

Tema 3

Il candidato tratti del principio di tassatività nel sistema penale, nonché degli eventuali limiti di ammissibilità del procedimento analogico

Riferimenti normativi: art. 25 Cost.; art. 1 c.p.; art. 14 disp. sulla legge in generale

Schema di trattazione

- ✓ *Il principio di tassatività: nozione, funzione e caratteri.*
- ✓ *L'analogia in diritto penale.*
- ✓ *Rassegna giurisprudenziale.*
- ✓ *Bibliografia.*

✓ ***Il principio di tassatività: nozione, funzione e caratteri***

Il principio di tassatività ed il divieto di analogia in materia penale, di cui la traccia richiede l'analisi, costituiscono, con i principi della riserva di legge e dell'irretroattività della legge penale, i quattro «corollari» del principio di legalità formale, su cui si incardina il nostro sistema penale. Appare, infatti, evidente che, perché possa dirsi rispettato il principio di legalità, non basta che il legislatore delinea il fatto-reato, occorrendo anche che lo faccia formulando il precetto in modo preciso e determinato. È necessario, cioè, che la formulazione della norma penale, e la conseguente individuazione del fatto-reato in essa contenuto, non sia generica, ma sufficientemente precisata, così da potersi desumere con facilità *ciò che è punito* e *ciò che, viceversa, è penalmente lecito o irrilevante*. Vero è che l'art. 25 Cost. non fa espressamente riferimento a tale principio; è innegabile, tuttavia, che proprio il principio di legalità finirebbe nella sostanza con l'essere svuotato se il legislatore, con l'uso di espressioni generiche ed indeterminate, rimettesse di fatto al giudice la concreta individuazione della fattispecie criminosa.

Nel tentativo di «dar corpo» al principio di tassatività, in giurisprudenza si è precisato che perché una norma penale risponda alla esigenza di chiarezza legislativa espressa dal principio di tassatività delle incriminazioni, è necessario che la stessa sia formulata con quel grado di determinatezza necessaria a consentire al giudice di individuare il tipo di fatto dalla norma disciplinato (in tal senso Cass. 18-5-1983, n. 4431).

Il principio trova ulteriore fondamento e legittimazione costituzionale nell'art. 13 Cost., sia perché l'esigenza di tassatività ivi esplicitamente sancita per l'applicazione di misure cautelari vale *a fortiori* per la costruzione delle fattispecie criminose, sia perché le garanzie previste da tale articolo sarebbero eluse se non esistesse l'obbligo costituzionale di costruire tassativamente le fattispecie criminose (MANTOVANI).

Parte della dottrina (BRICOLA) ha sostenuto che la funzione di prevenzione generale propria del diritto penale impone che il precetto sia formulato in termini *tassativi, chiari e comprensibili (nullum crimen sine lege poenale scripta et stricta)*.

La funzione del principio, a differenza della riserva di legge (che si pone come limite al potere esecutivo), è quella di tutelare il *cittadino dall'arbitrium judicis*, garantendo (attraverso la chiara e precisa formulazione dei precetti aventi rilevanza penale) la certezza del diritto, l'uguaglianza giuridica dei cittadini, la possibilità di conoscere i comportamenti penalmente sanzionati, nonché il diritto di difesa processuale.

La **determinatezza** (in funzione di garanzia della libertà o in funzione della tutela dell'uguaglianza) finisce con il divenire un modo di essere delle norme (e dei loro elementi) risultanti dagli enunciati legislativi, dall'interpretazione dei medesimi e dal loro precisarsi attraverso l'applicazione pratica.

Per meglio comprendere i rapporti tra tassatività (o determinatezza) e riserva di legge, è opportuno ricordare che «due norme incriminatrici possono essere descritte l'una in modo determinato (e interamente) da un regolamento, l'altra in modo indeterminato da una legge: la prima è illegittima perché contravviene al principio della riserva, la seconda lo è perché contraddice quello di determinatezza» (ROMANO).

Il **principio di tassatività** impone che una norma penale incriminatrice, per essere costituzionalmente legittima, sia formulata attraverso elementi rigidi (cioè con un unico significato) od elastici (concetti, cioè, che fanno riferimento a una realtà quantitativa o temporale non predeterminata ma circoscrivibile — es.: danno grave o di lieve entità —).

Tra questi ultimi rientrano i codd. *elementi normativi della fattispecie*, che non rendono vaga la formulazione della norma in quanto il loro significato può esser precisato attraverso il ricorso a criteri extragiuridici, ma individuabili facilmente (es. regole sociali o tecniche): si pensi all'onore o decoro (art. 594 c.p.), agli atti osceni (art. 529 c.p.), alle opere d'arte e bellezze naturali (artt. 733 a 734 c.p.).

Illegittima sarebbe invece una norma formulata attraverso il ricorso ad elementi vaghi o indeterminati, la cui precisazione risulterebbe inevitabilmente lasciata alla incontrollabile discrezionalità del potere giudiziario, i cui arbitri il principio in esame mira a prevenire.

Parte della dottrina (FIANDACA-MUSCO) ritiene che anche gli elementi normativi extragiuridici, cioè quelli che si riferiscono a norme sociali o di costume,

facciano riferimento a parametri incerti, indefiniti, che si conciliano difficilmente con il principio di tassatività.

Chiamata, in più occasioni, ad esprimersi sulla legittimità di previsioni penali, sotto il profilo dell'osservanza del principio di tassatività, la Corte costituzionale si è, il più delle volte, espressa in senso affermativo.

Nella sentenza 27/1961, ad esempio, si legge che «spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato». In tali casi l'interprete deve «attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l'inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e di non agevole interpretazione».

La possibilità di determinare fattispecie indeterminate, in sede di interpretazione giudiziale, è stata più volte ribadita in seguito dalla Corte (cfr. ad esempio le sentenze 44/1966, 7/1965, 191/1970, 42/1972, 15 a 133/1973, 20/1974, 188 e 236/1975, 71/1978).

Nelle sentenze 177/1980 e 96/1981 (che hanno, al contrario delle precedenti — tutte di rigetto — dichiarato l'illegittimità per difetto di determinatezza, dell'art. 1, n. 3, L. 1423/1956 e dell'art. 603 c.p. in tema di plagio), si è affermato che «il principio di tassatività viene sviluppato come onere della legge penale di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà, mediante il riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili» (PULITANÒ).

Si consideri, d'altra parte, che l'uso di termini «*elastici*» è essenziale nel sistema penale, in quanto consente di adattare le norme a nuove tipologie o a nuove esigenze concrete, sempre ovviamente nel rispetto del principio di tipicità. Certo è anche, però, che l'uso di tali espressioni non può avvenire senza limiti. Se, infatti, il legislatore, attraverso l'uso di termini elastici o vaghi, si sottrae alla individuazione e determinazione del tipo di illecito, rimettendo a chi deve applicare la norma (il giudice) tale scelta, allora il principio deve ritenersi violato e la relativa norma incostituzionale.

Volendo, dunque, sinteticamente trarre le fila di quanto detto, si può fondatamente sostenere, in aderenza al costante insegnamento della Corte Costituzionale, che una norma deve ritenersi indeterminata quando da un lato pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza e, dall'altro, non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nell'operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa.

Sempre secondo l'insegnamento della Consulta, la verifica del rispetto del principio di determinatezza del precetto penale impone che ad essa si proceda non già isolando un singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì considerando questo

nel raccordo con gli altri dati costitutivi della fattispecie ed altresì nell'ambito della disciplina in cui si inserisce.

✓ **L'analogia in diritto penale**

Ciò detto in relazione al principio di tassatività, e volendo analizzare, come richiesto dalla traccia, i limiti dell'interpretazione analogica in materia penale, è necessario precisare, in via generale, che l'analogia consiste nel procedimento con cui ad un caso concreto non previsto dalla legge, si applica la disciplina prevista espressamente per un caso analogo, avente in comune col primo la «*ratio legis*» (*Ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*). Accanto a tale forma di analogia (cd. «**analogia legis**») è ammesso anche il ricorso ai *principi generali dell'ordinamento giuridico* (cd. «**analogia juris**»), nel caso in cui non vi siano previsioni di casi analoghi tali da colmare la lacuna legislativa.

Oltre che con il ricorso al procedimento analogico, le eventuali lacune legislative possono essere colmate attraverso il ricorso al principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (cd. *argumentum a contrariis*).

Distinta dall'interpretazione analogica è l'*interpretazione estensiva*. Infatti, mentre con quest'ultima si precisa l'ambito della norma, dilatandone la portata fino al limite massimo di espansione (pur con il limite dell'osservanza del significato letterale della norma), con l'analogia, al contrario, l'interprete va oltre i confini della norma, applicando quest'ultima ad una fattispecie che non ha nulla in comune con quella oggetto della norma penale incriminatrice, se non l'*eadem ratio* di disciplina.

Si è, dunque, nell'ambito dell'interpretazione estensiva quando il contenuto effettivo delle singole disposizioni, accertato correttamente attraverso i mezzi consentiti dalla logica e dalla tecnica giuridica, è *più ampio* di quello che appare dalle espressioni letterali che compongono la disposizione stessa, per cui ipotesi che apparentemente ne restavano fuori debbono invece ritenersi rientrare sotto la sua disciplina.

Un esempio di *interpretazione estensiva* è dato dall'ampliamento del concetto di uomo ex art. 575 c.p. (fino a ricomprendere qualunque essere nato da donna); esempio di analogia sarebbe l'estensione dell'art. 640 c.p. a chi sfrutta la preesistente situazione di errore in cui versa la vittima (MANTOVANI).

Il **divieto d'analogia in diritto penale** trova un'affermazione testuale nell'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»), ed è stato successivamente parzialmente costituzionalizzato dall'art. 25 Cost. (ROMANO, MANTOVANI).

Parte della dottrina (NUVOLONE) interpreta il divieto di analogia in diritto penale **in senso assoluto**, non solo quindi con riferimento alla cd. analogia *in malam partem* (a sfavore del reo), ma anche con riferimento alla cd. analogia *in*

bonam partem (a favore del reo); la giustificazione di tale orientamento risiederebbe nell'esigenza di certezza giuridica posta a fondamento del principio di tassatività. A sostegno di tale orientamento si adduce anche il carattere di *eccezionalità* insito nelle norme penali permissive (che prevedono cause di giustificazione, circostanze attenuanti e cause di estinzione della punibilità), in quanto la loro estensione analogica porterebbe ad escludere l'applicabilità al fatto di una norma incriminatrice senza, però, la presenza di una norma permissiva, il che contrasta proprio con la *ratio* del divieto di analogia (RAMACCI).

La dottrina dominante ritiene, al contrario, ammissibile la sola analogia **in bonam partem** poiché, si dice, il divieto di analogia nel campo penale sarebbe lo strumento per evitare l'introduzione di indebite restrizioni alla libertà dei cittadini (ANTOLISEI, MANTOVANI), mentre l'analogia *in bonam partem* potrebbe sortire unicamente effetti favorevoli, e non sfavorevoli.

Può, pertanto, concludersi che il divieto di analogia in diritto penale è costituzionalizzato soltanto con riguardo all'ambito punitivo: «il divieto concerne l'aggravamento della situazione giuridica del cittadino (elementi del reato, sanzioni) non di per sé l'attenuazione od eliminazione di conseguenze per lui dannose. È esatto dire, allora, che, dal punto di vista della Costituzione, vi è soltanto un divieto di analogia *in malam partem*. L'art. 25, comma 2, Cost., recepisce un risvolto dell'art. 1, c.p. e della legalità stretta già considerato nell'art. 14 disp. prel.» (ROMANO).

Peraltro, l'eccezionale ammissibilità dell'analogia in favore del reo (cd. *in bonam partem*) è subordinata alla sussistenza di taluni presupposti: *in primis*, l'interprete è tenuto a desumere rigorosamente l'*eadem ratio* della norma scritta, di cui l'analogia costituisce uno sviluppo ordinario; è altresì, richiesto che le norme non incriminatrici oggetto di analogia siano rispettose del principio di tassatività; infine si esclude, comunque, il ricorso all'analogia per *le norme eccezionali*, tra le quali si ritiene generalmente rientrano quelle in tema di immunità, di cause speciali di non punibilità, di cause di estinzione del reato e della pena.

Vengono tradizionalmente considerate applicazioni concrete del principio di analogia *in bonam partem*, a titolo esemplificativo, l'ampliamento della categoria dei soggetti *non imputabili*, tra i quali, oltre alle categorie tipizzate dal legislatore (artt. 85 c.p. ss.) vengono fatti rientrare per analogia il selvaggio ed il segregato dalla nascita. La giurisprudenza di merito ha avuto modo di affrontare il problema con riferimento ai cd. *argati*, bambini cresciuti in condizioni di asservimento, ed educati ai valori delle comunità di zingari, spesso confliggenti con quelli ordinari (è il caso del furto, condotta meritevole negli ambienti gitani, e deprecata, anzi penalmente perseguita fuori da quell'ambito): in proposito si è sostenuto che non si possa giungere all'affermazione della non imputabilità per tutti i fatti che siano espressione di un disvalore sociale, inclusi quelli che nelle comunità di zingari costituiscono riconosciuto mezzo di sostentamento ricorrente, se in relazione ad essi vi sia (come si è ritenuto in relazione al furto) la consapevolezza della loro

illiceità; altro caso tipico è quello dell'ampliamento dell'ambito operativo delle cause di giustificazione o scriminanti (artt. 50-54 c.p.). In tali casi, peraltro, l'analogia è possibile solo per quelle scriminanti che non escludono già *a priori* la stessa possibilità di un ragionamento analogico, che non sono cioè già dalla legge previste nella loro massima portata logica, o che non sono comunque formulate in termini tali da precludere che altre ipotesi extralegali siano riconducibili alla *ratio* della scriminante.

È necessario, peraltro, precisare che, nella dottrina favorevole all'ammissibilità dell'analogia in *bonam partem* si effettua un distinguo, nel sostenere che, mentre le cause di giustificazione e quelle di esclusione della colpevolezza, nella misura in cui contribuiscono a determinare i presupposti (generali) di applicazione delle norme incriminatrici, appaiono senz'altro suscettive di applicazione analogica, non lo sono, invece, le ipotesi di *immunità*, le *cause di estinzione del reato e della pena* e le *cause speciali di non punibilità*, ipotesi tutte che fanno riferimento a situazioni particolari o riflettono motivazioni politico-criminali specifiche e, dunque, hanno carattere particolare e non generale (in tal senso FIANDACA). Fra i sostenitori di tale orientamento si distingue, per converso, la posizione «estrema» di PAGLIARO, il quale giunge a sostenere che il divieto dell'analogia non è fine a se stesso, ma è posto in *funzione di salvaguardia della libertà del soggetto alla legge penale*. Perciò l'Autore ritiene ammissibile l'analogia, indipendentemente dalla natura della disposizione a cui si riferisce, ogniqualvolta essa permetta di pervenire ad un trattamento più favorevole per il reo, mediante un allargamento della sfera di liceità penale.

Resta assolutamente pacifico che **la sanzione** da applicare ad una fattispecie che ne sia priva **non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica**, poiché, in caso contrario, l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore, il che comporterebbe una marcata incidenza negativa sia in termini di certezza del diritto che con riguardo alla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice, il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa (in giurisprudenza, cfr. **Sez. Un.** 15-6-1984, n. 5655).

Pur essendo affermazione ricorrente e pacifica quella secondo cui i precedenti giurisprudenziali non vincolano il giudice, costituendo al più autorevole, ma non imprescindibile, guida nell'attività di interpretazione, va segnalato un isolato precedente giurisprudenziale, a parere del quale il principio di stretta legalità vigente in diritto penale impone al giudice di attenersi alla precisa dizione della norma incriminatrice, senza indulgere ad interpretazioni analogiche e, ove la norma del tutto chiara non sia, di attenersi all'interpretazione giurisprudenziale imperante, che la abbia esplicitata, ad evitare diverse interpretazioni che espongano il cittadino a responsabilità di maggior contenuto rispetto a quelle cui il cittadino medesimo, in base al principio di cui all'art. 1 c.p., era espressamente chiamato dalla

norma incriminatrice e dalla giurisprudenza al riguardo (cfr. Cass. pen. 19-1-1994, n. 435).

Si ritiene, a questo punto, interessante segnalare che, fra le previsioni penali per le quali si pose, in giurisprudenza, il problema della loro applicazione analogica, vi è l'art. 12sexies della L. 898/1970. Il relativo disposto prevede, in materia di **divorzio, che siano applicate le pene (anche detentive) di cui** all'art. 570 c.p. al coniuge che (naturalmente senza un giustificato motivo ovvero in difetto di impedimento, momentaneo, o perpetuo — in tale ultimo caso sopravvenuto — che ne escluda il dolo) si sottragga all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli artt. 5 e 6 della stessa legge.

Si è posto il problema della possibile applicabilità delle predette sanzioni penali al soggetto che si renda colpevole dell'ingiustificata inosservanza dell'ordinanza emessa, a norma dell'art. 4 della legge citata, dal Presidente del Tribunale per sancire in via temporanea e urgente le disposizioni che dovessero apparire necessarie nell'interesse dei coniugi e della prole.

Proprio in virtù del divieto di analogia *in malam partem* in diritto penale, che comporta, come appare evidente, il divieto di applicare sanzioni penali a comportamenti che non risultino esplicitamente previsti dalla legge come reato, si è ritenuto che la suddetta normativa non sia suscettibile di applicazioni analogiche, ostandovi il disposto dell'art. 1 c.p.

Ne consegue che la sanzione di cui al combinato disposto degli artt. 12sexies della legge 898/1970 e 570 c.p. non è applicabile all'inosservanza dei citati provvedimenti presidenziali, ma soltanto al mancato rispetto delle prescrizioni in materia disposte dal Tribunale con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio (in termini, Cass. 2-3-1999, n. 2824).

Rassegna giurisprudenziale

- Perché una norma penale risponda alla esigenza di chiarezza legislativa espressa dal principio di tassatività delle incriminazioni, è necessario che la stessa sia formulata con quel grado di determinatezza necessaria a consentire al giudice di individuare il tipo di fatto dalla norma disciplinato. — Cass. 18-5-1983, n. 4431.

- In tema di tassatività della fattispecie penale, l'interprete non può ricavare norme incriminatrici non chiare e sicure per via analogica, dovendosi attenere al principio di stretta legalità. Ne deriva che, quando non risulti con precisione che un comportamento sia colpito da una determinata norma incriminatrice, va esclusa l'incriminabilità della condotta. (Nella specie la Corte ha ritenuto non configurabile la violazione dell'art. 1 «sexies» della legge 8 agosto 1985, n. 431 nell'ipotesi di ancoraggio e sosta con una imbarcazione da diporto a trenta metri dalla costa dell'isola di Giannutri, dove è vietato il transito di barche a motore. La Corte ha osservato che la legge «*de qua*» protegge i parchi e le riserve, ma non quelli marini). — Cass. 8-9-1993, n. 8432.

- La sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia

sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice, il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa. (Applicazione in tema di reati militari puniti dagli artt. 186 e 189 c.p. mil. pace dichiarati costituzionalmente illegittimi nella parte sanzionatoria con la prospettazione della possibilità di applicare a tutte le fattispecie di insubordinazione militare le sanzioni previste dalla legge penale comune). — Cass. **Sez. Un.** 15-6-1984, n. 5655.

- Il principio di stretta legalità vigente in diritto penale impone al giudice di attenersi alla precisa dizione della norma incriminatrice, senza indulgere a interpretazioni analogiche e, ove la norma del tutto chiara non sia, di attenersi all'interpretazione giurisprudenziale imperante, che la abbia esplicitata, ad evitare diverse interpretazioni che espongano il cittadino a responsabilità di maggior contenuto rispetto a quelle cui il cittadino medesimo, in base al principio di cui all'art. 1 c.p., era espressamente chiamato dalla norma incriminatrice e dalla giurisprudenza al riguardo. (Nella specie, relativa ad annullamento senza rinvio perché il fatto non costituisce reato di sentenza di condanna per avere l'imputato effettuato scarichi dai servizi civili, in un fosso adiacente alla propria fabbrica senza avere richiesto la prescritta autorizzazione, la S.C. ha osservato che la coincidenza dell'epoca dell'accertamento dello scarico con quella del mutamento della giurisprudenza imperante, che non richiedeva l'autorizzazione, avrebbe imposto come soluzione obbligata l'assoluzione dell'imputato, la quale, oltretutto dettata dall'art. 5 c.p. nella lettura fattane dalla Corte Costituzionale, è suggerita, prima ancora, dal principio di stretta legalità). — Cass. 19-1-1994, n. 435.

- L'art. 12sexies della legge n. 898/1970, che in materia di divorzio prevede l'applicazione delle pene di cui all'art. 570 c.p. per il coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli artt. 5 e 6 della stessa legge, non è suscettibile di applicazioni analogiche, ostandovi il disposto dell'art. 1 c.p. Ne consegue che la sanzione predetta non è applicabile all'inosservanza dell'ordinanza emessa, a norma dell'art. 4 della legge citata, dal Presidente del Tribunale in via temporanea e urgente nell'interesse dei coniugi e della prole, ma soltanto al mancato rispetto delle prescrizioni in materia disposte dal Tribunale con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. — Cass. 2-3-1999, n. 2824.

Bibliografia

A. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964; N. BOBBIO, *Analogia*, in *Nuovissimo digesto italiano*; M. BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955; G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva ed analogia*, Napoli, 1991; G. DELITALA, *Analogia in bonam partem*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1936; C. MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *L'indice penale*, 1990; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; A. PAGLIARO, *Principio di legalità ed indeterminazione delle legge penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1969; R. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, Milano, 1994; M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979; G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989.