tentativo di recuperare l'idea della giurisdizione come sistema di giustizia legale<sup>150</sup>, il pensiero penalistico non disconosce affatto il carattere creativo dell'interpretazione normativa, ma intende limitarlo riservando la politica criminale ad un organo eletto e imponendo al giudice, supportato in ciò anche dal dettato costituzionale, di sottostare al monopolio parlamentare nella normazione penale, poiché una politica criminale decisa dai giudici trasformerebbe il *Rechtsstaat* liberal-democratico in uno Stato giurisdizionale<sup>151</sup>.

Si tratta dunque di distinguere, nell'ambito dell'attività interpretativa, tra giudizi interni, esegeticamente fondati e pertinenti, e giudizi esterni, infondati e non pertinenti, perché basati su giudizi politici o personali che non sono in alcun modo connessi al ragionamento giuridico<sup>152</sup>.

Il giudice che mediante forzature interpretative si fa portatore di una personale politica criminale, sfregia il sistema della democrazia rappresentativa, espropriando il Parlamento delle proprie

---

148 NAPPI A., *Op. Ult. Cit.*, 96.

149 GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico*, in AA. VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Comunità, Milano, 1983, 413 ss.

150 NAPPI A., *Op. Ult. Cit.*, 96.

151 LICCI G., *Figure*, cit, 24; ID., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1989, passim.

152 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 24.

prerogative e sottrae alla collettività la sovranità che le appartiene<sup>153</sup>.

## 8. *Il non-interpretivismo*

Con il termine non-interpretivismo si indica una corrente di pensiero che assume una posizione scettica sull'idea stessa di interpretazione del testo, ritenendola tutt'al più una finzione, dietro alla quale si cela in realtà una prassi decisionistica di natura politica<sup>154</sup>.

L'elaborazione più compiuta di non-interpretivismo si ha con l'opera del Monateri,<sup>155</sup> il quale si fa portatore e propugnatore di tale teoria.

Egli critica le teorie originaliste e testualiste, affermando che viviamo sotto una Costituzione, ma la Costituzione è ciò che i giudici dicono che essa sia,<sup>156</sup> inserendosi nel solco tracciato da celebri pensatori angloamericani<sup>157</sup>.

Egli mira a proporre una teoria delegittimativa di queste due correnti di pensiero ( e dell'interpretazione in generale, ritenuta una

---

153 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 23.

154 LICCI G., *Figure*, Cit.,23.

155 MONATERI P.G., “*All this and so much more*”, Cit., 98.

156 MONATERI P.G., *Op. Ult. Cit.*, 98.

157 EVANS HUGHES C., *Speech before th chamber of Commerce*, in *Public Papers of Charles Evans Hughes* 139, J.B.Lyons co. State printers, Albany, 1908; HAND L., *Sources of Tolerance*, University of Pasadena Law review, 1930, n.1, 79.

dottrina della legittimazione o un'affabulazione<sup>158</sup>) utilizzando una triade composta da ironia, antagonismo e doppiezza<sup>159</sup>, che deve costituire il “paradigma antagonistico dell'interpretazione. Per “paradigma antagonistico”, precisa l'Autore, “intendo un rovesciamento dei valori ermeneutici correnti”.<sup>160</sup>

Dunque tramite l'adozione di “valori Antagonistici” quali resistenza, frizione, emulazione si intende descrivere il processo interpretativo<sup>161</sup>.

Una teoria del genere, per quanto sia intellettualmente sofisticata e affascinante ed in alcune occasioni possa potenzialmente rivelarsi interessante<sup>162</sup>, si presta ad essere usata in maniera assai capziosa se non pericolosa. Utilizzando antagonismo, ironia e doppiezza all'interno di un qualunque sistema giuridico si può neutralizzare ogni disposizione posta dal Legislatore democratico e trasformare lo Stato di Diritto in uno Stato dispotico guidato dai giudici, in cui ogni legge può dire tutto e il contrario di tutto a seconda dell'umore e dell'ironia dell'interprete.

Sicché è lo stesso autore a metterci in guardia rispetto alle criticità di questa teoria e ne individua i due grandi difetti, ossia il non-interpretivismo “può degenerare nelle forme di un progetto utopistico, o in un atteggiamento borghese. Effettivamente esso può

---

158 MONATERI P.G., *“Correct our watches by the public Clokes*, Cit., 204.

159 MONATERI P.G., *All of this*, 124.

160 MONATERI P.G., *Op. Ult. Cit.*, 126.

161 MONATERI P.G., *Op. Ult. Cit.*, 126.

162 Esclusivamente però nel campo del diritto civile, mai nel campo del diritto penale, dove l'utilizzo del non-interpretivismo costituirebbe una grave violazione del principio di legalità e delle garanzie del cittadino, vedi MONATERI P.G., *Op. Ult. Cit.*, 123. L'autore afferma infatti che “l'interpretazione letterale [...] è uno stratagemma usato nel Diritto penale per affidare il potere di parlare soltanto al Legislatore”.

divenire un elogio della posizione borghese di una «scelta per il candore», dove il candore tende a delegittimare proprio colui che lo adotta. Tutto sommato, penso che nessuno di quelli che hanno elogiato il candore abbiano poi adottato delle scelte candide, nell'affrontare fonti e i precedenti”<sup>163</sup>.

Tanto che lo stesso autore arriva a ritenere che non vi sia nessun margine per un utilizzo radicale del non-interpretivismo, in ragione del fatto che colui che “parla contro l'interpretivismo, può privare sé stesso di ogni autorità o diritto di parlare”<sup>164</sup>.

## 9. Nichilismo giuridico.

Il nichilismo, senza voler entrare nel merito di tutti i suoi significati<sup>165</sup>, secondo l'Irti e il Severino significa, in un senso specifico al diritto “ricavare le cose dal niente e riportarle al niente”<sup>166</sup>. Un grande filosofo del Novecento lo definì altresì come il “più inquietante tra tutti gli ospiti”<sup>167</sup>.

Il nichilismo giuridico<sup>168</sup> può connotarsi con tre dati: il testo non ha

163 MONATERI P.G., *All of this*, Cit., 127.

164 MONATERI P.G., *Op. Ult. Cit.*, 125.

165 HEIDEGGER M., *Il nichilismo europeo*, Adelphi, Milano, 2003, 108; NIETZSCHE F., *La volontà di potenza*, Adelphi, Milano, 2005, 7-8 e 17.

166 IRTI N., *Atto Primo*, in IRTI N.-SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

167 NIETZSCHE F., *Op. Ult. Cit.*, 7.

168 BARCELLONA M., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006; IRTI N., *Nichilismo giuridico*, III ed., Laterza, Bari, 2005; ROMANO B., *Fondamentalismo*

un significato obiettivo, non esistono regole ermeneutiche che possano supplire a questo vuoto e i meccanismi interpretativi sono il prodotto dei condizionamenti a cui è sottoposto il decidere.<sup>169</sup>

Il nichilismo giuridico dunque si pone ai limiti del pensiero post-ermeneutico e intende accordare all'interprete un'illimitata libertà nei confronti del testo, rifiutando qualsiasi tentativo di conferire obiettività all'interpretazione.<sup>170</sup>

Tuttavia il nichilismo giuridico non può essere considerato una monade isolata, bensì un arcipelago non ancora pienamente esplorato, tanto che alcuni sostengono che il libro sul nichilismo giuridico debba in realtà ancora essere scritto<sup>171</sup>.

L'opera più interessante di questa corrente di pensiero è sicuramente quella dell'Irti, la quale si fa portatrice di un'idea di nichilismo differente da quella degli altri pensatori nichilisti americani o continentali. Nonostante l'abilità e la sottile intelligenza di quest'ultimo, l'adozione della lente nichilistica ha comportato travisamenti e distorsioni. La dottrina pura del diritto non appare riconducibile al nichilismo, a differenza di quanto sostiene l'Irti<sup>172</sup>. La statualità del diritto infatti ha rappresentato un valore, in certe epoche sopravvalutato, ma non disconoscibile; inoltre il nichilismo dell'Irti avvala come diritto le norme con qualsiasi contenuto, anche qualora prescrivano dei crimini, purché adottate nei modi previsti. Ciò non corrisponde nemmeno ad una corretta visione del

*funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2004.

169 SACCO R., *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in Riv.dir. Civ., n.51, 2005, 431.

170 LICCI G., *Figure*, cit., 23

171 IRTI N., *Nichilismo*, V.

172 IRTI N., *Op. Ult. Cit.*, 26.

diritto. Nella disposizione legislativa, per sua natura generale ed astratta, in cui trova espressione il diritto, è immanente l'idea di uguaglianza, poiché essa si applica a tutti gli uomini che si troveranno nella situazione rientrante nella sua previsione<sup>173</sup>.

Anche la distinzione dell'Autore tra norme poste e relative procedure non risponde a realtà. Nella sua visione i valori del diritto sono meramente formali: non risiedono nei contenuti della disposizione, bensì nel regolare funzionamento delle procedure produttive, ritenute idonee a tramutare in diritto qualsivoglia contenuto. Egli prosegue affermando che “le procedure produttive di norme dicono due terribili annunzi: che le norme appartengono al mondo del divenire, che esse possono essere emanate o abrogate, tratte dal nulla o ricacciate nel nulla, mercé congegni funzionali a questo scopo. Tutti i contenuti possono attraversare quei congegni produttivi”<sup>174</sup>; congegni produttivi che vengono chiamati *nomodotti*, ovvero sia canali percorsi da ipotesi di norme.

La distinzione delineata non cambia le cose. Certamente le condutture per la distribuzione, ad esempio dell'acqua, hanno natura diversa dall'elemento distribuito, ma le procedure normative sono anch'esse norme, dovute, come quelle sostanziali, all'uomo ed aventi, come queste ultime, contenuti diversi<sup>175</sup>. Non è vero che la produzione del diritto dipenda esclusivamente dall'arbitraria volontà umana, poiché come per ogni altra produzione umana anche nel porre e applicare il diritto l'uomo non chiude in un cassetto le

173 GALLO F. C., *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol.I, Giuffrè, Milano, 2007, 477.

174 IRTI N., *Nichilismo*, Cit., 34.

175 GALLO F. C., *Una critica*, Cit., 486-487.

proprie attitudini. Inoltre non è vero che la cosiddetta Morte di Dio abbia tolto all'uomo ogni capacità di orientamento nel campo giuridico, poiché la scienza giuridica è stata fondata dai giuristi romani come scienza laica nel processo di separazione del diritto dalla religione, al fine di fare del diritto un *ars boni et aequi*.

Per tutti questi motivi non si può che concludere che il nichilismo giuridico non potrà mai costituire l'approdo della scienza giuridica.

## Capitolo II

### L'interpretazione nel sistema penale italiano

#### 1. *Il principio di Legalità.*

Il principio di legalità<sup>1</sup> ha una genesi non strettamente penalistica, bensì politica. La sua matrice risale alla dottrina del “contratto sociale” e si giustifica con l'esigenza di vincolare l'esercizio di ogni potere dello Stato alla legge<sup>2</sup>. Appare invece meno corretto far risalire il principio di legalità all'art. 39 della *Magna Charta Libertatum* del 1215<sup>3</sup>, poiché le garanzie ivi previste non

---

1 PAGLIARO A., *Legge penale*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040; PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. Pen.*, VII, 1993, 338; SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966, 6 ss.

2 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 2006, 47; PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1965, 185 ss; SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 40 ss; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, 35.

3 Art. 39 Magna Charta Libertatum “Nullum liber capiatur vel imprisonetur, aut disseisiat, aut utlageatur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. In questa autolimitazione è prevista una garanzia principalmente di tenore processuale, piuttosto che di diritto sostanziale.

presentavano un carattere sostanziale definito<sup>4</sup>.

I pensatori illuministici si fanno assertori del vincolo del giudice alla legge quale corollario del principio della divisione dei poteri<sup>5</sup>.

Nel principio di legalità sono dunque ravvisate esigenze di certezza (fondamento giuridico-penalistico), oltre che di garanzia del cittadino dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario (fondamento politico-costituzionale ricollegabile alla separazione dei poteri dello Stato)<sup>6</sup>.

La legge, scrostata da ogni pregiudizio ideologico favorevole e considerata realisticamente con tutte le aporie e le manchevolezze che presenta nella concretezza storica<sup>7</sup>, fornisce nel campo penale garanzie più credibili rispetto a tutte le altre fonti dell'ordinamento<sup>8</sup>.

La legge, infatti, intesa come determinazione del Parlamento, tende ad esprimere le esigenze maggiormente avvertite dalla comunità sociale cui essa è rivolta., inoltre il procedimento legislativo, si avvale della dialettica tra maggioranza ed opposizione, componendo, qualora possibile, le opinioni in conflitto<sup>9</sup>.

In virtù della pubblicità che contraddistingue l'iter parlamentare, tutti, ma in particolare gli appartenenti al ceto dei giuristi, sono in grado di preventivare le conseguenze e di esprimere critiche alle

4 RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991, 72; RONCO M., *La legge penale*, cit., 10.

5 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 47.

6 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 4.

7 Il riconoscimento del valore cruciale nel diritto penale del principio di legalità non implica assolutamente l'accettazione del mito della legge come unica fonte del diritto, cfr. RONCO M., *La legge penale*, Cit., 4; GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, II ed., Giuffrè, Milano, 1984, 147 ss.

8 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 5.

9 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 5.

modalità tecniche con cui è formulata.

La legge, in secondo luogo, corrisponde, più adeguatamente delle altre fonti, all'esigenza di obiettività e di certezza contro l'arbitrio giudiziario, manifestando in modo non equivoco una tavola di prescrizioni uguali per tutti e da tutti conoscibili<sup>10</sup>.

Dev'essere infine ricordato che tale fonte è in grado di interporre, grazie al suo carattere di astrattezza, una significativa distanza tra il giudice ed il caso concreto, sorreggendo il giudice nella responsabilità- invero assai gravosa- dell'atto di giudicare e garantendogli in maniera adeguata la libertà di determinarsi, sfuggendo alla coazione derivante dalle circostanze ambientali<sup>11</sup>.

Or dunque, politicamente, il principio di legalità esprime l'ideologia liberal-garantistica<sup>12</sup> ispirata all'esigenza di salvaguardare la libertà del singolo, affermando anche contro i poteri dello stato la supremazia della legge. Il principio in questione funge perciò da punto di equilibrio tra la funzione giudiziaria e la funzione legislativa, fra le quali, storicamente, si accerta un perenne latente conflitto<sup>13</sup>.

Una volta sconvolto tale delicato equilibrio, attraverso la pronuncia di sentenze che non si basano sulle disposizioni normative, ma sulle opinioni politiche o personali del giudice, verrà meno il principio di legalità, che è garanzia, con la certezza del diritto, di sviluppo della persona umana nella libertà e nell'uguaglianza; inoltre il legislatore, sarà portato, per reazione a

10 RONCO M., *La legge penale*, Cit.,5.

11 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 6.

12 VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, 1994, 278.

13 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 200.

superare i limiti che gli sono imposti dalla rigidità della Costituzione<sup>14</sup>, utilizzando così una violazione del diritto, come reazione ad una precedente violazione.

Infatti il legislatore, per riprendere il sopravvento, non esiterà ad impugnare l'arma della "retroattività", anche passando oltre la *res giudicata*, con la copertura dell'interpretazione autentica<sup>15</sup>.

## *2. Principio di Legalità nel diritto vigente in Italia.*

Il principio di legalità ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 25, comma 2 della Costituzione italiana<sup>16</sup>, la nostra Carta fondamentale, infatti, sottopone l'intero ordinamento al rigoroso rispetto del principio di legalità, allo scopo di garantire i diritti fondamentali, riconosciuti dall'art. 2 Cost.<sup>17</sup>, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale e formale, statuito dall'art. 3 Cost.<sup>18</sup> e dell'inviolabilità della libertà personale, limitabile nei soli

---

14 QUADRI R., *Dell'applicazione*, Cit., 200.

15 QUADRI R., *Op. Ult. Cit.*, 200.

16 Art. 25 Costituzione italiana "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge. Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".

17 Art. 2 Costituzione italiana "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabile dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

18 Art. 3 Costituzione italiana "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

casi e modi previsti dalla legge, in virtù di un atto motivato dell'autorità giudiziaria (art. 13 Cost.<sup>19</sup>)<sup>20</sup>.

Il principio di legalità si estende dal diritto sostanziale al diritto processuale, ove l'osservanza della regola fissata per legge costituisce il cardine del processo, dalla precostituzione per legge del giudice naturale (art. 25 Cost.), all'attuazione della giurisdizione mediante il giusto processo regolato dalla legge (art. 111 Cost.)<sup>21</sup>, al vincolo per cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101

---

19 Art. 13 Costituzione italiana “La libertà personale è inviolabile. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

20 RONCO M., *La legge penale*, in RONCO M.-AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E., *Commentario sistematico al codice penale*, Zanichelli, Bologna, 2006, 2.

21 Art. 111 Costituzione italiana “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Cost.)<sup>22</sup>, alla ricorribilità per Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale per violazione di legge (art. 111 Cost.), alla sottoposizione del Pubblico Ministero alla legge, cui è vincolato nel far valere la pretesa punitiva, senza alcuna discrezionalità dell'azione penale (art. 112 Cost.)<sup>23, 24</sup>.

Il principio di legalità è previsto anche nell'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950<sup>25</sup>, sottoscritta a Roma nell'ambito del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950.

La Convenzione, entrata in vigore il 26 ottobre 1955, con la L. 4 agosto 1955, n. 848, prevede sotto la rubrica “*Pas de peine sans loi*” ovvero “*No punishment without law*”<sup>26</sup>, che nessuno possa essere condannato per un'azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva infrazione secondo il diritto nazionale o internazionale<sup>27</sup>.

---

22 Art. 101 Costituzione italiana “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”

23 Art. 112 Costituzione italiana “Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

24 RONCO M., *La legge penale*, cit., 2; CHIAVARIO M., *Norma (Dir. Proc. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 439 ss.

25 Art. 7 CEDU “Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione, che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”.

26 È utile sottolineare la differenza tra “*law*” and “*loi*”, poiché mentre nel diritto francese ci troviamo di fronte ad una riserva di legge vera e propria, nel diritto anglosassone, che non conosce il monopolio della legge statale e attribuisce efficacia giuridica al precedente giudiziario, si statuisce una riserva di diritto scritto, piuttosto che una riserva di legge. Cfr GRANDE E., *Reato (dir. Comparato)*, in *Dig. Pen.*, XI, Utet, Torino, 1996, 279 ss.

27 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 3.

La stessa Convenzione prevede il rimedio giurisdizionale alla Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo, a favore della persona fisica che lamenti una violazione del principio di legalità.

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'assemblea delle Nazioni Unite, ed entrato in vigore il 15 dicembre 1975, con la L. 25 ottobre 1977, n. 881, statuisce anch'esso il principio di legalità, all'art. 15<sup>28</sup>, affermando che nessuno può essere per omissioni o azioni non costituenti reato secondo il diritto nazionale o internazionale al momento in cui sono state commesse, né con pena più grave di quella prevista al momento del fatto.

Il principio di legalità è affermato altresì nello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale agli art. 22<sup>29</sup>, 23<sup>30</sup> e 24<sup>31</sup>, adottato

---

28 Art. 15 Patto sui diritti civili e politici “Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne. Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni”.

29 Art. 22 Statuto istitutivo della Corte penale internazionale “Una persona è penalmente responsabile in forza del presente Statuto solo se la sua condotta, nel momento in cui viene realizzata, costituisce un crimine di competenza della Corte. La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna. Il presente articolo non impedisce che un comportamento sia qualificato come crimine secondo il diritto internazionale, indipendentemente dal presente Statuto”.

30 Art. 23 Statuto istitutivo della Corte penale internazionale “Una persona che è stata condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità alle disposizioni del presente Statuto”.

31 Art. 24 Statuto istitutivo della Corte penale internazionale “Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Statuto per un comportamento, precedente all'entrata in vigore dello Statuto. Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della

dalla Conferenza delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 e ratificato dall'Italia con la L. 12 luglio 1999, n. 232<sup>32</sup>.

Infine, il Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa, sottoscritto il 29 ottobre 2004, prevede all'art. II-109 il principio di legalità e proporzionalità dei reati e delle pene, utilizzando tuttavia, invece del termine “legge”, il termine “diritto”, al fine di abbracciare anche i sistemi di diritto comune<sup>33</sup>, che come vedremo, non conoscono il monopolio della legge statale e attribuiscono efficacia giuridica al precedente giudiziario<sup>34</sup>.

Nel nostro ordinamento il principio di legalità, oltre ad essere contenuto nella Costituzione, è altresì previsto negli art. 1 e 199 del c. p. i<sup>35</sup>.

### *3. Sviluppo storico del principio di legalità.*

Il contenuto e il significato del principio di legalità negli ordinamenti contemporanei è il frutto dello sviluppo progressivo dell'elaborazione filosofica e giuridica.

Presupposto necessario, ma non esclusivamente sufficiente, della legalità è l'affrancamento delle leggi penali dal diritto

---

sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole”.

32 CATENACCI M., *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2003, 153 ss.

33 RONCO M., *La legge penale*, cit., 4.

34 CADOPPI A., *Principio di legalità, Carta europea e law in action*, in PACIOTTI E., *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 775.

35 Art. 1 c. p. i “ Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”.

Art. 199 c. p. i “ Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”.

consuetudinario o giudiziario, vissuto come luogo dell'incertezza e dell'arbitrio, e il loro formalizzarsi per iscritto<sup>36</sup>.

Alla base di tale sviluppo vi sono due radici ben distinte: da una parte, vi è l'emergere dell'interesse del Sovrano dei moderni Stati nazionale di documentare in modo chiaro e certo la legge, affinché possano ottenere ubbidienza dai sudditi e contrastare l'autonomia assai spesso ostile del potere giudiziario<sup>37</sup>; dall'altra parte, affiora invece l'aspirazione alla garanzia del cittadino contro l'arbitrio nell'applicazione del diritto penale<sup>38</sup>.

Questi due interessi, talvolta in sintonia, talvolta in contrapposizione tra loro, hanno rivestito una distinta e significativa importanza per lo svilupparsi e l'imporsi del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>39</sup>.

L'analisi del processo storico impone di fare due precisazioni. In primo luogo bisogna dire che immaginare l'antico diritto penale come interamente lasciato all'incertezza e all'arbitrio sarebbe oltre che falso, anche assurdo<sup>40</sup>.

La storia scientifica del diritto penale è una materia decisamente recente<sup>41</sup>, pur tuttavia le ricerche avviate, soprattutto dagli storici di lingua francese, hanno evidenziato l'esistenza di una legalità *cotumière*<sup>42</sup>, fondata sul valore precedente del giudiziario e sul

---

36 RONCO M., *La legge penale*, cit., 8.

37 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 8

38 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 8.

39 KREY V., *Keine strafe ohne gesetz*, De Gruyter, Berlino, 1983, 12 ss; SCHREIBER H.L., *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Luchterhand Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1976, 110.

40 LANGUI A.-LEGIBRE A., *Histoire du droit penal*, I, Cujas, Paris, 1979, 5.

41 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 8.

42 LANGUI A.-LEGIBRE A., *Op. ult. Cit.*, 10 ss.

risponso dei giureconsulti, che fa rassomigliare il risalente diritto penale dei paesi continentali al diritto dei paesi di *common law* rimasto in vigore in area anglosassone<sup>43</sup>.

La molteplicità e l'intersecarsi delle fonti sconcertano assai grandemente i giuristi formati nella legalità legislativa, ma tale arbitrio non è necessariamente indice di arbitrio e sopraffazione, poiché il metodo casistico di previsione dei reati e delle pene e l'attitudine controversistica dei giureconsulti alle *ampliationes* e alle *limitationes* della regola contemplata per il caso particolare conducono non di rado a privilegiare l'accusato, in applicazione del principio del diritto comune secondo cui *in criminalibus* va scelta l'interpretazione più benigna<sup>44</sup>.

In secondo luogo va osservato che il processo verso la legalità legislativa ha il suo momento cruciale nell'opera di accentramento della competenza giuridica da parte del potere regio, che si estrinseca specialmente sul piano procedurale e non nel diritto sostanziale, volta a delimitare il potere giudiziario dei parlamenti e ad accrescere il potere centrale contro le autonomie territoriali.

Il processo verso la legalità legislativa corrisponde, almeno nella parte iniziale, al processo verso la concentrazione delle fonti giuridiche nel potere centrale dello Stato, secondo un disegno radicalmente nuovo in cui il potere non si limita a più a riconoscere il diritto comune preesistente, o al limite di integrarlo con norme

---

43 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 8.

44 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 9. Tuttavia in tale concezione si ritrova quel fallace orientamento che ritiene ammissibile l'analogia *in bonam partem* nel nostro ordinamento.

procedurali, bensì ad esserne il sovrano<sup>45</sup>.

L'affermazione espressa della riserva di legislazione risale a Montesquieu, la cui opera testimonia il passaggio, tra continuità e discontinuità, dai principi giuridici dell'antico regime a quelli dell'epoca liberale<sup>46</sup>.

Nella sua opera apparsa nel 1748, *De l'Esprit des Lois*, l'Autore, oltre a porre con chiarezza il problema penale nelle sue articolazioni essenziali e cioè il fondamento del diritto di punire, il rapporto tra crimini e pene, tra repressione penale e grado di libertà degli uomini<sup>47</sup>, ravvisa, come già affermato nel capitolo precedente, l'esigenza di protezione del cittadino dall'arbitrio del giudice penale nella separazione del potere giudiziario dal potere legislativo<sup>48</sup>, sul postulato che “*La bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en modérer ni la force ni la rigueur*”<sup>49</sup>.

A partire dalla seconda metà del XVIII secolo, nella matura stagione illuministica, l'evocazione della legalità diviene dirompente, sia come reazione all'incertezza e alla confusione del sistema delle fonti penali nel periodo del tardo assolutismo, sia come espressione della razionalità umana, di cui si farebbe invariabilmente eco la legge pronunciata dalla “volontà generale”, secondo la ben nota proposizione di Jean Jacques Rousseau<sup>50</sup>.

---

45 GENTILE F., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, 177, ove mette in luce la trasformazione del diritto mediante la costruzione dell'ordinamento giuridico dello Stato; RONCO M., *La legge penale*, cit., 10.

46 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 10.

47 FIORE C.-FIORE S., *Diritto penale, parte generale*, II ed., Utet, Torino, 26.

48 LICCI G., *Figure*, Cit, 24; ID., *Immagini*, Cit., 81; RONCO M., *La legge penale*, Cit., 11.

49 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit, 311.

50 ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005, 249 ss.

A una riflessione particolarmente impegnata sul valore di garanzia della legge perviene il circolo degli illuministi riuniti intorno alla rivista “Il Caffè”, da cui è scaturita l'opera del Beccaria.

Il postulato dell'intera riflessione è ben espresso in un articolo del Verri, nel quale egli afferma che la libertà politica verrebbe annichilita se il giudice diventasse legislatore<sup>51</sup>.

Ne *Dei delitti e delle Pene* Beccaria compendia plasticamente i vari aspetti di garanzia inerenti al principio di legalità ossia che soltanto la legge può determinare le pene, che si può punire soltanto per fatti previsti antecedentemente dalla legge, che la legge penale deve essere chiara e determinata al fine di escludere l'arbitrio del giudice<sup>52</sup>, secondo una scansione logica di principi giuridico-politici che è diventata classica ed universalmente riconosciuta<sup>53</sup>.

Sul piano legislativo fa eco per primo alle riflessioni degli illuministi l' *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, (la cd. “Giuseppina”), emanato dall'imperatore austriaco Giuseppe II, nel 1787, il cui § 1 statuisce il principio di legalità<sup>54</sup>. A tale monumento legislativo segue nel 1794 per gli Stati prussiani l' *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, che

---

51 VERRI P., *Sulla interpretazione delle leggi*, in Opere varie, I, Le monnier, Firenze, 209.

L'Autore scrive “Dunque si proibisca al giudice di interpretare la legge; dunque si riduca ad esser mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera”.

52 BECCARIA C., *Dei delitti*, Cit., 15 ss.

53 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 10.

54 §1 Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung “Nicht jede gesetzwidrige Handlung ist ein Kriminalverbrechen, oder sogenanntes Halsverbrechen, und sind als Kriminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen, und zu behandeln, welche durch gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden”. Nel *Proemium* Giuseppe II esprime bene l'ideologia dell'assolutismo illuminato di concentrare nella legge il potere di punire sia per rimarcare la sovranità dello Stato, sia per impedire l'arbitrio dei giudici.

prevede tale principio al § 9<sup>55</sup>.

Per la Francia provvide a statuire il principio di legalità l'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo<sup>56</sup>.

Il primo codice penale francese, risalente al 26 settembre- 26 ottobre 1791 cerca di tradurre in norme le idee del Beccaria relative alla rigorosa previsione da parte della legge delle sanzioni penali<sup>57</sup>. Non solo stabilisce il divieto di grazie e di commutazione delle pene, ma instaura, contro l'arbitrio del giudice dell'*ancien droit* penale, sistemi di pene fisse, stabilite con estrema precisione, che il giudice deve applicare meccanicamente, senza alcuna considerazione per le circostanze o le modalità con cui è stato commesso il reato o per la personalità del delinquente<sup>58</sup>.

Il periodo del Terrore risulta solo formalmente imperniato sulla sovranità della legge, poiché viene travolto e rinnegato ogni aspetto di effettiva garanzia del cittadino contro l'arbitrio tanto del potere legislativo, quanto di quello esecutivo o di quello giudiziario, solidali tra loro nell'attuazione di una repressione penale che si esplica in forme terroristiche<sup>59</sup>.

Vanno ricordate al riguardo la *Loi des suspects* del 17 settembre 1793 che contempla l'arresto di tutti coloro che, per la loro

55 §9 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten “ Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein wirklicher nachtheil entstuden seyn sollte”.

56 Art. 8 Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo “La loi ne doit établir, que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée”.

57 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 13.

58 LANGUI A., *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici preunitari e il Codice zanardelli*, Cedam, Padova, 1993, 38 ss; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 13.

59 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 13.

condotta, per le loro relazioni o i loro propositi e scritti si siano mostrati “partigiani della tirannia o nemici della libertà (art. 2 *Loi de suspects*)<sup>60</sup>, e il decreto 10 marzo 1793, relativo alla composizione e all'organizzazione del Tribunale criminale straordinario, che prevede l'abolizione del principio di irretroattività della legge penale (art. III del titolo II decreto 10 marzo 1793)<sup>61</sup>.

Conclusosi il periodo del parossismo rivoluzionario, il principio di legalità fu riproposto in Francia dal *Code Pénal* napoleonico del 1810 all'art. 4<sup>62</sup> e, nell'area linguistica tedesca, dal codice penale per il Regno di Baviera del 1813<sup>63</sup>, nonché dal Codice penale prussiano del 1851<sup>64</sup>.

A Feuerbach, uno dei fondatori della moderna scienza del diritto penale, cui si deve il codice penale bavarese del 1813, si fa

---

60 Art. 2 decret du 17 septembre 1793 relatif aux gens suspects “ Sont réputés suspects:ceux qui, soit par leur conduite, soit par leur relations, soit par leur props ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté; ceux qui ne pourront pas justifier, de la maniere prescrite par le décret du 21 Mars dernier, de leurs moyens d'exister et de l'acquit de leurs devoir civiques; ceux a qui il a été refusé des certificats de civisme; les fonctionnaires publics suspendus ou destitués de leurs fonctions par la Conventione nationale ou ses commissaires, et non réintégréés, notamment ceux qui ont été ou doivent être destitués en vertu du decret 14 août dernier; ceux des ci-devants nobles, ensemble les maris, femmes, pères, mères, fils ou filles, frère sou soeurs,et agens d'émigrés, qui n'ont pas constamment manifesté leur attachement à la révolution, ceux qui ont émigré dans l'intervalle du 1er juillet 1789 à la publication du décret du 30 mars-8 avril 1792, quoiqu'ils soient rentrés en France dans le délai fixé par ce decret, ou précédemment”.

61 Per il testo completo delle due leggi cfr. FAYARD J.F., *La justice révolutionnaire. Chronique de la Terreur*, Paris, 1987, 287 ss.

62 Art. 4 Code pénal 1810 “ Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées per la loi avant qu'ils fussent commis”.

63 Art. 1 Codice penale Regno di Baviera “ Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein gesetz ein gewisses Uebel als seiner Strafe unterworfen. Und so wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter ersatz die verdiente Strafe”.

64 § 2 Codice penale prussiano “ Kein Verbrechen, kein vergehen und keine Uebertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die handlung begangen wurde”.

normalmente risalire il brocardo latino “*nullum crimen sine lege*”, che sostituisce il compendio semplificato delle tre distinte formule rinvenibili nella sua opera e cioè: “*nulla poena sine lege*”, “*nulla poena sine crimine*”, “*nullum crimen sine poena legali*”<sup>65</sup>.

Il fondamento del principio sta in Feuerbach non soltanto nella tutela del cittadino dall'arbitrio giudiziario, ma anche nell'esigenza che le legge eserciti in modo pieno la sua funzione di intimidazione psicologica<sup>66</sup>.

Nell'area penalistica di lingua tedesca alla concezione di Feuerbach si contrappone il pensiero del grande criminalista Karl Binding, che svolge una radicale contestazione del principio di legalità e del divieto di analogia<sup>67</sup>.

Una tal critica va inserita all'interno della sua concezione del diritto e della norma penale, per cui la norma penale regola il rapporto tra lo Stato e l'autore del reato, mentre i precetti che costituiscono il presupposto della legge penale non sarebbero parti costitutive di questa, bensì norme autonome di diritto pubblico<sup>68</sup>.

Per Binding la norma penale si limita a porre la sanzione della violazione dei doveri giuridici fondamentali previsti nell'intero ordinamento, dunque né la legge penale è idonea a fornire la direttiva di azione per il destinatario, né la conoscenza della legge penale è il presupposto indispensabile del delitto, di cui, invece, è premessa essenziale la conoscenza della norma o, meglio, del

65 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 14; CATTANEO M., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano, 1970, 446 ss.

66 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 15; CATTANEO M., *Anselm feuerbach*, Cit., 446.

67 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 15.

68 BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 19 ss; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 15.

dovere giuridico che su di essa si fonda<sup>69</sup>.

Il principio di legalità non possiede quindi per Binding alcun significato sul piano penalistico, in aperto contrasto col Feuerbach.

Per quanto riguarda il divieto di analogia, possiamo brevemente aggiungere che secondo il Binding tale divieto risulta essere assurdo, poiché la critica dell'Autore si avvale del rilievo che l'analogia è lo strumento attraverso cui l'interprete fa emergere il diritto latente in qualsiasi campo dell'ordinamento, ivi compreso il diritto costituzionale, la cui lettera dovrebbe pesare assai di più della disposizione penale<sup>70</sup>, onde per cui l'esclusione dell'analogia per il solo diritto penale costituirebbe una stridente contraddizione<sup>71</sup>.

Inoltre il fatto che il divieto sia posto per proteggere l'accusato, secondo Binding, rasenta il ridicolo, infatti il rischio di lasciare impuniti gravi delitti per attenersi alla lettera della legge imporrebbe non soltanto di consentire l'analogia, ma di esigerla da parte del giudice, ché quest'ultimo non è uno strumento cieco, ma il vivente rappresentante della legge, che interviene laddove il legislatore non può intervenire<sup>72</sup>.

Franz von Listz, fine giurista e filosofo, fondatore della scuola moderna del diritto penale<sup>73</sup>, rispondendo a coloro che volevano

69 BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 20; RONCO M., *La legge penale*, Cit., 16.

70 BINDING K., *Op. Ult. Cit.*, 27.

71 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 16.

72 BINDING K., *Op. Ult. Cit.*, 27. Fortunatamente la posizione di Binding, per quanto autorevole, risulta isolata, tuttavia è già possibile ritrovare in tale Autore teorie utilizzate, molti anni dopo, dai sostenitori delle posizioni contestualistiche e non-interpretivistiche.

73 VON LISTZ F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätprogramm 1882)*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905.

mettere in disparte il codice penale, ricorda che l'apparato normativo codicistico ha per scopo la limitazione del potere di punire dello Stato grazie all'individuazione dei presupposti della punibilità e del contenuto delle pene e nell'interesse della libertà individuale<sup>74</sup>.

Nell'area linguistica italiana il principio di legalità riceve pieno ed incontrastato accoglimento sin dalle legislazioni preunitarie, sia nel codice penale del regno delle Due sicilie, in cui viene affermato all'art. 60 il principio per cui “niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso”, sia nel codice penale per gli Stati sardi del 1859<sup>75</sup>, sia nel codice penale toscano del 1853<sup>76</sup>.

Il primo codice penale dello stato unitario, ossia il codice penale del 1889, comunemente conosciuto come “codice Zanardelli”, contempla il principio di legalità all'art.1<sup>77</sup>, con formulazione pressoché identica a quella del codice del 1930, ove l'avverbio “espressamente”, per indicare la condizione indispensabile perché un fatto sia punibile, fu inserito sin dalle prime sedute della Commissione preparatoria allo scopo di escludere “ogni argomentazione o cavillo volti ad ammettere l'analogia”<sup>78</sup>.

74 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 16. In questa guisa, per quanto paradossale possa sembrare, per von Listz il codice penale costituisce la *Magna Charta* del delinquente, cfr VON LISTZ F., *Die determinischen Gegner der Zweckstrafe (1893)* in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905, 60.

75 Art. 3 Disp. prel. codice penale per gli Stati sardi 1859 “Nessun reato può punirsi con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso”.

76 Art. 1 codice penale toscano 1853 “ Sono punibili le sole azioni positive, o negative, con le quali è stata violata una Legge Penale antecedentemente promulgata”.

77 Art. 1 codice penale italiano 1889 “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite. I reati si distinguono in delitti e contravvenzioni”.

78 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 17; *Il progetto del codice penale pel Regno d'Italia coi lavori*

Nella dottrina italiana dei secoli XIX e XX non si riscontrano eccezioni all'accoglimento del principio di legalità come cardine del diritto penale e all'esclusione dell'applicazione analogica della legge penale, ciò vale sia per quelli di formazione liberale<sup>79</sup> sia per quelli che più da vicino sostengono lo Stato autoritario fascista<sup>80</sup>.

I regimi totalitari nazisti e comunisti del XX secolo accantonano il principio di legalità<sup>81</sup>.

La rivoluzione socialista sovietica lo rinnega, senza alcuna remora, sin dal principio con l'art.5 del decreto n.1 sul Tribunale del 5 novembre 1917 che attribuisce ai giudici il potere di giudicare in base alla “coscienza giuridica rivoluzionaria”, nel quadro di una completa svalutazione della legalità, vista come esclusivo portato della società borghese<sup>82</sup>.

Per quanto riguarda invece l'ordinamento nazionalsocialista, la legge 28 giugno 1935 sostituisce il brocardo feuerbachiano “*Nullum crimen sine lege*” con quello opposto “*Keine verbrechen ohne Strafe*”, segnando il primo passo per la demolizione dello stato

---

*preparatori per la sua compilazione raccolti ed ordinati sui documenti ufficiali, cfr. il verbale seduta del 18 dicembre 1866, durante la quale il prof. Giampaolo Tolomei propose di aggiungere alla parola “disposizione di legge” la voce “espressa” e la Commissione, pur sottolineando che il termine “disposizione di legge” chiarisse già che la legge doveva essere espressa, tuttavia, per escludere ogni possibile “argomentazione o cavillo” a favore dell'analogia, delibera di aggiungere la voce “espressa”.*

79 FLORIAN E., *Trattato di diritto penale, parte generale*, I, Vallardi, Milano, 1926, 178; Grispiigni, *diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 307.

80 MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, parte generale*, I, Bologna, 1937, 104. L'Autore postula il superamento del principio di legalità solo nello scritto successivo, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1939, 19 ss..

81 RONCO M., *La legge penale*, cit.,18.

82 CATTANEO M., *Stato di diritto e Stato totalitario*, Editrice universitaria, Ferrara, 1981, 198; MALINVERNI A., *Giudice, politica e interpretazione*, cit, in cui l'autore evidenzia come l'idea di far politica attraverso le sentenze sia un portato tipico del pensiero marxista; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*,18.

di diritto e la trasformazione della giustizia penale in persecuzione amministrativa<sup>83</sup>.

Infine, per concludere tale breve panoramica, bisogna aggiungere alcune considerazioni relative agli ordinamenti di *common law*. Nel diritto penale inglese ha faticato a farsi strada il principio di legalità così come inteso nei diritti continentali, tuttavia ciò non significa che l'arbitrio tanto del potere esecutivo quanto dell'ordine giudiziario non sia ragionevolmente contenuto dal vincolo della decisione al diritto consuetudinario e al precedente giudiziario<sup>84</sup>.

Va aggiunto che nei paesi di *common law* i giudici, fin dal XVII secolo, si rifiutarono di ampliare la sfera dei *common law crimes* di stampo giurisprudenziale, pungolando il Parlamento affinché fosse tale organo a legiferare in campo penale<sup>85</sup>; inoltre nei paesi di *Common law* non sussistono le stesse ragioni stringenti che impongono negli ordinamenti continentali- e in particolare nel nostro- il mantenimento del primato stretto della legge scritta, in particolare non affiorano le policentricità in sede giudiziaria, ben arginata dal legame al precedente, la diffusa sfiducia verso la magistratura e la correlativa politicizzazione di una parte di essa<sup>86</sup>.

---

83 RONCO M., *La legge penale*, Cit., 19.

84 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 19.

85 LICCI G., *Figure*, Cit., 144; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 20.

86 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 18.; VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, 71 ss.

#### 4. *I due genotipi della riserva di legge.*

Dopo il breve resoconto storico del paragrafo precedente, in cui si sono poste alcune delle basi che serviranno per il proseguo di tale intrapresa conoscitiva e in cui sono state elencati i testi e le proposizioni che statuivano il principio di legalità facendo una rassegna del diritto straniero e del diritto previgente nel nostro ordinamento, è giunto ora il momento di sviluppare alcuni profili comparatistici, cercando di comprendere quale sia la *ratio* del principio di legalità, o meglio di una delle sue dimensioni, all'interno di ordinamenti differenti.

Il principio di legalità risponde, come detto, all'esigenza di prevenzione generale nonché di certezza delle incriminazioni e di tutela della libertà personale, che può essere compressa solo mediante atti che siano espressione di un potere riconducibile alla sovranità popolare, emanati a seguito del procedimento previsto dalla Costituzione per la formazione degli atti legislativi.

Il significato del principio costituzionale di legalità può essere meglio compreso tentando di scomporlo nelle dimensioni negative e positive in cui esso si articola. Dimensioni negative sono quelle attinenti alla gerarchia delle fonti (riserva di legge), all'interpretazione della legge (divieto di analogia), alla successione di leggi nel tempo (divieto di retroattività). La dimensione positiva riguarda la sufficiente determinatezza della legge<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> LICCI G., *Figure*, Cit., 143; GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2013, 80.

La prima dimensione del principio di legalità è costituita dalla riserva di legge. Essa riguarda la fonte che può introdurre, modificare o abrogare una fattispecie incriminatrice e comporta il divieto di punire un determinato fatto in mancanza di una disposizione di legge che lo configuri come reato; dunque la locuzione “riserva di legge” sta ad indicare che la normazione di una determinata materia è riservata alla fonte legislativa.

Mediante tale locuzione però il linguaggio giuridico esprime un principio che presenta più significati corrispondenti a genotipi differenti<sup>88</sup>.

Il primo genotipo, di origine italo-tedesca, attribuisce al principio della riserva di legge il significato di limite interno rispetto alle esigenze estrinseche di un sistema punitivo. In base a questa corrente di pensiero è necessario che la misura punitiva sia conosciuta dai destinatari, affinché l'ordinamento penale possa assolvere alla propria funzione deterrente.<sup>89</sup> La ratio del principio è dunque di certezza del diritto. Da questa idea nasce l'enunciazione da parte del criminalista tedesco Anselm von Feuerbach- anche grazie al termine medio dell'opera di Beccaria<sup>90</sup>- del brocardo “*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*”<sup>91</sup>.

Il principio della riserva di legge, così come inteso da Feuerbach, è perciò funzionale agli scopi dell'ordinamento penale e risponde ad una razionalità intrinseca al sistema punitivo: esso costituisce

---

88 LICCI G., *Figure*, Cit., 144.

89 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 144.

90 BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Cit., 1994.

91 FEUERBACH VON A., *Lehrbruch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen, 1847.

un'auto-limitazione da parte del legislatore penale, il quale sacrifica la globalità delle pretese di condizionamento sociale all'efficacia del sistema.<sup>92</sup>

È entro questo contesto il già citato insigne penalista tedesco di fine Ottocento come Franz von Listz non esita a definire il principio di legalità come *Magna Charta* del reo<sup>93</sup>.

Opposta a questa concezione del principio di riserva di legge è quella tipica del giurista francese del periodo rivoluzionario.

Il significato del principio in base al quale nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto, se non nei casi e nelle forme determinati dalla legge, contenuto nell'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, ha per scopo fondamentale quello di porre una limitazione al potere punitivo e di cancellare quello che era il sistema punitivo dell'*ancien regime*, caratterizzato da un processo istruttorio segreto e privo di regole probatorie, diretto discrezionalmente da un funzionario regio<sup>94</sup>.

Sicché l'unico soggetto competente a decidere sulle pretese punitive è l'organo democraticamente eletto ed espressione della Sovranità popolare, ossia l'assemblea parlamentare, rispetto alla quale il giudice si pone come uno strumento esecutivo rigorosamente vincolato, quest'ultimo si trova dunque ad essere semplicemente, secondo la famosa declamazione, “*la bouche de loi*”<sup>95</sup>.

---

92 LICCI G., *Figure*, Cit., 144.

93 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte generale*, a cura di CONTI L., 2003, Cit. 146.

94 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 144.

95 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Cit, 311.

Tutt'altra dimensione assume infine il genotipo della riserva di legge nell'ordinamento anglosassone. Nel mondo di *common law* il giudice è storicamente portatore di istanze garantiste a tutela delle libertà individuali<sup>96</sup>, dunque il timore del giurista anglosassone si rivolge nei confronti del potere esecutivo.

La giustificazione dell'attività produttiva di diritto dei giudici di *common law*, trae origine dalla teoria dichiarativa del diritto, in forza del quale il giudice non crea le incriminazioni, poiché si limita a verbalizzare regole e principi pre-esistenti e richiamati tramite il precedente giudiziario<sup>97</sup>.

Le criticità di una tale teoria tuttavia emergono chiaramente; infatti, soprattutto qualora manchino dei precedenti, una tale concezione può condurre all'incriminazione di fatti in precedenza considerati leciti, creando di fatto una legislazione successiva alla commissione del fatto (*post-factum legislation*)<sup>98</sup>.

Per tale motivo, a partire dal milleseicento, i giudici inglesi, in maniera corretta ed avveduta, si rifiutarono di ampliare la sfera dei *common law crimes* di stampo giurisprudenziale, sollecitando ed infine obbligando il Parlamento ad esercitare una delle sue funzioni, ossia quella di legiferare nella materia penale<sup>99</sup>.

Nei tre genotipi analizzati, la riserva di legge assolve tre finalità completamente differenti: certezza del diritto nel genotipo di tedesco formulato da Feuerbach, garanzia del cittadino nei confronti

---

96 PALICI DI SUNI PRAT E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, 148.

97 LICCI G., *Figure*, Cit., 146.

98 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 145.

99 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 145.

del potere giudiziario nel genotipo di stampo francese, garanzia del cittadino nei confronti del potere esecutivo nel genotipo inglese<sup>100</sup>.

### *5. La riserva di legge nell'ordinamento italiano*

Come già affermato in precedenza, il principio della riserva di legge all'interno dell'ordinamento italiano presenta due formulazioni, quella contenuta negli art. 1 c.p.i e quella contenuta nell'art. 25 della Costituzione.

Dal raffronto tra le due disposizioni summenzionate, sorge il problema di stabilire se il principio di legalità abbia la medesima estensione, nonostante la diversa formulazione, dato che il testo costituzionale non fa riferimento alle “pene” e non presenta l'avverbio “espressamente”.

La diversa formulazione non deve però trarre in inganno, la disposizione costituzionale infatti non può avere un significato differente rispetto alla disposizione codicistica<sup>101</sup>: sarebbe contraddittorio ritenere che il legislatore costituente, intenzionato a recuperare le dimensioni garantistiche del principio di legalità dopo

---

100 LICCI G., *Figure*, Cit., 145.

101 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 49.

la dittatura, restringesse l'ambito di tale fondamentale principio<sup>102</sup>.

Sia la formulazione costituzionale, che quella pre-costituzionale contenuta nel codice penale, esprimono una regola di validità proveniente dall'esterno del sistema sanzionatorio, che costituisce un limite alla pretesa punitiva, limite dato dal monopolio parlamentare delle deliberazioni concernenti la distinzione tra penalmente rilevante e penalmente indifferente<sup>103</sup>.

Nell'ordinamento italiano dunque, il principio in questione, risponde ad una ratio di garanzia, poiché nel caso rispondesse ad una ratio di certezza, sarebbe sufficiente una riserva di regolamento, senza alcun bisogno di una riserva di legge<sup>104</sup>.

Solo una legge, emanata da un Parlamento democraticamente e liberamente eletto, tutela i consociati da possibili arbitrî, ed offre garanzie di imparzialità e legittimazione, il cui rispetto deve essere massimo, ogni volta in cui sia in gioco il bene supremo della libertà del cittadino<sup>105</sup>.

La garanzia è perciò rivolta a tutelare il cittadino nei confronti del potere giudiziario, conformemente al genotipo francese, quando quest'ultimo esorbiti le sue competenze e si faccia portatore di una personale politica in materia penale, differente da quella prevista dall'organo legislativo<sup>106</sup>.

Ora bisogna però risolvere derivante dal termine “legge”

---

102 BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 229 ss. La Corte costituzionale ha affermato la perfetta coincidenza tra art.1 c.p.i e art.25 Cost, nella sentenza 27/1961.

103 LICCI G., *Figure*, Cit., 147.

104 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 147.

105 GROSSO C. F.- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 82.

106 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 148.

contenuto nell'art. 25 della Costituzione. Più esattamente bisogna rispondere al seguente interrogativo: possono le leggi regionali prevedere fattispecie penali?

Procediamo con ordine. Pacificamente possono essere fonti del diritto penale le leggi costituzionali ( come ad esempio la L. cost. n.1 del 16 gennaio 1989 in materia di procedimenti penali per i reati ministeriali), le leggi formali o ordinarie, poste in essere con il meccanismo previsto dall'art. 72 della Costituzione ed infine i decreti governativi in tempo di guerra, i cosiddetti bandi militari<sup>107</sup>.

Maggiori problemi vengono invece sollevati dalle leggi in senso materiale: cioè leggi delegate e decreti-legge, soprattutto con riguardo a tale ultima fonte. Infatti nel nostro Paese, a partire da metà degli anni Settanta, tale strumento è stato utilizzato in maniera frequentissima- per non dire esclusiva- per far fronte all'emergenza terroristica e mafiosa<sup>108</sup>. Il ricorso alla forma del decreto legge è sempre stato giustificato con le ragioni costituzionali di necessità ed urgenza, e queste con la gravità sociale e l'imprevedibilità dei fatti connessi ai fenomeni mafiosi e terroristici<sup>109</sup>.

La dottrina dominante ritiene che entrambi questi atti possano essere fonte del diritto penale, senza che la ratio di garanzia venga meno, perché in entrambi i casi sarebbe garantito un adeguato controllo del parlamento sull'attività normativa penale del governo<sup>110</sup>. Parte della dottrina<sup>111</sup> ha invece rilevato alcune

107 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 82.

108 ALEO S., *Sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2008, 37.

109 ALEO S., *Op. Ult. Cit.*, 37.

110 ALEO S., *Op. Ult. Cit.*, 36; MARINI G., voce *Nullum crimen*, In *Enc. Dir.*, XXVIII, 1978; GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Op. Ult. Cit.*, 84.

111 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 49.

difficoltà, specialmente con riguardo al decreto-legge, dato che le ragioni di necessità ed urgenza che portano ad adottare tali atti, sono in contrasto con le esigenze di ponderazione e riflessione che non possono essere eluse in sede di criminalizzazione delle condotte umane<sup>112</sup>.

La giurisprudenza costituzionale è intervenuta, con riferimento ai decreti legge in materia penale, riconoscendo ai decreti legge la possibilità di disciplinare la materia penale<sup>113</sup>.

La ratio di garanzia individua dunque nel Parlamento l'organo più adatto a deliberare decisioni dotate del massimo grado di ponderazione e ragionevolezza, in virtù della sua composizione elettiva con metodo libero e democratico, della sua capacità di dare la possibilità alle minoranze di esprimere le proprie opinioni e di controllare l'operato della maggioranza e del governo, delle sua rappresentatività della popolazione nazionale<sup>114</sup>.

La riserva di legge stabilita dall'art. 25 della Costituzione è dunque una riserva di legge dello stato, il che preclude la possibilità che le leggi regionali possano prevedere delle disposizioni in

---

112 CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, Giuffrè, Milano, 1970; Dolcini, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1999, 12 ss.

113 C. Cost., 29 luglio 1996, n. 330. Tale sentenza afferma che “ Non esiste un principio costituzionale che impedisca ai decreti legge di disciplinare la materia penale, tenuto conto, rispetto alla riserva di legge sancita in proposito dall'art. 25 Cost., che anche tali decreti hanno forza di legge, purché nel rigoroso rispetto dei presupposti costituzionali ad essi inerenti”. La Corte inoltre, in una successiva pronuncia (C. cost. 20 ottobre 1996, n. 360, ha ritenuto illegittima la prassi di reiterare, più volte, allo spirare dei sessanta giorni, un decreto legge non convertito, Tale pronuncia, anche se relativa ad un campo diverso da quello penale, ha comunque l'importantissimo effetto di impedire al potere esecutivo di rendere vigente, per mesi o addirittura anni, un provvedimento che potrebbe essere anche un provvedimento penale- non convertito in legge, al di fuori di qualsiasi controllo parlamentare.

114 LICCI G., *Figure*, Cit., 148.

materia penale<sup>115</sup>.

A sostegno di tale esclusione si adducono varie e motivate argomentazioni: la scelta circa le restrizioni di beni fondamentali-qual è la libertà dell'individuo- non può che essere pertinenza dello Stato<sup>116</sup>; la riserva di competenza alla legge statale è anche una conseguenza della necessità che vi siano in tutto il territorio nazionale condizioni di uguaglianza nella fruizione della libertà personale, in violazione dell'art. 3 della Costituzione<sup>117</sup>; infine le norme penali di fonte regionale avrebbero come destinatari anche i cittadini di altre regioni, che si vedrebbero applicare norme incriminatrici da un organo privo nei loro confronti di qualsiasi tipo di rappresentatività<sup>118</sup>, il che inoltre contrasterebbe con l'art. 5 della Costituzione<sup>119</sup>.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha più volte confermato tale assetto<sup>120</sup>, giungendo nel 1989<sup>121</sup> a fornire la motivazione più

---

115 LICCI G., *Figure*, Cit., 149; VINCIGUERRA S., *Le leggi penali regionali*, Giuffrè, Milano, 1974; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2011, 39; PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 114; RAMACCI F., *Corso*, Cit., 80.

116 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 55.

117 Art. 3 Costituzione italiana: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

118 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Op. Ult. Cit.*, 39.

119 Art. 5 Costituzione italiana: "1. La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento".

120 C. Cost. 1956,n.6; C. Cost 1957, n. 21; C. cost. 1967, n.78; C. cost. 1969, n.62; C. cost. 1965, n. 64. Quest'ultima ha precisato che la riserva di legge si estende alle sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente punitive.

121 C. Cost. 1989, n. 487, in *Foro it.*, 1990, I, 26 ss

ricca ed approfondita, nella quale si afferma che: “ La criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può essere realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto) per la mancanza di una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società” e conclude statuendo che “il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale”.

Oggi il problema pare risolto, dal momento che il nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione<sup>122</sup>, riformato nel 2001, prevede che

---

122 Art. 117 Costituzione italiana La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea; b) immigrazione; c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose; d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi; e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie; f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo; g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali; h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale; i) cittadinanza, stato civile e anagrafi; l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa; m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale; n) norme generali sull'istruzione; o) previdenza sociale; p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane; q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale; r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno; s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di

l'ordinamento penale sia materia esclusiva della competenza dello Stato<sup>123</sup>.

Bisogna tuttavia soffermarsi su un ultimo aspetto problematico relativo alla riserva di legge ed alle leggi regionali, che per la verità è stato rilevato da una parte minoritaria della dottrina italiana<sup>124</sup>.

La formula prevista dall'art. 25 della Costituzione, impiega il verbo “punire”, assai ampio e generico, per esprimere la volontà di tutelare il cittadino da ogni forma di sanzione afflittiva e per questo motivo, contrariamente all'opinione dominante in dottrina, anche delle sanzioni amministrative interdittive e pecuniarie di carattere non ripristinatorio<sup>125</sup>; poiché costituisce illecito penale, in senso sostanziale, ogni fatto cui l'ordinamento ricollega una sanzione punitiva, si può concludere che anche gli illeciti amministrativi assistiti da sanzioni afflittive, siano esse interdittive o pecuniarie,

---

attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato. Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza. La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite. Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive. La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni. Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinate da leggi dello Stato”.

123 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 86.

124 LICCI G., *Figure*, Cit., 69-74, 149-150.

125 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 150.

costituiscono illeciti penali<sup>126</sup>.

Da questa considerazione, dovrebbe discendere logicamente l'illegittimità della L. 24 novembre 1981, n. 689, che sancisce la possibilità per i Consigli regionali e provinciali di porre in essere delle disposizioni contenenti illeciti sanzionati con misure formalmente amministrative, ma sostanzialmente punitive.

Tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, al fine di salvare l'impianto di riforma stabilito da tale legge, ha declassato la tutela prevista per il cittadino dal dettato costituzionale dell'art. 25 della Costituzione,<sup>127</sup> statuendo che per gli illeciti amministrativi non opera la tutela dell'art. 25 della Costituzione, bensì quella, decisamente più ampia, prevista dall'art. 23 della Costituzione<sup>128</sup>.

È decisamente paradossale che al giudice costituzionale italiano sfugga la *ratio* di garanzia connessa al monopolio della pretesa punitiva da parte del Parlamento<sup>129</sup>, tanto più che la stessa Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha equiparato, nel campo delle garanzie del cittadino, le misure penali alle misure punitive formalmente amministrative<sup>130</sup>, al fine di evitare che i Paesi aderenti possano aggirare gli obblighi assunti, tramite una semplice operazione nominalistica<sup>131</sup>. Basterebbe infatti utilizzare un

126 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 70; LICCI G., *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv.it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1982, 1004 ss.

127 C. cost. 1988, 447; C. cost. 1994, n. 159.

128 Art. 23 Costituzione "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

129 LICCI G., *Figure*, Cit., 150.

130 LUME F., *L'opposizione ad ordinanza- ingiunzione amministrativa*, Wolters Kluwer, Milano, 2008, 133.

131 Oztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, serie A n°73, § 49. Più recentemente il principio è stato ribadito con la sentenza Grande Stevens c. Italia, 4 marzo 2014, in tema di *ne bis in idem*, in *Giur. it.*, 7, 2014, Utet, Torino, 1642 ss.. I giudici di

semplice *escamotage* e qualificare come formalmente amministrative, sanzioni in realtà materialmente dissuasive e repressive, vanificando così le garanzie previste in materia penale.<sup>132</sup>

Si deve dunque sperare che l'autorità della Corte di Strasburgo induca gli organi italiani a considerare e rimuovere il *vulnus* arrecato al principio di legalità dalla L. 24 novembre 1981, n. 689, restituendo ai cittadini italiani la garanzia che nessuno possa essere sostanzialmente punito, se non in forza di una legge dello Stato<sup>133</sup>.

## 6. *Il principio di irretroattività.*

Il secondo fondamentale corollario del principio di legalità è il divieto di retroattività della legge penale, in forza del quale nessuno può essere punito per un fatto che non fosse già previsto come reato al momento del compimento del fatto stesso. Formulato per la prima volta nell'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino nel 1789<sup>134</sup>, nell'ottica di una *ratio* di garanzia dei

---

Strasburgo hanno rilevato che il sistema italiano non proibisce l'apertura di un procedimento penale *in idem* dopo l'adozione di una decisione di condanna per infrazioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente penali da parte della giurisdizione competente (il testo della sentenza è altresì consultabile su [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it) e sul sito del Ministero della Giustizia, [giustizia.it](http://giustizia.it)). Queste due pronunce riconoscono la bontà della lezione del Licci, il quale nel suo lavoro del 1982 “*Misure sanzionatorie finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*”, poneva fondate e numerose obiezioni ai sostenitori della depenalizzazione e della legge 689 del 1981.

132 LICCI G., *Figure*, Cit., 150.

133 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 150.

134 Art. 8 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 “Nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata prima del delitto e legalmente applicata”.

diritti dei cittadini<sup>135</sup>. In uno Stato di Diritto, ciascuno deve poter sapere, prima di tenere una determinata condotta, se da tale sua condotta potrà derivare una responsabilità penale e quali siano le sanzioni in cui potrà incorrere. Al contrario, se il giudice o il legislatore potessero disporre *ex post* della sua libertà personale, non ci troveremmo più in uno Stato di diritto, bensì in uno Stato Leviatano, in cui il cittadino sarebbe alla mercé dello Stato<sup>136</sup>.

L'irretroattività della legge in generale è un principio stabilito dall'art. 11, comma 1, disp. prel.<sup>137</sup> per tutte le categorie di leggi<sup>138</sup>.

Tale principio tuttavia non è costituzionalizzato per settori dell'ordinamento diversi da quello penale, poiché anche in ordine ad un aspetto gravoso come quello delle prestazioni patrimoniali o personali previste dall'art. 23 della Costituzione italiana<sup>139</sup>, il legislatore si è limitato a sancire il solo principio di legalità<sup>140</sup>.

Per la materia penale, al contrario, stante la sua delicatezza, l'art. 25 della Costituzione ha sancito entrambi i principi.

Tuttavia, il principio di irretroattività, statuito all'art.2 del codice penale italiano<sup>141</sup>, vale soltanto per ciò che attiene alla previsione

135 LICCI G., *Figure*, Cit., 192; PODO C., voce *Successione di leggi penali*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII ed., Utet, Torino, 1971, 667; SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969, 95 ss;

136 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 93.

137 Art. 11 disp. prel. “La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purché non preceda quella della stipulazione”.

138 CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Cedam, Milano, 2005, 41.

139 Art. 23 Costituzione italiana “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

140 CARACCIOLI I., *Op. Ult. Cit.*, 41.

141 Art. 2 c.p.i. “ Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si

del reato e della pena (in senso stretto), poiché lo stesso non vale per un'altra fondamentale categoria di sanzioni, cioè le misure di sicurezza, dato che il legislatore, all'art. 200 c.p.i.<sup>142</sup> introduce, per le stesse, la regola della possibile applicazione di una misura di sicurezza prevista da una legge successiva alla commissione del fatto<sup>143</sup>.

Una componente della dottrina tende ad affidare al principio di irretroattività anche una funzione di certezza del diritto, tuttavia questo non può ritenersi corretto.

Infatti tale opinione è revocabile, qualora si rilevi come una *ratio* di certezza renderebbe inderogabile il principio di irretroattività: non sarebbero perciò consentite discipline che prevedono la prevalenza della legge successiva più favorevole, rispetto a quella in vigore al momento della commissione del fatto. Il significato del principio di irretroattività, compatibile con la retroattività della norma successiva più favorevole, statuisce non già nell'impossibilità di un trattamento diverso, ma nel divieto di un trattamento più severo rispetto al momento del fatto<sup>144</sup>.

---

converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti. Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti.

142 Art. 200 c.p.i. “ Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione. Le misure di sicurezza si applicano anche agli stranieri, che si trovano nel territorio dello Stato. Tuttavia l'applicazione di misure di sicurezza allo straniero non impedisce l'espulsione di lui dal territorio dello Stato, a norma delle leggi di pubblica sicurezza”.

143 CARACCIOLI I., *Manuale*, Cit., 42.

144 LICCI G., *Figure*, Cit., 193.

Dunque anche questo secondo profilo del principio di legalità è dettato senza dubbio da una ratio di garanzia<sup>145</sup>, come affermato in più occasioni dalle pronunce della giurisprudenza costituzionale<sup>146</sup>. Resta da aggiungere un'ultima notazione attinente al principio di irretroattività della legge penale.

Il quarto comma dell'art. 2 c.p.i ha per oggetto l'ipotesi di modifica della disciplina che tuttavia mantenga la continuità dell'incriminazione e stabilisce il principio dell'applicabilità della disposizione più favorevole al reo<sup>147</sup>.

In base a questa disciplina, nel caso di incriminazione, si applicherà il principio "*tempus regit actum*", cioè la legge in vigore al tempo del commesso reato, quando la nuova disposizione riformi *in peius* la normativa precedente, mentre si applicherà la nuova disciplina retroattivamente la nuova disciplina, se più favorevole rispetto alla disciplina pregressa<sup>148</sup>.

Per mezzo di tale disposizione la maggioranza della dottrina ritiene che il nostro ordinamento sia informato ad un principio generale di *favor rei*, il che costituisce una conclusione erronea come si dimostrerà nel proseguo della trattazione.

---

145 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 75.

146 C. Cost. 19 febbraio 1985, n. 52, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 251 ss; C. cost. 23 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686 ss; C. cost. 8 novembre 2006, n. 394, in *Giur. Cost.*, 2006, 4127 ss. In particolare tale ultima pronuncia nella quale la Corte espressamente afferma che "il principio di irretroattività della norma penale [...] si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore".

147 LICCI G., *Figure*, Cit., 194.

148 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 195.

## *7. Il principio di sufficiente determinatezza.*

Il principio di legalità sarebbe formalmente rispettato, ma sostanzialmente aggirato, se la legge che individua un comportamento e lo configura come reato, fosse formulata in maniera così generica da non permettere di individuare con precisione il comportamento penalmente sanzionato: da questo problema deriva il terzo corollario del principio di legalità, ossia il principio di sufficiente determinatezza o tassatività della fattispecie penale<sup>149</sup>.

Il principio di tassatività riguarda dunque la formulazione delle fattispecie criminose e tende a salvaguardare i cittadini contro gli abusi del potere giudiziario<sup>150</sup>.

Più precisamente possiamo avere un'insufficiente determinatezza per vizio di significatività della disposizione di legge, che riguarda l'incapacità della disposizione di esprimere un messaggio comprensibile, e un'insufficiente determinatezza per vizio di ragionevolezza, qualora la disposizione normativa risente di incongruità logiche, nonostante sia in grado di fornire un messaggio intellegibile<sup>151</sup>.

È dunque necessario che i cittadini possano concretamente

---

149 PALAZZO F., *Il principio di determinatezza in diritto penale*, Giuffrè, Padova, 1979, 1 ss.

150 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 67; LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1989; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 64; RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979; SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. Dir. Pro. Pen.*, 1976, 50 ss.

151 LICCI G., *Figure*, Cit., 151.

individuare tutti gli elementi costitutivi delle disposizioni penali previste da una legge<sup>152</sup>. La dottrina e la giurisprudenza tendono erroneamente a ricondurre il principio di ragionevolezza all'art. 3 della Costituzione italiana, quando sarebbe invece più corretto ricondurre il principio di sufficiente determinatezza all'art. 25 della Costituzione, in quanto tale principio si pone come corollario come del più ampio principio di legalità previsto da tale articolo<sup>153</sup>.

Nel quadro di una *ratio* di garanzia il principio risulta rivolta ad evitare che il giudice, a causa dell'eccessiva genericità o dell'illogicità della disposizione della disposizione normativa, possa conferire autonomamente e arbitrariamente significati contrari alla *voluntas legis*. Simmetricamente, nel quadro di una *ratio* di certezza, il principio è rivolto al cittadino, permettendogli concretamente di conoscere la legge<sup>154</sup>.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto tali due dimensioni del principio di tassatività, pronunciandosi per quanto riguarda la dimensione della certezza del diritto nel 1988<sup>155</sup> e per quanto riguarda la dimensione di garanzia nel 1981<sup>156</sup>. Tuttavia entrambe le pronunce non vanno esenti da censure. La sentenza del 1988 ha attribuito rilevanza alla non riconoscibilità dei contenuti legislativi *sub specie* è frutto di un equivoco. Una disposizione legislativa non sufficientemente determinata è contraria al principio di legalità previsto dall'art. 25, c.2, della Costituzione e risulta

---

152 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, cit., 125.

153 LICCI G., *Figure*, Cit., 152.

154 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 152.

155 C. cost. 23 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686 ss

156 C. cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1981, 830 ss

dunque illegittima<sup>157</sup>. Se un contenuto normativo non è riconoscibile, la conseguenza non è l'esenzione da pena dell'imputato e dunque l'assoluzione per assenza di colpevolezza da parte di costui, ma più logicamente, l'espunzione della disposizione legislativa dal sistema; solo successivamente alla declaratoria di illegittimità costituzionale, avremo la non sottoponibilità dell'imputato ad una sanzione penale.<sup>158</sup>

La sentenza della Corte costituzionale del giugno 1981 invece si pronuncia a favore della dimensione garantistica del principio di tassatività dichiarando l'illegittimità dell'art.603 del codice penale<sup>159</sup>, che puniva il delitto di plagio.

Per la prima volta l'illegittimità costituzionale veniva motivata in termini di significatività e ragionevolezza della proposizione normativa, utilizzandoli come parametri fondamentali per la determinatezza della norma penale<sup>160</sup>. Per un verso, la Corte costituzionale richiede “una descrizione intellegibile della fattispecie astratta, sia pure attraverso l'impiego di espressioni indicative di valore”, per l'altro, è postulato che “nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base alla legge”<sup>161</sup>.

La Corte dunque pone in essere in un autonomo controllo sulla determinatezza della norma superando una dimensione meramente

---

157 LICCI G., *Figure*, Cit., 153.

158 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 412.

159 Art. 603 c.p.i (abrogato) “Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni”.

160 LICCI G., *Ragionevolezza e Significatività*, Cit., 72.

161 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 72.

linguistica dell'indagine e adottando criteri di intellegibilità e ragionevolezza<sup>162</sup>.

Infine, nell'ambito della ragionevolezza, va conferito un peculiare significato all'indagine circa la corrispondenza della fattispecie astratta alla realtà empirica verificabile alla luce delle attuali conoscenze<sup>163</sup>.

Infatti, se la disposizione dell'art. 25 della Costituzione “Impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimono fattispecie corrispondenti alla realtà”<sup>164</sup>.

L'art. 603 c.p.i venne per l'appunto censurato sotto il profilo attinente alla sua formulazione, in quanto, secondo la Corte costituzionale, non sarebbe correlabile alla realtà storico-naturalistica, rendendola incapace di consentire una razionale applicazione concreta sulla base della sua struttura<sup>165</sup>.

La Consulta, escluse che il messaggio normativo alludesse ai fenomeni della riduzione in schiavitù previsto dall'art. 601 c.p.i<sup>166</sup>,

162 LICCI G., *Ragionevolezza e significatività*, Cit., 73.

163 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 73.

164 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 73.

165 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 74. Le altre argomentazioni utilizzate dalla Corte, cioè la polisemia del *nomen delicti*, la rarità dei giudizi di plagio e la difficoltà di delineare i confini tra queste e le altre norme protettive dello stesso valore, non appaiono infatti di rilievo decisivo.

166 Art. 601 c.p.i “Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'art. 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione

del sequestro di persona previsto dall'art. 605 c.p.i<sup>167</sup> e dello stato di incapacità procurata stabilito dall'art. 613 c.p.i<sup>168</sup>.

La Corte costituzionale in tale occasione non ebbe sufficienti capacità per identificare quale realtà costituisse il referente extranormativo di questa speciale forma di abuso della credulità e della suggestionabilità altrui, affidandosi dunque ad un'eccessiva fiducia nella razionalità umana<sup>169</sup>. Infatti, a partire dalla fine del millennio, vi è stata una brusca e preoccupante rinascita del fanatismo religioso e con essa l'aberrante prassi, da parte di genitori, demagoghi e da sedicenti uomini di religione- aiutati nel loro spregevole compito anche da un uso distorto delle nuove

---

da otto a venti anni”.

167 Art. 605 c.p.i “Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni. La pena è della reclusione da uno a dieci anni, se il fatto è commesso:1) in danno di un ascendente, di un discendente, o del coniuge ;2) da un pubblico ufficiale, con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni. Se il fatto di cui al primo comma è commesso in danno di un minore, si applica la pena della reclusione da tre a dodici anni. Se il fatto è commesso in presenza di taluna delle circostanze di cui al secondo comma, ovvero in danno di minore di anni quattordici o se il minore sequestrato è condotto o trattenuto all'estero, si applica la pena della reclusione da tre a quindici anni. Se il colpevole cagiona la morte del minore sequestrato si applica la pena dell'ergastolo. Le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite fino alla metà nei confronti dell'imputato che si adopera concretamente:1) affinché il minore riacquisti la propria libertà;2) per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura di uno o più autori di reati;3) per evitare la commissione di ulteriori fatti di sequestro di minore”.

168 Art. 613 c.p.i “Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona, senza il consenso di lei, in stato di incapacità d'intendere o di volere, è punito con la reclusione fino ad un anno. Il consenso dato dalle persone indicate nell'ultimo capoverso dell'articolo 579 non esclude la punibilità. La pena è della reclusione fino a cinque anni:1) se il colpevole ha agito col fine di far commettere un reato; 2) se la persona resa incapace commette, in tale stato, un fatto preveduto dalla legge come delitto”.

169 LICCI G., *Figure*, Cit., 151. L'Autore citato, nel suo lavoro “ *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*” del 1989, sottolineò già allora le criticità di una tale decisione, dicendo che non si era ancora pronti per dire se la decisione della Corte costituzionale fosse positiva o meno.

tecnologie- di approfittare della suggestionabilità di alcuni individui, per indurli a compiere atti di distruzione, dettati dall'odio contro chi non professi la stessa religione<sup>170</sup>. Non si può però esser severi con la Corte costituzionale che pronunciò tale sentenza, poiché agli albori degli anni Ottanta era difficilmente immaginabile una tale deriva.

Al di fuori dei due casi ora analizzati, la Corte costituzionale è stata assai restia ad accogliere le eccezioni di legittimità costituzionale sollevate sotto il profilo di sufficiente determinatezza, utilizzando in parecchi casi argomenti discutibili<sup>171</sup>: un filone risalente nel tempo sostenne che al giudice sarebbe sempre possibile individuare un significato determinato, corrispondente al normale uso linguistico delle parole utilizzate nelle disposizioni sospettate di indeterminatezza<sup>172</sup>. Un secondo orientamento sostenne invece l'argomento del diritto vivente<sup>173</sup>, il quale si avvale di due criteri tra loro complementari<sup>174</sup>.

Da un lato, la Corte costituzionale si richiama al diritto vivente, quando esso sia consolidato in un'interpretazione costante ed uniforme della giurisprudenza di merito o di Cassazione, per rigettare la questione di costituzionalità riguardante l'insufficiente indeterminatezza della disposizione legislativa. Esempio particolarmente significativo di tale argomentazione è costituito dall'ordinanza del 9 gennaio 1989, n. 11, concernente l'applicazione

170 LICCI G., *Figure*, Cit., 154.

171 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 68.

172 C. cost. 1972, n. 42; C. cost. 1970, n. 191; C. cost. 1983, n. 69.

173 C. cost. 9 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. Cost.*, 1989, I, 26 ss.

174 ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, 97 ss.

del “tappo rosso” sulle armi giocattolo<sup>175</sup>. Così facendo la Corte costituzionale ha evocato un presunto diritto giurisprudenziale consolidato, attribuendo così alla magistratura una sorta di legittimazione a colmare dei vuoti legislativi di un contenuto precettivo<sup>176</sup>.

Dall'altro lato, nei casi in cui non sia possibile basarsi su un'uniformità interpretativa, spetterebbe al giudice (ordinario o costituzionale) scegliere la soluzione interpretativa preferibile<sup>177</sup>

È tuttavia assai intuitivo notare come l'argomento del diritto vivente sia suscettibile di essere facilmente forzato o manipolato dal giudice, data la sua estrema duttilità.

Per concludere dobbiamo analizzare una teoria, particolarmente eccentrica, che ha elaborato un “vizio di determinatezza delle legge”, sposando la logica *floue*<sup>178</sup> particolarmente in voga dalla fine del millennio.

Tale dottrina definisce il tentativo di formulare una disposizione chiara e sufficientemente determinata, come una “smania [...] destinata al fallimento”<sup>179</sup>, il legislatore dovrebbe dunque evitare di formulare “tessuti normativi troppo rigidi, incapaci di adattarsi alla complessità ed alla mutevolezza dei fatti”<sup>180</sup>.

Se qualcuno osasse sollevare la semplice obiezione che una

---

175 PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in STILE A.M., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991, 41.

176 C. cost., 31 luglio 1989, n.479, in cass. Pen., 1989, 2146.

177 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 69; PALAZZO F., *Op. Ult. Cit.*, 53.

178 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

179 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 117.

180 VOGLIOTTI M., *Op. ULT. CIT.*, 117.

formulazione aperta o insufficientemente determinata amplierebbe a dismisura la discrezionalità giudiziaria e negherebbe ai cittadini le garanzie dello Stato di diritto e del principio di legalità previsto dall'art. 25 della Costituzione, costoro risponderebbero dicendo che “I compiti dell'interpretazione non consistono affatto nell'applicazione di qualcosa già preformato, bensì nella formazione tramite l'applicazione”<sup>181</sup>.

Autorevole dottrina<sup>182</sup> ha avuto gioco facile nel replicare a tali affermazioni, ricordando le fondamenta garantistiche su cui si deve basare lo Stato di diritto, per essere realmente tale- e la logica *floue* dell'interpretazione contestualistica non rientra certamente tra queste. Anzi, ha proseguito auspicando una tecnica legislativa il più precisa possibile, per evitare che operazioni analogiche vengano mascherate utilizzando l'interpretazione estensiva<sup>183</sup>.

## 8. *L'analogia nella logica e nel diritto*

Prima di soffermarci sul divieto di analogia nel diritto penale, come ultimo e fondamentale corollario del principio di legalità, bisogna prendere le mosse dal procedimento analogico, per fissare alcuni punti fondamentali, prima di proseguire in questa intrapresa conoscitiva.

---

181 HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Esi, Napoli, 2007, 232

182 LICCI G., *Figure*, Cit., 186-187; MARINUCCI G., *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 1268.

183 MARINUCCI G., *Op. Ult. Cit.*, 1268.

Nella logica l'analogia è quel ragionamento per cui, una volta che siano posti due termini collegati da una somiglianza, si attribuisce il predicato del primo termine anche al secondo<sup>184</sup>.

Volendo rendere tale idea mediante una formula potremmo dire che: se Q è P ed S è simile a Q, si dice che S è P. Tuttavia espresso in tal modo, il ragionamento non offre alcuna garanzia di validità. Affinché sia valido infatti occorre che l'elemento comune a Q e ad S per cui si dice che Q ed S sono simili, sia insieme la ragione sufficiente di Q ed S. Indicando con M la ragion sufficiente, la formula che esprime un ragionamento valido per formulare l'analogia è il seguente: Q è P, Q è M, S è M, S è P, dove il rapporto di somiglianza S è simile a Q si risolve nei due rapporti di identità S è M e Q è M, onde non appare più la relazione di somiglianza<sup>185</sup>.

Anche nella logica vi sono scontri tra chi ritiene l'analogia un ragionamento di certezza, per via della sua legge di validità precedentemente esposta<sup>186</sup>, e chi invece ritenga l'analogia un ragionamento di probabilità, ritenendola un procedimento induttivo imperfetto, giungendo ad affermare che se l'analogia è perfetta non è più vera e propria analogia<sup>187</sup>.

Per ciò che attiene al campo del diritto, può darsi che una certa situazione di fatto non sia riconducibile ad alcuna delle disposizioni che costituiscono un certo ordinamento e dunque si verifichi una

---

184 BOBBIO N., *L'analogia*, Cit., 81 ss.

185 BOBBIO N., *Op. Ult. Cit.*, 96-97; BOScareLLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955, 2.

186 BOScareLLI M., *Op. Ult. Cit.*, 3.

187 DOROLLE M., *Le raisonnement par analogie*, Presses universitaires de France, Parigi, 1949, 170 ss.

lacuna dell'ordinamento<sup>188</sup>.

Per risolvere tale problema l'ordinamento può adottare differenti soluzioni: potrebbe ad esempio concedere la facoltà al giudice di risolvere come meglio crede la questione concreta, ottenendo forse la maggiore aderenza della soluzione al caso concreto, ma si attenterebbe gravemente alla certezza del diritto, posto che l'unica fonte del diritto in tale caso sarebbe la coscienza del giudice<sup>189</sup>.

Una seconda possibilità sarebbe quella di porre il principio per cui tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso; un principio di tal fatta rispetterebbe in pieno la certezza del diritto, tuttavia non risponde bene alle esigenze della maggior parte dell'ordinamento giuridico, in quanto determina troppo spesso un vuoto di tutela nei confronti dei beni socialmente rilevanti<sup>190</sup>.

Oppure ancora, potrebbe essere adottato il principio inverso per cui tutto ciò che non è espressamente permesso è proibito, questo principio è, in pratica, di applicazione impossibile, se non per ambiti assai ristretti, in quanto comprimerebbe in maniera insopportabile la libertà dell'individuo<sup>191</sup>.

Infine, e questo è la soluzione più comunemente accolta, si può adottare lo strumento dell'analogia.

Nel campo del diritto il ragionamento per analogia conduce ad affermare che in un caso non contemplato della formula di una

---

188 PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2003, 83.

189 PAGLIARO A., *Op. Ult. Cit.*, 83.

190 PAGLIARO A., *Op. Ult. Cit.*, 84.

191 PAGLIARO A., *Op. Ult. Cit.*, 84. Tale principio non ha infatti trovato generalmente applicazione, risultando applicato solo sporadicamente in alcuni ordinamenti, quali ad esempio il vecchio diritto valutario italiano.

disposizione legislativa, ma simile al caso contemplato, è applicabile la stessa disciplina applicabile al caso contemplato. Questo comporta un ragionamento simile a quello esaminato nella logica: dato il caso Q avente le conseguenze giuridiche P, e dato un caso S simile a quello Q, si conclude che S deve avere le conseguenze giuridiche P<sup>192</sup>. Dunque, dato un giudizio per il quale determinati fatti concreti vengono interpretati in modo astratto per costituire una classe-premessa, la similitudine tra altri fatti concreti e quelli interpretati in modo astratto e proposti a modello, per essere rilevante e cioè per condurre alla sussunzione sotto la classe-premessa deve esser tale da esprimere il medesimo giudizio che in origine aveva permesso la costituzione della classe, ovverosia il modello legale<sup>193</sup>.

Una volta che sia esperito il raffronto tra le disposizioni astratte e le esperienze concrete, esso sarà concludente solo a condizione che consenta di indicare una classe-premessa come quella più idonea a recepire quel particolare fatto completo<sup>194</sup>.

Il ragionamento analogico non fa altro che moltiplicare, secondo logica e coerenza, la serie di possibilità lasciata aperta dalla classe-premessa, fondando ogni determinazione sulla somiglianza dei casi valutati, attraverso la medesima *ratio* che portò a costituire la classe-premessa.

Si può dunque affermare in maniera corretta che il ragionamento per analogia non intacca l'esigenza di certezza che è fondamentale

---

192 BOScarelli M., *Analogia*, Cit., 3.

193 RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Cit., 238.

194 RAMACCI F., *Op. Ult. Cit.*, 238.

per qualunque ordinamento giuridico<sup>195</sup> e soddisfa anche l'esigenza di concretezza, non meno essenziale, perché un diritto sia giusto<sup>196</sup>.

Il ragionamento analogico è pertanto un ragionamento di certezza, poiché si svolge sulla base di una premessa certa, attinta dalla legge, e opera utilizzando come misura di giudizio per l'assimilazione dei casi concreti la medesima *ratio* del sistema, riaffermando quindi gli stessi giudizi di valore presenti nelle disposizioni considerate, ai suoi fini, come classi-premesse<sup>197</sup>.

Dunque il ricorso all'analogia nel diritto non è sempre uno strumento pericoloso, anche se va accuratamente dosato per evitare di aprire spiragli all'arbitrio<sup>198</sup>, ma è anzi connaturale ed in alcuni casi necessario nel processo di interpretazione e di applicazione del diritto.

Alcuni autori arrivano addirittura a sostenere inoltre che l'art.12 disp.prel<sup>199</sup> sia sostanzialmente inutile, poiché l'impiego dell'analogia, non ha bisogno di essere prescritto da una disposizione legislativa, poiché una volta posta una disposizione, non occorre niente altro per permetter di far ricorso al procedimento analogico in maniera lecita<sup>200</sup>. Al contrario sostengono che sia necessario un espresso divieto di utilizzo del procedimento

---

195 BOBBIO N., *L'analogia*, Cit., 100; BOSCARRELLI M., *Analogia*, Cit., 4.

196 PAGLIARO A., *Principi*, Cit., 85.

197 RAMACCI F., *Op. Ult. Cit.*, 238.

198 BOBBIO N., *Op. Ult. Cit.*, 101.

199 Art. 12 disp. prel. "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. 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 testo rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

200 BOSCARRELLI M., *Op. Ult. Cit.*, 28.

analogico, come quello che taluni Autori ritengono sia contenuto nell'art. 14 disp. Prel<sup>201</sup>, o che prescriva di ricorrere a mezzi diversi dall'analogia, come avviene nell'art. 1 del Codice Civile Svizzero<sup>202</sup>.

### *9. Le disposizioni sulla legge in generale.*

Per continuare il nostro discorso, è utile prendere le mosse dal formante legale italiano.

Il legislatore del 1942, congiuntamente all'approvazione del codice civile, approvò una serie di disposizioni preliminari, denominate “Disposizioni sulla Legge in Generale” aventi ad oggetto non solamente le leggi civili, ma tutte le leggi dell'ordinamento italiano<sup>203</sup>.

Il primo capo di tali disposizioni è dedicato alle fonti normative, cioè alle fonti di disposizioni generali ed astratte, il secondo capo è dedicato invece all'applicazione della legge in generale.

La scelta del legislatore di formulare una serie di regole ermeneutiche è stata oggetto di forte critica<sup>204</sup>, tanto che le Disposizioni sulla Legge in Generale sono state tacciate di inutilità o di autoritarismo<sup>205</sup>.

---

201 Art. 14 disp. prel. “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”.

202 Art. 1 cod. civ. svizzero “En l'absence d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et, en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence. A défaut de ces sources, il appliquera les règles qu'il edicterait s'il avait à faire office de législateur”.

203 LICCI G., *Figure del diritto penale*, Cit., 169.

204 LICCI G., *Il ruolo dell'art. 14*, Cit., 189.

205 GROSSI P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento*

Per un giurista aderente alla scuola analitica, le Disposizioni sulla legge in generale costituiscono delle meta-regole, ossia regole aventi ad oggetto altre regole, tuttavia poiché anche tali meta-regole sono oggetto di interpretazione e poiché non è ragionevole ipotizzare un regresso *ad infinitum*, si dovrà statuire che le fonti delle fonti interpretative rivestono carattere consuetudinario<sup>206</sup>.

Al contrario, per un giurista aderente alla scuola ermeneutica, asseriscono che, le regole interpretative in realtà possiedono solo apparentemente il rango di metaregole, poiché esse rientrano in una più generale pragmatica del linguaggio<sup>207</sup>.

Il tentativo del legislatore di redigere delle metaregole interpretative, per quanto riguarda la sfera del diritto penale, non rappresenta un tentativo sciocco o ingenuo o inutile, ma esprime una precisa opzione politica ed istituzionale<sup>208</sup>, ovverosia la pretesa di monopolizzare la legislazione punitiva da parte del legislatore, cioè il Parlamento, in quanto organo democraticamente eletto, e dunque in grado di disporre ( e di rispondere) delle scelte riguardanti la libertà personale del cittadino.

---

*metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, n.32, 2003, 46. L'autore giunge a definire l'art.12 disp. prel. come un articolo "fascistissimo".

206 LICCI G., *Figure*, Cit., 169.

207 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 170.

208 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 170.

## 10. *L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.*

È stato ritenuto opportuno, o sarebbe meglio dire, necessario, che l'ordinamento giuridico manifesti in modo formale le proprie scelte in materia di interpretazione, in modo da impedire che i ragionamenti, le congetture astratte e personalistiche, i sofismi o gli errori, possano fare *tabula rasa* del diritto positivo vigente, sconvolgendo l'equilibrio istituzionale- fornito dal principio di legalità- che deve esistere tra il giudice ed il legislatore<sup>209</sup>.

Tuttavia non si può attribuire valore assoluto al dato normativo, ma non si può neanche contestare la sua certezza per quel certo margine di elasticità che esso comporta, sarebbe infatti ultroneo negare che la vita del sistema normativo non subisca delle crisi, *tempus omnia corrumpit* e anche il fenomeno normativo non sfugge a tale legge naturale<sup>210</sup>.

Però una cosa è dire che la legge non è assolutamente incorruttibile e che anche essa non si sottrae all'usura del tempo, altra cosa è detronizzare la legge generalizzando esperienze assolutamente eccezionali di disfunzione legislativa prolungate attraverso tempi differenti<sup>211</sup>.

Invece sono assai numerosi coloro che, spinti da miopia o ingenuità, giunge ad un punto tale da violentare la legge per sovvenire ai più modesti inconvenienti, quasi che la legge docesse essere un'opera perfetta, duttile, capace di adattarsi automaticamente

---

209 QUADRI R., *Dell'applicazione*, cit., 201.

210 QUADRI R., *Dell'applicazione*, cit., 202.

211 QUADRI R., *Op. ult. Cit.*, 203.

ad ogni mutamento di ambiente e di soddisfare ogni esigenza in piena logicità e coerenza<sup>212</sup>.

Ogni legge, anche la più giusta, deve far pagare un prezzo, se si vuole che la sua stabilità e rigidità le consentano di distribuire generosamente i suoi benefici, ma scuoterne l'autorità, violentarla per integrarla o completarla, per mutilarla o sopprimerla, sia pure col fine di eliminarne gli inconvenienti provenienti dalla sua astrattezza e generalità, non è il compito del giurista, ma dell' "azzeccagarbugli" di manzoniana memoria<sup>213</sup>.

Passiamo ora ad analizzare l'art.12 disp. prel, collocato nel secondo capo delle Disposizioni sulla Legge in Generale, il quale nel suo primo comma afferma che: "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".

La prima parte di tale disposizione dunque, nell'esprimere la concezione oggettivistica dell'interpretazione, non allude esclusivamente agli aspetti semantici, ma tiene in conto anche il profilo sistematico della coerenza contenutistica tra commi, articoli e testi legislativi diversi e considera anche il profilo di comparazione dei significati attribuiti nei sistemi stranieri a locuzioni simili o identiche<sup>214</sup>.

La seconda parte dell'art. 12 disp prel, comma 1, enuncia invece il criterio dell'intenzione del legislatore, poiché impone di integrare

---

212 QUADRI R., *Op. ult. Cit.*, 203.

213 QUADRI R., *Op. ult. Cit.*, 203.

214 LICCI G., *Figure*, Cit., 170.

il dato testuale della legge, con la ricerca della volontà storica dei compilatori della legge, tramite i lavori preparatori e le contingenze circostanziali precedenti e concomitanti alla sua redazione<sup>215</sup>.

L'art. 12 disp. prel., fornisce dunque due criteri all'interprete: il primo è dato dal significato proprio delle locuzioni legislative ed ha dunque natura squisitamente esegetica, il secondo invece è dato dall'intenzione del legislatore<sup>216</sup>.

La maggior debolezza di tale disposizione consiste nell'omessa esplicitazione di un ordine gerarchico tra tali due criteri, il legislatore infatti non ci dice quale dei due criteri debba prevalere qualora la lettera della legge sia in conflitto con l'intenzione sottesa alla medesima legge<sup>217</sup>. Cosicché nel caso di contrasto tra i due criteri, la scelta di dare prevalenza ad uno o all'altro, sarà l'interprete discrezionalmente a decidere quale dei due dovrà prevalere<sup>218</sup>.

Per rifarsi ad un caso paradigmatico, si pensi all'utilizzo di una carta di credito falsa per pagare il pedaggio autostradale<sup>219</sup>. In tal caso, il dato letterale esclude che si possa ritenere integrato il delitto di truffa, previsto dall'art. 640 c.p.i<sup>220</sup>, dal momento che manca, nel

215 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 171.

216 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 171.

217 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 103.

218 TARELLO G., *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in GUASTINI R. ( a cura di), *Problemi e teoria del diritto*, Il mulino, Bologna, 1980, 282 ss; LAZZARO G., *La funzione dei giudici*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1971, 307.

219 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 137.

220 Art. 640 c.p.i “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 cinquantuno euro a milletrentadue euro. La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da trecentonove euro a millecinquecentoquarantanove euro: 1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare;2) se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità;2 bis) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero

caso di specie, un soggetto fisico che venga indotto in errore e che a seguito dell'errore stesso si determini ad un atto di disposizione patrimoniale pregiudizievole. Tuttavia dal punto di vista delle esigenze di tutela, è fuor di dubbio ragionevole ritenere che il patrimonio dell'ente autostradale venga danneggiato in maniera significativa da condotte truffaldine quali quelle descritte<sup>221</sup>.

Possiamo invece affermare con sicurezza che nessuno dei due criteri nega l'anticipazione congetturale di significato che guida l'interpretazione giuridica<sup>222</sup>. Il legislatore dunque si limita a stabilire che alla precomprensione congetturale, precaria e provvisoria, debba far seguito un controllo critico, rigoroso e solido, fondato su elementi di ordine logico, filologico, storico, sistematico e comparatistico<sup>223</sup>.

L'elaborazione tradizionale tramando uno strumentario articolato complessivamente in un'insieme di canoni interpretativi, che possono essere così sintetizzati: criterio ermeneutico o semantico, criterio dell'intenzione del legislatore (da alcuni autori definito anche storico), criterio sistematico o logico-sistematico, criterio teleologico<sup>224</sup>, a cui si aggiungono il criterio storico (in senso stretto) e il criterio comparatistico<sup>225</sup>.

Analizzando brevemente questi ultimi due, possiamo affermare

---

5. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante”.

221 Cass., sez. II, 18 maggio 2007, n.26289. In tal caso la Corte ha fatto prevalere il criterio dell'intenzione del legislatore, per sanzionare le condotte truffaldine utilizzate nel caso di specie.

222 LICCI G., *Figure*, Cit., 170.

223 LICCI G., *Figure*, Cit., 171.

224 BELLAVISTA G., *L'interpretazione della legge penale*, Giuffrè, Milano, 1975.

225 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 171

che il criterio storico in senso stretto, ricostruisce il significato di una disposizione di legge sulla base del significato attribuito alle disposizioni previgenti che disciplinavano la stessa materia<sup>226</sup>. Il criterio comparatistico invece confronta l'enunciato con le corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti giuridici. Tale criterio è osteggiato negli Stati Uniti d'America, dove la Corte Suprema ha affermato che interpretare la Costituzione utilizzando tale criterio costituisce una procedura impropria, perché ogni oggetto di pretesti giuridici vulnera il principio democratico, non provenendo dalla fonti del sistema giuridico americano<sup>227</sup>.

### 11. *Segue. I tradizionali canoni interpretativi.*

Il primo canone interpretativo, tradizionalmente definito ermeneutico o semantico, tende ad individuare il senso della norma facendo leva sul significato lessicale dei termini utilizzati nella formula legislativa. Che la prima fase del processo interpretativo debba prendere le mosse dalla ricognizione del significato della fattispecie è abbastanza ovvio<sup>228</sup>. Non sorprende dunque che tale criterio sia il primo ad essere menzionato dall'art. 12 disp. prel., mostrando così la volontà del legislatore di

---

226 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 171.

227 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 172.

228 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 105.

canonizzare tale criterio.

Secondo l'interpretazione più ovvia il significato “proprio” delle parole corrisponde al significato “comune” che le parole possiedono nel linguaggio quotidiano.

Vi sono termini il cui significato va senz'altro cercato nel termine comune, depurato dai pregiudizi depositati dalle pronunce giudiziarie o dalle ricostruzioni dottrinarie.

Emblema di tale confusione è il termine “violenza”, che compare nel delitto di violenza privata (previsto dall'art.610 c.p.i<sup>229</sup>) accanto alla minaccia, come mezzo impiegato dall'agente per costringere altri a fare, tollerare od omettere qualcosa<sup>230</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina operano una sorta di “spiritualizzazione” del concetto di violenza<sup>231</sup>, poiché ritengono rilevante la costrizione del soggetto, in qualunque modo essa sia cagionata. Integreerebbe perciò tale fattispecie lo spargere sostanze fumogene, lacrimogene o nauseabonde, sgonfiare le gomme di un'auto, ostruire la sede stradale<sup>232</sup> e così discorrendo. Un'interpretazione di questo genere urta contro la lettera della legge, poiché la disposizione in questione non dà rilievo a qualunque costrizione provocata in qualsivoglia modo, ma esclusivamente alle costrizioni operate mediante due specifiche

---

229 Art. 610 c.p.i “ Chiunque con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a 4 anni. La pena è aumentata se concorrono le condizioni previste dall'art. 339”.

230 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 77.

231 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Op. Ult. Cit.*, cit., 77.

232 Tra le tante, Cass., Sez. V, 3 marzo 2009, n.11522, Fabro, in *CED Cassazione* n.244199; Cass., Sez. V, 9 luglio 2007, n.36082, Ugliarolo, in *CED Cassazione*, n.237727; Cass., Sez V, 17 maggio 2006, n.21776, Brugger, in *CED Cassazione*, n.234712.

modalità, ovverosia minaccia o violenza. Come rileva parte della dottrina infatti<sup>233</sup> la nozione di violenza deve essere intesa come una lesione o come una creazione di un imminente pericolo di lesione della vita, dell'integrità fisica o della libertà di movimento della persona; nel caso sia diretta contro le cose invece la violenza va intesa come danneggiamento, trasformazione o mutamento della destinazione della cosa.

Il linguaggio legislativo, oltre ad adottare termini “comuni”, in alcuni casi, decisamente numerosi in verità, adotta termini tecnico-giuridici che non appartengono al linguaggio comune, ma che danno vita a un linguaggio specialistico<sup>234</sup>. Proprio perché consapevole della genericità e dell'ambiguità del linguaggio comune, il legislatore ha avvertito la necessità di definire il concetto di pubblicità di un luogo ( previsto dall'art. 266 c.p.i<sup>235</sup>) e quello di oscenità (previsto dall'art.529 c.p.i<sup>236</sup>). In tal caso, il significato tecnico-giuridico, dovrà prevalere sul significato comune.

Il criterio semantico previsto dall'art.12 disp.prel costituisce un

233 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 77.

234 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 105.

235 Art. 266 c.p.i “ Chiunque istiga i militari a disobbedire alle leggi o a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato, ovvero fa a militari l'apologia di fatti contrari alle leggi, al giuramento, alla disciplina o ad altri doveri militari, è punito, per ciò solo, se il fatto non costituisce un più grave delitto, con la reclusione da uno a tre anni. La pena è della reclusione da due a cinque anni se il fatto è commesso pubblicamente. Le pene sono aumentate se il fatto è commesso in tempo di guerra. Agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso:1) col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda;2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone;3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata”.

236 Art. 529 c.p.i “Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore degli anni diciotto”.

passaggio tanto necessario, quanto insufficiente, dal momento che alcuni aspetti della fattispecie possono presentare uno spazio semantico “aperto”, nel quale spetta all'interprete scegliere tra i possibili diversi significati di una parola.

Si pensi al termine “onore” che indica il bene giuridico sul quale ricade l'azione dell'offensore nel delitto di ingiuria (previsto dall'art. 594 c.p.i)<sup>237</sup>.

Tale concetto può ricondursi al complesso delle qualità morali, intellettuali e sociali di una persona, ovvero soltanto ad alcune di queste qualità, oppure al sentimento soggettivo della propria dignità e così via<sup>238</sup>. Il mero significato semantico in tale occasione non è in grado di fornire un'indicazione univoca sul significato di tale termine.

Pertanto viene in aiuto il secondo criterio, quello dell'intenzione del legislatore o storico. Tale criterio mira a ricostruire la volontà espressa dal legislatore al momento dell'emanazione delle disposizioni, anche per il tramite dei lavori preparatori a tali disposizioni<sup>239</sup>.

I sostenitori di questo canone ritengono che esso sia maggiormente coerente col sistema della separazione dei poteri, rispetto agli altri criteri interpretativi: se spetta al legislatore porre la

---

237 Art. 594 c.p.i “ Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa. La pena è della reclusione fino ad un anno o della multa fino a euro 1032, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato. Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone”.

238 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 105.

239 LICCI G., *Figure*, Cit., 171.

disposizione legislativa ed al giudice applicarla, l'atto interpretativo dovrebbe essere diretto esclusivamente a richiamare la volontà espressa dall'organo legislativo<sup>240</sup>.

Tuttavia la stessa “intenzione del legislatore” si presta ad essere interpretata in più modi: da un lato come volontà soggettiva del legislatore del tempo, riconducendo la volontà del legislatore a un dato psicologico, come se assumesse rilevanza per il diritto il contenuto della presa disposizione di un legislatore personificato<sup>241</sup> (il che costituisce una mera finzione<sup>242</sup>); dall'altro invece può essere intesa come la volontà storica del legislatore obiettivata nella legge, in questo senso il criterio dell'intenzione ha ad oggetto il contesto storico nel quale la legge si iscrive, i motivi obiettivi che hanno portato alla sua emanazione e il modello di disciplina che ha finito col trovare accoglimento nella disposizione<sup>243</sup>.

Il criterio dell'intenzione del legislatore o storico, non è esente da critiche, poiché in molti casi, il testo della disposizione licenziato dal Parlamento è frutto di compromessi contingenti e di contrattazioni tra le diverse forze politiche, che molto difficilmente possono essere ricondotte ad unità<sup>244</sup>. Inoltre l'accordo può riguardare esclusivamente il testo della disposizione, ma non anche il significato della disposizione<sup>245</sup>.

Pur con tali limiti, tale criterio è particolarmente utile per il

240 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 106.

241 FIANDACA G.-MUSCO E., *Op. Ult. Cit.*, 106

242 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 138.

243 FIANDACA G.-MUSCO E., *Op. Ult. Cit.*, 105.

244 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale* ,Cit., 138.

245 LAZZARO G., *La funzione dei giudici*, cit, 308 ss. Può dunque così accadere che “ciascun gruppo politico approvi un certo testo di legge colla riserva mentale di poter poi invocare l'interpretazione più gradita o più conveniente”.

commento delle leggi di nuova emanazione, poiché in mancanza di un'elaborazione consolidata, è naturale orientare le prime interpretazioni secondo le indicazioni desumibili dai lavori preparatori.

Altro importante criterio interpretativo è quello teleologico o della *ratio legis*, che desume il significato di un enunciato dalla funzione oggettiva che la disposizione appare destinata ad assolvere, muovendo dal congetturato scopo perseguito dal legislatore<sup>246</sup>.

L'interprete si deve dunque sforzare di rendere attuale, senza violare l'art.14 delle disposizioni sulla legge in generale, il senso della disposizione, in base al più congruo scopo di tutela che ad essa può essere assegnato nel preciso momento in cui si procede all'atto interpretativo<sup>247</sup>.

In tale ambito assume rilievo il bene o interesse protetto dalla disposizione, inteso in senso non già statico, bensì dinamico, alla luce dei mutamenti che le esigenze di tutela impongono nei diversi momenti storici.

Per esemplificare si pensi al caso scolastico della sottrazione di energia elettrica, che aveva creato problemi con riguardo alla fattispecie di furto (previsto dall'art. 624 c.p.i)<sup>248</sup>. La giurisprudenza in tal caso dovette affrontare il problema di stabilire se la nozione di “cosa mobile”, quale estremo della fattispecie di furto,

246 LICCI G., *Figure*, Cit., 171.

247 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 109.

248 Art. 624 c.p.i “Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro 516. Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo che ricorra una o più delle circostanze di cui agli articoli 61, numero 7), e 625.

tradizionalmente limitata agli oggetti materiale, potesse essere estesa fino a ricomprendervi anche l'energia. La risposta positiva dei giudici a tale quesito, si basò sul rilievo che se i compilatori del codice avessero potuto prevedere tale fenomeno, avrebbero senz'ombra di dubbio incluso il fatto nell'ambito di tutela della disposizione.

Tale criterio di interpretazione presenta il potenziale vantaggio di implementare tutte le potenzialità di disciplina insite nella fattispecie, tuttavia tale potenziale, si risolve in realtà in un inconveniente assai maggiore. Infatti tale criterio è quello maggiormente foriero di rischi, dal momento che attraverso tale criterio possono infiltrarsi opzioni politiche, filosofiche, ideologiche, etiche, personali, che nulla hanno a che vedere con la disposizione e che inquinano inesorabilmente l'interpretazione delle disposizioni penali, piegandole a vedute personali dell'interprete<sup>249</sup>.

Infine l'ultimo canone interpretativo è quello logico-sistematico, che desume il significato di una disposizione legislativa dalla logica complessiva dell'ordinamento e dal confronto con il linguaggio adottato dal legislatore in altre disposizioni dello stesso complesso normativo<sup>250</sup>.

Il criterio logico-sistematico è particolarmente utile quando si tratta di interpretare norme penali che richiamano concetti normativi giuridici extrapenali, nonché nella materia delle cause di giustificazione.

Infatti all'interno dell'ordinamento penale può risultare necessario,

249 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 138.

250 LICCI G., *Figure*, Cit., 171.

al fine di interpretare un elemento costitutivo della fattispecie, determinare il tipo di collegamento che lega l'elemento in parola ad altri elementi di altre fattispecie<sup>251</sup>.

Il nesso tra disposizioni penali e disposizioni di altri settori dell'ordinamento giuridico è particolarmente chiaro nei casi in cui la fattispecie incriminatrice contiene elementi normativi, la cui determinazione rende necessario il collegamento con disposizioni extrapenali ( ad esempio la nozione di “altruità” della cosa nel delitto di furto, può essere determinata esclusivamente ricorrendo alla nozione civilistica di “proprietà”)<sup>252</sup>. Tale collegamento tra disposizioni penali ed extrapenali è fondamentale altresì in presenza delle cause di giustificazione<sup>253</sup> che possono trovare la loro fonte in tutto l'ordinamento giuridico (si pensi alla scriminante dell'esercizio di un diritto).

Il criterio logico-sistematico costituisce dunque un prezioso strumento per garantire l'unità concettuale dell'ordinamento giuridico<sup>254</sup>.

Si ipotizzi al riguardo il caso della ragazza infradiciottenne che richiede espressamente al fidanzato di essere ripresa con la videocamera del cellulare mentre ha un rapporto sessuale con costui. Ebbene, tali immagini, memorizzate sul telefono cellulare del ragazzo, costituirebbero materiale pornografico realizzato utilizzando minori (come previsto dall'art. 600-ter c.p.i.<sup>255</sup>), se ci

251 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 108.

252 FIANDACA G.-MUSCO E., *Op. Ult. Cit.*, 108.

253 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, cit., 139.

254 FIANDACA G.-MUSCO E., *Op. Ult. Cit.*, 108.

255 Art. 600-ter c.p.i “È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque:1) utilizzando minori di anni diciotto, realizza

avvalessimo del solo criterio letterale, ma dal punto di vista sistematico le cose stanno ben diversamente<sup>256</sup>. Infatti il consenso previsto dall'art. 609-quater c.p.i.<sup>257</sup>, rende legittimo qualunque atto sessuale compiuto da chi abbia già raggiunto i sedici anni di età, e sarebbe assai illogico se il medesimo consenso non rendesse lecito il comportamento di farsi filmare durante l'atto sessuale, che è decisamente meno invasivo per lo sviluppo della personalità del

---

esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;2) recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto. Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale di minori degli anni diciotto, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645. Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164. Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata in misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000. Ai fini di cui al presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.

256 Cass., Sez. III, 5 giugno 2007, n.27252.

257 Art. 609-quater c.p.i. "Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie atti sessuali con persona che, al momento del fatto:1) non ha compiuto gli anni quattordici; 2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza. Al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, o il tutore che, con l'abuso dei poteri connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli annitredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita fino a due terzi. Si applica la pena di cui all'articolo 609-ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci.

minore<sup>258</sup>.

## 12. *La duplice dimensione del procedimento analogico.*

Il procedimento di sussunzione di una vicenda storica entro una disposizione legale avviene ravvisando una somiglianza tra un episodio concreto- il fatto- e un modello astratto- la fattispecie<sup>259</sup>.

Come già affermato in precedenza, la figura dell'analogia mette in relazione due situazioni simili, equiparandoli con riguardo a taluni profili.

Mentre nel procedimento induttivo, si procede dal particolare al generale, e nel procedimento deduttivo si procede dal generale al particolare, nel procedimento analogico il rapporto intercorre tra particolare, che vengono identificati in ragione di una proprietà comune, ritenuta sufficiente a legittimare l'estensione della stessa disciplina<sup>260</sup>.

Viene dunque in considerazione la bidimensionalità del procedimento analogico<sup>261</sup>.

La prima dimensione si riscontra nell'esplicitazione e nell'attualizzazione del contenuto latente degli enunciati normativi, così come nel processo di qualificazione del fatto concreto e nella

---

258 GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, cit., 139.

259 LICCI G., *Figure*, cit., 175.

260 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 175.

261 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 192.

sussunzione entro una determinata fattispecie legale<sup>262</sup>.

In tale frangente il giurista riscontra una somiglianza fra la vicenda storica da qualificare e la vicenda oggetto di descrizione astratta e sintetica del modello legale, quando invece tale rassomiglianza non sussiste, l'avvenimento storico non può essere sussunto sotto alcuna fattispecie<sup>263</sup>.

In tal modo si delinea anche quella che è la seconda dimensione del procedimento analogico, cioè quella riguardante le lacune dell'ordinamento. Tale problema si prospetta qualora, dopo aver tentato in ogni modo di desumere la qualificazione di un fatto dal sistema positivo, si deve riconoscere che la situazione da qualificare non è prevista da nessuna disposizione legislativa esistente<sup>264</sup>.

Tali lacune possono essere soggettive, quando siano dovute a dimenticanza, negligenza o alla volontà consapevole del legislatore di non disciplinare una determinata situazione, ovvero oggettive, in quanto dovute al progresso della società sotto il profilo scientifico o tecnologico e dunque riguardanti situazioni non oggettivamente prevedibili dal legislatore<sup>265</sup>.

In tal caso non si tratta di slatentizzare ed attualizzare il contenuto implicito di un testo di legge, bensì di cercare una disciplina ragionevolmente omologa sulla base della *eadem ratio* che informa una situazione normativamente prevista e una situazione non prevista<sup>266</sup>.

---

262 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 192.

263 LICCI G., *Figure*, Cit., 176.

264 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 177.

265 BOBBIO N., *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, 601 ss.

266 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 192.

A fronte di queste dimensioni, si contrappongono in Europa due accostamenti problematici: quello della famiglia penalistica tedesca<sup>267</sup>, che pone il divieto di utilizzo del procedimento analogico e consente invece l'impiego dell'interpretazione estensiva (distinzione pienamente recepita nell'ordinamento italiano<sup>268</sup>), e quello inglese e francese che tende ad unificare i due differenti *niveaux*, alla luce del principio di stretta interpretazione<sup>269</sup>. Tali due dimensioni sono correttamente indicate dal linguaggio penalistico tedesco con due differenti vocaboli. L'analogia come operazione intellettuale è indicata col vocabolo “*Analogie*”, mentre come strumento di integrazione delle lacune del sistema è indicata col vocabolo “*Rechtsfindung*”<sup>270</sup>. Purtroppo il linguaggio penalistico italiano non è così chiaro, poiché utilizza esclusivamente il vocabolo “analogia” per indicare due fenomeni così nettamente diversi, dunque si utilizzerà il termine analogia riferendoci al solo procedimento di riempimento delle lacune, cioè riferendoci alla seconda dimensione del procedimento analogico<sup>271</sup>.

Tuttavia non è sempre così facile stabilire quando ci si trova davanti ad una formula legislativa il cui significato, di prima approssimazione sia diverso da quello che il legislatore intendeva esprimere e, invece, quando ci si trova di fronte ad una vera lacuna

---

267 LICCI G., *Modelli*, Cit., 95.

268 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, XVI ed., 2003, 99; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 94; GROSSO C. F.- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 141; MANTOVANI F., *Diritto penale*, VI ed., Cedam, Padova, 2009, 71; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, Cit., 66; PAGLIARO A., *Principi*, Cit., 86.

269 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 193.

270 LICCI G., *Figure*, Cit., 177.

271 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 193.

del sistema<sup>272</sup>.

Si pensi al caso della violazione di domicilio (prevista dall'art. 614 c.p.i.<sup>273</sup>), in maniera opportuna ha puntualizzato che l'ingresso è abusivo se avviene contro la volontà “espressa o tacita” del titolare del *ius excludendi alios*, esonerando l'interprete da ogni dubbio riguardante la manifestazione della volontà<sup>274</sup>. Tuttavia il dubbio sorge quando la volontà non è stata manifestata, si pensi al caso del domicilio dei due coniugi in cui, essendo assente uno dei due, l'altro riceve l'amante sotto il tetto coniugale. In tal caso sarebbe possibile configurare la fattispecie di violazione di domicilio, poiché uno dei due coniugi non è in grado di esprimere il proprio dissenso all'ingresso di un terzo ( non sarebbe tuttavia difficile immaginare che, se fosse presente, il coniuge tradito non sarebbe affatto favorevole all'ingresso dell'amante sotto il tetto coniugale, anzi si può immaginare sia decisamente contrariato da tale prospettiva, a meno che non sia afflitto da una qualche strana mania oppure voglia liberarsi dal vincolo coniugale, il che non si può mai escludere), e dunque il delitto potrebbe risultare integrato. La giurisprudenza, chiamata a rispondere a tale quesito, ha ravvisato nel comportamento dell'amante, gli estremi della violazione di

---

272 LICCI G., *Figure*, Cit., 177.

273 Art. 614 c.p.i. “Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. delitto è punibile a querela della persona offesa. La pena è da uno a cinque anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato.

274 LICCI G., *Figure*, Cit., 178.

domicilio<sup>275</sup>.

Tale tesi suscita però non poche perplessità, poiché contrapponendo la volontà espressa a quella tacita, l'art. 614 c.p.i sembra richiedere che la volontà sia in qualche modo manifestata: da un punto di vista puramente esegetico non è in alcun modo possibile affermare che il dissenso implicito sia contenuto nella proposizione normativa *de qua*.<sup>276</sup>

In tal caso sembra tuttavia sussistere una lacuna soggettiva del sistema, dovuta alla volontà del legislatore di non estendere la disciplina di tale disposizione al caso del dissenso non manifesto<sup>277</sup>.

Nel caso manifestato però sembra mancare il presupposto dell'applicazione analogica, cioè la *eadem ratio* fra le due situazioni a confronto, poiché il valore tutelato dall'art. 614 c.p.i è l'inviolabilità del domicilio e cioè il diritto del cittadino, sancito dalla Costituzione all'art. 14<sup>278</sup>, di vivere liberamente della propria abitazione al riparo da ingerenze o intromissioni arbitrarie, e non la fedeltà coniugale, dal che mancherebbe la similitudine tra il caso contemplato e il caso non contemplato, e dunque la ragion

---

275 Si possono però rintracciare in giurisprudenza decisioni di segno opposto, ad esempio Cass. Sez. II, 16 marzo 1968, sent. 2831, inedita, in cui si afferma che “Ai fini della configurabilità del reato di violazione di domicilio, la volontà dell'avente diritto all'esclusione di altri dal luogo di privata dimora, non può essere presunta, ma deve essere espressa o desumibile da fatti concludenti percepibili nel momento esterno, univoci e non compatibili con la volontà di consentire l'ingresso nel luogo di privata dimora”.

276 LICCI G., *Figure*, Cit., 178.

277 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 179.

278 Art. 14 Costituzione “ Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali”.

sufficiente dell'equiparazione<sup>279</sup>.

### 13. *Il divieto di analogia nell'ordinamento penale italiano.*

Ragioni politiche, afferenti alla tutela della libertà del cittadino nei confronti di possibili abusi del giudice hanno indotto le legislazioni penali, che hanno subito l'influsso dell'Illuminismo, a ripudiare l'analogia nello specifico settore del diritto penale<sup>280</sup>.

Nel diritto penale continentale che afferisce alla famiglia penalistica tedesca, il divieto di analogia nel campo penale è stato costruito in negativo rispetto alla figura dell'interpretazione estensiva, che risulta invece consentita (modello di von Savigny)<sup>281</sup>.

Il divieto del ricorso all'analogia è statuito *a fortiori* nel nostro ordinamento dall'art.14 disp.prel., poiché esso fa riferimento alle

---

279 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 179.

280 PAGLIARO A., *Principi*, Cit., 85; SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Cit., 93. La riprova del fondamento politico del divieto di analogia è che esso è stato abrogato, dove si è ritenuto che l'interesse del singolo dovesse cedere il campo alle ideologie politiche fatte proprie dall'esecutivo, due esempi di introduzione dell'analogia nel diritto penale sono altamente indicativi: l'art. 16 del codice penale sovietico del 1926 che afferma "Se un fatto socialmente pericoloso non è nettamente previsto nel presente codice, il fondamento ed i limiti della responsabilità incorsa in proposito sono determinati conformemente agli articoli del codice che prevedono delitti la cui natura vi si accosta maggiormente"; e il decreto 28 giugno 1935 emesso dal regime nazionalsocialista che modificò il § 2 del codice penale tedesco, ammettendo l'analogia in tale ordinamento. Scomparso il regime nazista e il periodo staliniano, le legislazioni di tali Paesi sono tornate a riconoscere il principio del divieto di analogia nel diritto penale.

281 LICCI G., *Figure*, Cit., 179.

leggi penali<sup>282</sup> e dagli artt. 1 e 199 del c.p.i.<sup>283</sup>, tuttavia non troviamo alcun riferimento del legislatore costituzionale al divieto di analogia. Infatti l'art. 25 Costituzione è talmente generico da autorizzare il dubbio che il divieto di analogia non sia stato costituzionalizzato.

La dottrina italiana però correttamente asserisce che il divieto di analogia sia da ricondurre, se non alla lettera, allo spirito dell'art.25 della Costituzione, informato ad una indubbia ratio di garanzia<sup>284</sup>.

Proprio in ordine alla dimensione garantistica del divieto di analogia (come corollario della riserva di legge), tale divieto, se inteso a garantire il cittadino nei confronti della pretesa punitiva, non sembrerebbe estendersi alle disposizioni favorevoli all'imputato (come quelle riguardanti cause di giustificazione, scusanti o esimenti), bensì limitarsi alle sole fattispecie incriminatrici<sup>285</sup>. Contro tale tesi sono state sollevate numerose e fondate obiezioni, poiché il diritto penale non ha la sola funzione di proteggere l'imputato dagli arbitrî del potere giudiziario, bensì ha come scopo principale quello di tutelare la vittima e la collettività e di punire i colpevoli<sup>286</sup>.

Se la norma è il risultato del combinato disposto di tutte le

---

282 BOScarelli M., *Analogia e interpretazione estensiva*, cit, 84; VASSALLI G., *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. Dig it.*, Utet, Torino, I, 1957, 607 ss; MORSELLI E., *Analogia e fattispecie penale*, in LATAGLIATA A.-STILE A.M.-BASSIUNI M.C ( a cura di), *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Giuffrè, Milano, 1991, 505; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, Cit., 248 ss.

283 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 94.

284 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit.,94; GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, Cit., 140; LICCI G., *Figure*, Cit., 180.

285 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 180.

286 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 180.

proposizioni legislative che intervengono a qualificare il fatto, è assai arbitrario decomporre la norma nei frammenti che la compongono ed estendere un segmento di norma ( ad esempio la causa di giustificazione che prevede lo stato di necessità), a casi non previsti dal legislatore, soltanto perché si tratta di un enunciato normativo favorevole all'imputato<sup>287</sup>.

L'ordinamento come detto più volte, ha formulato un'opzione fondamentale a favore del monopolio legislativo nella materia del diritto penale e risulta quantomeno contraddittorio usare tale opzione per conferire al giudice un così ampio potere di deroga rispetto alle scelte del Parlamento<sup>288</sup>.

La garanzia che sia il legislatore, democraticamente e liberamente eletto, a distinguere tra penalmente rilevante e indifferente non ha nulla a che vedere né con la severità della legge né con il principio del *favor rei*, la cui sussistenza, di cui tratteremo più avanti in questa nostra intrapresa, è revocabile in dubbio<sup>289</sup>.

La dottrina italiana desume il divieto di analogia non soltanto dall'art. 25 della Costituzione e dagli artt.1 e 199 c.p.i, ma anche dall'art.14 disp.prel<sup>290</sup>.

La tesi è ineccepibile , poiché è autoevidente che il divieto di applicare leggi penali oltre i casi e i tempi in esse considerati, contiene anche il divieto di integrare le lacune con il metodo

---

287 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 180.

288 LICCI G., *Figure*, Cit., 181.

289 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 195.

290 CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in STILE A.M (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991, 6 ss; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 94; GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale*, cit., 140; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 64

dell'analogia.

Assai meno evidente è se la locuzione impiegata dal legislatore si limiti ad inibire esclusivamente il procedimento analogico o se statuisca anche il divieto di interpretazione estensiva<sup>291</sup>.

Tuttavia prima di proseguire oltre bisogna delimitare l'ambito di applicazione dell'art. 14 disp. prel., specialmente con riguardo alle cause di giustificazione e al fatto se esse siano previste da disposizioni eccezionali. Secondo un insigne corrente di pensiero<sup>292</sup>, le fattispecie incriminatrici costituiscono le ipotesi eccezionali, mentre le cause di giustificazione, in quanto eccezioni delle eccezioni, riaffermerebbero la regola generale.

Tale ragionamento è particolarmente interessante, ma si limita a spostare il problema, poiché muove dal presupposto che la fattispecie incriminatrice e la fattispecie scriminante siano previste da disposizioni diverse, le prime di natura penale, le seconde di natura extra-penale<sup>293</sup>.

Tuttavia il legislatore ha impiegato, correttamente, il termine “legge” e non “disposizione di legge”, alludendo al risultato dell'integrazione degli enunciati normativi, dunque muovendo da questa premessa possiamo concludere che l'ambito di applicazione dell'art. 14 disp.prel., si estende necessariamente a tutte le componenti, sia che giochino a favore, sia che giochino a sfavore dell'imputato<sup>294</sup>.

Purtroppo bisogna constatare che, nonostante la logica di tale

---

291 LICCI G., *Modelli*, Cit., 240 ss.

292 ROCCO A., *Lezioni di diritto penale*, Sampaolesi, Roma, 1932.

293 LICCI G., *Figure*, cit., 182.

294 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 182.

ragionamento, esso è adottato da una parte minoritaria della dottrina<sup>295</sup>, poiché la dottrina maggioritaria statuisce che l'art. 25 della Costituzione (che nulla dice con riguardo all'analogia) ha come obiettivo di estendere la portata delle norme più favorevoli al reo, basandosi sul ragionamento che la libertà del cittadino è la regola e la sua limitazione un'eccezione<sup>296</sup>. Cosa centri la libertà con l'analogia, resta tuttavia un mistero.

#### 14. *Interpretazione estensiva e principio di stretta interpretazione.*

Posto che la disciplina dell'art. 14 disp. prel. si riferisce alle fattispecie penali reali, cioè quelle desumibili da tutte le disposizioni – favorevoli o sfavorevoli per l'imputato– che convergono nella qualificazione del fatto, bisogna ora vedere se tale disposizione vieti, parallelamente all'analogia, anche l'interpretazione estensiva.

Emergono con riferimento a tale problema due diversi orientamenti a livello continentale. Il primo è l'accostamento tedesco che vieta l'analogia ma consente l'interpretazione estensiva,

---

295 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 182; NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, 131; RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Cit., 248 ss.

296 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, Cit., 97; GALLO M., *Legge penale*, in *Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 32 ss; SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 54 ss; MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cit., 110 ss.

il secondo accostamento è quello francese ed inglese che tende a generalizzare il principio di stretta interpretazione in materia penale, senza distinguere tra analogia e interpretazione estensiva<sup>297</sup>.

Bisogna ora prendere le mosse dalle disposizioni dell'ordinamento italiano, per comprendere in quale di tali due accostamenti, rientri l'art. 14 disp. prel.

Il secondo comma dell'art. 12 disp. prel., con riguardo alle leggi extrapenali, si occupa dell'integrazione del sistema nel caso di lacune dell'ordinamento. Tale comma delinea una distinzione tra *analogia legis*, cioè la possibilità di utilizzare disposizioni regolanti ipotesi simili ( “Si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o analoghi”), e *analogia iuris*, cioè la possibilità di usare principi generali dell'ordinamento ( “ Se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”)<sup>298</sup>.

Il successivo art. 13 delle Disposizioni sulla Legge in Generale<sup>299</sup>, oggi abrogato poiché riferito all'ordinamento istituzionale del fascismo, riproduce la stessa formula semantica impiegata per definire l'applicazione analogica<sup>300</sup>.

Nell'art. 14 disp. prel. tuttavia il legislatore non utilizza le formule dei due precedenti articoli, ma utilizza la locuzione “oltre i casi e i tempi in esse considerati”, sensibilmente differente dalle precedenti.

Possiamo dunque asserire che l'art. 14 disp. prel. vieti qualcosa di

---

297 LICCI G., *Figure*, Cit., 182.

298 PULITANO D., *Diritto penale*, cit., 158.

299 Art. 13 disp. prel “Le norme corporative non possono essere applicate a casi simili o a materie analoghe a quelli da esse contemplati”.

300 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, cit., 194.

più dell'applicazione analogica e in prima battuta potrebbe sembrare che vieti l'interpretazione estensiva<sup>301</sup>.

Se così fosse però verrebbe sconvolto totalmente l'ordinamento italiano. Si pensi al caso dell'omicidio (previsto dall'art. 575 c.p.i.<sup>302</sup>).

Esso recita “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito”, pone l'interrogativo se debba essere punito anche chi uccide una donna. Poiché l'argomento *a contrariis*, cioè il non punire chi uccide una donna, risulta oltre che scarsamente plausibile e urta decisamente contro il buon senso, nel caso prospettato la lacuna sia più speciosa che reale e quindi risolubile con una soluzione di tipo esegetico, in forza del quale il vocabolo “uomo” intende indicare ogni essere umano, indipendentemente dal sesso<sup>303</sup>.

Muovendo da tale passo iniziale, l'interprete procede a controllare se tale formula sia corroborata da controllo critico, adottando quelli che sono i criteri dell'ermenutica giuridica precedentemente elencati (logico-sistematico, teleologico, storico, comparatistico e dell'intenzione del legislatore)<sup>304</sup>.

Nel caso in questione, i valori presupposti da proposizioni collocate nella Costituzione ( l'art. 3 relativo al principio di uguaglianza<sup>305</sup>), congiuntamente col criterio dell'intenzione del

301 LICCI G., *Figure*, Cit., 183.

302 Art. 575 c.p.i. “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”.

303 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 184.

304 LICCI G., *Figure*, Cit., 185.

305 Art. 3 Cost. “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva

legislatore e con il criterio comparatistico, conducono ad una ricostruzione del significato del testo conforme alla congettura iniziale: il legislatore italiano, al pari di tutti i legislatori occidentali, ritiene equivalente uccidere un uomo o una donna<sup>306</sup>. Dunque l'interpretazione estensiva dell'art. 575 c.p.i è del tutto pacifica in dottrina e giurisprudenza, dunque attribuire all'art. 14 disp. prel il divieto di interpretazione estensiva risulta irragionevole.

Dunque possiamo affermare che l'art. 14 disp. prel. non contiene il principio di stretta interpretazione<sup>307</sup>, tipico del modello anglo-francese<sup>308</sup>, poiché non è logicamente corretto e poiché l'interpretazione estensiva e l'interpretazione restrittiva non sono criteri, bensì risultati dell'attività ermeneutica<sup>309</sup>.

## 15. *Formante giudiziale.*

La linea di confine tra interpretazione estensiva ed analogia è perciò segnata dal significato letterale della legge: abbiamo un'interpretazione estensiva allorquando il giudice attribuisce alla disposizione un significato tale da abbracciare ogni caso che può esser ricondotto al suo tenore letterale<sup>310</sup>.

---

partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

306 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 185.

307 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 195.

308 LICCI G., *Modelli*, Cit., 245.

309 DONINI M., *Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, 67 ss; FIANDACA G., *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro. it.*, 1887, V, 167.

310 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 64.

Il giudice fuoriesce dall'interpretazione estensiva- consentita- qualora riferisca la norma a situazioni non riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati letterali, in particolare viola il divieto di analogia in materia penale quando estende la norma a casi simili a quelli espressamente contemplati dalla legge, sulla base di una comune identità ratio (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*)<sup>311</sup>.

Come già accennato, il divieto di analogia presuppone che il legislatore abbia formulato disposizioni incriminatrici precise<sup>312</sup> e significative<sup>313</sup>.

Tuttavia, il nostro ordinamento politico è notoriamente caratterizzato da una scarsa omogeneità sociale, che si riflette nella composizione parlamentare, rendendo necessario adottare nel corso degli anni diversi e numerosi governi di coalizione<sup>314</sup>.

Tale situazione pone come corollario la compresenza di principi ispiratori diversi e non sempre compatibili nei soggetti chiamati ad esprimere la funzione legislativa, cosicché la ricerca di un equilibrio fra le diverse tendenze spinge il legislatore ad adottare con sempre maggior frequenza formule generali, inutili ed atecniche petizioni di principio, le quali, finalizzate a permettere ad ogni singola componente politica della coalizione, di salvare il “proprio peso” in termini di voti, si rivelano nocive sul piano giuridico<sup>315</sup>.

311 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Op. Ult. Cit.*, 65; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 94.

312 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Op. Ult. Cit.*, 65

313 LICCI G., *Ragionevolezza e significatività*, Cit., 2 ss.

314 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 12.

315 LICCI G., *Ragionevolezza e significatività*, Cit., 13. In tal novero di leggi, può esser ricordata, la Legge 22 maggio 1978 n.194, afferente l'interruzione di gravidanza, la quale pone numerosi problemi sotto il profilo della determinatezza. Tale disposizione

Il divieto di analogia in diritto penale viene or dunque svuotato qualora il legislatore, usando termini vaghi ed elastici, consente al giudice di sottrarsi alla legge, riempiendo la norma di qualsiasi contenuto, perciò in molti casi ci si trova in presenza di disposizioni costituzionalmente illegittime per la loro imprecisione<sup>316</sup>.

Il rispetto del principio di tassatività della fattispecie, di cui abbiamo trattato in precedenza, non può condurre l'interprete a soluzioni diverse da quelle imposte da tale principio<sup>317</sup>.

L'interprete penale è gravato da un'immensa responsabilità nel suo compito, poiché deve dismettere schemi ed abitudini mentali che sono leciti per qualunque altro interprete di qualsiasi altro settore dell'ordinamento, tuttavia ciò risponde ad una precisa opzione politica<sup>318</sup>, quello di riservare il monopolio nel campo delle incriminazioni all'organo eletto dal popolo, cioè il Parlamento<sup>319</sup>.

Per tale motivo deve sempre tener presente che nel diritto penale non esistono lacune, *rectius* le lacune esistenti sono rilevabili solo come espressione di volontà o carenza, dell'iniziativa politica del legislatore, ma non sono giammai colmabili per via interpretativa, poiché ogni disposizione legislativa non si esaurisce in una descrizione della fattispecie, ma costituisce un *unicum* inscindibile tra quest'ultima e la relativa sanzione, giacché qualsiasi

afferma che “ la vita è tutelata fin dal suo inizio”, tuttavia non si può stabilire, al di là di ogni ragionevole dubbio, quando inizia la vita. È interessante notare come le proposizioni declamatorie inizino con l'avvento nel nostro Paese della Repubblica democratica, poiché nel codice penale del 1930, promulgato sotto il regime fascista, non sono presenti proposizioni declamatorie.

316 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, Cit., 65.

317 CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in STILE A.M (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991, 6.

318 CONTENTO G., *Interpretazione*, Cit., 6-7.

319 LICCI G., *Figure*, Cit., 24.

ampliamento dell'ambito di applicazione della fattispecie non può far altro che produrre il correlativo ampliamento della sfera di applicazione del trattamento sanzionatorio della norma<sup>320</sup>.

Da tale constatazione deriva l'inevitabile conseguenza che lo stesso trattamento sanzionatorio finisce con l'applicarsi a fatti che, benché analoghi, non sono però quelli espressamente previsti dal legislatore, in tal modo l'interprete interferisce nell'esercizio di un'attività sovrana dell'organo legislativo, poiché la predeterminazione delle pene non può mai essere delegata ad un altro potere<sup>321</sup>.

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione distingue costantemente tra interpretazione estensiva e analogia<sup>322</sup> e da tale distinzione la Cassazione ha tratto a volte sentenze coerenti<sup>323</sup>.

Si pensi, ad esempio, in tema di omissione di soccorso (previsto dall'art. 593 c.p.i<sup>324</sup>), che la giurisprudenza prevalente<sup>325</sup> giustamente ritiene che l'espressione “trovare” sia riferibile soltanto a chi sia in presenza di una persona in pericolo, rilevando invece che solo

320 CONTENTO G., *Interpretazione*, Cit., 7.

321 CONTENTO G., *Op. Ult. Cit.*, 7; CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, V, 848 ss.

322 Cass., Sez. III, 9 gennaio 2009, n. 15707, Abbaneo, in *CED Cassazione* n.243341; Cass., Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, Tucci, *ivi*, n. 240769; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2007, n. 1479, Khouma, *ivi*, n. 238818; Cass., Sez. VI., 30 settembre 1998, n. 12238, De Simone, *ivi*, n. 213033.

323 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 65.

324 Art. 593 c.p.i 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. 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. Se da siffatta condotta del colpevole deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è raddoppiata.

325 Cass., Sez. V, 15 marzo 2002, n.20480, Seralessandri, in *CED Cassazione*, n.221916; Cass., Sez. V, 31 gennaio 1978, Ballestrero, in *Foro it.*, 1979, II, 374.

un'estensione analogica della norma consentirebbe di includere la semplice notizia del ritrovamento da parte di altri di una persona in pericolo, come nel caso di chi sia avvertito per telefono che altrove una persona giace al suolo ferita<sup>326</sup>.

Tuttavia non sempre il formante giudiziale ha rispettato tale distinzione e sono invero assai numerosi i casi in cui, in modo aperto od occulto, ha violato il divieto di analogia.

Si consideri ad esempio alla contravvenzione che punisce la distruzione o il deturpamento di bellezze naturali (previsto dall'art. 734 c.p.i)<sup>327</sup>. Risulta evidente che l'inciso "in qualsiasi altro modo" consente di equiparare alle condotte di "costruzione" o "demolizione" tutte quelle altre condotte che, in concreto, siano idonee a produrre analogamente il risultato di distruzione o alterazione delle bellezze naturali, legittimando in tal modo la qualificazione, in termini illiceità penale, di altre attività, quali ad esempio lo svellimento di piante, l'esecuzione di scavi per cave di materiali e così via<sup>328</sup>.

Tuttavia la formula "in qualsiasi altro modo", non può essere utilizzata per rendere penalmente illecito qualunque altro tipo di comportamento, benché del tutto diverso ed eterogeneo rispetto a quelli di costruzione o demolizione<sup>329</sup>; infatti sanzionare penalmente una serie tendenzialmente infinita di altre condotte finirebbe per

---

326 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, Cit., 65.

327 Art. 734 c.p.i "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".

328 CONTENUTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, Cit., 9.

329 CONTENUTO G., *Op. Ult. Cit.*, 9.

violare il principio di tassatività della fattispecie<sup>330</sup>. Sicché non si può che rimanere perplessi di fronte a decisioni giudiziali che hanno ritenuto applicabile tale disposizione anche ai comportamenti omissivi – meramente colposi- delle pubbliche autorità preposte al controllo e alla tutela dell'ambiente: fino a ricomprendere in taluni casi, omissioni che non abbiano avuto ad oggetto luoghi soggetti a “speciale protezione dell'Autorità”, come enunciato dall'art. 734 c.p.i, bensì luoghi ritenuti, in maniera oggettiva, di particolare rilevanza ambientale e perciò dotati di immediata tutela penale<sup>331</sup> per il mezzo dell'art. 9 della Costituzione<sup>332 333</sup>.

Pur tuttavia, tale interpretazione della formula dell'art. 734 c.p.i, anche se apparentemente autorizzata, senza limiti, dal legislatore, può finire col determinare risultati ermeneutici che vanno assai al di

---

330 CONTENUTO G., *Op. Ult. Cit.*, 9.

331 CONTENUTO G., *Op. Ult. Cit.*, 10.

332 Art. 9 Costituzione “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”.

333 Particolarmente importante al riguardo è la sentenza della Pretura di Otranto 10 aprile 1986, n. 54, Simone ed altri (inedita) nella quale si afferma che “Non può escludersi che omettendo un intervento necessario di manutenzione o cura si provochi l'alterazione di un luogo di particolare bellezza, con il suo deperimento ( es.: giardino, bosco, costruzioni o altro) [...] in base ai più recenti orientamenti della Corte di Cassazione la tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, non soffre di limitazioni ed è comunque prevalente rispetto a determinazioni della P.A. eventualmente in contrasto con la tutela di tale diritto. Non vi è motivo di escludere il bene paesaggio espressamente ricompreso dalla Carta Costituzionale tra i diritti fondamentali, da tale opportuna tutela, cosicché la stessa norma penale nella sua interpretazione storica ed evolutiva, non può non risentire di tale costituzionalizzazione, interpretandosi il rilievo del vincolo paesaggistico come generale indicazione del livello al quale il bene paesaggio è tutelato penalmente, livello che, anche a fronte di differenti valutazioni amministrative, può in concreto essere riconosciuto, come nel caso in esame, dalla stessa amministrazione e comunque motivatamente dal giudice. Né il principio richiamato può trovare ostacolo nella mancata estendibilità dell'analogia in *malam partem*, giacché al contrario, trattandosi della medesima fattispecie e di una interpretazione evolutiva del concetto di bene tutelato, ricorre qui l'ipotesi dell'interpretazione estensiva appunto, del bene tutelato dalla norma penale, ammissibile per legge.

là di quelli implicati dal procedimento analogico, consentendo di rendere penalmente illecite, anche condotte di omissioni di atti di ufficio meramente colpose<sup>334</sup>, non punibili in quanto tali *ex art. 328 c.p.i*<sup>335</sup>.

Tale risultato non risulta adatto, poiché il legislatore non ha ritenuto opportuno sanzionare le inosservanze dovute a mera negligenza, richiedendo per la configurazione di tale delitto il dolo generico, giudicandole dunque non sufficientemente espressive di un disvalore meritevole di sanzione penale<sup>336</sup>. Non sembra dunque ammissibile una tale strumentalizzazione dell'art. 734 c.p.i al fine di raggiungere esattamente un tale risultato, a meno che non si compia una scelta di gerarchia di valori, ponendo quello della tutela ambientale, invero assai importante, in una posizione di supremazia su tutti gli altri beni o interessi della collettività<sup>337</sup>.

Proseguendo con altre interpretazioni in cui il formante giudiziale ha eluso il divieto di analogia, possiamo citare il caso del c.d. elettrosmog in relazione al reato di cui all'art. 674 c.p.i<sup>338</sup>,

---

334 Cass. Sez. V, 11 ottobre 1980, in *Cass. Pen. Mass.*, 1981, 1536.

335 Art. 328 c.p.i “ Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino ad euro 1032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa”.

336 CONTENTO G., *Interpretazione*, Cit., 11.

337 CONTENTO G., *Op. Ult. Cit.*, 11.

338 Art. 674 c.p.i “ Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l'arresto fino a un mese o con l'ammenda fino a euro 206”.

riguardante le radiazioni elettromagnetiche emesse da impianti di radiodiffusione di una famosa emittente vaticana.

La Corte di Cassazione, chiamata a rispondere a tale quesito<sup>339</sup>, cioè se le onde elettromagnetiche rientrano nella nozione di “getto di cose”, ha risposto affermativamente<sup>340</sup>. La Corte ha infatti affermato che “ Il fenomeno della creazione, emissione e propagazione di onde elettromagnetiche rientra nella contravvenzione di cui all'art. 674, comma primo, cod. pen., per effetto di un'interpretazione estensiva dell'espressione “getto di cose”, non comportando tale esegesi un'estensione analogica in *malam partem* della predetta disposizione”<sup>341</sup>.

Tuttavia alla luce della *ratio* del testo dell'art. 674 c.p.i e della L. 22 febbraio 2001, n.36, recante disposizioni sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, il contenuto dell'*elettrosmog* risulta eterogeneo rispetto al significato del tipo espresso dall'art. 674 c.p.i<sup>342</sup>.

La legge quadro appena citata, sanziona rigorosamente (seppur esclusivamente in sede amministrativa<sup>343</sup>) le emissioni elettromagnetiche eccedenti i limiti fissati dall'autorità competente e tali sanzioni scattano per il solo fatto del superamento dei limiti

---

339 Cass. Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, Tucci, in *CED Cassazione*, n. 240769; Cass. Sez. III, 9 gennaio 2009, n. 15707.

340 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 65; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 125

341 Cass. Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, Tucci, in *CED Cassazione*, n. 240769.

342 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 125

343 Purtroppo l'importante lezione del Licci, con riguardo alle sanzioni penali “mascherate” da sanzioni amministrative, che sacrificano le garanzie previste dal processo penale a tutela del cittadino, avallata anche dall' “arret Ozturk” e dalla relativa pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, non è stata recepita nel nostro ordinamento, e tale legge lo dimostra una volta di più.

tabellari, indipendentemente dall'esistenza di un danno o di un pericolo per la salute<sup>344</sup>.

Inoltre il reato di cui dell'art.674 c.p.i integra una fattispecie di pericolo e se si riconducessero le onde elettromagnetiche al tipo di cui all'art. 674 c.p.i si giungerebbe al risultato irragionevole di punire un fatto più grave, poiché pericoloso per la salute pubblica, in maniera meno severa rispetto a quella prevista dalla L. 22 febbraio 2001, n.36, per condotte per le quali non è richiesta alcuna prova della pericolosità<sup>345</sup>.

Tutto ciò porta a concludere che il disvalore contenuto dell'art. 674 c.p.i è completamente diverso da quello espresso dal fatto dell'elettrosmog, sicché costituisce un'attribuzione di significato inaccettabile quella che ritiene che il fatto dell'elettrosmog sia un'occorrenza del tipo espresso dall'art. 674 c.p.i<sup>346</sup>.

Ancora in tema di violazione del divieto di analogia, possiamo citare il problema riguardante la tutela penale del *software*<sup>347</sup>. Tale problema è stato risolto dal d. lgs. 29 dicembre 1992, n. 518, in attuazione della direttiva 91/250/CEE relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore. Tuttavia prima di tale intervento legislativo, la Corte di Cassazione aveva per qualche tempo ricondotto il *software* alla sfera di tutela della legge sul diritto

344 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 125.

345 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 126.

346 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 65; VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 126. In tal senso anche la sentenza della Cass., Sez. I, 30 gennaio 2002, n.8102, Suraci, in *Cass. Pen.*, 2003, 139 ss, che nota come “Ogni tentativo di interpretare in maniera estensiva una norma concepita ad altri fini, come quella dell'art. 674 c.p., fino a ricomprendervi ipotesi ad esse sostanzialmente estranee, appare velleitario, oltre che *contra legem* e finisce inevitabilmente con lo scontrarsi con la lettera e lo spirito della normativa in vigore”.

347 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 126

d'autore ( Legge 22 aprile 1941, n. 633)<sup>348</sup>, benché il tenore penale di tale legge, facendo riferimento alle “opere di letteratura scientifica”, non consentisse in alcun modo di farvi rientrare i *software*<sup>349</sup>.

Certa giurisprudenza, infine, ha ritenuto di poter applicare l'art.353 c.p.i.<sup>350</sup> che punisce la turbata libertà della gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private, anche nel caso in cui la turbativa non sia avvenuta nel corso di un pubblico incanto<sup>351</sup>.

Senza alcuna esitazione infatti i giudici hanno affermato che “ la detta fattispecie è applicabile, estensibile alle cosiddette gare di consultazione che si svolgono con numero ridotto di partecipanti e senza l'osservanza dei termini e delle disposizioni sulla contabilità di Stato”<sup>352</sup>.

La nozione di pubblico incanto e licitazione privata sono tecniche e normativamente definite dalla legge sulla contabilità di Stato,

---

348 Cass., Sez. III, 24 novembre 1986, in *Foro it.*, 1987, II, c.289 ss.

349 MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 65; ID., *Corso diritto penale*, Cit., 176-177 secondo cui la Cassazione nell'applicare la “disciplina delle norme incriminatrici casi analoghi a quelli in essa previsti”, avrebbe “apertamente violato il principio di tassatività” della fattispecie; RINALDI R., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge in generale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1994, 195-226; PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2008, 34. Di contrario avviso ( e ciò non stupisce) VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, Cit., 123-124.

350 Art. 353 c.p.i “Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032. Se il colpevole è persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni suddette, la reclusione è da uno a cinque anni e la multa da euro 516 a euro 2.065. Le pene stabilite in questo articolo si applicano anche nel caso di licitazioni private per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; ma sono ridotte alla metà”.

351 VELLUZZI V., *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Working papers dell'Università di Siena, 25, Siena, 1996, 10.

352 Cass., Sez. III, 1 dicembre 1975, in *Cass. pen. Mass.*, 1977, 364.

perciò l'applicazione della conseguenza prevista dall'art. 353 c.p.i ad altre procedure in cui ricorre una gara, non può avvenire in via estensiva, ma soltanto per mezzo dell'analogia sulla base dell'*eadem ratio*<sup>353</sup>, violando così il divieto previsto dall'art. 14 disp. prel.

Tutte questi esempi dimostrano come il formante giudiziale non rispetta il divieto di analogia, utilizzando come scudo per tale violazione l'interpretazione estensiva.

### 16. *Il principio di stretta interpretazione e il problema del favor rei.*

Come già affermato in precedenza, l'art. 14 disp. prel. non contiene, nonostante in prima battuta possa sembrare così, il principio di stretta interpretazione, derivante dal genotipo anglo-francese, poiché ciò non è né logicamente né empiricamente corretto<sup>354</sup>, dato che l'interpretazione estensiva e quella restrittiva non sono criteri, ma risultati dell'attività ermeneutica<sup>355</sup>.

In tal modo si potrebbe giungere a proporre una lettura riduttiva del modello in questione, limitando il divieto di interpretazione estensiva alle disposizioni che giocano a sfavore dell'imputato, accomunando i procedimenti analogico e interpretativo, sotto il medesimo risultato del divieto di esiti operativi in *malam partem*<sup>356</sup>.

---

353 VELLUZZI V., *Analogia*, Cit., 10.

354 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 195.

355 PULITANÒ D., *Diritto penale*, Cit., 143, FIANDACA G., *La giustizia in bicamerale*, Cit., 167, LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 195.

356 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 195.

Una lettura di tal genere però si fonda su premesse deboli dato che bisognerebbe dimostrare innanzitutto che nell'ordinamento italiano il principio del *favor rei* costituisca un principio generale<sup>357</sup>; in secondo luogo bisognerebbe poi accogliere l'insegnamento che accoglie l'applicazione analogica in *bonam partem*<sup>358</sup>, ponendo in ombra le autorevoli argomentazioni formulate in senso contrario<sup>359</sup>.

Taluni Autori infatti sostengono che se fosse applicabile l'analogia in *bonam partem*, allora si dovrebbe tollerare anche l'analogia in *malam partem*, in quanto essa non è fonte di "incertezza" maggiore rispetto all'analogia in *bonam partem*.<sup>360</sup>

Altri invece sostengono che tale operazione risulti incoerente, poiché una volta che viene fissato nel nostro ordinamento il principio di legalità, e la sua dimensione attinente alla riserva di legge, ammettendo l'analogia in *bonam partem*, si commetterebbe un *vulnus* gravissimo a tale principio, poiché si permette all'organo giurisdizionale di produrre norme in materia penale<sup>361</sup>.

Inoltre costoro ritengono che gli Autori propensi all'ammissibilità in materia penale del ragionamento analogico in *bonam partem*

---

357 È senza dubbio possibile affermare che alcune disposizioni del codice penale italiano, ad esempio quelle riguardanti il conflitto diacronico di leggi, si ispirino a ragioni di favore nei confronti del reo, ma rimane da dimostrare la possibilità di convertire un regime tipico di poche disposizioni in un principio di ordine generale. L'assenza di principi di ordine generale come il *favor rei* e il *favor libertatis* è stata negata a livello sostanziale da MORSELLI E., *Analogia e fattispecie penale*, Cit., 77, ed a livello processuale da LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, 1968, 2 ss.

358 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Cit., 100; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 97; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., 64 e 75.

359 CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale*, Cit., 30 ss; Marini G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993, 52 ss.

360 BOSCARRELLI M., *Compendio di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 1994, 17-18

361 MARINI G., *Lineamenti*, Cit., 52; ID., *Nullum Crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 957.

siano ispirati dall'idea del reato come mero *crimen maiestatis* o comunque della norma penale come norma dettante limitazioni alla libertà personale nell'esclusivo interesse del Sovrano e/o della collettività dei consociati, dimenticando in tal modo che accanto all'esigenza civilissima di tutela del reo dallo “strapotere” dello Stato, esiste un'altra esigenza, assai pregnante, ed altrettanto civile e meritevole di tutela e considerazione: ossia quella di garantire il soggetto controinteressato al reato dalle lesioni che con questo gli possono essere inferte<sup>362</sup>.

Infine per quanto riguarda gli esiti empirici dell'operazione, è sufficiente richiamare l'interpretazione, sfavorevole al reo, che estende la portata dell'art. 575 c.p.i all'ipotesi dell'uccisione di una donna, di cui abbiamo parlato in precedenza, per rigettare una tale tesi<sup>363</sup>.

L'obiezione sarebbe indebolita se si accogliesse la prospettazione per cui la lettura appropriata dell'art. 575 c.p.i non costituirebbe un'interpretazione estensiva dell'enunciato normativo, bensì una non-interpretazione<sup>364</sup>. Infatti l'art. 12 disp. prel. enuncerebbe implicitamente il principio “*in claris non fit interpretatio*”, lasciando agli articoli seguenti il solo compito di circoscrivere in negativo l'ambito di operatività dell'interprete<sup>365</sup>. Un'affermazione di questo genere è però inammissibile poiché completamente superata

362 MARINI G., *Lineamenti*, cit., 53. Che tale esigenza abbia un peso assai importante ce lo dimostra la storia, anche recente, in cui spesso determinate dottrine generali sono servite ai detentori del potere, non solo per colpire, oltre le previsioni vigenti, determinate classi o categorie di soggetti, ma anche per negare tutela ad altre e ben conosciute categorie di soggetti.

363 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, cit., 195.

364 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 195.

365 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 195.

dalla metascienza contemporanea<sup>366</sup>, la quale tende casomai ad asserire una sorta di pan-interpretivismo<sup>367</sup>.

Infine contro il principio di stretta interpretazione, una autorevole dottrina<sup>368</sup> ha rilevato che l'interpretazione estensiva non si estende oltre i casi e i tempi considerati: altro è estendere la portata della disposizione a casi non contemplati, altro è riconoscere un significato incoativamente presente nel testo<sup>369</sup>.

Muovendo da questo ineccepibile rilievo, non sembra consentito pervenire alla conclusione che l'art. 14 disp. prel. costituisca una mera variante linguistica del divieto di analogia, poiché l'inciso “casi e tempi considerati” allude ad un limite intrinseco ai contenuti delle disposizioni di legge e non un eterolimito proveniente dall'esterno<sup>370</sup>.

## 18. *L'articolo 14 delle Disposizioni sulla Legge in Generale. Genesis.*

Si stentò moltissimo, *in antiquo*, ad ammettere o addirittura si escluse che le leggi penali potessero introdurre un *ius novum*, ovvero sia costruire nuove figure di reato<sup>371</sup>; al riguardo si fa valere la testimonianza di Cicerone che parla di leggi “*in quibus non jus*

---

366 CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione*, Il mulino, Bologna, 2007.

367 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, cit., 195.

368 GALLO M., *Appunti*, Cit., 79 ss.

369 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 196.

370 LICCI G., *Figure*, Cit., 196.

371 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 289.

*aliquod novum populo constituitur*<sup>372</sup> e che non avrebbero fatto null'altro che dichiarare “*quod semper malum facinus fuerit*”<sup>373</sup>. Il concetto giusnaturalistico di valori validi, eterni, universali ed immutabili trovò nel campo penale una maggiore accentuazione che non negli altri campi del diritto, ripugnando sempre il concepire la repressione come qualcosa di relativo ed arbitrario<sup>374</sup>.

L'*interpretatio* in tale sistema venne in definitiva ristretta ai casi non risolti da una precisa e chiara disposizione di legge e apparve, in quanto attività creatrice, riservata al legislatore<sup>375</sup>.

Solo con l'avvento delle grandi codificazioni moderne, con l'idea di sistemi giuridici chiusi ed autosufficienti, il concetto di interpretazione assunse un significato comprendente l'operazione intellettuale preliminare all'applicazione di ogni tipo di legge ed alla soluzione giuridica di ogni controversia, anche nei casi di silenzio del legislatore o di scarsa chiarezza del testo<sup>376</sup>.

Fino a quando prevalsero simili concetti non poteva avere l'importanza che ha oggi la necessità di di contrapporre, sul piano interpretativo, ai criteri comuni (il cui compito è quello di offrire al giudice la possibilità di riempire le lacune) dei criteri speciali, per quei settori dell'ordinamento giuridico nei quali il silenzio della legge ha come correlato immediato la tutela della libertà<sup>377</sup>.

Il *Code Civil* napoleonico tacque sul punto, ma altre legislazioni

---

372 CICERONE M.T., *In Verrem*, Mondadori, Milano, 2004, 19

373 CICERONE M.T., *Op. Ult. Cit.*, 20.

374 QUADRI R., *Op. Ult. Cit.*, 289.

375 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, Cit., 289.

376 QUADRI R., *Op. Ult. Cit.*, 290.

377 QUADRI R., *Op. Ult. Cit.*, 290.

lo menzionarono, in particolare l'art. 8 del Codice Napoletano<sup>378</sup> e l'art. 4 Prel. Del codice civile del 1865<sup>379</sup>, utilizzando la locuzione “oltre i casi e i tempi in esse espressi” che sarà poi ripresa dall'art. 14 disp. prel. che viene definita nella Relazione ministeriale del 1965 come un “principio eminentemente progressivo e liberale”.

Ciò che avevano in mente i grandi ispiratori del principio di legalità nel campo punitivo<sup>380</sup>, fosse soltanto l'esigenza dell'assoluta fedeltà al significato proprio del precetto penale, come formula scritta e descrittiva, rappresentativa di contegni umani<sup>381</sup>.

Da tale prezioso insegnamento si deduce, nel diritto continentale, che il principio di legalità (specialmente nella sua dimensione attinente alla tassatività) esige che si abbia esclusivo riguardo alla situazione quale risulta descritta dal precetto penale, escludendo qualsiasi rapporto con dati, scopi o interessi estranei al precetto<sup>382</sup>.

Dunque il sistema di giustizia legale dei sistemi continentali richiede che l'esercizio della potestà punitiva presupponga che sia

---

378 Articolo 8 Codice Napoletano “Le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti, e che formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi”.

379 Articolo 4 Prel. Cod. Civ. 1865 “Le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti o formano eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi”.

380 BECCARIA C., *Dei delitti*, cit; in tale opera l'Autore fissa il concetto che le “sole leggi possono decretare le pene sui delitti” (cerca pag), poiché “l'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita” (Cerca pag). Infine aggiunge che “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la premessa maggiore dev'essere la legge generale: la minore: l'azione conforme, o no alla legge: la conseguenza: la libertà o la pena”. Quando il giudice “sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni”.

381 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, Cit., 296.

382 QUADRI R., *Diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1944, 44 ss. La costruzione dell'oggetto della protezione penale, per tale Autore è una “situazione indipendentemente da ogni riferimento a dati estrinseci del momento descrittivo”.

stato ricostruito, attraverso l'interpretazione, il significato delle disposizioni legislative precostituite e che ne sia verificata l'applicabilità ai fatti contestati<sup>383</sup>.

Il principio di sufficiente determinatezza richiederebbe che tale operazione venisse condotta seguendo un modello di argomentazione sillogistico-deduttivo, nel quale la norma (premessa maggiore) e il fatto (premessa minore) fungono da premesse per una conclusione necessaria, cui dovrebbe rimanere estranea qualunque valutazione personale da parte del giudice<sup>384</sup>. Secondo Quadri, gli attuali orientamenti interpretativi scuotono senza dubbio la certezza del diritto, poiché utilizzando lo “scopo” della disposizione legislativa, favoriscono l'arbitrio, in quanto tale scopo può essere ricavato dai fattori più diversi e dalle più diverse situazioni, dimenticando erroneamente, che lo “scopo” della legge non può essere altro che quello consegnato dagli art. 14 disp. prel e dagli art. 1 e 199 c.p.i, cioè quello di certezza che non può esser dato da nient'altro che il chiaro ed inequivoco dettato della legge<sup>385</sup>.

### *18. Il contenuto normativo dell'art. 14 delle Disposizioni sulle Leggi in Generale.*

In base al principio di conservazione del materiale normativo, non è consentito interpretare l'art. 14 disp. prel. come un inutile

---

383 NAPPI A., *Guida al codice penale. Parte generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008, 95.

384 NAPPI A., *Guida al codice penale*, Cit., 96.

385 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 296.

duplicato del divieto di applicazione analogica (che il legislatore statuisce nell'art. 1 c.p.i)<sup>386</sup>.

L'interprete troppo rispettoso del modello di Von Savigny propone un'interpretazione dell'art. 14 disp. prel. distratta, ma non innocua, poiché una tale lettura abroga la formula “oltre i casi e i tempi”, ponendo in ombra lo sbarramento che tale disposizione oppone all'importazione di modelli stranieri e ad ogni sostituzione di disciplina<sup>387</sup>, mascherata da interpretazione costituzionalmente orientata<sup>388</sup>.

Imponendo di rispettare la costruzione grammaticale, sintattica e sistematica, nonché il significato storico e teleologico del testo, il legislatore all'art. 12 dip. Prel. ha vietato la creazione arbitraria del diritto da parte del giudice, ma non anche l'interpretazione estensiva dettata dall'incontro fra il testo ed un contesto diverso da quello presupposto dal legislatore<sup>389</sup>.

Diverso è dunque il contenuto del divieto posto dall'art. 14 disp. prel., in relazione alle leggi penali e a quelle che fanno eccezione a regole generali, rispetto alle quali il legislatore, pur consentendo l'interpretazione estensiva, ha bandito il “contestualismo”, cioè, come detto nel primo capitolo della nostra intrapresa conoscitiva, ogni operazione intesa a includere nell'interpretazione le proposte di lettura ulteriori rispetto ai casi e ai tempi legislativamente

---

386 LICCI G., *Figure del diritto penale*, cit., 185.

387 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, cit., 196.

388 Favorevole alle interpretazioni evolutive costituzionalmente orientate è, per esempio, PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, 266 ss.

389 LICCI G., *Figure*, cit., 186.

considerati, invocando l'emergere di nuovi sfondi problematici<sup>390</sup>.

Un orientamento che consentisse una tal genere di operazione, abbatterebbe il diaframma positivamente esistente tra i criteri generali dell'interpretazione e i criteri speciali per la materia punitiva<sup>391</sup>.

Le Disposizioni sulla Legge in Generale non escludono la creatività dell'interprete, ma la riducono entro confini più rigorosi quando ci si avvicina al campo penalistico<sup>392</sup>; infatti il legislatore avverte l'esigenza di rafforzare le regole delineate nelle disposizioni precedenti, aggiungendo la formula “oltre i casi e i tempi” (mutuata dall'art. 4 prel. Cod. Civ. 1865)<sup>393</sup>.

La dottrina italiana ha abitualmente sottovalutato il significato dell'art. 14 disp. prel., facendone un inutile duplicato duplicato del divieto di analogia contenuto nell'art. 1 c.p.i., tuttavia un'affermazione di questo gener urta contro la sistematica della legge italiana, che utilizza, non casualmente, formule diverse in articoli consecutivi della stessa legge<sup>394</sup>.

Bisogna dunque ammettere che a locuzioni diverse non possono che corrispondere significati diversi, infatti la formula dell'art. 12 disp. prel. si spiega considerando che tale disposizione non contiene preclusioni rispetto alle istanze del contestualismo, mentre, al contrario, l'art. 14 disp. prel., pur consentendo l'interpretazione estensiva, pone un forte sbarramento nei confronti delle letture

---

390 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 186.

391 QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 300.

392 LICCI G., *Figure*, Cit., 186.

393 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 186.

394 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 186.

evolutive formulate avendo riguardo a nuovi contesti<sup>395</sup>.

Tuttavia, oltre a vietare, tramite la formula “oltre i casi e i tempi”, qualunque interpretazione estensiva extracontestuale, fondata sull'individuazione di sfondi problematici diversi da quelli ipotizzati dal legislatore<sup>396</sup>, l'art. 14 disp. prel ha anche la preziosa funzione di inibire la possibilità, per l'organo giudiziario, di trasformare in regole immediatamente operanti i meri suggerimenti rivolti al legislatore dalla Corte Costituzionale, attraverso la prassi delle sentenze manipolative<sup>397</sup>.

L'art. 14 disp. prel. è portatore di un nucleo significativo autonomo, che, in maniera assai paradossale, è più attuale ed importante oggi, vigente la Costituzione Repubblicana, di quanto non lo fosse sotto la vigenza dello statuto Albertino<sup>398</sup>.

Proprio dalla Corte Costituzionale proviene, sia pure in via indiretta, una minaccia al principio di legalità, quando, per il tramite delle sentenze manipolative, attesta la legittimità costituzionale di una disposizione penale a patto che sia interpretata aggiungendo una proposizione integrativa oppure omettendo un inciso<sup>399</sup>.

In tal modo la Corte prospetta una lettura che va oltre “i casi e i tempi” previsti dalla legge penale, esorbitando da quelle che sono le sue fondamentali funzioni.

Infatti l'art. 134 della Costituzione<sup>400</sup> si limita ad affermare che la

395 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 186.

396 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 186.

397 LICCI G., *Figure*, Cit., 187.

398 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, cit., 196.

399 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 196.

400 Art. 134 Costituzione italiana “La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di competenza tra i poteri dello Stato e su quelli tra

Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi, statuendo così che la Corte debba limitarsi a rigettare o accogliere la questione di incostituzionalità della disposizione, invece di manipolare il testo di una disposizione penale, per suggerirne il significato.

Poiché la suggestione è rivolta in prima battuta al legislatore, il quale ha il dovere di intervenire sul testo, ma è libero di riformularlo anche in un modo completamente diverso da quello suggerito dalla Consulta, il maggior responsabile di questo vizio del sistema è il Parlamento<sup>401</sup>.

Tuttavia la prassi delle sentenze manipolative del testo presenta un altro effetto distorsivo, collegato alla capacità persuasiva esercitata nei confronti del giudice ordinario: infatti la Corte si limita, formalmente, a suggerire un'interpretazione, ma con la forza autoritativa derivante dalla minaccia della cancellazione dell'intero enunciato normativo, finisce per imporre una lettura *contra legem*<sup>402</sup>.

Come se non bastasse, in tale confusione, la Corte di Cassazione, invece di provare a metter ordine, si limita a rivendicare la propria funzione di nomofilachia<sup>403</sup> (prevista dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario<sup>404</sup>), ma a livello operativo sembra dimenticarsi di essere

lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica a norma della Costituzione”.

401 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 196.

402 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 197.

403 Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, n. 23016, in *Guida al dir.*, XXII, 64.

404 Art. 65 ordinamento giudiziario “ La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni;regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma

soggetta esclusivamente alla legge, ai sensi dell'art. 101 della Costituzione<sup>405</sup>.

Si fa strada, per mezzo di interpretazioni che mutano la natura delle disposizioni o di interpretazioni forzatamente antiletterali del testo<sup>406</sup>, un ruolo di co-legislazione esercitato da un organo, quale la Corte costituzionale, privo di una qualunque legittimazione popolare, al fine di surrogare l'organo cui è deputato il potere legislativo, cioè il Parlamento, depauperando così il monopolio normativo parlamentare in materia penale<sup>407</sup>.

---

ed ha giurisdizione su tutto il territorio dello Stato e su ogni altro territorio soggetto alla sua sovranità.

405 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 197; Cass. Sez. II, 5 maggio 1995, n.4096, in *Foro it.*, 1995, I, 2105. In tale pronuncia la Corte ha stabilito che “Tra due interpretazioni di una norma astrattamente possibili, delle quali una presenti profili di contrasto con la costituzione, mentre l'altra sia immune da tale eventuale vizio, l'interprete ha l'obbligo di seguire la seconda”. A parte la confusione tra norma ed enunciato normativo, la Corte si dimostra in tal modo succube della costruzione ermeneutica suggerita da un organo, cui non è deputata la funzione di nomofilachia né tanto meno la funzione legislativa.

406 C. Cost. 322/2007, in *Giur. Cost.*, 2008, 348.

407 BELFIORE E., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, Milano, 2003, 81 ss; BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla manipolazione: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2001, I, 54 ss; CARMONA A., *Oltre la libertà personale per un diritto più “giusto”. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2001, I, 158 ss; CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, 484 ss; LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, *Cit.*, 197; PEDRAZZI C., *Sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1974, 447 ss.

In ogni caso, anche qualora si accolga la tesi che sostiene la legittimità di pronunce condizionate da interpretazioni costituzionalmente orientate<sup>408</sup>, non si vede perché il giudice ordinario dovrebbe abdicare alla propria funzione di tutela dell'uniforme interpretazione della legge sul territorio nazionale<sup>409</sup>, il cui presupposto logico è l'osservanza delle metaregole ermeneutiche stabilite dal legislatore nelle Preleggi<sup>410</sup>.

In sostanza dunque l'art. 14 disp. prel. può ben esonerare la Corte di cassazione dall'onere di ottemperare sempre e comunque all'interpretazione suggerita dalla Corte Costituzionale<sup>411</sup>.

L'art. 14 delle Disposizioni sulla Legge in generale costituisce quindi una delle molteplici dimensioni del principio di legalità, di cui riflette l'indiscussa valenza garantistica, inoltre tramite l'inserimento della formula “oltre i casi e i tempi”, stabilisce che ogni fattispecie incriminatrice sia invalicabile ed impermeabile a qualunque tentativo di interpretazione estensiva extracontestuale, proteggendo così, una volta di più, il monopolio legislativo del parlamento da molteplici forme di aggressione<sup>412</sup>.

408 GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Cit., 1999, 79 ss; ID., *Appunti di diritto penale*, IV, *Della estinzione del reato e della pena*, 2006, 219. L'Autore afferma che “È chiaro che non se ne mette assolutamente in dubbio la legittimazione ad emettere sentenze manipolative del testo legislativo. Solo che, a rigore, le decisioni della Consulta producono effetti sulla legge ordinaria oggetto di giudizio unicamente allorché si pronunciano sulla legittimità costituzionale di detta legge. L'aggiunta al testo legislativo di una nuova frazione o, addirittura, la sostituzione di un nuovo testo a quello di legge, non sembrano consentite. Al riguardo, si può e si deve limitarsi a parlare di indicazione, quanto mai autorevole, rivolta al legislatore, cui spetta, se lo ritiene, di tradurla in legge”.

409 È legittimo ritenere che tale orientamento della Corte di Cassazione non sia dovuto a timidezza, ma rappresenti piuttosto il portato di una precisa scelta politica. In tal senso BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione*, cit, 103; LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 198.

410 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Ct., 198.

411 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 198.

412 LICCI G., *Il ruolo dell'art.14*, Cit., 197

Un diritto che voglia dirsi tale è infatti dato oltre che da contenuti ragionevolmente difendibili ed accettabili, anche dal rigoroso rispetto delle regole che presiedono all'interpretazione della legge<sup>413</sup>.

---

413 GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. IV, Cit, 219; LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 198.

## Capitolo III

### *Il formante giurisprudenziale e alcune sue derive contestualistiche e nihiliste.*

#### *1. Il delitto di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli.*

Il nostro codice stabilisce, all'art. 572<sup>1</sup>, che risponde del reato di maltrattamenti colui che fuori, dai casi indicati nell'art. 571<sup>2</sup>, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o un'arte<sup>3</sup>.

1 Art. 572 c.p.i “Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

2 Art. 571 c.p.i “Chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito, se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi. Se dal fatto deriva una lesione personale, si applicano le pene stabilite negli articoli 582 e 583, ridotte a un terzo; se ne deriva la morte, si applica la reclusione da tre a otto anni.

3 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, XV ed., Giuffrè, Milano, 2008, 535.

Gli artt. 2<sup>4</sup>, 3<sup>5</sup>, 29<sup>6</sup>, 30<sup>7</sup>, 31<sup>8</sup> della Costituzione costituiscono il nucleo di riferimento centrale per l'individuazione del bene tutelato da questa disposizione di legge, collocata dal nostro legislatore nel Titolo XI del codice, nominato “Dei delitti contro la famiglia”<sup>9</sup>.

Secondo Gioffredi, tale disposizione, era nata negli intendimenti del legislatore fascista, con la funzione di assicurare gli stessi valori di autorità e affidamento su cui l'istituzione familiare veniva fondata<sup>10</sup>.

In realtà, la disposizione ha la funzione di tutela dell'incolumità

- 
- 4 Art. 2 Cost. It “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.
  - 5 Art. 3 Cost. It “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.
  - 6 Art. 29 Cost. It “La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.
  - 7 Art. 30 Cost. It “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.
  - 8 Art. 31 Cost. It “La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”.
  - 9 DEMATTEIS G.M., *art. 572*, in RONCO M.-ARDIZZONE B.-ROMANO M., *Codice penale commentato*, III ed., Utet, Torino, 2009, 2437
  - 10 GIOFFREDI R., *Maltrattamenti in famiglia*, in Nuovo Dig. It., VIII, 1939, 41. Della stessa opinione sembrano essere SCORDAMAGLIA ( SCORDAMAGLIA V., *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, I, 1991, 366) e COPPI (COPPI F., *Maltrattamenti in famiglia e verso i fanciulli*, in *Enc. Dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, 226), nei passi in cui affermano che il passaggio da una concezione verticistica e autoritaria della famiglia, verso una concezione solidaristica e multicentrica della stessa, ove la tutela della persona doveva trovare la sua più ampia espansione, ha notevolmente influito sull'evoluzione di questo istituto.

psico-fisica di coloro che, proprio in ragione del tipo di rapporto instaurato, potevano trovarsi in condizione di minorata difesa o, al contrario, di maggiore vulnerabilità ed estende il proprio ambito di applicabilità anche a rapporti qualificati da vincoli di affidamento o autorità, così garantendo anche a coloro che da simili legami fossero legati un corretto svolgimento delle relazioni tra loro esistenti<sup>11</sup>.

Bene tutelato non è la famiglia in quanto tale, ma l'integrità psico-fisica di color che, per età o per rapporti di tipo familiare o di affidamento, si trovino nelle condizioni di subire, proprio nei contesti in cui dovrebbero ricevere maggiore protezione, condotte di prevaricazione fisica o morale che la minino<sup>12</sup>.

Altra parte della dottrina al contrario ritiene che l'integrità psico-fisica altro non sia se non uno dei molteplici aspetti del bene tutelato da questa disposizione<sup>13</sup>, ché proprio attraverso l'ampia accezione utilizzata per descrivere la condotta in cui tale reato deve manifestarsi, richiede una serie di comportamenti qualificati dal soggetto che li compie e ripetuti nel tempo, che ledano un bene di più ampia portata rispetto alla semplice integrità psico-fisica offesa dai singoli atti di maltrattamento<sup>14</sup>.

L'espressione “persone di famiglia” ha dato luogo a numerose incertezze interpretative; mentre infatti, alcuni Autori<sup>15</sup> vi comprendevano soltanto i coniugi, i consanguinei, gli affini, gli

---

11 DEMATTEIS G.M., *art.572*, Cit., 2438.

12 DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2438.

13 COPPI F., *Maltrattamenti*, Cit., 232.

14 DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2438.

15 MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, VII, cit., 922.

adottati e gli adottanti, gli affiliati e gli affilianti, secondo altri Autori e secondo la Suprema Corte di cassazione<sup>16</sup>, la famiglia va inteso in senso lato, comprendendovi, tra gli altri, il nipote convivente, il figlio naturale non riconosciuto ed anche i domestici.

La giurisprudenza più recente è pervenuta ad una nozione amplissima del concetto di famiglia, definita come ogni consorzio di persone tra le quali intercorra un legame di relazioni continuative e consuetudini di vita affini a quello di una normale famiglia legittima<sup>17</sup>.

Il delitto di maltrattamenti in famiglia, in tal modo, è configurabile dunque anche in danno di una persona convivente *more uxorio*.

Non richiedendosi una superiorità giuridicamente riconosciuta, il reato può commettersi anche dal figlio verso il padre, dal nipote verso il nonno, dalla nuora verso il suocero e così via<sup>18</sup>.

La legge non precisa in che cosa consistano quei maltrattamenti che rappresentano il requisito obiettivo del reato e la genericità del termine utilizzato dal legislatore per descrivere la condotta con cui tale reato può trovare realizzazione<sup>19</sup>, impone all'interprete un'approfondita analisi, che vada ben al di là della lettura in termini puramente descrittivi della stessa, verso la ricerca di quei collegamenti di carattere sistematico, storico e contenutistico che

---

16 Cass., Sez. V, 28 settembre 1944, in Riv. Pen., 1945, 201, 274. In tale sentenza la Cassazione ha stabilito che per la sussistenza del delitto di maltrattamenti non è necessario che l'autorità derivi da norme giuridiche, essendo sufficiente l'autorità di fatto che il colpevole eserciti sul soggetto passivo. Cfr. altresì Cass., Sez. III, 13 novembre 1985, n. 1691 in Riv. Pen. 1986, 1079.

17 Cass., 8 novembre 2005, in Ced Cassazione, 232904; Crespi A.-Forti G.-Crespi, codice penale commentato,

18 ANTOLISEI F., *Manuale*, Cit., 537.

19 MAZZA M., *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. Giur.*, XIX, Treccani, Roma, 1990, 26.

consentano di collegarla ad un contenuto offensivo compatibile con i principi costituzionali e con l'intera logica del sistema di tutela dei delitti contro la famiglia<sup>20</sup>.

Condotta penalmente rilevante diventa quindi quella consistente in comportamenti di vessazione fisica o morale non necessariamente qualificabili, se singolarmente considerati, come reati<sup>21</sup>, espressi mediante azioni od omissioni e ripetuti nel tempo.

In tale condotta rientrano tutti quei fatti che ledono e pongono in pericolo beni che l'ordinamento giuridico protegge, come ad esempio l'incolumità personale, la libertà, l'onore, il reato tuttavia non può essere circoscritto in questi limiti, poiché, nel pensiero della legge comprende tutti quei fatti che, comunque, producono sofferenze psichiche o fisiche in colui che li subisce e che sono riprovati dalla coscienza pubblica in quanto ritenuti vessatori<sup>22</sup>.

Rientrano pertanto nello schema del delitto non soltanto le percosse, le ingiurie e le privazioni imposte alla vittima, ma anche gli atti di disprezzo e di umiliazione che cagionano durevole sofferenza morale<sup>23</sup>.

Secondo la giurisprudenza più recente, integra perciò gli estremi dell'elemento oggettivo del reato il comportamento del marito che offenda la moglie congiungendosi carnalmente nella casa coniugale

20 DEMATTEIS G.M., *Art. 572*, cit., 2438.

21 ANTOLISEI F., *Manuale*, Cit., 537; COPPI F., *Maltrattamenti*, cit., 248; DEMATTEIS G.M., *Art.572*, Cit., 2439; PISAPIA G., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. Pen.*, VII, 1993, 518; contra PANNAIN A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Jovene, Napoli, 1964, 68.

22 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 537; Cass., 1 febbraio 1999, in Cass. Pen., 200, 1966; Cass., 5 luglio 1996, in Giust. Pen. 1997, II, 379; Cass., 11 maggio 2004, in Cass. Pen. 2006, 518.

23 CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2009.

con la sorella di lei; la condotta che provochi uno stato di avvilito e di sofferenza nella convivente costretta a lavorare per soddisfare i vizi dell'agente e costretta a sopportarne le infedeltà di cui questi si faceva vanto con la vittima stessa o il comportamento del marito che costringa la moglie a sopportare la presenza della concubina nel domicilio coniugale<sup>24</sup>.

Non si può dubitare che nella fattispecie criminosa rientrino i fatti che producono sofferenze soltanto morali, come spavento, angoscia, disgusto morale (derivante ad esempio dalla costrizione ad azioni degradanti)<sup>25</sup>.

La disposizione di legge stabilisce espressamente chi sia il soggetto attivo del reato, e cioè chiunque maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o un'arte; per quanto riguarda il soggetto passivo del reato, pur nella diversità e nell'ampiezza delle categorie dei possibili soggetti passivi del reato, la dottrina, così come la giurisprudenza, individuano un minimo comune denominatore che le accomuna, ossia l'esistenza di un rapporto di condizionamento fisico o morale in cui le vittime devono trovarsi e che le espone al rischio di quei danni in cui consiste il contenuto di offesa di tale reato<sup>26</sup>.

Il delitto si consuma col semplice porre in essere l'azione o

---

24 CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario*, Cit., 1895.

25 ANTOLISEI F., *Manuale*, Cit., 538.

26 DEMATTEIS G.M., *Art. 572*, cit., 2438.

l'omissione che rappresenta il maltrattamento, sempre che sia seguita da altri fatti simili<sup>27</sup>. Non si richiede la verifica di un qualche speciale risultato dannoso e neppure di quel periodo di malattia che è richiesto perché si realizzi la fattispecie di abuso di mezzi di correzione o disciplina *ex art. 571 c.p.i*<sup>28</sup>.

Trattandosi di un reato che richiede una pluralità di comportamenti, la consumazione inizia col primo fatto vessatorio e perdura fino a che i maltrattamenti non siano cessati.

Dunque il delitto maltrattamenti in famiglia è costituito da una condotta abituale che si estrinseca con più atti, che determinano sofferenze fisiche o morali, realizzati in momenti successivi, ma collegati da un nesso di abitudine ed avvinti nel loro svolgimento da un'unica intenzione criminosa di ledere l'integrità fisica o il patrimonio morale del soggetto passivo. Ad integrare l'abitudine della condotta non è necessario che la stessa venga posta in essere in un tempo prolungato, essendo sufficiente la ripetizione degli atti vessatori anche solo per un periodo limitato di tempo<sup>29</sup>.

Il delitto di maltrattamenti si perfeziona anche qualora gli atti lesivi si siano alternati con periodi di normalità e che siano stati, alle volte, causati da motivi contingenti.

Il delitto in questione, infatti, in quanto reato abituale, non resta escluso se nel tempo considerato vi siano, nella condotta dell'agente, periodi di normalità o di accordo coi familiari: un intervallo di tempo fra una serie e l'altra di episodi lesivi, non fa

---

27 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 538.

28 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 538.

29 CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario*, cit., 1896.

venir meno l'esistenza del reato, ma può dar luogo, come ogni reato permanente, alla continuazione<sup>30</sup>.

Per la sussistenza del dolo basta la consapevole volontà di maltrattare il soggetto passivo, qualunque sia il fine che ha mosso l'agente<sup>31</sup>.

In passato largo consenso, specie in giurisprudenza, ha avuto la tesi che riteneva in questo reato si configurasse un'ipotesi di dolo specifico, individuato nel fine di malvagità e vessazione che l'autore avrebbe nei confronti della vittima, il quale agisce con una serie di fatti produttivi di sofferenze fisiche e morali, determinato in ciò da sentimenti di odio e malevolenza<sup>32</sup>. Oggi, al contrario, è largamente prevalente, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'orientamento che ritiene sufficiente il dolo generico<sup>33</sup>, non richiedendosi che l'agente sia animato da alcun fine di maltrattare la vittima.

Rendere insopportabile la vita in comune, non costituisce uno scopo ultroneo estraneo alla fattispecie<sup>34</sup>, ma rappresenta il medesimo contenuto d'offesa in cui tale reato si perfeziona; mentre sarebbe arbitrario e, in evidentissimo contrasto col principio di sufficiente determinatezza, richiedere che la finalità di malvagità si aggiunga alla volontà di maltrattare, in quanto ciò non è in alcun modo suffragato dal dettato dell'art.572 c.p.i<sup>35</sup>.

30 CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario*, Cit., 1896.

31 ANTOLISEI F., *Manuale*, Cit., 539.

32 DEMATTEIS G.M., *Art. 572*, cit., 2444; Cass., Sez.II, 6 aprile 1964, in Cass. Pen. Mass., 1964, 962.

33 ANTOLISEI F., *Manuale*, Cit., 539; DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2444.

34 PETTENATI G., *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1961, II, 1107.

35 ALTAVISTA G., *Il dolo nel delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. Pen.*, II, 1956, 564; DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2444; PETTOELLO MANTOVANI L., *Maltrattamenti in famiglia e dolo specifico*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1955, 564.

Per la configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia non è necessario un comportamento vessatorio continuo ed ininterrotto, poiché l'elemento unificatore dei singoli episodi è costituito da una sorta di “dolo unitario” e pressoché programmatico, che abbraccia e fonde le diverse azioni. Esso consiste nell'inclinazione della volontà ad una condotta oppressiva e prevaricatoria che, nella reiterazione dei maltrattamenti, si va via via realizzando e confermando<sup>36</sup>.

Dall'aver configurato il delitto di maltrattamenti come delitto a dolo generico, ne deriva che l'eventuale fine di correzione o di educazione nell'autore di questi non escluderà la rilevanza di questo comportamento ai fini del delitto di maltrattamenti, qualora sussista la consapevolezza della condotta oggettivamente vessatoria<sup>37 38</sup>.

---

36 CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., *Commentario*, cit., 1898.

37 COPPI F., *Maltrattamenti*, cit., 248; DEMATTEIS G.M., *Art.572*, Cit., 2444; FRACCHIA G., *Sui criteri di distinzione tra i delitti di abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1984, 1150.

38 Infine, è bene render conto di un vivace dibattito circa la compatibilità o meno dell'attenuante della provocazione con il delitto di maltrattamenti. Secondo alcuni Autori, nel presupposto che tale delitto sia sempre espressione di un comportamento animato dalla volontà di rendere insostenibile la vita familiare, si ritiene che l'esistenza dell'altrui fatto ingiusto, che abbia sollecitato lo stato d'ira nel colpevole, mal si concili con tale *animus* (cfr. DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2445); altri Autori, al contrario, la ritengono sempre compatibile (cfr. PUNZO G., *L'attenuante della provocazione in relazione al delitto di maltrattamenti*, in *Gazz. Pen.*, II, 1953, 217); altri ancora ritengono che una tale circostanza sia applicabile eventualmente solo ai singoli atti di maltrattamento che potrebbero essere giustificati dall'altrui provocazione, senza perdere il contenuto dell'offesa che, in caso di valutazione complessiva, esprimono (cfr. COLACCI M.A., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, Jovene, Napoli, 1964, 118; PISAPIA G., *Maltrattamenti*, cit., 77). Risulta infatti assai difficile, per non dire impossibile, considerare questa attenuante applicabile *in toto* al delitto di cui all'art.572 c.p.i, dovendo essa sussistere come motivazione che sorregge tutti gli atti di vessazione realizzati ( Cfr. COPPI F., *Maltrattamenti*, cit., 296; DEMATTEIS G.M., *Op. Ult. Cit.*, 2445).

## *2. Formante giudiziale in materia di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli.*

Negli ultimi anni sembra essersi diffusa nell'opinione pubblica una maggiore sensibilità e consapevolezza nei confronti della violenza sui minori.

Attraverso l'azione dei mass-media e delle numerose associazioni che si occupano di abusi all'infanzia, vengono resi noti quasi quotidianamente casi di abbandono, maltrattamenti, abusi sessuali e talvolta omicidi, a danno dei bambini, che testimoniano come il fenomeno della violenza all'infanzia sia purtroppo una realtà drammaticamente diffusa ed attuale<sup>39</sup>.

La fragilità legata alla sua immaturità biologica e psicologica, l'estrema dipendenza dall'adulto per garantirsi la sopravvivenza, hanno esposto il bambino alla violenza, sempre, in ogni epoca storica e in ogni tipo di gruppo sociale; solo recentemente, il bambino, considerato per secoli quasi come una "proprietà" dei genitori, viene finalmente riconosciuto come un soggetto sullo stesso piano degli adulti e, anzi, diviene oggetto di particolare tutela giuridica<sup>40</sup>.

Tuttavia talvolta, il formante giudiziale, animato da tali intenzioni, arriva a stravolgere il dettato normativo previsto dal nostro ordinamento, utilizzando teorie contestualistiche o non-interpretivistiche e aggirando in tal modo il divieto previsto dall'art.

---

39 GOTTI V., *Abusi intrafamiliari su minori*, in SERRA C. ( a cura di), *Proposte di criminologia applicata*, Giuffrè, Milano, 2003,239.

40 GOTTI V., *Abusi intrafamiliari*, Cit., 239.

14 disp. prel.

Recentemente una pronuncia della Corte di Cassazione, e precisamente la sentenza 23 settembre 2011, n. 36503<sup>41</sup>, ha rovesciato la tradizionale nozione di maltrattamenti, presupposta dall'art. 572 c.p.i.<sup>42</sup>.

Nel caso in questione la madre ed il nonno materno del minore vengono riconosciuti colpevoli del reato di cui all'art. 572 c.p.i per aver tenuto nei confronti del bambino atteggiamenti troppo protettivi.

I giudici non riscontrano dunque comportamenti quali percosse, vessazioni o simili, ma semplicemente un eccesso di cure verso il bambino; tuttavia il legislatore non sanziona tale comportamento in alcuna disposizione del codice.

Non si inferisce neanche che il genitore o il nonno siano affetti da sindrome di Munchausen per procura<sup>43</sup>, medical shopping per procura<sup>44</sup> o abuso iatrogeno<sup>45</sup>, che costituiscono casi di iper-curia nei confronti del bambino e possono portare a conseguenze assai gravi per il minore, potendo correttamente integrare il delitto in questione.

---

41 Il testo completo della sentenza è consultabile sul sito *dirittopenalecontemporaneo.it*

42 LICCI G., *Figure del diritto penale*, cit., 186; Cass., Sez. VI, 24 marzo 2010, n. 11140.

43 Nella sindrome di Munchausen per procura il genitore (quasi sempre la madre), attribuisce un'inesistente malattia fisica al figlio, arrivando a sottoporlo a terapie farmacologiche continue e assai dannose per la salute del bambino. Cfr. GOTTI V., *Abusi intrafamiliari su minori*, cit., 255.

44 Il *medical shopping* per procura consiste in una sorta di versione minore e meno grave della sindrome precedente, il bambino viene sottoposto a continue e sistematiche visite mediche specialistiche in assenza di un reale disturbo. Cfr. GOTTI V., GOTTI V., *Abusi intrafamiliari*, Cit., 255.

45 L'abuso chimico iatrogeno costituisce la sindrome di iper-curia più pericolosa, in quanto il genitore somministra sostanze chimiche o farmacologiche o di altro tipo in misura abnorme e sconsiderata, che provocano avvelenamento nel bambino. Cfr. GOTTI V., *Op. Ult. Cit.*, 255.

La mamma ed il nonno materno si limitavano a compiere un eccesso di accudienza, nell'aver limitato la frequentazione regolare della scuola e la socializzazione con i compagni ed infine nell'aver rappresentato in maniera negativa la figura paterna.

La Cassazione, per quanto riguarda l'aver impedito la socializzazione con i compagni afferma che essa è avvenuta solo in prima elementare; dunque non mandare il proprio figlio all'asilo potrebbe costituire da oggi un'ipotesi di maltrattamento verso i fanciulli.

Lo stravolgimento dell'art. 572 c.p.i compiuto dal Tribunale di primo grado di Ferrara e dalla Corte d'Appello di Bologna viene confermato dalla Corte di Cassazione, con un'applicazione evidentemente contestualistica, e dunque vietata, della disposizione in questione.

Il formante giudiziale ha quindi rimodellato le strutture del reato di maltrattamenti, stravolgendone la natura e gli elementi costitutivi, al fine di rendere applicabile la disposizione predetta a condotte che non possono rientrare nell'ambito dell'elemento oggettivo e soggettivo richiesto dalla norma in esame.

L'art. 572 c.p.i è nata con l'intenzione di punire coloro che attraverso vessazioni e sopraffazioni reiterate maltrattano altri membri della famiglia e richiede l'elemento soggettivo del dolo; punire atteggiamenti iper-protettivi porta a travalicare il contenuto della disposizione e inoltre rende ammissibile la configurazione del reato di maltrattamenti come delitto colposo e non esclusivamente doloso<sup>46</sup>.

---

46 Le ipotesi di iper-curia possono configurarsi tutt'al più come ipotesi di maltrattamenti colposi, poiché causati da imperizia nello svolgimento dell'attività di genitore. Tuttavia

I giudici di legittimità ritengono che la tutela dell'incolumità fisica e psichica del singolo individuo deve essere garantita “*a prescindere da condotte pacificamente vessatorie o violente*”<sup>47</sup>, rivelando quello che è il *leitmotiv* di una certa giurisprudenza, ossia il sacrificio della correttezza e della sistematicità dell'ordinamento a favore della giustizia del caso concreto. Tuttavia, tale corrente di pensiero non si rende conto che così facendo vanifica le esigenze di certezza del diritto, dando vita ad ancor più numerose controversie ed a maggiori ingiustizie rispetto a quelle che essa cerca di risolvere.

L'opzione fatta dalla Cassazione è dunque un'opzione di stampo evidentemente contestualistico, poiché il giudice riconfigura il reato entro uno sfondo problematico non soltanto diverso, ma addirittura opposto, a quello ipotizzato dal legislatore del 1930, nel formulare la fattispecie dell'art. 572 c.p.i.<sup>48</sup>.

La giurisprudenza di legittimità non si limita solo a compiere interpretazioni contestualistiche dell'art. 572 c.p.i, ma si spinge altresì a interpretazioni non-interpretivistiche o nihilistiche di tale disposizione.

Giunge a tali esiti, ad esempio, con la pronuncia n. 7929 del 10 febbraio 2011, con cui la Suprema Corte fa rientrare nel concetto di famiglia oggetto di tutela del reato di maltrattamenti, anche la

sono facilmente formulabili due obiezioni. La prima è l'inesistenza di un “manuale del genitore” che permetta di conoscere quali siano gli esatti comportamenti che il genitore debba tenere in ogni determinata occasione. La seconda e ancor più valida obiezione a una tale concezione dei maltrattamenti come delitto colposo, è data dal fatto che la fattispecie di maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli richiede l'elemento soggettivo del dolo e non della colpa.

47 Cass., Sez. VI, 23 settembre 2011, n.36503.

48 LICCI G., *Figure del diritto penale*, cit., 187.

relazione adulterina<sup>49</sup>.

Con la sentenza in discussione, dunque, la Corte di Cassazione arriva ad affermare che anche la relazione adulterina può assumere rilevanza ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 572 c.p.i.

La giurisprudenza in questo modo dilata in via interpretativa il perimetro della fattispecie incriminatrice, violando la proibizione dell'applicazione analogica stabilita dall'art.1 c.p.i ed inoltre riconduce sotto la disposizione in esame casi che non sono riconducibili a nessuno dei suoi significati letterali<sup>50</sup>.

Il compito dei giudici che dovranno uniformarsi a tale concezione della famiglia, visto il compito di nomofilachia proprio della Corte di Cassazione *ex art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n.12*, più conosciuta come legge sull'ordinamento giudiziario<sup>51</sup>, risulterà estremamente complesso, essendo chiamato a ricostruire le relazioni che intercorrono tra due soggetti e a statuire se esse siano suscettibili di produrre vincoli di solidarietà ed assistenza oppure no, anche in mancanza di un presupposto fondamentale quale la

---

49 Cass., sez. VI, 10 febbraio 2011, n.7929. Il testo della sentenza è consultabile sul sito *penalecontemporaneo.it*. Dunque, per i giudici di legittimità, ogni marito o moglie tradito deve ritenere la relazione adulterina come normale e accogliere l'amante sotto il tetto coniugale, in quanto appartenente alla sua famiglia, invece di chiedere la separazione come avviene nella maggior parte dei casi.

50 MIEDICO M., *Art. 572 c.p.*, in *Marinucci G.-Dolcini E.* ( a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2011, 5130.

51 Art. 65 R.D. 30 gennaio 1941, n.12 “La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio dello Stato e su ogni altro territorio soggetto alla sua sovranità.

convivenza<sup>52</sup>.

Con tale pronuncia, il formante giudiziale pone l'art. 572 c.p.i entro uno sfondo problematico totalmente diverso rispetto a quello previsto dal formante legale.

### *3. Il delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso.*

L'associazione per delinquere di stampo mafioso è sicuramente uno dei delitti più noti e studiati di tutta la legislazione penale.

L'art.416-bis c.p.i<sup>53</sup> introdotto nel codice penale dalla L. 13

<sup>52</sup> Presupposto che viene a mancare, ad esempio, nella relazione adulterina.

<sup>53</sup> Art. 416- bis c.p.i “Chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone, è punito con la reclusione da tre a sei anni. Coloro che promuovono, dirigono o organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da quattro a nove anni. L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri. Se l'associazione è armata si applica la pena della reclusione da quattro a dieci anni nei casi previsti dal primo comma e da cinque a quindici anni nei casi previsti dal secondo comma. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità, per il conseguimento della finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito. Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà. Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Decadono inoltre di diritto le licenze di polizia, di commercio, di commissionario astatore presso i mercati anonari all'ingrosso, le concessioni di acque pubbliche e i diritti ad esse inerenti nonché le iscrizioni agli albi di appaltatori di opere o di forniture pubbliche di cui il condannato fosse titolare. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra e

settembre 1982, n. 646, art.1 e integrato dall'art. 11-*bis* della L. 7 agosto 1992, n.356, in seguito agli efferati omicidi del deputato Pio La Torre, primo firmatario di tale disegno di legge, e del Prefetto di Palermo Carlo Alberto Dalla Chiesa, inviato in quella città come commissario per la lotta alla mafia, incrimina chiunque fa parte di un'associazione di tipo mafioso formata da tre o più persone<sup>54</sup>.

Per comprendere l'estrema importanza della disposizione sul piano criminologico, della politica criminale e della tecnica normativa, occorre ripercorrere in maniera sintetica alcuni passaggi storici<sup>55</sup>.

L'impianto originario del codice penale non prevedeva tale fattispecie e perciò era assai dibattuto in dottrina se la partecipazione alla consorterìa mafiosa configurasse gli estremi della fattispecie di associazione per delinquere comune prevista dall'art. 416 c.p.i<sup>56</sup>.

All'autorevole opinione, espressa da taluni Autori, secondo cui l'aggregazione mafiosa non avrebbe integrato di per sé il delitto *ex* art. 416 c.p.i, per l'impossibilità di individuare in essa lo specifico programma di commettere una serie indeterminata di delitti<sup>57</sup>, si contrapponeva l'opinione secondo cui l'art. 416 c.p.i avrebbe ben potuto ricomprendere l'aggregazione mafiosa, purché si accertasse,

alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso.

54 ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto penale, parte speciale*, II, Giuffrè, Milano, 2008, 255.

55 RONCO M., *Art. 416-bis*, in RONCO M.-ROMANO M.- ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, 2009, 1963.

56 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1963.

57 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s. II*, Cit., 257; TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, Milano, 1995, 4; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, VI ed., Zanichelli, Bologna, 2007, 480.

caso per caso, che determinati soggetti si fossero realmente associati per commettere più delitti<sup>58</sup>.

Entrambe le posizioni coglievano il nodo problematico, sotto il profilo giuridico, della consorceria mafiosa rispetto all'associazione per delinquere di stampo comune, che è dato dall'inversione del rapporto tra mezzi e fini<sup>59</sup>.

Mentre per l'associato comune il compimento dei delitti costituisce il fine dell'associarsi, per l'associato mafioso l'attività delinquenziale rappresenta il mezzo per il perseguimento di un obiettivo più ambizioso, consistente nel controllo stabile di un segmento della vita politica, economica, amministrativa della società<sup>60</sup>.

Tale situazione di stallo si protrasse fin verso la metà degli anni '60, vennero dapprima apprestati strumenti di contrasto diversi da quelli strettamente penali, consistenti nell'estensione, con la L. 31 maggio 1965, n.575, delle misure di prevenzione *ante-delictum* agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose<sup>61</sup>.

Soltanto all'inizio degli anni '80, l'incidenza della mafia sull'economia e sulla vita politica in alcune zone del Paese divenne intollerabile, per via dell'accelerazione impressa dalle nuove dinamiche criminali al processo illecito di accumulazione capitalistica, apparve chiaro che le misure di prevenzione *ante*

58 MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, VI, Utet, Torino, 1983, 199; RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1963. In tal modo non sarebbe stato sufficiente, per pervenire alla condanna di taluno a titolo di associazione per delinquere, assodarne l'appartenenza alla consorceria mafiosa, ma sarebbe necessario verificare l'adesione ad uno specifico programma criminoso.

59 RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1963.

60 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1963.

61 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1963.

*delictum* erano inadeguate a contrastare la pericolosità dell'associazionismo mafioso<sup>62</sup>.

Il legislatore fu allora costretto a prendere in considerazione la specificità criminale e criminogena dell'associazionismo mafioso che, avvalendosi dell'avviamento costituito dalla capitalizzazione dei delitti pregressi, era divenuto capace di aggregare energie senza la necessità di coinvolgere direttamente nella realizzazione di un programma criminoso, ma semplicemente attraverso l'intimidazione immanente derivante dal suo stabile radicamento nel corpo vivo della società<sup>63</sup>.

L'associazione mafiosa è dunque invero diversa dalle altre. Caratterizzata da una rigorosa gerarchia di poteri e funzioni, esprime una poderosa quanto insinuante forza di intimidazione, derivante dall'efficienza della struttura organizzativa, spesso saggiata attraverso preliminari azioni dimostrative, le quali consentono poi di continuare nell'esercizio di soprusi e violenze in un clima di apparente normalità di rapporti<sup>64</sup>.

La sua forza coesiva si basa spesso su stretti vincoli parentali o di affinità dei partecipanti all'associazione, per cui assume caratteri di solidarietà e di continuità ereditaria fra clan famigliari, con intrecci matrimoniali e collegamenti genealogici degni talora di una pagina dell'Antico Testamento o dell'Europa del 1700.

Ed inoltre, la lucida intelligenza nel blandire, la facile attitudine alla penetrazione nei gangli fondamentali delle istituzioni

---

62 RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1963.

63 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1963.

64 NANULA G., *La lotta alla mafia*, V ed., Giuffrè, Milano, 2009, 9.

democratiche, la collusione con potentati politici a cui si appoggia, la capacità nel costruire personaggi al di sopra di ogni sospetto, fanno, senza alcun dubbio, dell'associazione mafiosa un peculiare tipo di aggregazione mafiosa, modulata secondo elementi e comportamenti non riscontrabili in altre bande<sup>65</sup>.

Si comprende dunque la ragione per cui l'art. 416 c.p.i fosse inadeguato a porsi come strumento efficace contro le consorterie mafiose<sup>66</sup>.

Tuttavia, non diversamente dall'associazione per delinquere di stampo comune, anche per l'associazione di stampo mafioso è necessario il requisito della stabile organizzazione, nel senso che è necessaria l'esistenza stabile e permanente di una struttura in grado di perpetuarsi nel tempo, così da essere del tutto autonoma rispetto all'attività preparatoria ed esecutiva dei delitti-fine<sup>67</sup>.

Per l'esistenza di tale fattispecie dunque non è sufficiente il mero accordo, occorrendo una struttura organizzativa che l'articolo in esame non definisce. È assai probabile che ciò sia dovuto al carattere ambiguo e complesso delle organizzazioni, che ha indotto i compilatori dell'articolo a fissare l'attenzione sul *modus agendi*, piuttosto che sull'intrinseca natura delle consorterie<sup>68</sup>.

Il ricorso alla forza intimidatrice costituisce senza alcun dubbio

65 NANULA G., *La lotta alla mafia*, Cit., 10.

66 RONCO M., *Art. 416-bis*, cit., 1964.

67 DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 107; ID., *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, I, Utet, Torino, 1987, 291; RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1966; TURONE G., *Il delitto*, cit., 159. Come avviene per l'associazione a delinquere, il reato in esame ha natura permanente perché stabile è il vincolo associativo, ciò che lo distingue è il venir meno dell'indispensabilità della prova di un carattere tipico di quella figura criminosa: la finalità di realizzare più specifici delitti.

68 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, II, cit., 258.

uno dei requisiti tipici del comportamento mafioso, tradizionalmente posto in evidenza dall'indagine storica e sociologica<sup>69</sup>.

La forza intimidatrice è al contempo strumento primario per l'affermarsi del fenomeno mafioso, che ne fa una figura speciale rispetto all'associazione per delinquere<sup>70</sup>.

La forza intimidatrice connota l'aggregato umano in sé, come risorsa da questo stabilmente acquisita per la realizzazione degli obiettivi del sodalizio<sup>71</sup>.

Secondo alcuni Autori, la disposizione esclude che gli associati compiano concreti atti intimidatori: piuttosto, la forza intimidatrice deve derivare dalla stessa fama criminale che l'associazione si è conquistata con precedenti atti di violenza e sopraffazione, e dalla susseguente possibilità che gli associati continuino nel futuro a ricorrere alla violenza al fine di conseguire i loro obbiettivi<sup>72</sup>.

Altri Autori invece ravvisano nella disposizione in esame l'inequivoca indicazione circa la necessità di riscontrare una serie ripetuta di attuali fatti di minaccia e violenza, personale o reale<sup>73</sup>.

Lo sfruttamento della forza intimidatrice deve dar vita ad una

69 ALONGI, *La mafia*, Sandron, Milano, 1904, 112; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, p.s.*, cit., 481.

70 FIANDACA G., *Commento all'art. 1 L. 13 settembre 1982*, n.646, in *Leg. Pen.*, 1983, 259; RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1967.

71 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1964.

72 BERTONI A., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1983, 1017; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, p.s.*, cit., 481; FIANDACA G., *Commento*, cit., 261. Cfr. Giud. Istr. Trib. Siracusa, ord. 30 aprile 1985, inedita "Lo stato di intimidazione di cui ci si avvale deve consistere non necessariamente nella attuazione, puntualmente comprovata, di atti di minaccia, ma in un alone diffuso, penetrante, avvertibile di presenza intimidatoria e sopraffattrice che sia anche il frutto di uno stile di vita consolidatosi nel tempo".

73 RONCO M., *Art. 416-bis*, cit., 1967; DE VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 403.

condizione di assoggettamento e omertà.

L'assoggettamento consiste in una condizione di succubanza, di costrizione in capo ai soggetti estranei all'organismo criminale, i quali, privati della piena libertà di decisione, possono essere indotti, per paura, ad assumere comportamenti conformi alle pretese ed alle finalità dell'associazione<sup>74</sup>.

Secondo l'interpretazione che va diffondendosi nella prassi applicativa, l'assoggettamento avrebbe una valenza non solo esterna, ma anche interna, che si manifesterebbe sotto forma di timore e sottomissione di ciascun associato mafioso nei confronti dei capi dell'associazione<sup>75</sup>.

L'omertà è un aspetto particolare dell'assoggettamento e consiste nell'indisponibilità a prestare qualsiasi collaborazione con gli organi di giustizia, manifestando ad esempio favoreggiamento, false testimonianze e così via<sup>76</sup>.

#### *4. Il dilemma del concorso esterno in associazione mafiosa.*

È giunto ora il momento di trattare una delle questioni più delicate ed interessanti degli ultimi anni, alla luce di quanto detto nei precedenti capitoli.

Bisogna, or dunque, stabilire se il concorso esterno in

---

74 RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1968.

75 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, p.s., cit., 482.

76 FIANDACA G.-MUSCO E., *Op. Ult. Cit.*, 481; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1968.

associazione per delinquere di stampo mafioso costituisca una forzatura ermeneutica di tipo contestualistico oppure corrisponda ad una corretta interpretazione delle disposizioni del nostro codice penale.

Il sistema ideato dal codice del 1930 per ciò che concerne i reati plurisoggettivi è essenzialmente dicotomico, potendo assumere la dimensione di concorso eventuale oppure quella di concorso necessario<sup>77</sup>.

Tuttavia, in un periodo relativamente recente, il formante giudiziale ha ritenuto che il sistema così ideato fosse lacunoso, poiché lascia impunte forme di contiguità e fiancheggiamento più labili ed episodiche di una partecipazione stabile ed organica alle associazioni criminali<sup>78</sup>.

Per tale ragione, la giurisprudenza ha desunto dal sistema legale la figura del concorso esterno in reato associativo, sovrapponendo le disposizioni contenute nel capo III, Titolo IV, del Libro I del codice penale, ossia le disposizioni riguardanti il concorso di persone nel reato, alle fattispecie incriminatrici di parte speciale<sup>79</sup>.

Il fenotipo più rilevante di tale genotipo è costituito per l'appunto dal concorso esterno in associazione di stampo mafioso, ottenuto combinando l'art. 110 c.p.i<sup>80</sup> con la fattispecie, già plurisoggettiva, dell'art. 416-*bis* c.p.i<sup>81</sup>.

Che, astrattamente, la disposizione *ex art.* 110 c.p.i sia compati-

---

77 LICCI G., *Figure*, Cit., 493.

78 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 493.

79 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 493.

80 Art. 110 c.p.i “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti”.

81 LICCI G., *Figure*, Cit., 493.

le anche con la categoria dei reati a concorso necessario (cui appartiene anche l'art. 416-*bis* c.p.i) è cosa incontestabile, tanto che sia la giurisprudenza che la dottrina sono concordi nell'ammettere la configurabilità del concorso morale nel reato associativo, qualora taluno, con il dolo tipico *ex art. 416-bis* c.p.i, ponga in essere un atto di valenza morale, di tipo istigatorio, al fine di favorire il rafforzamento del sodalizio<sup>82</sup>.

Le criticità emergono nella concretezza dell'esperienza giuridica, allorché si passi ad esaminare se vi sia autonomia concettuale per la categoria del concorso materiale in associazione rispetto alla contigua categoria della partecipazione<sup>83</sup>. Un forte motivo di disagio concettuale viene ad affiorare qualora si constati che la condotta partecipativa è ritenuta, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, a forma libera, bastando ad integrarla qualsiasi comportamento che arrechi un contributo apprezzabile e concreto sul piano causale, a prescindere da un formale atto di inserimento nel sodalizio criminale<sup>84</sup>.

Stando così le cose, assai labile appare la distinzione tra atto partecipativo rilevante *ex art. 416-bis* c.p.i e atto partecipativo rilevante *ex art. 110* c.p.i.

La difficoltà della distinzione è peraltro confermata dall'identità del criterio condizionalistico utilizzato normalmente per valutare la rilevanza dell'atto sia ai fini della partecipazione sia ai fini del

---

82 RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1976; SIRACUSANO F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1878; SPAGNOLO V., *L'associazione di tipo mafioso*, V ed., Cedam, Padova, 138 .

83 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1976.

84 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1976.

concorso eventuale<sup>85</sup>.

Inoltre la giurisprudenza di legittimità, invece di fare chiarezza su tale figura tende a contraddirsi fin dal principio. La Cassazione, chiamata a pronunciarsi per la prima volta su tale elaborazione giurisprudenziale, delibera che *“chiunque tenga consapevolmente una condotta che fornisce un obiettivo contributo al mantenimento od al rafforzamento dell'organizzazione criminale e di per sé qualificabile come partecipante alla stessa, al di là dell'avvenuta o meno affiliazione del soggetto”*<sup>86</sup>.

Stando a tale pronuncia, dunque, non è configurabile il concorso esterno, ma si configura la piena partecipazione all'associazione, anche nel caso in cui non ci sia stata una “formale” adesione al sodalizio criminale.

A breve distanza la Suprema Corte è nuovamente chiamata a pronunciarsi su tale questione e riconosce, a Sezioni unite, con la c.d. “sentenza Demitry”<sup>87</sup> l'ammissibilità del concorso esterno, stabilendone le differenze rispetto alla partecipazione all'associazione<sup>88</sup>.

La Corte stabilisce che il partecipante all'associazione mafiosa è colui che fornisce un apporto continuo ed assiduo all'associazione, agendo nella sua fase fisiologica, mentre il concorrente esterno è

---

85 RONCO M., *Art. 416-bis*, Cit., 1976.

86 Cass., sez. I, 18 maggio 1994, 2342, in Foro it., 1994, II, 561 con nota di VISCONTI C., *Il tormentato cammino del “concorso esterno” nel reato associativo*, ibidem.

87 Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Giur. it., 1995, II, 422 ss.

88 La Cassazione afferma, nella sentenza citata nella nota precedente, che “ È configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano-sia pure mediante un solo intervento diretto- un contributo all'ente delittuoso”. Cfr., Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Giur. it., 1995, II, 430.

colui che non vuole far parte dell'associazione, ma al quale essa si rivolge nel momento in cui la situazione fisiologica diviene patologica, entra cioè in uno stato di fibrillazione<sup>89</sup>.

Da tale asserzione si desumeva il principio secondo il quale soltanto chi era in grado di fornire un contributo causalmente efficace a consentire all'associazione di colmare dei vuoti in un determinato ruolo nei momenti di emergenza, poteva ritenere di aver posto in essere una condotta penalmente rilevante ai sensi del combinato disposto degli art. 110 e 416-*bis* c.p.i<sup>90</sup>.

Tale assunto lasciava però irrisolto il problema della questione inerente alla necessità dell'apporto dell'*extraneus* come condotta effettivamente idonea a rafforzare l'organizzazione da un lato, e dall'altro l'effettivo verificarsi del rafforzamento dell'associazione<sup>91</sup>.

Sulla scorta di tale assunto la giurisprudenza, nelle successive pronunce, aveva optato, come criterio per ovviare a questa lacuna, all'utilizzazione di un giudizio di tipo prognostico secondo il quale fornisce un apporto causalmente efficiente alla realizzazione del reato colui il quale pone in essere una condotta che appaia *ex ante* idonea a facilitare la commissione dello stesso, aumentandone le probabilità di verificaione<sup>92</sup>.

I giudici di legittimità cercano di risolvere tali criticità nella c.d. “sentenza Carnevale”<sup>93</sup>, riconfermando l'ammissibilità del concorso esterno, ma meglio precisandone i confini.

---

89 ANTOLISEI F., *Manuale*, p.s., II, cit., 259.

90 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 259.

91 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 259.

92 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 260.

93 Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in *Foro.it.*, 2003, 453 ss.

Scomparso qualunque riferimento alla “fibrillazione” dell'organizzazione, il giudice di legittimità ha individuato la figura del concorrente esterno in colui che, diversamente dal partecipe, è privo dell'*affectio societatis* e non è stabilmente inserito nella struttura organizzativa del sodalizio, ma fornisce comunque un contributo specifico, concreto, volontario e consapevole, a carattere continuativo od occasionale all'organizzazione<sup>94</sup>.

Tale contributo deve avere una rilevanza causale al fine della conservazione o del rafforzamento del sodalizio criminale e l'agente deve rappresentarsi, nella forma del dolo diretto, l'utilità per la realizzazione, seppur parziale, del programma criminoso<sup>95</sup>. Il contributo del concorrente esterno deve quindi esser effettivamente idoneo ad arrecare un oggettivo apporto di rafforzamento o consolidamento dell'associazione, sulla base di un giudizio *ex ante*.

Se da una parte dunque la “sentenza Carnevale” ha avuto l'innegabile merito di definire più chiaramente i contorni della figura del concorrente esterno, dall'altra parte è stata sottoposta a più di una critica quanto alla difficoltà, sul piano del nesso causale, di individuare l'apporto minimo del contributo, con riferimento, in particolare, alle ipotesi in cui vi era un'evidente sproporzione tra l'apporto del concorrente e l'evento ad esso correlato<sup>96</sup>.

Sulla base di tali premesse, e con lo scopo di eliminare le residue aree di incertezza intorno alla figura del concorrente, si è inserita la più recente pronuncia delle Sezioni Unite, con la decisione del 12

---

94 ANTOLISEI F., *Manuale*, p.s., II, Cit., 260.

95 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 260.

96 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 261.

luglio 2005, c.d. “sentenza Mannino”<sup>97</sup>, il cui merito è stato quello di ridefinire i contorni del contribuente atipico del concorrente esterno, definito ora come colui che fornisce un apporto che abbia avuto una reale efficienza causale, che sia stato condizione necessaria per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto<sup>98</sup>.

La rassegna giurisprudenziale brevemente riportata non libera però il campo da serie obiezioni che vengono poste da autorevole dottrina<sup>99</sup>. Tali obiezioni riguardanti la figura del concorrente esterno derivano essenzialmente da alcuni dati normativi.

Tale dottrina sostiene che il legislatore non abbia affatto trascurato il problema inerente il disvalore alle condotte contigue al sodalizio criminale, ma ha previsto disposizioni idonee a sanzionarle penalmente, al di fuori del paradigma del concorso in associazione mafiosa<sup>100</sup>.

Per un verso l'art. 418 c.p.i.<sup>101</sup> mostra chiaramente la volontà

---

97 Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 585 ss.

98 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, II, Cit., 261.

99 ADAMI V., *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare, nei delitti associativi*, in *Cass. Pen.*, 1997, 2291; BERTOROTTA G., *Concorso eventuale di persone e reati associativi*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 1304; FIANDACA G., *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, 1997, V, 1; ID., *Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 127; ID., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 475; INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 429; Verrina, *Il concorso esterno e l'associazione per delinquere di stampo mafioso*, in *Giur. it.*, 1995, II, 41.

100 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 260.

101 Art. 418 c.p.i. “ Chiunque, fuori dei casi di concorso di reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all'associazione è punito con la reclusione da due anni a quattro anni. La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuamente. Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto”.

legislativa di punire per un autonomo titolo di reato chi presti assistenza agli associati; per altro verso l'art. 378, c.2<sup>102</sup>, aggiunto dall'art. 2, L. 13 settembre 1982, n.646, stigmatizza come favoreggiatore specialmente colui che aiuti taluno ad eludere le investigazioni dell'Autorità o a sottrarsi alle ricerche per il delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p.i<sup>103</sup>. Infine, l'aggravante prevista all'art. 7, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in L. 12 luglio 1991, n. 203<sup>104</sup>, copre con un congruo aumento di pena le attività di contiguità alla mafia che costituiscono delitto<sup>105</sup>.

Per ciò che interessa questa nostra ricerca, bisogna dunque cercare di risolvere il quesito posto all'inizio del paragrafo, per statuire se la configurazione del concorso esterno costituisca o meno una operazione contestualistica, o peggio, nichilistica.

Piuttosto che prendere le mosse dalla nozione astratta di partecipazione, caricata da note valutative che non trovano alcun riscontro nella pratica, occorrerebbe invece partire dalla domanda sulle ragioni per cui è affiorato il bisogno, per il delitto di associazione mafiosa, di delineare, accanto alla partecipazione nel

---

102 Art. 378 c.p.i “Chiunque, dopo che fu commesso un delitto per il quale la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione, e fuori dei casi di concorso nel medesimo, aiuta taluno a eludere le investigazioni dell'Autorità, comprese quelle svolte da organi della Corte penale internazionale, o a sottrarsi alle ricerche di questa, è punito con la reclusione fino a quattro anni. Quando il delitto commesso è quello previsto dall'articolo 416-bis, si applica, in ogni caso, la pena della reclusione non inferiore a due anni. Se si tratta di delitti per i quali la legge stabilisce una pena diversa, ovvero di contravvenzioni, la pena è della multa fino a cinquecentosedici euro. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando la persona aiutata non è imputabile o risulta che non ha commesso il delitto”.

103 RONCO M., *Art. 416-bis*, cit., 1977.

104 Art. 7 D.L 13 maggio 1991, n.152 “

105 SIRACUSANO F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in Cass. Pen., 1993, 1878.

reato a concorso necessario, il concorso eventuale<sup>106</sup>.

La ragione di tale bisogno sta nell'opportunità, ravvisata sotto il profilo della politica criminale, di colpire con la sanzione penale il fenomeno della contiguità mafiosa, riconoscibile nei comportamenti di coloro che, nell'ambito imprenditoriale, politico, professionale e giudiziario, pur essendo estranei al sodalizio criminoso e pur non condividendone gli scopi, sono disponibili, per ragioni di interesse personale o per compromissione ambientale, a commettere atti illeciti che costituiscono altresì un vantaggio per l'ente<sup>107</sup>.

La dilatazione dell'area del penalmente punibile fino a ricomprenderne le condotte contigue è realizzata attraverso lo strumento del concorso eventuale, che ricorre a prescindere del dolo specifico richiesto dall'art. 416-*bis* per la partecipazione diretta<sup>108</sup>.

L'elaborazione della figura del concorso esterno nell'associazione per delinquere di stampo mafioso si colloca, in maniera più ampia, nel quadro di un complesso di risposte escogitate dal formante giudiziale nel corso di un lunghissimo e sanguinoso confronto tra l'ordinamento legittimo ed un complesso di ordinamenti proteiformi, radicati nella subcultura dell'intimidazione e della violenza che, all'ombra della protezione data dall'osmosi tra poteri economici e poteri politici, elaborano continuamente nuovi schemi per eludere le disposizioni di legge<sup>109</sup>.

La figura del concorso eventuale nel concorso necessario (tipico dell'art. 416-*bis* c.p.i) persegue dunque condotte differenti rispetto

106 RONCO M., *Art. 416-bis*, cit., 1976.

107 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1976.

108 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 1976.

109 LICCI G., *Figure*, cit., 494.

al comportamento di colui che si mette organicamente e stabilmente a disposizione del sodalizio criminale ( il che integrerebbe la fattispecie tipica *ex art. 416-bis c.p.i*), differenti rispetto al comportamento di chi, seppur non concorrente, aiuti i concorrenti ad eludere le investigazioni o a sottrarsi alle ricerche dell'Autorità, ovvero ad assicurare il prodotto, il profitto o il prezzo del reato (il che integrerebbe le fattispecie tipiche *ex artt. 378-379 c.p.i*<sup>110</sup>) e infine differenti rispetto al comportamento di colui che, al di fuori dei casi di concorso e di favoreggiamento, fornisce vitto, alloggio, mezzi di trasporto o strumenti di comunicazione agli appartenenti all'associazione criminale (il che integrerebbe la fattispecie tipica *ex art. 418 c.p.i*)<sup>111</sup>.

La figura del concorrente esterno, desumibile dalle motivazioni delle sentenze dei giudici di legittimità, sembrerebbe riguardare tutte quelle attività extrapertecipative consistenti nel mettersi a disposizione del sodalizio criminale in maniera del tutto contingente, prestando ausilio e supporto occasionalmente per il raggiungimento di scopi diversi o ulteriori rispetto a quelli che costituiscono il programma della *societas sceleris*.<sup>112</sup>

Tuttavia già sul piano dogmatico risulta arduamente distinguibile il concetto di “partecipazione interna”, da quello di “partecipazione esterna” al reato associativo: se la partecipazione interna si

---

110 Art. 379 c.p.i “Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648-bis e 648-ter aiuta taluno ad assicurare il prodotto o il profitto o il prezzo di un reato, è punito con la reclusione fino a cinque anni se si tratta di delitto, e con la multa da cinquantuno euro a milletrentadue euro se si tratta di contravvenzione. Si applicano le disposizioni del primo e dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente”.

111 LICCI G., *Figure*, Cit., 494.

112 LICCI G., *Op. Ult. Cit.*, 494.

sostanzia in un qualunque contributo significativo per l'esistenza o la conservazione dell'organizzazione criminale, qualsiasi condotta del terzo, estraneo all'associazione, che si traduca in un contributo significativo alla vita dell'associazione, finisce con l'integrare gli estremi della partecipazione “interna” al reato associativo.<sup>113</sup>

In altri termini: non è possibile partecipare o concorrere nel reato associativo se non facendo parte *tout court* all'associazione, pertanto il soggetto che rimane “estraneo” all'associazione non può, per ciò stesso, prendere parte ad un illecito come quello associativo, che richiede per definizione l'assunzione al ruolo di partecipe “interno”<sup>114</sup>.

Inoltre l'incriminazione del concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto prodotto di un'operazione giudiziale di stampo nihilistico, risulta sottratta al controllo di costituzionalità per vizio di insufficiente determinatezza, non essendo in alcun modo

---

113 CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000*, Laterza, Bari, 2002, 109, ss; Id., *Corso di diritto penale*, Laterza, Bari, 1990, 689.

114 CONTENTO G., *Il concorso*, Cit., 114 ss.. Appare evidente l'impossibilità di ricorrere, per la qualificazione delle condotte di “concorso” in associazione per delinquere, al consueto “schema causale”, cioè l'impossibilità di considerare come concorrenti tutti coloro che abbiano posto in essere una qualsiasi attività causalmente diretta alla produzione dell'evento. Nelle fattispecie associative di “partecipazione” è difficile che sussista un evento, poiché la “partecipazione” è, di per se stessa, un'attività per sua natura complessa, scomponibile in una serie di episodi, ancorché ciascuno di questi episodi possa essere, a sua volta, ulteriormente frazionato in azioni od omissioni. Non sembra dunque corretto ipotizzare che il contributo causale eventualmente fornito da terzi alla realizzazione di ciascuno di tali singoli eventi (per così dire “interni” alla condotta di “partecipazione” complessivamente considerata) possa e debba costituire “concorso” in quest'ultima. Vi si oppone la diversa valutazione che l'ordinamento ha riservato a talune di queste ipotesi (assistenza, favoreggiamento e così via) che, se costituissero, dunque, esse stesse, atti di concorso nel reato di “partecipazione”, non potrebbero e non dovrebbero essere mai rilevanti, né punibili a diverso titolo, in quanto tali: pertanto, logicamente, ancora più incongrua risulterebbe l'eventuale soluzione che volesse discriminare i contributi specificamente regolamentati come titoli autonomi di reato da quelli, invece, non espressamente previsti come tali.

ravvisabile la disposizione legislativa di cui si predica l'illegittimità<sup>115</sup>.

Tali conclusioni solo apparentemente frustrano le esigenze di repressione penale del fenomeno mafioso, poiché, come affermato precedentemente, risulta decisivo ai fini della configurabilità di una partecipazione “interna” punibile soltanto lo spessore del contributo materiale fornito dal soggetto ( a prescindere dalla sua formale affiliazione alla società), potranno in tal modo essere puniti come associati anche soggetti “esterni” alla *societas sceleris*, purché autori di comportamenti che obiettivamente l'avvantaggiano e purché sia presente il relativo elemento soggettivo di partecipazione<sup>116</sup>.

### *5. La legge Merlin. Cenni storici.*

La L.20 febbraio 1958, n. 75, più conosciuta come Legge Merlin, dal nome della senatrice socialista che elaborò e propose il progetto di legge, ha espressamente abrogato le disposizioni di natura penale previste dagli artt. 531-536 c.p.i dettando una nuova disciplina basata su diversi principi<sup>117</sup>.

Nella normativa previgente alla c.d “legge Merlin”, le

---

115 LICCI G., *Figure*, cit., 494.

116 FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, p.g., Cit., 493.

117 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, in *Codice penale commentato. Leggi complementari.*, 2548

disposizioni del codice penale erano collegate con la regolamentazione dell'esercizio della prostituzione, di cui al t.u.l.p.s.<sup>118</sup> e in particolare negli art. 190-208<sup>119</sup>.

L'esercizio della prostituzione era quindi ammesso esclusivamente nei locali predisposti al meretricio e a tal fine dichiarati con provvedimento dell'Autorità di P.S., in cui peraltro le prostitute erano sottoposte a controlli sanitari e all'imposizione fiscale dello Stato. Al di fuori di tali locali l'attività prostitutiva era consentita solamente se esercitata in luogo non stabile, mentre costituiva reato il meretricio non autorizzato in locali chiusi<sup>120</sup>.

Beni giuridici tutelati erano la sanità pubblica, il buon costume e l'ordine pubblico, essendo i reati previsti, ad eccezione dello sfruttamento, limitati ai casi in cui il soggetto passivo era costretto a svolgere tale attività ovvero era un minore ovvero era affetto da incapacità fisica o psichica<sup>121</sup>.

La L.20 febbraio 1958, n.75, innovando in maniera radicale la previgente disciplina, stabilisce il principio secondo il quale la prostituzione non può essere regolata dallo Stato come qualsiasi altra attività lavorativa o commerciale (art. 1 L.20 febbraio 1958, n.75)<sup>122</sup>. Inoltre la condizione delle prostitute, sottoposte, secondo le abrogate disposizioni, a un controllo sanitario obbligatorio, è ritenuta lesiva della libertà personale e dei principi di libertà e dignità contenuti nel nostro testo costituzionale e nella Convenzione

118 R.D. 18 giugno 1931, n.773.

119 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2548.

120 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, cit., 2548.

121 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2548.

122 Art. 1 L. 20 febbraio 1958, n. 75 “È vietato l'esercizio di case di prostituzione nel territorio dello Stato e nei territori sottoposti all'amministrazione di autorità italiane.

per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 21 marzo 1950, ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento dalla L.23 novembre 1966, n.1173<sup>123</sup>.

La L. 20 febbraio 1958, n.75 impone la chiusura dei locali adibiti all'esercizio dell'attività prostitutiva (art. 2 L.20 febbraio 1958, n.75)<sup>124</sup> e le condotte di sfruttamento, favoreggiamento ed induzione al meretricio divengono altrettante autonome fattispecie delittuali (art. 3 L. 20 febbraio 1958, n.75<sup>125</sup>).

---

123 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2548.

124 Art. 2 L.20 febbraio 1958, n. 75 “Le case, i quartieri e qualsiasi altro luogo chiuso, dove si esercita la prostituzione, dichiarati locali di meretricio a sensi dell'art. 190 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 773 , e delle successive modificazioni, dovranno essere chiusi entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge”.

125 Art. 3 L.20 febbraio 1958, n. 75 “Le disposizioni contenute negli artt. 531 a 536 del codice penale sono sostituite dalle seguenti: «È punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 258 a euro 10.329, salvo in ogni caso l'applicazione dell' art. 240 del codice penale: 1) chiunque, trascorso il termine indicato nell'art. 2, abbia la proprietà o l'esercizio, sotto qualsiasi denominazione, di una casa di prostituzione, o comunque la controlli, o diriga, o amministri, ovvero partecipi alla proprietà, esercizio, direzione o amministrazione di essa; 2) chiunque, avendo la proprietà o l'amministrazione di una casa od altro locale, li conceda in locazione a scopo di esercizio di una casa di prostituzione;3) chiunque, essendo proprietario, gerente o preposto a un albergo, casa mobiliata, pensione, spaccio di bevande, circolo, locale da ballo, o luogo di spettacolo, o loro annessi e dipendenze o qualunque locale aperto al pubblico od utilizzato dal pubblico, vi tollera abitualmente la presenza di una o più persone che, all'interno del locale stesso, si danno alla prostituzione; 4) chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione;5) chiunque induca alla prostituzione una donna di età maggiore, o compia atti di lenocinio, sia personalmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia a mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità; 6) chiunque induca una persona a recarsi nel territorio di un altro Stato o comunque in luogo diverso da quello della sua abituale residenza, al fine di esercitarvi la prostituzione ovvero si intrometta per agevolarne la partenza; 7) chiunque espliciti un'attività in associazioni ed organizzazioni nazionali od estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione, ovvero in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo agevoli o favorisca l'azione o gli scopi delle predette associazioni od organizzazioni; 8) chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui. In tutti i casi previsti nel n. 3) del presente articolo alle pene in essi comminate, sarà aggiunta la perdita della licenza d'esercizio e potrà anche essere ordinata la chiusura definitiva dell'esercizio. I delitti previsti dai nn. 4) e 5), se commessi da un cittadino in territorio estero, sono punibili in quanto le convenzioni internazionali lo prevedano».

La struttura di tale ultimo articolo è stata più volte oggetto di critica da parte della dottrina per la tecnica legislativa utilizzata, sia sotto l'aspetto dell'eccessiva analiticità della fattispecie concrete, per la casistica delle figure di reato previste, sia sotto il profilo della genericità delle stesse, nonché infine per l'entità decisamente elevata delle pene previste<sup>126</sup>.

Si può senza alcun dubbio affermare in via sistematica l'unicità della struttura del reato prevista dall'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75, in ragione del livellamento delle pene previste per le singole ipotesi di reato e della difficoltà a ritenere configurabile il concorso di reati<sup>127</sup>, il legislatore ha dunque inteso creare un reato a fattispecie alternative<sup>128</sup>.

## *6. Il fenomeno prostitutivo e le fattispecie previste dall'art. 3 della legge Merlin.*

La prostituzione è comunemente definita come offerta indiscriminata del proprio corpo dietro corrispettivo di natura economica<sup>129</sup>. La maggioranza della dottrina<sup>130</sup> ha ritenuto

---

126 LA CUTE G., *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 452.

127 VASSALLI G., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della legge Merlin*, in *Studi in onore di Antolisei*, III, Giuffrè, Milano, 1965, 408.

128 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, cit., 2548.

129 ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 569; RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, cit., 2548. ; Cass., Sez. III, 1 luglio 1998, n.7608.

130 Cfr. tra gli altri CALVI A., *Sfruttamento della prostituzione*, Cedam, Padova, 1970, 80.

necessario per configurare il delitto in questione il requisito della professionalità, e dunque dell'abitudine della condotta descritta<sup>131</sup>. Altri Autori<sup>132</sup> ritengono al contrario che il requisito della professionalità non sia necessario, poiché occorre avere riguardo alla fattispecie concreta di chi si prostituisca per la prima volta ovvero saltuariamente e in tal caso si avrebbe un atto di prostituzione anche per una sola volta a condizione che sia comunque determinato dalla dazione di un compenso<sup>133</sup>.

Le disposizioni di cui ai primi tre numeri dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 intendono perseguire coloro che organizzano in qualsiasi modo l'esercizio della prostituzione in apposite case o locali di proprietà, ovvero condotte in locazione, ovvero possedute a qualsiasi titolo<sup>134</sup>.

Il n.1 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 punisce l'esercizio, l'amministrazione, la direzione ovvero la partecipazione ad una casa di prostituzione o locale ove si svolga a qualsivoglia titolo l'attività del meretricio. La formulazione appare faticosa e sotto più aspetti pleonastica, ma con essa si è intesa richiamare le più evidenti ipotesi di ingerenza nell'esercizio di una casa di prostituzione<sup>135</sup>.

Il n.2 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 punisce chiunque, avendo in proprietà o in amministrazione un immobile od altro locale, li concede in locazione a scopo di esercizio di una casa di prostituzione. In tal modo il legislatore integra la tutela penale

---

131 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2549.

132 Cfr. tra gli altri PIOLETTI U., *Prostituzione*, in Dig. Pen., X, Utet, Torino, 1995, 271.

133 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2549.

134 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, cit., 581; RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, cit., 2550.

135 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 582.

dell'ipotesi precedente e rende penalmente rilevante la condotta di chi, pur non rientrando nella partecipazione o nella gestione diretta della casa ove si esercitò l'attività prostitutiva, costituisca un'attività prodromica e necessaria affinché possa esistere una casa di prostituzione<sup>136</sup>.

Il testo della disposizione prevede espressamente solo la fattispecie della locazione e non il comodato o altre forme di concessione in godimento; ne deriva che chi conceda il locale a titolo diverso dalla locazione non può essere chiamato a rispondere della figura criminosa in esame<sup>137</sup>.

La disposizione di cui al n.3 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 incrimina chiunque in qualità di proprietario, gerente o preposto ad un albergo, casa mobilitata, pensione, circoli, locali da ballo o luogo utilizzato dal pubblico vi tolleri abitualmente la presenza di una o più persone che all'interno del locale stesso si danno alla prostituzione<sup>138</sup>.

“Tollerare” non significa partecipare attivamente e suppone una semplice sopportazione, un lasciar fare sapendo quello che avviene, senza che sia richiesto il requisito di un qualsivoglia vantaggio economico<sup>139</sup>. La tolleranza deve essere abituale: occorre dunque la coscienza, protratta nel tempo, da parte del proprietario gerente o preposto, di quello che si verifica nel suo locale accompagnata da

---

136 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2549.

137 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 582. Tuttavia non essendo possibile pensare che nell'ambito di una disciplina improntata a particolare rigore si sia inteso escludere la responsabilità del comodante, deve ritenersi che sia stata considerata inevitabile la riconducibilità del fatto di quest'ultimo all'ipotesi del favoreggiamento.

138 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, Cit., 2549.

139 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 583.

un atteggiamento di inerzia<sup>140</sup>.

La fattispecie astratta prevista dal n. 4 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75, punisce colui che recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione o comunque ne agevoli a tal fine la prostituzione<sup>141</sup>. Essa contempla quindi due diverse ipotesi di delitto, il reclutamento e l'agevolazione.

In ordine alla prima ipotesi, è necessario che vi sia una arruolamento o un ingaggio per l'esercizio dell'attività prostitutiva, un vero e proprio rapporto di prestazione d'opera subordinata munito di precisi patti e condizioni economiche<sup>142</sup>.

Il momento consumativo dev'essere individuato all'atto dell'avvenuto arruolamento o ingaggio, a prescindere se poi segua l'effettiva attività di meretricio, non essendo ammissibile in tal senso il tentativo<sup>143</sup>.

La seconda fattispecie, cioè l'agevolazione, appare di controversa interpretazione e sembra aver avuto una scarsissima applicazione in giurisprudenza<sup>144</sup>. Per la maggioranza della dottrina<sup>145</sup> ritiene che l'agevolazione dev'essere finalizzata al reclutamento, dato che l'agevolazione alla prostituzione sarebbe già contenuta nel n.8 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75, concernente il favoreggiamento tipico<sup>146</sup>.

Il n.5 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75, considera, come già il

140 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 583.

141 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2550.

142 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2552.

143 GUSTAPANE P., *Casa di prostituzione e lenocinio*, Galatina salentina, Lecce, 1958, 152;  
LEONE G., *Delitti di prossenetismo e adescamento*, Giuffrè, Milano, 1964, 114.

144 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, *Cit.*, 2552.

145 Cfr. tra gli altri LA CUTE G., *Prostituzione*, *cit.*, 461; LEONE G., *Op. Ult. Cit.*, 283.

146 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2552.

n.4 del medesimo articolo, due distinte figure criminose: l'induzione alla prostituzione e il compimento di atti di lenocinio. La prima fattispecie suppone un'opera di convincimento, senza d'uopo di violenza, minaccia o inganno, venendo quindi in considerazione doni, allettamenti, lusinghe e così via. Tale opera può esser diretta sia a far sorgere l'idea, sia a rafforzare in modo determinante l'idea qualora questa sia già sorta<sup>147</sup>.

Poiché oggetto dell'induzione è la prostituzione nel significato precedentemente descritto, non integra il delitto il persuadere una donna a prestarsi a pratiche sessuali con una sola persona o con più persone determinate<sup>148</sup>. A differenza delle altre ipotesi, qui la legge prevede in maniera espressa che l'azione delittuosa deve essere compiuta nei confronti di una donna, ed è da ritenersi che il delitto sia consumato solo allorché la prostituzione effettivamente segua<sup>149</sup>. Deve dunque trattarsi di un'attività di convincimento positiva, non omissiva e che abbia efficacia causale, talché senza di essa la donna non avrebbe esercitato la prostituzione<sup>150</sup>.

Per quanto riguarda il compimento di atti di lenocinio, appare evidente che non debba trattarsi di comportamenti specificamente incriminati in altre parti dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75. Il termine esprime il concetto di “invito al libertinaggio”, compiuto non da chi si prostituisce, ma da una persona diversa che svolge un'attività di collegamento con potenziali clienti, offrendo loro

---

147 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 585.

148 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 585.

149 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 585.

150 LA CUTE G., *Prostituzione*, Cit., 462; LEONE G., *Delitti di prossenetismo*, Cit., 124; RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2552.

prestazioni carnali altrui<sup>151</sup>.

L'attività di intermediazione deve svolgersi in luogo pubblico, ovvero aperto al pubblico ovvero coi mezzi di diffusione della stampa ovvero altra forma di pubblicità<sup>152</sup>. La pubblicità non costituisce una condizione obiettiva di punibilità, ma una modalità obiettiva che rientra nella struttura del delitto in esame<sup>153</sup>.

Il n.6 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75, contiene anch'esso due diverse fattispecie delittuali: l'induzione di qualcuno (uomo o donna) a recarsi nel territorio di uno Stato straniero o in un luogo diverso da quello di residenza abituale per esercitarvi la prostituzione e l'intromissione per agevolarne la partenza<sup>154</sup>. Differentemente dal delitto di induzione, la fattispecie della tratta si caratterizza per la persuasione al trasferimento in un luogo diverso dalla residenza senza che sia necessario indurre il soggetto passivo alla prostituzione<sup>155</sup>.

Nella prima ipotesi l'opera di persuasione e convincimento è finalizzata al trasferimento della persona verso il luogo ove eserciterà l'attività prostitutiva, nell'ipotesi dell'agevolazione viene invece punita l'attività casualmente orientata ed efficiente di chi favorisce con condotte preparatorie la partenza del soggetto passivo che deve esercitare altrove la prostituzione<sup>156</sup>, ad esempio intervenendo per procacciare il passaporto o per pagare il prezzo del

---

151 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 586.

152 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 586; RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, Cit., 2553.

153 ROSSO G., *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Stamperia Nazionale, Roma, 1960, 96.

154 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 586

155 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, Cit., 2554.

156 LEONE G., *Delitti di prossenetismo*, Cit., 159.

biglietto.

Al n.7 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 è punita la condotta di chi espliciti attività in associazioni od organizzazioni nazionali o estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della medesima ovvero in qualsiasi forma agevoli o favorisca l'azione o gli scopi di tali associazioni od organizzazioni<sup>157</sup>.

Si presuppone l'esistenza di un sodalizio criminoso che si prefigge come scopo quello di reclutare e sfruttare l'attività prostitutiva altrui e la condotta punita non è quella dell'associazione, bensì dell'attività assidua che ha come fine quello di estendere e rafforzare le organizzazioni esistenti ovvero per favorirne o agevolarne gli scopi<sup>158</sup>.

Infine il n.8 dell'art. 3 L.20 febbraio 1958, n.75 prevede nella prima ipotesi la fattispecie di favoreggiamento e nella seconda ipotesi quello dello sfruttamento della prostituzione altrui.

Iniziando dalla prima ipotesi, deve per prima cosa escludersi che il concetto di “favoreggiamento” sia desumibile dall'art. 378 c.p.i, ciò per l'assorbente motivo che quest'ultimo presuppone la commissione di un reato, mentre il prostituirsi è un fatto penalmente lecito<sup>159</sup>, il che ha portato molti Autori ad affermare l'inadeguatezza di tale disposizione<sup>160</sup>. Si tratta di comportamenti ai quali non è necessariamente collegato il fine di lucro o quello di

---

157 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2554.

158 LA CUTE G., *Prostituzione*, cit., 462; LEONE G., *Delitti di prossenetismo*, cit., 124; RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, cit., 2554.

159 ANTOLISEI F., *Manuale, p.s.*, I, Cit., 587.

160 LA CUTE G., *Op. Ult. Cit.*, 466.

servire l'altrui libidine<sup>161</sup>, capaci di agevolare, cioè rendere più facile o comoda la prostituzione altrui<sup>162</sup>.

L'espresso riferimento normativo al favoreggiamento della prostituzione sembra togliere rilevanza all'attività diretta ad agevolare uno specifico episodio di libertinaggio e porre invece l'accento sull'aiuto alla prostituzione come fatto abituale, come *modus vivendi* che suppone una reiterazione di episodi<sup>163</sup>.

Tale disposizione finale è costituita come una disposizione di chiusura, tesa a reprimere qualsiasi condotta che sarebbe potuta sfuggire alle fattispecie contemplate nei numeri precedenti<sup>164</sup>.

Tuttavia l'evidentissima genericità nella formulazione della disposizione in questione ha suscitato numerose eccezioni di legittimità, che sono state dichiarate *in toto* infondate dalla Corte Costituzionale<sup>165</sup>.

L'interesse tutelato dal legislatore è quello primario e fondante espresso dalla legge Merlin, ossia impedire lo sfruttamento delle prostitute, punendo coloro che traggono profitto in qualunque modo dall'attività prostitutiva.<sup>166</sup>

---

161 Cass., 11 luglio 1985, in Giust. Pen., 1986, II, 362.

162 ANTOLISEI F., *Op.Ult. Cit.*, 587.

163 ANTOLISEI F., *OP.ULT. CIT.*, 588.

164 ANTOLISEI F., *Op. Ult. Cit.*, 585.

165 RONCO M., *L. 20.2.1958, n.75*, Cit., 2548.

166 RONCO M., *Op. Ult. Cit.*, 2555.

## *7. Derive contestualistiche del formante legale in tema di sfruttamento della prostituzione.*

Nell'aprile 2004 la Corte di Cassazione viene chiamata a rispondere su un caso particolarmente intricato riguardante la c.d. "prostituzione *on-line*"<sup>167</sup>, che portò numerosi Autori a trattarne<sup>168</sup>. Il caso consisteva nel compimento di atti sessuali che, dietro pagamento, venivano trasmessi via internet con la possibilità, da parte del "cliente" connesso alla rete di interagire con gli "attori", sollecitando determinate prestazioni di suo gradimento. La Corte doveva decidere se il gestore del sito in questione dovesse rispondere del reato di sfruttamento o di favoreggiamento della prostituzione, *ex art. 3, n.8, L.20 febbraio 1958, n.75*<sup>169</sup>.

Secondo il ragionamento compiuto dalla Cassazione, occorre, per prima cosa, individuare la nozione di prostituzione e in seguito verificare se l'occorrenza in esame possa essere sussunta sotto tale nozione<sup>170</sup>.

La Suprema Corte, facendo propria l'impostazione dell'accusa e facendo proprie le precedenti esplorazioni del formante giudiziale, nota che la nozione di atto prostitutivo non è mai stato identificato con "*la congiunzione carnale, con qualsiasi modalità avvenga, ovvero del compimento di atti di libidine*"<sup>171</sup>.

---

167 Cass., Sez. III., 22 aprile 2004, n. 534, in *Cass. Pen.*, 2004, 3577-3581.

168 Cfr. tra gli altri VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 11; PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema*, cit., 354.

169 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, Cit., 12.

170 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 20.

171 Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, cit., 3580.

In base a tale prima ricognizione effettuata dalla Corte di cassazione, si evince che l'atto di prostituzione “non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione”<sup>172</sup>. Inoltre, i giudici di legittimità, precisano che mai è stata messa in dubbio la riconducibilità al concetto di prostituzione di “atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di chi ha chiesto la prestazione [...] senza che intervenga alcun contatto fisico tra le parti”<sup>173</sup>.

La Suprema Corte, per tentare di avvalorare la correttezza del suo ragionamento, accenna allo scopo della L.20 febbraio 1958, n.75 che, come detto in precedenza, non punisce la prostituzione in sé, ma l'induzione, il favoreggiamento o lo sfruttamento di essa<sup>174</sup>. Dunque il disvalore sanzionato dal legislatore andrebbe ravvisato nell'uso “strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo”<sup>175</sup>.

Dopo aver richiamato, in maniera apodittica e apparentemente avalutativa, lo scopo della L.20 febbraio 1958, n.75, i giudici di legittimità proseguono la loro indagine statuendo la non necessità della contiguità fisica tra cliente e prostituta; affermazione che non ritroviamo nelle precedenti pronunce giurisprudenziali, le quali non

172 Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, cit., 3580.

173 Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, cit., 3580.

174 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 22.

175 Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, cit., 3580.

si erano mai confrontate con il fenomeno prostitutivo per mezzo della rete internet, ma esclusivamente con la prostituzione “reale”<sup>176</sup>.

La Corte di Cassazione, dopo aver ribadito che *“neppure si palesa determinante [...] l'elemento del potenziale contatto fisico tra il soggetto che si prostituisce e il fruitore della prestazione”*, trae la seguente conclusione *“si palesa irrilevante il fatto che chi si prostituisce e il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite internet in videoconferenza, che consente all'utente della prestazione, non diversamente da quanto potrebbe verificarsi nell'ipotesi di contemporanea presenza nello stesso luogo, di interagire con chi si prostituisce”*<sup>177</sup>.

La Suprema Corte di cassazione non fa, in realtà, quello che dice di fare, e cioè non accerta in astratto il significato della nozione di prostituzione e poi vi riconduce il fatto, ma ricostruisce il significato alla luce del fatto e di una determinata opzione valoriale e contestualistica.

L'operazione dei giudici di legittimità lascia sgomenti, innanzitutto, per l'opacità della decisione, poiché i giudici non si limitano a fare quel che la natura del sapere pratico consentirebbe loro di fare, ossia persuadere della bontà della decisione, ma dimostrare la “verità” della sua soluzione interpretativa, presentata come la conseguenza di un ragionamento “cogente”<sup>178</sup>.

---

176 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 129.

177 Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, cit., 3581.

178 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 129.

Inoltre non convince la ricostruzione del disvalore del tipo normativo, che la Corte individua nell'uso strumentale della propria sessualità al fine di trarne profitto. Tale ricostruzione si espone a due obiezioni fondamentali<sup>179</sup>.

Per prima cosa, se tale è il contenuto di disvalore dell'incriminazione, la disposizione finirebbe per estendersi a dismisura, fino ad abbracciare non solo comportamenti di *lap-dance*, ma anche di *strip-tease* particolarmente accondiscendente verso gli incitamenti ed inviti del pubblico, fino a comprendere i colloqui caldamente erotici via telefono, se si assume che anche l'uso della voce e dei suoni può far parte delle manifestazioni della sessualità ed avere efficacia di eccitazione erotica<sup>180</sup>.

In questo modo, i confini della fattispecie criminosa finirebbero per scomparire, attraendo nella sfera dell'incriminazione comportamenti che non vengono riconosciuti come prostituzione né dal comune sentire, né dalla giurisprudenza<sup>181</sup>.

Inoltre, nel senso inteso dalla Suprema Corte, il disvalore finisce per assumere connotati moralistici attinenti “la salvaguardia della dignità personale contro comportamenti di autodegradazione morale”<sup>182</sup>. Tuttavia, in una società democratica e pluralista quale quella tracciata nella nostra Costituzione, il legislatore, nel momento della formulazione della disposizione legislativa, e il giudice, nel momento della concretizzazione ermeneutica della

179 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 129.

180 PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema*, cit., 268-269. La Cassazione non ha mai considerato la *lap-dance* come un fenomeno prostitutivo, Cfr. Cass., Sez. III, 3 giugno 2004, n. 36157.

181 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 129.

182 PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema*, cit., 268

fattispecie legislativa, devono essere consapevoli dei limiti che lo Stato costituzionale di diritto pone ad interventi che restringano in maniera irragionevole il diritto di ogni individuo di scegliere liberamente la propria concezione della vita buona<sup>183</sup>. Al contrario, è tipico dello Stato etico e paternalistico, prescrivere determinati comportamenti per tutelare gli individui che non vengono assunti, kantianamente, come “maggioresni”, ma come “minoresni” bisognosi di protezione da sé medesimi, prima ancora che dagli altri<sup>184</sup>. Risulta in questo modo evidente che la ricostruzione del disvalore, in chiave paternalistica (ed anche, come vedremo di seguito, contestualistica) effettuata dai giudici di legittimità, non è affatto in linea con le esigenze dello Stato democratico, laico e pluralista voluto dal nostro ordinamento costituzionale<sup>185</sup>.

Infine la Cassazione, in tale decisione, effettua un'operazione di stampo contestualistico, formulando una lettura evolutiva extracontestuale, vietata dall'art. 14 disp. prel., poiché il giudice contestualizza un comportamento che non è in alcun modo sanzionato dal legislatore<sup>186</sup>. La legge Merlin infatti, non può essere stata pensata per essere applicata alle nuove tecnologie, poiché il

---

183 PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 55 ss; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, cit., 131. Va sottolineato, come insegna il Licci, che non solamente il testo costituzionale è esente da paternalismi giuridici, ma anche il codice penale del 1930, pur essendo emanato dal legislatore fascista, è esente da qualsiasi forma di paternalismo, come si può notare all'art. 62 c.p.i, n.1, che prevede l'attenuante speciale quando si sia agito per motivi di particolare valore morale o sociale. Al contrario la legislazione dello stato democratico presenta alcune forme di paternalismo giuridico, specialmente con riguardo al tema dell'interruzione di gravidanza, col paradossale risultato che la legislazione fascista risulta, in alcuni campi, più liberale di quella democratica. Cfr. LICCI G., *Modelli nel diritto penale*, Cit., 238.

184 VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine*, Cit., 131.

185 VOGLIOTTI M., *Op. Ult. Cit.*, 131.

186 LICCI G., *Figure*, Cit., 186.

suo contesto di riferimento è totalmente differente da quello attuale. Come già affermato in precedenza, in ottemperanza alla separazione dei poteri, spetterebbe al legislatore, e non al giudice, intervenire per colmare l'eventuale lacuna, dovuta allo sviluppo tecnologico.

### *8. Molestia o disturbo alle persone.*

L'art. 660 c.p.i.<sup>187</sup> punisce il fatto di colui che reca a taluno molestia o disturbo, per petulanza o biasimevole motivo, in luogo pubblico o aperto al pubblico o con il mezzo del telefono. La molestia, secondo la dottrina, consiste in qualunque attività che alteri dolosamente o fastidiosamente l'equilibrio psico-fisico normale di una persona; il disturbo invece è ciò che interferisce con le condizioni di lavoro o di riposo di una persona normale<sup>188</sup>.

Tale disposizione mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità, attuato mediante l'offesa alla quiete privata ed è pertanto procedibile d'ufficio. Il legislatore ha inteso tutelare in tal modo, oltre alla quiete privata, la tranquillità pubblica, avuto riguardo agli effetti che il suo turbamento ha sull'ordine pubblico, data l'astratta possibilità di reazione. Perciò, rispetto a questa

---

187 Art. 660 c.p.i. “ Chiunque in luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516”.

188 BOIDO A., *art. 660*, in RONCO M.-ROMANO B.-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, cit., 3292; VIGNA-BELLAGAMBA, *Le contravvenzioni nel codice penale*, Giuffrè, Milano, 1974, 278.

contravvenzione, viene in considerazione l'ordine pubblico, pur trattandosi di offesa alla quiete privata, cosicché l'interesse privato, individuale, riceve una protezione soltanto riflessa, di modo che la tutela penale viene accordata anche senza e pur contro la volontà delle persone molestate o disturbate<sup>189</sup>.

Sia la molestia, sia il disturbo, devono colpire taluno, cioè una o più persone determinate, e non il pubblico in genere. La sussistenza delle molestie o del disturbo deve essere valutata con riferimento alla psicologia normale media e al modo di vivere e sentire comune, prescindendo dalla reattività e dalla capacità di sentire della persona offesa dal reato<sup>190</sup>.

La molestia ed il disturbo diventano penalmente rilevanti ove arrecati per petulanza o per altro biasimevole motivo. La “petulanza”, ai fini della configurabilità del reato di molestie di cui all'art. 660 c.p.i, non può che intendersi un atteggiamento di insistenza eccessiva e perciò fastidiosa, di arrogante invadenza e di intromissione continua e inopportuna nella sfera altrui. Integra altresì “petulanza”, ogni contegno intollerabile o incivile, verso la persona molestata, tale da determinare ad invocare aiuto ed ogni modo di agire arrogante o vessatorio, senza riguardo per la libertà o la quiete altrui<sup>191</sup>. Infine, deve considerarsi petulante l'atteggiamento di chi insista nell'interferire inopportunamente nell'altrui sfera di libertà, anche dopo essersi accorto che la sua condotta non è

---

189 *Art. 660*, in CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario al codice penale*, cit., 2379.

190 BOIDO A., *Art. 660*, cit., 3294.

191 *Art. 660*, in CRESPI A.-FORTI G.-ZUCALÀ G., *Commentario al codice penale*, cit., 2379.

gradita, ed essere stato diffidato a porre fine alla stessa<sup>192</sup>.

Per “biasimevole motivo” deve invece intendersi ogni motivo diverso dalla petulanza, che sia dal pari riprovevole in sé stesso o in relazione alla qualità o alle condizioni della persona molestata e che abbia su quest'ultimo gli stessi effetti della petulanza, come il motivo di scherno o quello di dispetto<sup>193</sup>. Entrambi tali requisiti concorrono a delineare la tipicità del fatto sul piano dell'elemento oggettivo, per cui l'azione realizzata rileva penalmente solo qualora risulti connotata da insistenza molesta o esprima oggettivamente riprovevolezza<sup>194</sup>.

Il fatto descritto integra la contravvenzione in esame esclusivamente se commesso in luogo pubblico o aperto al pubblico, ovvero con il mezzo del telefono. Tali requisiti costituiscono, a detta della dottrina dominante, modalità essenziali dell'azione e perciò elementi costitutivi del fatto<sup>195</sup>.

## *9. Formante giudiziale in tema di molestie tramite nuove tecnologie.*

Nei paragrafi precedenti sono state fortemente criticate le pronunce

---

192 *Art. 660, Op. Ult. Cit.*, 2379.

193 BOIDO A., *Op. Ult. Cit.*, 3294

194 BOIDO A., *Op. Ult. Cit.*, 3294; FLICK G.M, *Molestia o disturbo alle persone*, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 668.

195 BOIDO A., *Art. 660*, cit., 3295.

contestualistiche o nihilistiche dei giudici di legittimità o di merito, in questo paragrafo invece si prende atto di un'avveduta pronuncia della Corte di Cassazione, che rifugge da qualunque tentazione contestualistica.

La Suprema Corte, con la pronuncia del 17 giugno 2010, n.24510<sup>196</sup>, opera una fondamentale *actio finium regundorum*, con riguardo alla fattispecie contravvenzionale *ex art. 660 c.p.i.*, stabilendo che il rispetto del canone di tassatività, previsto dall'art. 25 Cost. e dall'art.1 c.p.i costituisce un limite invalicabile, impedendo che la fattispecie prevista dal codice penale possa dilatarsi oltre misura, per mezzo di deviazioni contestualistiche.

La decisione della Corte riguarda un caso in cui i giudici di merito aveva riconosciuto la possibilità della configurabilità della fattispecie di molestia, perpetrata mediante lo strumento informatico, ed in particolare, attraverso il sistema di posta elettronica.

Il giudice di merito, ossia il Tribunale di Cassino, con sentenza deliberata l'11 maggio 2009, aveva affermato che *“la tipizzazione della condotta incriminata dall'art. 660 Codice Penale, non risulta tassativamente espressa nel dettato normativo, si tratta di indicazione aperta [...] legata all'evolversi dei mezzi tecnologici disponibili”*<sup>197</sup>, con la conseguenza che *“l'aumento della gamma delle opportunità intrusive”*, offerto dal progresso della tecnologia,

---

196 Cass., Sez. I, 17 giugno 2010, n.24510, in *penalecontemporaneo.it*.

197 Attraverso le parole utilizzate dal Tribunale di Cassino si possono ben comprendere come buona parte dei giudici di merito si disinteressino delle disposizioni del Codice e si facciano portatori di una propria politica nel campo del diritto penale, in spregio alle fondamentali regole della separazione dei poteri, previste dalla nostra Costituzione.

si correla all'espansione dell'ambito delle *“condotte in grado di integrare l'elemento strutturale della molestia”* e del *“corrispondente livello di tutela apprestato alle potenziali vittime”*, restando inalterata *“la ratio della norma”*, sulla base del rilievo che l'art. 660 c.p.i con la dizione *“telefono”* comprende *“gli altri analoghi mezzi di comunicazione a distanza”*, tra cui *“la e-mail viene propriamente inoltrata col mezzo del telefono”*.

I giudici di legittimità, saggiamente, affermano espressamente come tale ricostruzione non sia in alcun modo *“condivisibile”*, statuendo altresì che il tribunale è incorso in una *“erronea applicazione della legge penale”*<sup>198</sup>.

La Cassazione statuisce anzitutto che *“non coglie nel segno l'argomento del giudice di merito secondo il quale la e-mail viene propriamente inoltrata col mezzo del telefono, così integrando la previsione della norma incriminatrice”*, poiché *“il rilievo è improprio e inesatto. La posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono, né costituisce applicazione della telefonia che consiste, invece, nella teletrasmissione, in modalità sincrona, di voci o suoni”*<sup>199</sup>. Inoltre, prosegue la Corte *“la modalità della comunicazione è asincrona. L'azione del mittente si esaurisce nella memorizzazione di un documento di testo [...] in una determinata locazione dalla memoria dell'elaboratore del gestore di servizio, accessibile dal destinatario; mentre la comunicazione si perfeziona, se e quando il destinatario, connettendosi, a sua volta, all'elaboratore e*

198 Cass., Sez. I., 17 giugno 2010, n.24510, in *penalecontemporaneo.it*, pag.6.

199 Cass., Sez. I., 17 giugno 2010, n.24510, in *penalecontemporaneo.it*, pag.6.

*accedendo al servizio, attivi una sessione di consultazione della propria casella di posta elettronica e proceda alla lettura del messaggio”.*

Tali argomenti escludono, come afferma la Corte, la possibilità di ritenere legittima l'interpretazione dei giudici di merito, rimarcando che il testo dell'art.660 c.p.i non include nell'alveo della punibilità le condotte commesse mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie. La Suprema Corte di Cassazione conclude la sua pronuncia, in maniera giuridicamente ineccepibile, con parole che dovrebbero fungere da guida per tutte le pronunce giudiziali, e cioè *“l'avvertita esigenza di espandere la tutela del bene protetto (della tranquillità della persona) incontra il limite coessenziale della legge penale costituito dal “principio di stretta legalità” e di tipizzazione delle condotte illecite, sanciti dall'art. 25, comma 2, della Costituzione e dall'art. 1 del Codice Penale”.*

## *10.Reati commessi col mezzo della stampa periodica.*

Nell'attuale formulazione, introdotta con l'art.1 della L.4 marzo 1958, n.127, l'art.57 c.p.i<sup>200</sup> stabilisce una responsabilità per fatto

---

200 Art. 57 c.p.i “Articolo 57. Reati commessi col mezzo della stampa periodica. Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo”.

proprio di natura omissiva del direttore o vice-direttore responsabile del giornale o di altro periodico, per ogni reato commesso col mezzo della stampa<sup>201</sup>, allorchè, al contrario, nella formulazione originaria dell'art. 57 c.p.i era stata sostenuta una responsabilità per fatto altrui poiché, del reato commesso dall'autore della pubblicazione, chi ricopriva la qualità di direttore responsabile rispondeva per ciò solo, ossia per il solo fatto di rivestire l'indicata qualifica<sup>202</sup>.

La scelta di criminalizzare in ragione della mera circostanza della copertura dell'incarico di direttore o redattore di un periodico aveva creato accesi e vivaci dibattiti in dottrina. Taluni Autori<sup>203</sup> ravvisavano nell'art.57 c.p.i una forma di responsabilità oggettiva per fatto altrui, ritenendo che l'inciso “*per ciò solo*” indicasse chiaramente che la volontà del legislatore era quella di prescindere dal nesso di causalità, cosicché l'accertamento della coscienza e della volontà dell'azione o dell'omissione lascia il posto al solo accertamento della qualità di direttore<sup>204</sup>. Altra parte della dottrina invece<sup>205</sup> qualificava codesta forma di responsabilità come responsabilità per fatto proprio fondata sull'omissione da parte del direttore del doveroso controllo sulla pubblicazione: omissione implicita e non necessitante di prova poiché il reato a mezzo stampa

---

201 DELITALA G., *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore per i reati commessi sulla stampa*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1956, 544; PAGLIARO A., *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa periodica secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p.*, in *Scritti in Onore di De Marsico*, II, Giuffrè, Milano, 1960, 241.

202 COVIELLO A., *Art. 57*, in RONCO M.-ROMANO B.- ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, cit., 444.

203 NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971, 106.

204 COVIELLO A., *Op. Ult. Cit.*, 444.

205 PANNAIN A., *Manuale di diritto penale*, La corte d'Assise, Roma, 1942, 332.

era stato comunque commesso<sup>206</sup>.

In seguito all'intervento legislativo, operato con la novella legislativa della L.4 marzo 1958, n.127, che ha modificato la formulazione originaria del codice, la nuova disposizione stabilisce una forma di responsabilità penale del direttore maggiormente ancorata ai parametri costituzionali dettati dall'art. 27 Cost.<sup>207</sup>, in quanto prevede che il direttore sia penalmente perseguibile non per la mera titolarità dell'incarico, ma per aver tenuto effettivamente una condotta colpevole identificata nell'omissione del controllo necessario per evitare la commissione di reati a mezzo stampa<sup>208</sup>. La responsabilità penale del direttore è perciò una responsabilità per fatto proprio e a titolo colposo.

Il reato di cui all'art. 57 c.p.i trova, per quanto riguarda la sua applicabilità, un'importante preclusione, nei confronti dei delitti commessi con il mezzo radiofonico ovvero con quello televisivo, giacché tale disposizione risulta inapplicabile nei confronti del direttore responsabile di testate diverse da quelle ivi contemplate<sup>209</sup>.

Pur essendo previsto dall'art. 30 L. 6 agosto 1990, n.223 una fattispecie di responsabilità colposa, essa si limita a sanzionare l'omesso impedimento di spettacoli osceni e di trasmissioni a contenuto impressionante, raccapricciante o istigatorio a carico del

206 COVIELLO A., *Op. Ult. Cit.*, 445. Di quest'ultimo avviso era la giurisprudenza di legittimità, orientata a delineare la responsabilità del direttore come responsabilità non già oggettiva, bensì personale per fatto proprio colposo.

207 Art. 27 Cost “La responsabilità penale è personale.L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.Non è ammessa la pena di morte”.

208 COVIELLO A.,*Art. 57*, cit., 445; POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, Padova, 1998, 225.

209 COVIELLO A., *Art.57*, Cit., 447.

concessionario privato o pubblico della testata televisiva<sup>210</sup>, manca dunque, nel nostro ordinamento, la previsione diretta della responsabilità per omesso controllo a carico degli individui posti al vertice della testata televisiva, i quali, qualora ne ricorrano i presupposti, potranno tutt'al più rispondere del reato di diffamazione *ex art.595 c.p.i.*<sup>211</sup> in concorso con il soggetto agente<sup>212</sup>. Non è ovviamente possibile estendere la portata dell'art. 57 c.p.i, a meno che si voglia adottare un'opzione interpretativa nihilistica o contestualistica (violando inoltre attraverso tale scelta il divieto di analogia), alla diffamazione radiofonica o radiotelevisiva<sup>213</sup>.

Tale anomalia va certamente sanata, non violando la separazione dei poteri di sancita dalla nostra Costituzione, ma attraverso un intervento da parte del legislatore. La stessa Corte Costituzionale, che è stata più volte chiamata a pronunciarsi su tale questione<sup>214</sup>, ha

---

210 COVIELLO A., *Op. Ult. Cit.*, 447.

211 Art. 595 c.p.i “Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2.065 .Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516. Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate”.

212 COVIELLO A., *Op. Ult. Cit.*, 447.

213 POLVANI M., *La diffamazione*, Cit., 269. Cfr. contra CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Cedam, Padova, 2000, 238-239. Secondo l'Autore la mancata introduzione in campo radio-televisivo di poteri di vigilanza e controllo analoghi a quelli esistenti nel campo della carta stampata, costituisce una discrasia di trattamento che non trova alcuna giustificazione perché “Se la *ratio* dell'art. 57 c.p.i sta nella lesività del mezzo e nella volontà di non lasciare impunte le aggressioni ai beni rilevanti, la norma (sic) avrebbe dovuto essere trasferita senza correzioni nel settore delle radiotelevisioni”. Sulla fallacia di un tale ragionamento si è già detto molto in questo elaborato.

214 C. Cost., 20 ottobre 1983, n. 323; C. Cost., 10 marzo 1983, n.53; C. Cost., 22 ottobre 1982, n.168.

correttamente respinto le questioni di legittimità, ritenendole infondate, sostenendo che solo il legislatore può farsi carico di estendere una normativa speciale ad un'attività diversa<sup>215</sup>.

### 11. *Formante giudiziale in materia di periodici on-line.*

Con la sentenza del 16 luglio 2010, n.35511, la Suprema Corte di Cassazione<sup>216</sup>, viene chiamata ad affrontare un'importante questione: se al direttore di un periodico *on-line* sia applicabile l'art.57 c.p.i.

Solitamente nei paragrafi relativi al formante giudiziale, presenti in questo lavoro, sono state stigmatizzate le decisioni dei giudici di merito o di legittimità che adottavano opzioni interpretative impedito dal dato normativo. Tuttavia, con tale pronuncia, la Corte si mette nel solco positivo già tracciato dalla sentenza della Suprema Corte in materia di configurabilità della fattispecie di molestie attraverso le nuove tecnologie, di cui abbiamo parlato al § 10 di questo capitolo.

La Corte infatti afferma che l'art. 57 c.p.i non è applicabile al direttore di un periodico telematico, circoscrivendo l'ambito di operatività di tale disposizione alla carta stampata. La Corte statuisce che “*la lettera della legge e la sua ratio fanno riferimento*

---

215 COVIELLO A., *Art.57*, Cit., 447.

216 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, in *penalecontemporaneo.it*.

*al concetto di “stampa”, concetto nel quale non può essere ricompresa l'informazione on-line”, inoltre non “può pensarsi a un'interpretazione analogica”<sup>217</sup>, vietata nel nostro ordinamento.*

La non assimilabilità del “prodotto internet” allo “stampato” si fonda essenzialmente sulla definizione di “stampe o stampati” contenuta nell'art. 1 della L. 1948, n. 47, che richiede quali elementi indefettibili, “due condizioni che certamente il nuovo medium non realizza: a) che vi sia una riproduzione tipografica (prius), b) che il prodotto di tale attività (quella tipografica) sia destinata alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico (posterius)”<sup>218</sup>. Inoltre deve trattarsi di riproduzioni tipografiche “ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici”, caratteristiche che certamente non presenta il “prodotto di internet”<sup>219</sup>.

Ulteriori elementi depongono poi a favore dell'insussistenza di una responsabilità del direttore del periodico telematico per omesso controllo ex art.57 c.p.i.

Innanzitutto, la Corte asserisce che “ad abundantiam si può ricordare che l'art.14 D. lgs 9.4.2003 n.70<sup>220</sup> chiarisce che non sono responsabili dei reati commessi in rete gli access provider, i service provider e- a fortiori- gli hosting provider, a meno che non fossero al corrente del contenuto criminoso del messaggio [...] Qualsiasi tipo di coinvolgimento poi va escluso per i coordinatori del blog e dei forum. Non diversa è la figura del direttore del

217 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Cit., 2.

218 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Cit., 3.

219 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Cit., 4.

220 Art.14 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70

*giornale diffuso sul web*<sup>221</sup>.

In secondo luogo, la Corte pone in evidenza la *voluntas legis*, e cioè che pur essendo il legislatore intervenuto sulla materia con la L.7 marzo 2001, n.62, non ha introdotto una forma di responsabilità del direttore del periodico telematico per omesso controllo, essendosi limitato “*il testo del 2001 a introdurre la registrazione dei giornali on-line (che dunque devono necessariamente avere al vertice un direttore) solo per ragioni amministrative e, in ultima analisi, perché possano essere richieste le provvidenze previste per l'editoria*”<sup>222</sup>.

## 12. Il decreto legislativo 231 del 2001.

Con Il d. lgs. 8 giugno 2001, n.231, è stata introdotta nel nostro ordinamento la responsabilità degli enti collettivi per fatti

---

221 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Cit., 4.

222 Cass., Sez. V, 16 luglio 2010, n. 35511, Cit., 5. La soluzione prospettata dai giudici di legittimità è in linea con quanto affermato dalla Corte di appello di Torino, che, in riferimento al caso del gestore di un blog ha escluso la possibilità di interpretare la locuzione “*direttore responsabile*”, utilizzata dall'art.57 c.p.i, attribuendole un significato tale da abbracciare anche il gestore del blog ( C. app. Torino, 23 aprile 2010, in Corr. Mer., 11, 1073). Con tale pronuncia la Corte d'Appello torinese ha riformato la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Aosta che aveva invece equiparato, con una palese operazione contestualistica, aveva equiparato il gestore di un blog al direttore responsabile di una testata giornalistica stampata (Trib. Aosta, 2 maggio 2006, n.553, in Giur. Mer, 2007, 1065). A una conclusione simile era pervenuto anche il Tribunale di Firenze, che ricorrendo alla nozione di “*prodotto editoriale*”, di cui all'art.1 L.7 marzo 2001, n.62, aveva ritenuto estesa la disciplina sulla stampa alle pubblicazioni con il mezzo elettronico (intenet) e conseguentemente la responsabilità del direttore, ai sensi dell'art.57 c.p.i, per omesso controllo al direttore di periodici *on-line*.

costituenti reato<sup>223</sup>. Si tratta di una peculiare forma di responsabilità che deriva dalla commissione da parte di determinate persone fisiche (che ricoprono funzioni di vertice o subordinate nell'ambito della società) dell'interesse o a vantaggio dell'ente<sup>224</sup>.

Il “microcodice” introdotto dal D. lgs. 8 giugno 2001, n.231 rappresenta una fondamentale svolta nel nostro panorama legislativo: la necessità di fronteggiare efficacemente la criminalità delle imprese<sup>225</sup>, tale fenomeno è conosciuto da lungo tempo, ma solamente in tempi recenti ha assunto proporzioni troppo rilevanti per essere ignorate, generando assai frequentemente situazioni patologiche anche su scala internazionale<sup>226</sup>.

In questo modo, l'istituzione della responsabilità delle società mira a colpire le condotte illecite commesse all'interno dell'impresa che non sono esclusivamente effetto di un'iniziativa privata del singolo, ma rientrano nell'ambito di una diffusa politica aziendale<sup>227</sup>.

L'espressione di sintesi che più efficacemente coglie la peculiarità di tale forma di responsabilità è quella di *corporate crime*, con la quale si pone in evidenza una nuova e distinta “matrice soggettiva” del reato d'impresa, riferibile in maniera diretta (oltre che all'individuo stesso), anche all'ente stesso a cui la persona fisica appartiene<sup>228</sup>.

---

223 ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, in Ronco M.-Romano M.-Ardizzone B., *Codice penale commentato. Leggi complementari*, Utet, Torino, 2009, 2224.

224 ARNATI E., *Op. Ult. Cit.*, 2224.

225 SUTHERLAND E., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffrè, Milano, 1987, 1 ss.

226 ARNATI E., *Op. Ult. Cit.*, 2224.

227 ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, *Cit.*, 2224.

228 DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008.

Peraltro sono assai numerose le fonti internazionali e comunitarie in tale settore, che hanno imposto ai singoli Stati di introdurre siffatta forma di responsabilità, quali ad esempio la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, ovvero La Convezione di Bruxelles del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione dei funzionari pubblici della Comunità Europea o dei singoli stati membri, ovvero ancora alla Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche ed internazionali<sup>229</sup>.

La responsabilità degli enti da reato, inizialmente introdotta nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, la responsabilità da reato degli enti si è progressivamente estesa alle ipotesi di falsità in monete, in carte di pubblico credito e di valori di bollo (art. 25-*bis* d.lgs.231/2001)<sup>230</sup>, al settore della criminalità

---

229 ARNATI E., *Op. Ult. Cit.*, 2224.

230 Art.25-*bis* d.lgs.231/2001 “In relazione alla commissione dei delitti contro l'industria e il commercio previsti dal codice penale, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:a) per i delitti di cui agli articoli 513, 515, 516, 517, 517-ter e 517-quater la sanzione pecuniaria fino a cinquecento quote;b) per i delitti di cui agli articoli 513-bis e 514 la sanzione pecuniaria fino a ottocento quote.Nel caso di condanna per i delitti di cui alla lettera b) del comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2”

economica e finanziaria (art.25-ter e sexies d.lgs.231/2001)<sup>231 232</sup>,

---

231 Art.25-ter d.lgs.231/2001 “n relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica, si applicano le seguenti sanzioni pecuniarie: a) per la contravvenzione di false comunicazioni sociali, prevista dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centocinquanta quote; b) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote; c) per il delitto di false comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori, previsto dall'articolo 2622, terzo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote; d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote; e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote; f) per la contravvenzione di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, prevista dall'articolo 2624, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote; g) per il delitto di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione, previsto dall'articolo 2624, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote; h) per il delitto di impedito controllo, previsto dall'articolo 2625, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote; i) per il delitto di formazione fittizia del capitale, previsto dall'articolo 2632 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote; l) per il delitto di indebita restituzione dei conferimenti, previsto dall'articolo 2626 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote; m) per la contravvenzione di illegale ripartizione degli utili e delle riserve, prevista dall'articolo 2627 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote; n) per il delitto di illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante, previsto dall'articolo 2628 del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centottanta quote; o) per il delitto di operazioni in pregiudizio dei creditori, previsto dall'articolo 2629 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote; p) per il delitto di indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori, previsto dall'articolo 2633 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote; q) per il delitto di illecita influenza sull'assemblea, previsto dall'articolo 2636 del codice civile, la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecentotrenta quote; r) per il delitto di aggio, previsto dall'articolo 2637 del codice civile e per il delitto di omessa comunicazione del conflitto d'interessi previsto dall'articolo 2629-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote; s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote; s-bis) per il delitto di corruzione tra privati, nei casi previsti dal terzo comma dell'articolo 2635 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, l'ente ha conseguito un profitto di rilevante entità, la sanzione pecuniaria è aumentata di un terzo”.

232 Art.25-sexies d.lgs.231/2001 “In relazione ai reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato previsti dalla parte V, titolo I-bis, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Se, in seguito alla commissione dei reati di cui al comma 1, il prodotto o il profitto conseguito dall'ente e' di rilevante entita', la sanzione e' aumentata fino a dieci volte tale prodotto o profitto”.

alle fattispecie in tema di terrorismo internazionale (art. 25-*quater* d.lgs.231/2001)<sup>233</sup>, al settore degli infortuni sul lavoro (art.25-*septies* d.lgs.231/2001)<sup>234</sup>, alla ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art.25-*octies* d.lgs.231/2001)<sup>235</sup>.

---

233 Art.25-*quater* d.lgs.231/2001 “In relazione alla commissione dei delitti aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, previsti dal codice penale e dalle leggi speciali, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie: a) se il delitto è punito con la pena della reclusione inferiore a dieci anni, la sanzione pecuniaria da duecento a settecento quote; b) se il delitto è punito con la pena della reclusione non inferiore a dieci anni o con l'ergastolo, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, si applicano le sanzioni interdittive previste dall' articolo 9 , comma 2, per una durata non inferiore ad un anno. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell' articolo 16 , comma 3. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 si applicano altresì in relazione alla commissione di delitti, diversi da quelli indicati nel comma 1, che siano comunque stati posti in essere in violazione di quanto previsto dall'articolo 2 della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo fatta a New York il 9 dicembre 1999”.

234 Art.25-*septies* d.lgs.231/2001 “In relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione dell'articolo 55, comma 2, del decreto legislativo attuativo della delega di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura pari a 1.000 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.Salvo quanto previsto dal comma 1, in relazione al delitto di cui all'articolo 589 del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non inferiore a 250 quote e non superiore a 500 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno. In relazione al delitto di cui all'articolo 590, terzo comma, del codice penale, commesso con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, si applica una sanzione pecuniaria in misura non superiore a 250 quote. Nel caso di condanna per il delitto di cui al precedente periodo si applicano le sanzioni interdittive di cui all'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a sei mesi”.

235 Art.25-*octies* d.lgs.231/2001 “In relazione ai reati di cui agli articoli 648, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 (1) del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 200 a 800 quote. Nel caso in cui il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale e' stabilita la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni si applica la sanzione pecuniaria da 400 a 1000 quote. Nei casi di condanna per uno dei delitti di cui al comma 1 si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non superiore a due anni. In relazione agli illeciti di cui ai commi 1 e 2, il Ministero della giustizia, sentito il parere dell'UIF, formula le

L'art.1 del d.lgs.231/2001<sup>236</sup>, dopo aver definito genericamente il contenuto del provvedimento, al comma 2, ne individua i soggetti destinatari, individuati negli “*enti forniti di personalità giuridica, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica*”.

Rientrano, pertanto, nell'ambito di applicazione del decreto le “persone giuridiche private riconosciute”, comprese le fondazioni di cui faceva menzione l'abrogato art. 12 c.c.i.<sup>237</sup>, ovvero una vasta gamma di istituzioni, non aventi come scopo lo svolgimento di un'attività economica, alle quali è concesso il riconoscimento della personalità giuridica mediante forme specifiche<sup>238</sup>.

Per quanto riguarda invece le società, vanno ricordate sia quelle aventi personalità giuridica, sia quelle che ne sono prive, e dunque: società per azioni, società in accomandita semplice, società a responsabilità limitata, società cooperative, società di mutua assicurazione, società semplici, società di intermediazione mobiliare, società in nome collettivo, società in accomandita per azioni, società sportive. Infine vanno considerate le associazioni non riconosciute, le quali ricomprendono una serie di soggetti privi di personalità giuridica che svolgono istituzionalmente un'attività

---

osservazioni di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 23”.

236 Art. 1 d.lgs.231/2001 “Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. Le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

237 Art. 12 c.c.i “Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto del Presidente della Repubblica. Per determinate categorie di enti che esercitano la loro attività nell'ambito della provincia, il Governo può delegare ai prefetti la facoltà di riconoscerli con loro decreto”.

238 ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, Cit.,2226.

non determinata da fini di profitto<sup>239</sup>.

Per quanto riguarda le società “di fatto” o irregolari, si è osservato che l'inserimento tra i soggetti responsabili trova fondamento sia nella loro equiparazione alle società semplici, operata dagli artt. 2297 c.c.<sup>240</sup> e 2317 c.c.<sup>241</sup>, sia nella circostanza che si tratta di società che originano da *“comportamenti concludenti dai quali traspaiono inequivocabilmente le componenti tipiche della fattispecie societaria, tanto sul piano dei conferimenti quanto dal punto di vista dei requisiti funzionali richiesti dall'art.2247 c.c.”*<sup>242</sup>.

Si ritiene che nel novero dei destinatari rientrino pure i consorzi con attività esterna, anche non costituiti in forma societaria, nei quali l'autonomia patrimoniale è palese e specificamente regolata dall'art.2615 c.c.<sup>243</sup>. Sembrerebbero invece da escludersi le società occulte come pure le società apparenti, proprio per la mancanza di un'organizzazione da rimproverare e nei cui confronti rivalersi<sup>244</sup>.

---

239 ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, Cit.,2226.

240 Art.2297 c.c.i “Fino a quando la società non è iscritta nel registro delle imprese i rapporti tra la società e i terzi ferma restando la responsabilità illimitata e solidale di tutti i soci, sono regolati dalle disposizioni relative alla società semplice. Tuttavia, si presume che ciascun socio che agisce per la società abbia la rappresentanza sociale, anche in giudizio. I patti che attribuiscono la rappresentanza ad alcuno soltanto dei soci o che limitano i poteri di rappresentanza non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza”.

241 Art.2317 c.c.i “Fino a quando la società non è iscritta nel registro delle imprese, ai rapporti fra la società e i terzi si applicano le disposizioni dell'articolo 2297. Tuttavia per le obbligazioni sociali i soci accomandanti rispondono limitatamente alla loro quota, salvo che abbiano partecipato alle operazioni sociali”.

242 PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2005, 38.

243 Art.2615 c.c.i “Per le obbligazioni assunte in nome del consorzio dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile. Per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile. In caso di insolvenza nei rapporti tra i consorziati il debito dell'insolvente si ripartisce tra tutti in proporzione delle quote”.

244 ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, Cit.,2226.

Il comma 3, dell'art.1 d.lgs. 231/2001 specifica che le disposizioni del decreto non si applicano allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Parimenti, viene esclusa l'applicazione agli enti pubblici associativi, anche se caratterizzati da una forte tendenza alla privatizzazione, quanto alcune leggi speciali hanno assegnato loro una natura pubblicistica per ragioni contingenti<sup>245</sup>.

Inoltre devono essere esclusi gli enti pubblici che erogano un pubblico servizio, quali ad esempio le istituzioni di assistenza o le aziende ospedaliere, nonché gli enti che perseguono un fine dello Stato, quali ad esempio l'Istituto nazionale di previdenza sociale o l'Istituto nazionale di statistica<sup>246</sup>.

Sono invece inclusi nell'ambito applicativo del d.lgs 231/2001 i c.d. enti pubblici economici, ossia quelle persone giuridiche pubbliche create per la gestione di un'impresa industriale o commerciale che operano in regime di diritto privato; essi sono perciò equiparati agli enti di natura privatistica e pertanto sottoposti al medesimo regime previsto per questi ultimi<sup>247</sup>.

---

245 ARNATI E., *Art. 1 D.Lgs. 231/2001*, Cit., 2226.

246 ARNATI E., *Op. Ult. Cit.*, 2226.

247 ARNATI E., *Op. Ult. Cit.*, 2226.

### 13. *Sull'applicabilità del D.Lgs. 231/2001 alle imprese individuali.*

Francesco Galgano affermò qualche tempo fa che “*Iddio creò l'uomo a propria immagine e somiglianza, ma l'uomo non volle essergli da meno: creò, a immagine e somiglianza propria, la persona giuridica*”<sup>248</sup>. Tale suggestiva immagine aiuta a capire in maniera chiara come lo scenario della vita economica moderna sia popolata da due diverse categorie di soggetti: le persone fisiche e le persone giuridiche<sup>249</sup>.

Il nostro ordinamento, nel rispetto del dettato costituzionale in materia di libertà di iniziativa economica sancito nell'art. 41 Cost.<sup>250</sup>, rimette all'autonomia ed alla discrezionalità del singolo individuo la scelta della forma giuridica sotto cui esercitare la propria attività economica: quella personalistica dell'impresa individuale o quella finzionistica della persona giuridica<sup>251</sup>. Impresa individuale e persona giuridica costituiscono due diverse figure giuridiche, autonome e differenti tra loro e pertanto non equiparabili.

Tuttavia, la giurisprudenza di merito, con un'operazione nihilista, ha travolto tali certezze e trasformato tale dicotomia insanabile in

---

248 GALGANO F., *Il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, 23.

249 AMARELLI G., *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del D. Lgs. 231/2001*, nota a Cass., sez. III, 15 dicembre 2010, n.15657, 1. Il testo della sentenza è consultabile sul sito [penalecontemporaneo.it](http://penalecontemporaneo.it).

250 Art. 41 Cost “L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

251 AMARELLI G., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, Cit., 1.

un'equazione dell'assurdo, arrivando a sostenere che l'impresa individuale e la persona giuridica siano sovrapponibili e pertanto l'impresa individuale costituisce una persona giuridica<sup>252</sup>.

La Suprema Corte, però, con la pronuncia n. 18941 del 2004<sup>253</sup>, aveva escluso l'applicabilità del d. Lgs. 231/2001 alle imprese individuali, statuendo che *“sulla riferibilità della nuova disciplina esclusivamente agli enti collettivi è oltremodo chiara la relazione governativa sul d.lgs. 231/2001, nella quale si puntualizza che l'introduzione di forme di responsabilità degli enti collettivi è stata dettata da ragioni di politica criminale, che consistevano, da un lato, in esigenze di omogeneità delle risposte sanzionatorie degli Stati, e dall'altro, nella consapevolezza di pericolose manifestazioni di reato poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa”*<sup>254</sup>.

La Corte di Cassazione aveva fondato il suo ragionamento su tre capisaldi: il dato letterale dell'art.1 del d.lgs. 231/2001, la *voluntas legis* storica del legislatore, ricavata dalla relazione governativa al decreto legislativo ed infine l'evidente violazione del divieto di analogia sancito in materia penale.

La Corte di Cassazione però con la sentenza n. 15657 del 2010, compie un deciso *revirement*, il quale risulta oltretutto motivato assai poco chiaramente. I giudici di legittimità statuiscono che le imprese individuali, sebbene non espressamente richiamate rientrano nella generale categoria degli “enti forniti di personalità

---

252 AMARELLI G., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, Cit., 1.

253 Cass., Sez. IV, 3 marzo 2004, n. 18941, in Cass. Pen., 4047.

254 Cass., Sez. IV, 3 marzo 2004, n. 18941, in Cass. Pen., 4049.

giuridica, nonché società e associazioni anche prive di personalità giuridica”<sup>255</sup>. Inoltre, prosegue la Corte nel suo ragionamento *“muovendo dalla premessa che l'attività riconducibile all'impresa (al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta) è attività che fa capo ad una persona fisica e non ad una persona giuridica intesa quale società di persone, non può negarsi che l'impresa individuale [...] ben può assimilarsi ad una persona giuridica”*<sup>256</sup>.

In tal modo la Corte sconfessa quelle componenti della dottrina e della giurisprudenza, le quali evidenziavano le differenze delle società commerciali rispetto alle imprese individuali, ossia che la ditta individuale coincide *“con la persona fisica titolare di essa e, perciò, non costituisce un soggetto giuridico autonomo, sia sotto l'aspetto sostanziale che sotto quello processuale”*<sup>257</sup> ovvero che *“persona fisica e persona giuridica si distinguono non solo per forma, ma anche per natura”*<sup>258</sup>.

La Corte, nel suo ragionamento extracontestualistico, non si accorge che la mancata inclusione delle imprese individuali nel novero dei destinatari della responsabilità da reato risponde ad una precisa opzione politico-criminale del legislatore, che risulta fondata sulle lampanti differenze intercorrenti fra persona giuridica e società individuale, imponendo pertanto un regime di trattamento differenziato.

---

255 Cass., Sez. III, 15 dicembre 2010, n.15657, in *penalecontemporaneo.it*, 4.

256 Cass., Sez. III, 15 dicembre 2010, n.15657, cit., 4.

257 DE SIATI F., *Art.2563 c.c.*, in ALPA G.-MARICONDA V., *Codice civile commentato*, Giuffrè, Milano, 2009.

258 DEL CONTE M., *Art.2082 c.c.*, in ALPA G.-MARICONDA V., *Codice civile commentato*, Cit., 1569.

I giudici di legittimità si fanno pertanto portatori, anche in questo caso come nei molti visti in precedenza, di una personale politica criminale, che scavalca l'organo legislativo e la discrezionalità politica, annullando le scelte del Parlamento, per mezzo di interpretazioni che la Corte definisce come “costituzionalmente orientate”, ma che sembrano essere piuttosto dei disorientamenti nihilistici o contestualistici.

## Bibliografia

ABBAGNANO N.-FORNERO G., *Dizionario di Filosofia*, Utet, Milano, 1998.

ABELARDO P., *Introductio ad theologiam* (1121), Duchesne, Parigi, 1616.

ADAMI V., *Il concorso eventuale nei reati plurisoggettivi e, in particolare nei delitti associativi*, in *Cass. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1997.

ALEO S., *Il sistema penale*, Giuffrè, Milano, 2008.

ALEXY R., *Teoria dell'argomentazione giuridica: la teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

ALONGI G., *La mafia*, Sandron, Milano, 1904.

ALTAVISTA G., *Il dolo nel delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv.it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, II, 1956.

AMAR A. R., *Foreword: the Document and the Doctrine*, Harvard

Law Review, Cambridge, 2000.

AMAR A.R., *Intratextualism*, in *Harvard Law Review*, Harvard, 1999.

ANGELINI I., voce *Esegesi*, in *Enciclopedia di Filosofia*, III ed., Garzanti, Milano, 1983.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, Giuffrè, Milano, 2008.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale, II*, Giuffrè, Milano, 2008.

ARNATI E., *Art.1 D.Lgs. 231/2001*, in RONCO M.-ROMANO M.

ARDIZZONE B., *Codice penale commentato. Leggi complementari*, Utet, Torino, 2009.

ASCOLI M., *La interpretazione della legge:saggio di filosofia del diritto*, Atenhaeum, Roma, 1928.

AUSTIN J., *Come fare cose con le parole*, Marietti 1820, Genova, 2008.

BARBERIS M., *Filosofia del diritto*, III<sup>^</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2008.

BARCELLONA M., *Critica del nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2006.

BARCELLONA M., *Diritto, sistema, senso:lineamenti din una teoria*, Giappichelli, Torino, 1996.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, Torino, 1994.

BELFIORE E., *Giudice delle Leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffré, Milano, 2003.

BELLAVISTA G., *L'interpretazione della legge penale*, Giuffré, Milano, 1975.

BELVEDERE G., *I poteri semiotici del legislatore*, in GIANFORMAGGIO L.-JORI M. (a cura di), in *Scritti in onore di Uberto Scarpelli*, Giuffré, Milano, 1997.

BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla manipolazione:creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in

AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2001.

BERTONI A., *Prime considerazioni sulla legge penale*, in *Cass. Pen.*, 1983.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1990.

BETTIOL G., *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Cedam, Padova, 1976.

BIANCA M., *L'interpretazione e fedeltà alla norma*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Giuffrè, Milano, 1978.

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione: appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1994.

BINDING K., *Die normen und ihre Übertretungen*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1885.

BINDING K., *Handbuch des Strafrechts*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1890.

BOBBIO N., *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957.

BOBBIO N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006 (or. 1938).

BOIDO A., *Art. 660 c.p.*, in RONCO M.- ROMANO M-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009.

BORK R., *Coercing virtue, The Worldwide Rule of Judges*, American Enterprise Institute Press, Washington, 2003.

BORK R., *Neutral Principles and some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, n. 47/1971.

BORK R., *The tempting of America*, Touchstone, New York, 1991.

BORRADORI G., *Il pensiero post-filosofico*, Edizioni Jaca Book, Milano, 1988

BORUTTI G., *Teoria e interpretazione. Per un'epistemologia delle scienze umane*, Guerini e Associati, Milano, 1991.

BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965

BROOK T. “*Plessy v. Ferguson: A Brief History with Documents*”, Bedford Books, Boston, 1997

CADOPPI A., *Principio di legalità, Carta europea e law in action*, in PACIOTTI E. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, roma, 2011.

CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Cedam, Padova, 2005.

CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, Giuffrè, Milano, 1970.

CARMONA A., *Oltre la libertà personale per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di M. Romano*, Jovene, Napoli, 2001.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Società editrice del "Foro italiano", Roma, 1951.

CATENACCI M., *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte*

*penale internazionale*, Giuffré, Milano, 2003.

CATTANEO M., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano, 1970.

CATTANEO M., *Stato di diritto e Stato totalitario*, Editrice universitaria, Ferrara, 1981.

CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

CHIAVARIO M., *Norma (Dir. Proc.Pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffré, Milano, 1978.

CHLADENIUS J.M., *Guida alla retta interpretazione di scritti ragionevoli*, Leipzig, 1742.

CICERONE M.T., *In Verrem*, Mondadori, Milano, 2004.

COLACCI M.A., *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Jovene, Napoli, 1963.

CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Laterza, Bari, 1990.

CONTENTO G., *Il concorso di persone nei reati associativi e plurisoggettivi*, in *Scritti 1964-2000*, Laterza, Bari, 2002.

CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in A.M. STILE ( a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991.

CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, Socieà editrice del Foro italiano, 1988.

COPPI F., *Maltrattamenti in famiglia e verso i fanciulli*, in *Enc. Dir.*, XXV, Giuffré, Milano, 1975.

CORRIAS LUCENTE G., *Il diritto penale dei mezzi di comunicazione di massa*, Cedam, Padova, 2000.

COSTA P.-ZOLO D.-SANTORO E., *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2003.

COVIELLO A., *Art.57 c.p.*, in RONCO M.- ROMANO M-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009.

CRESPI A.-FORTI G.-ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Cedam, Padova, 2009.

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffré Editore, Milano, 1964.

CUOCOLO L., *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 2009.

DE FRANCESCO G., *Societas sceleris. Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffré, Milano, 1992.

DE FRANCESCO G., *Associazione a delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. Pen.*, I, Utet, Torino, 1987.

DE SIATI F., *Art.2563 c.c.*, in ALPA G.-MARICONDA V., *Codice civile commentato*, Giuffré, Milano, 2009.

DE VERO G., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffré, Milano, 1998.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffré, Milano, 2008.

DEL CONTE M., *Art.2082 c.c.*, in ALPA G.-MARICONDA V., *Codice civile commentato*, Giuffré, Milano, 2009.

DEGNI F., *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli, 1909.

DELITALA G., *Titolo e struttura della responsabilità penale del*

*direttore per i reati commessi sulla stampa*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1956.

DELLA MIRANDOLA P., *Conclusioni filosofiche, cabalistiche e teologiche* (1486), Mimesis, Milano, 1994.

DEMATTEIS G.M., *Art.572 c.p.*, in RONCO M.- ROMANO M-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009.

DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma- Bari, 1998.

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale: tra creatività e vincolo della legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

DILTHEY W., *Piano per la prosecuzione della costruzione del mondo storico nelle scienze dello spirito*, In ROSSI P. (a cura di), *Scritti filosofici di Wilhelm Dilthey*, Utet, Torino, 2004.

DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1999.

DONATI D., *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Società editrice Libreria, Milano, 1910.

DONINI M., *Alla ricerca di un disegno: scritti sulle riforme penali in*

*Italia*, Cedam, Padova, 2003.

DOROLLE M., *Le raisonnement par analogie*, Presses universitaires de France, Parigi, 1949.

DWORKIN R., *Questioni di principio*, Il saggiatore, Milano, 1990.

DWORKIN R., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1991.

ELY J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 2002.

ENGISCH K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Winter, Heidelberg, 1960.

ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Jovene, Napoli, 1983.

EVANS HUGHES C., *Speech before th chamber of Commerce*, in *Public Papers of Charles Evans Hughes* 139, J.B.Lyons co. State printers, Albany, 1908.

FAYARD J.F., *Le justice révolutionnaire: chronique de la Terreur*, Laffront, Paris, 1987.

FERRARIS M., *Che cos'è l'ermeneutica?* in *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988.

FEUERBACH VON A., *Lehrbruch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Heyer, Giessen, 1847.

FIANDACA G., *Commento all'art.1 L. 13 settembre 1982, n.646*, in *Leg. Pen.*, 1983.

FIANDACA G., *Il concorso esterno agli onori della cronaca*, in *Foro it.*, Società editrice del Foro italiano, Roma, 1998.

FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002.

FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, 2008.

FIANDACA G., *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, Società editrice del Foro italiano, 1997.

FIANDACA G., *La continuità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, Società editrice del Foro italiano, 1996.

FIANDACA G., *Una esplosione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, Società editrice del Foro italiano, 1996.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2006.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, Zanichelli, Bologna, 2007.

FIGLIANO C.-FIGLIANO S., *Diritto penale. Parte generale*, I, Utet, Torino, 2006.

FLORENZANO D.-BORGONOVO RE D.-CORTESE F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di uguaglianza*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

FLORIAN E., *Trattato di diritto penale, parte generale*, I, Vallardi, Milano, 1926.

FRACANZANI M., *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003.

FRACCHIA G., *Sui criteri di distinzione tra i delitti di abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1984.

FRANK J. N., *Courts on Trial. Myth in American justice*, Princeton University, Princeton, 1950.

FRANK J.N, *Law and the modern mind*, Brentano's, New York, 1930.

FRIGERIO A.-RAYNAUD S., *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006.

FROSALI R., *Formazione del diritto penale moderno; obbligatorietà, ciclo di vita, interpretazione della legge penale, gli elementi costitutivi, le proprietà estrinseche, gli elementi accessori del reato*, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1958.

GADAMER H.G., “*Verità e metodo*”, Bompiani, Milano, 1972.

GALGANO F., *Il rovescio del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.

GALLO F. C., *Una critica del nichilismo giuridico, in studi per Giovanni Nicosia*, I, Giuffrè, Milano, 2007.

GALLO M., *La legge penale*, in *Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano, 1984.

GENTILE F., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Giuffrè, Milano, 2003.

GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico*, in SCARPELLI U. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni Comunità, 1983.

GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939.

GIOFFREDI R., *Maltrattamenti in famiglia*, in Nuovo Dig. It., VIII, 1939.

GORLA G., *I precedenti storici dell'art.12 delle disposizioni preliminari del c.c. 1942*, in Foro Italiano, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1969, V.

GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941.

GOTTI V., *Abusi intrafamiliari su minori*, in SERRA C. (a cura di), *Proposte di criminologia applicata*, Giuffrè, Milano, 2003.

GRANDE E., *Reato (dir. Comparato)*, in Dig. Pen., Utet, Torino, 1996.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Giuffr , Milano, 1951.

GROSSI P., *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 32, 2006.

GROSSO C. F- PELISSERO M.- PETRINI D.- PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffr , Milano, 2013

GUASTINI R., *Disposizione vs norma*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, I,

GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1992.

GUASTINI R., *Enunciati interpretativi*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1997, 35-52.

GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, Giuffr , Milano, 2011.

GUSTAPANE G., *Casa di prostituzione e lenocinio*, Galatina salentina, Lecce, 1958.

HABERMAS J., *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996.

HAND L., *Sources of Tolerance*, University of Pasadena Law review, 1930, n.1

HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, Esi, Napoli, 2007.

HEIDEGGER M., *Essere e tempo*, Mondadori, Milano, 2011.

HEIDEGGER M., *Il nichilismo europeo*, Adelphi, Milano, 2003

HIRSCH E., *Teoria dell'interpretazione*, Il mulino, Bologna, 1973.

JORI M., *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995

KAUFMANN A., *Analoga e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. CARLIZZI, Vivarium, Napoli, 2003.

KAVANAGH A., *Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*, in *American Journal of Jurisprudence*, 47/2002

KEITH WELDON M. *"We As Freeman: Plessy v. Ferguson"* Gretna, Los Angeles, 2003.

KELSEN H., *The law of the United nations*, Stevens&Sons, Londra,

1950.

KELSEN H., *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1960.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

KELSEN H., *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

KENNEDY D., *Comportamenti strategici nell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma- Bari, 1998.

KREY V., *Keine Strafe ohne Gesetz: Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes "nullum crimen, nulla poena sine lege"*, De Gruyter, Berlino, 1983.

KUHN T.S., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* ( Ed. Orig. 1962), Einaudi, Torino, 2009.

INGROIA A., *L'associazione di tipo mafioso*, Giuffré, Milano, 1993

INSOLERA V., *Concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Cass. Pen.*, Giuffré, Milano, 1995.

IRTI N., *Atto Primo*, in IRTI N.-SEVERINO E., *Dialogo su diritto e*

*tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

IRTI N., *Nichilismo giuridico*, III ed., Laterza, Bari, 2005.

LA CUTE G., *Prostituzione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, 1988.

LANGER S., *Philosophy in a New Key*, Harvard University Press, Cambridge, 1957.

LANGUI A.-LEGIBRE A., *Histoire du droit penal*, Cujas, Paris, 1979.,

LANGUI A., *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I Codici Preunitari e il Codice Zanardelli*, Cedam, Padova, 1993.

LAZZARO G., *La funzione dei giudici*, in *Riv. Dir. Proc.*, Cedam, Padova, 1971.

LEONE G., *Delitti di prossenetismo e adescamento*, Giuffré, Milano, 1964.

LICCI G., *Il diritto e i suoi contesti problematici. Immagini di conoscenza giuridica*, Cedam, Padova, 2000.

LICCI G., *Il ruolo dell'art. 14 delle Disposizioni sulla Legge in*

*Generale nel sistema penale italiani*, in *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Editoriale scientifica, 2014, 189.

LICCI G., *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1982.

LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Giappichelli, Torino, 2006.

LICCI G., *Figure del diritto penale. Una introduzione al sistema punitivo italiano*, Giappichelli, Torino, 2014.

LICCI G., *Significatività e ragionevolezza come parametri di determinatezza della norma penale*, Giuffrè, Milano, 1989.

LOMBARDI VALLAURI L., *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1998, pp. 155-164.

LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975.

LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1975.

LUME F., *L'opposizione ad ordinanza- ingiunzione amministrativa*, Wolters Kluwer, Milano, 2008, 133.

- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990.
- MAGGIORE G., *Principi di diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1937.
- MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. Dir. Pen*, Cedam, Padova, 1939.
- MALINVERNI A., *Giudice, Politica e Interpretazione*, in *Convegno di studio su Giudice e Politica*, Fondazione Cini, Venezia, 1977.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Cedam, Padova, 2009.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, V ed., Utet, Torino, 1982,
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, Torino, 1993.
- MARINI G., *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, XXVIII, 1978.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, vol. I, III ed., Giuffrè, Milano, 2001.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2011.

MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. Dir e proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 2007.

MATTEI U., *Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

MAZZA L., *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1990.

MAZZACUVA N., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione di principi fondamentali'*, in DOLCINI E-PALIERO C.E (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 437 ss.

MAZZARESE T., *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in VELLUZZI V. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

MIEDICO M., *Art.572 c.p.*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Codice penale commentato*, Ipsoa, Milano, 2011.

MOLTENI F. *"Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della Legge"* in *Rass. Dir. Pubb.*, 1958.

MONATERI P.G., *"All this and so much more". Intento originale, antagonismo e non interpretivismo*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1998, pp. 97- 128.

MONATERI P.G., *"Correct our watches by the public Clokes". L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma- Bari, 1998.

MONATERI P.G., *Interpretare la legge*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987.

MONATERI P.G., voce *"Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline Privatistiche, Sezione Civile*, Utet, Torino, 2010, vol. X.

MORSELLI E., *Analogia e fattispecie penale*, in LATAGLIATA A.-STILE A.M.-BASSIUNI M.C. (a cura di), *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale, 1945-1990. Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Giuffrè, Milano, 1991.

NANULA G., *La lotta alla mafia*, Giuffrè, Milano, 2009.

NAPPI A., *Guida al codice penale. Parte generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2008.

NERHOT P., *Law, writing, meaning: an essay in legal hermeneutics*,

Edinburgh University Press, Edinburgh, 1992.

NERHOT P., *La fenomenologia della filosofia analitica del linguaggio ordinario*, Cedam, Padova, 1998.

NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Cedam, Padova, 1971.

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, Padova, 1982.

OGDEN C. K.-RICHARDS I.A., *The meaning of meaning*, 1989 (prima pubblicazione 1923), Harvart/HBJ book, Orlando

PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2008.

PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico: sei studi di teoria generale del diritto*, III ed., Cedam, Padova, 2001.

PAGLIARO A., *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Giuffrè, Milano, 1965.

PAGLIARO A., *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa periodica secondo il nuovo testo dell'art.57 c.p.*, in AA.VV, *Scritti in onore di Alfredo de Marsico*, Giuffrè, Milano, 1960.

PAGLIARO A., *Legge Penale: principi generali*, in *Enciclopedia del*

*diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2003.

PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. Dir e proc. Pen.*, 1969.

PAGLIARO A., *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 2000.

PAGLIARO A., *Testo e interpretazioni delle leggi penali*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1997.

PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979.

PALAZZO F., *Legge penale*, in *Digesto penale*, VII, Utet, Torino, 1993.

PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in STILE A.M. (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, Napoli, 1991.

PALAZZO F., *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica*

*nell'attuale momento storico*, in *Diritto privato 2001-2002*, vol. VII-VIII, *L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padova, 2003.

PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008.

PALICI DI SUNI PRAT E., *Diritto costituzionale dei Paesi dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011.

PANNAIN A., *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Jovene, Napoli, 1964.

PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2005.

PARIOTTI E., *La comunità interpretativa nell' applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2000.

PAREYSON L., *Esistenza e Persona, Il nuovo melangolo*, Genova, 2002.

PATALANO V., *L'associazione per delinquere*, Jovene, Napoli, 1971.

PATRONO M. “*Interpretazione e nuove leggi*”, in *Nomos*, 1988, 61.

PEDRAZZI C., *Sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1974.

PEIRCE C.S., *Scritti scelti*, Utet, Torino, 2008.

PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1965.

PETTENATI G., *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1991.

PETTOELLO MANTOVANI L., *Maltrattamenti in famiglia e dolo specifico*, in *Riv. it. Dir. Pro. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1955.

PIERGALLINI C., *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del "tipo"*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1994.

PIOLETTI U., *Prostituzione*, in *Dig. Pen.*, Utet, Torino, 1995.

PISAPIA G., *Maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli*, in *Dig. Pen.*, VII, Utet, Torino, 1993.

PLATONE, *Ione*, Bompiani, Milano, 2001.

PLATONE, *La Repubblica*, Laterza, Roma, 2007.

PLATONE, *Politico*, Laterza, Roma, 1997.

PLATONE, *Teeteto*, Laterza, Roma, 2006.

PODO C., voce *Successione di leggi penali*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII ed., Utet, Torino, 1971.

POGGI A. *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale* in *Dir. Pubbl.*, 1997.

POLVANI M., *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, Padova, 1998.

POPPER K., *La conoscenza oggettiva*, Armando editore, Roma, 2002.

POWELL H.J., *The Original Understanding of the Original Intent*, in *Harvard Law Rev.*, 1985, 885.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffré, Milano, 2006.

PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge*

*penale*, in DOLCINI E-PALIERO C.E (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006.

PUNZO G., *L'attenuante della provocazione in relazione al delitto di maltrattamenti*, in *Gazz. Pen.*, II, 1953.

QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in SCIALOJA A.-BRANCA G. (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna, 1974.

QUADRI R., *Diritto penale internazionale*, Cedam, Padova, 1944.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991.

RICHARDS I.A., *Filosofia della retorica*, Feltrinelli, Milano, 1966.

RICOUER P., *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Il Saggiatore, Milano, 2002.

RINALDI R., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge in generale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1994.

ROBILANT (DI) E., *Realtà e figure nella scienza giuridica*, in SCARPELLI U. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e*

*tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983.

ROMANO B., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2004.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1995.

ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953.

ROMANO S., *La questione giustizia*, in *Storia d'Italia dal risorgimento ai nostri giorni*, Tea-Longanesi, Milano, 2012.

RONCO M., *Art.416-bis.*, in RONCO M.- ROMANO M-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009.

RONCO M., *L. 20.2.1975, n.58*, in RONCO M.- ROMANO M-ARDIZZONE B., *Codice penale commentato*, Utet, Torino, 2009.

RONCO M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979.

RONCO M., *La legge penale*, in RONCO M.-AMBROSETTI E.M.-MEZZETTI E., *Commentario sistematico del codice penale*, Zanichelli, Bologna, 2006.

RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in DOLCINI E-PALIERO C.E (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 693-713.

ROSSO G., *I delitti di lenocinio e sfruttamento della prostituzione*, Stamperia nazionale, Roma, 1960.

ROUSSEAU J.J., *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005.

SACCO R., *Le fonti del diritto italiano. Vol.II-Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in AA.VV. *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet, Torino, 1999.

SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2003.

SACCO R., *Interpretazione del diritto . Dato soggettivo e spirito dell'interprete*, in DERRIDA J.-VATTIMO G. (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma- Bari, 1998.

SAN TOMMASO, *Summae theologiae*, Edizioni San Paolo, Roma, 1999.

SCALIA A., *Common Law Courts in a Civil Law System*", Princeton University Press, Princeton, 1995.

SCALIA A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

SCHLEIERMACHER F.D., *Ermeneutica*, Bompiani, Milano, 2010.

SCHREIBER H.L., *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Luchterhand Verlag GmbH, Frankfurt am Main, 1976.

SCIANNELLA L., "L'argomento dell'original intent nella giurisprudenza costituzionale in tema di forma di governo" in GIUFFRÈ F.-NICOTRA I. "Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale", Giappichelli Editore, Torino, 2008.

SCORDAMAGLIA V., *Prospettive di una nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, I, Giuffrè, Milano, 1991.

SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968.

SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.

SIRACUSANO F., *Il concorso esterno e le fattispecie associative*, in *Cass. Pen.*, Giuffrè, Milano, 1993.

SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Cedam, Padova, 1997.

SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in riv. it.Dir. Proc.Pen., Giuffré, Milano, 1976.

SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Giuffré, Milano, 1966.

SPINOZA B., *Tractatus*, in SANGIACOMO A. (a cura di), *Tutte le opere di Baruch Spinoza*, Bompiani, Milano, 2010.

SUTHERLAND E., *Il crimine dei colletti bianchi*, Giuffré, Milano, 1987.

TARELLO G., *Frammenti di una teoria dell'interpretazione*, in Guastini R. (a cura di), *Problemi e teoria del diritto*, Il mulino, Bologna, 1980.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976.

TURONE G., *Le associazioni di tipo mafioso*, Giuffré, Milano, 1995.

TWINING W.-MIERS D., *Come far cose con le regole: interpretazione ed applicazione del diritto*, Giuffré, Milano, 1990.

VASSALLI G., *La legge penale e la sua interpretazione, il reato e la responsabilità penale, le pene le misure di sicurezza*, Giuffré, Milano, 1997.

VASSALLI G., *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della Legge Merlin*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, III, Giuffré, Milano, 1965.

VASSALLI G., *Nullum crimen sine lege*, In *Digesto penale*, VIII, Utet, Torino, 1994.

VATTIMO G., *La fine della modernità*, Garzanti, Roma, 2011.

VATTIMO G., voce *Interpretazione*, in *Enciclopedia di filosofia*, III ed., Garzanti, Milano, 1983.

VELLUZZI V., *Analoga giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, in *Working Papers dell'Università di Siena*, Siena, 2006.

VERGES J., *Les erreurs judiciaires*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2011.

VERGES J., *Justice et littérature*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2012.

VERRI P., *Sulla interpretazione delle leggi*, in *Opere varie*, I, Le Monnier, Firenze, 2009.

VERRINA G., *Il concorso esterno e l'associazione per delinquere di stampo mafioso*, in *Giur. it.*, Ipsoa, Milano, 1995.

VIGNA P.L.-BELLAGAMBA, *Le contravvenzioni nel codice penale*, Giuffrè, Milano, 1974.

VINCIGUERRA S., *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Cedam, Milano, 2009.

VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato*, Cedam, Padova, 2002.

VINCIGUERRA S., *Le leggi penali regionali*, Giuffrè, Milano, 1974.

VIOLA F.-ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione: lineamenti di ermeneutica del diritto*, V ed., Laterza, Roma, 1999.

VILLA V., *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012.

VILLA V., *Interpretazione giuridica e significato*, in *Ars Interpretandi*, Carocci Editore, Roma, 1998, pp. 129-154.

VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

VON LISTZ F., *Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätprogramm 1882)*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905.

VON LISTZ F., *Die determinischen Gegner der Zweckstrafe (1893)* in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin 1905.

WITTGENSTEIN L. "*Tractatus logico-Philosophicus*", Einaudi, Torino, 1983.

ZACCARIA G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 1990.

ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H.G. Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984.

ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza: saggio sulla metodologia di J. Esser*, Giuffrè, Milano, 1984.

ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.







