

ANALOGIA GIURIDICA ED INTERPRETAZIONE ESTENSIVA: USI ED ABUSI IN DIRITTO PENALE*¹.

Vito Velluzzi

0. Premessa	1
1. Le ragioni del limite all'analogia in ambito penale.....	3
2. Analogia ed interpretazione estensiva	9
3. Una distorsione giurisprudenziale.....	13

0. Premessa

L'uso dell'analogia ha un'importanza fondamentale in ogni tipo di discorso (letterario, etico, scientifico, etc.), tanto che si è potuto affermare che la storia dell'analogia coincide con la stessa storia del pensiero umano². La ragione principale della generale importanza dell'analogia risiede nel fatto che grazie all'analogia, all'individuazione di una struttura comune in cose differenti, si accresce la nostra conoscenza della realtà. Tramite l'analogia, dalla constatazione che due soggetti od oggetti condividono un insieme di proprietà, si conclude che una proprietà che sappiamo appartenere ad uno dei due soggetti od oggetti appartiene anche all'altro.³

Ciò vale anche per l'ambito giuridico, tanto che la struttura generale del ragionamento analogico appena descritta è perfettamente adattabile al settore giuridico: dal fatto che due fattispecie, di cui una non regolata, hanno in comune un certo attributo, si inferisce che esse debbano avere la stessa conseguenza giuridica. Ma in ambito giuridico il ragionamento analogico comporta problemi particolari; ciò accade sia in conseguenza del fatto che

1. * Questo articolo riproduce il testo di una relazione tenuta al convegno della SIFA (Società italiana di Filosofia della Politica) su «Forme di argomentazione razionale» svoltosi a Roma nei giorni 20-22 dicembre 1995.

2. E. MELANDRI, *La linea ed il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968.

3. La letteratura in tema di analogia giuridica è sterminata, mi limito qui solo ad alcuni richiami essenziali, ai quali si rinvia per ulteriori approfondimenti bibliografici: G. CARCATERRA, voce *Analogia*, in *Enc. giur Treccani*, vol. II, Roma, 1988; L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, vol. I, Torino, 1987, p. 320 ss; A.G. CONTE, *Ricerche sull'interpretazione analogica*, Pavia, 1957; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; N. MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978; J.R. MURRAY, *The Role of Analogy in Legal Reasoning*, in *UCLA Law Review*, 29, 1982.

il ragionamento analogico è regolato da alcune norme giuridiche, sia soprattutto in relazione al fatto che il ricorso all'analogia è espressamente dichiarato, da alcune norme giuridiche, inammissibile in quanto incompatibile con alcuni principi irrinunciabili di alcuni settori del sistema giuridico, del settore penale in particolare.

Proprio i limiti posti all'analogia impongono una attenta analisi dei suoi rapporti con figure vicine, con l'interpretazione estensiva in particolare; un'indagine di questo tipo, che passa attraverso l'analisi della dottrina e della giurisprudenza penale, può rivelarsi utile non solo al giurista e/o al teorico del diritto, ma anche a chi si occupa del ragionamento analogico nei suoi aspetti più generali.

Dato che il presente scritto è rivolto ad un pubblico composto prevalentemente da non giuristi, cercherò di semplificare il più possibile gli aspetti tecnico giuridici.

1. Le ragioni del limite all'analogia in ambito penale.

Alcune norme della Costituzione italiana (art.25) e del codice penale (artt. 1 e 199) esprimono la duplice esigenza di garantire agli individui i più ampi spazi di libertà e di far sì che essi conoscano con chiarezza quali sono i comportamenti vietati dalle norme. Formulazioni come «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato» (art.1 cod.pen.) esprimono, in maniera evidente, la richiesta del rispetto del principio di legalità (solo la legge può stabilire ciò che è reato), da cui deriva come corollario il principio di «tassatività». Tale principio ha un profilo attinente alla formulazione della norma ed un altro attinente all'attività applicativa: sotto il primo profilo, il principio di tassatività vieta al legislatore penale l'emanazione di norme contenenti elencazioni esemplificative di fatti o di casi e lo obbliga ad elencazioni esclusive di ogni altro caso o fatto non espressamente precisato. Per ciò che concerne l'attività applicativa, la tassatività si risolve nel divieto di analogia, nell'impedire cioè al giudice di configurare altri casi o fatti oltre a quelli espressamente previsti dalla disposizione normativa⁴. Anche se in questa sede ci interessa in modo particolare il rilievo applicativo del principio di tassatività è bene evidenziare sin d'ora la scarsa sensibilità mostrata

⁴ Sul duplice profilo della tassatività si veda F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

in alcuni casi dal nostro legislatore riguardo al primo profilo della tassatività penale. Mi riferisco, in particolare, alla criticabile tecnica legislativa per mezzo della quale l'analogia funge da strumento interpretativo di una disposizione nella quale figura per esplicita previsione. Si può citare a titolo esemplificativo l'art. 711 c.p. (apertura arbitraria di luoghi o di oggetti), nel quale figura un doppio rinvio all'analogia: la disposizione fa riferimento a «chiunque, esercitando il mestiere di fabbro o chiavaiolo, ovvero un altro *simile* mestiere, apre serrature o altri congegni *analoghi*»⁵. Questo modo di costruire le disposizioni normative è sicuramente criticabile in quanto «legittima» l'uso dell'analogia in senso sfavorevole al reo; come dire: quando l'analogia esce dalla porta la si fa rientrare dalla finestra.

Senza entrare nel merito della questione se le esigenze di certezza e valorizzazione della libertà che presiedono al principio di tassatività siano o meno costituzionalizzate (la dottrina maggioritaria propende per la soluzione affermativa sulla base degli art. 13 e 25 della Cost.), è necessario dire che nel sistema italiano è presente una norma di rango ordinario, l'art. 14 delle c.d. «Preleggi»⁶, che fa espressamente divieto di ricorrere all'analogia in materia penale, costituendo così un supporto ulteriore agli art. 1 e 199 del codice penale. Le ragioni dei limiti posti all'analogia in ambito penale risultano, sulla base di quanto detto, abbastanza evidenti: soltanto per mezzo di leggi o atti aventi forza di legge si possono incriminare dei comportamenti e soltanto i casi ed i fatti espressamente vietati dalla legge o da atti aventi forza di legge possono essere puniti; se così è, il ragionamento analogico per mezzo del quale si applica la stessa conseguenza giuridica prevista per un certo caso, ad un fatto non regolato da una norma, non può trovare spazio in ambito penale senza tradursi in una violazione della tassatività. Si può quindi dire che in ambito penale l'argomento privilegiato nel ragionamento è quello *a contrario*⁷ e che in tale settore vige la norma generale esclusiva secondo la quale «tutti i comportamenti che non sono espressamente vietati dalla legge penale sono permessi»⁸.

Le ragioni del divieto del ricorso all'analogia in ambito penale sono dunque strettamente collegate all'esigenza di non restringere gli spazi di libertà individuale oltre quanto disposto dal legislatore. Tale esigenza non sussiste

⁵ Per ulteriori esempi M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995.

⁶ Il testo della disposizione è il seguente: «le leggi penali e le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati».

ste però quando si tratta di applicare norme che ampliano la sfera di libertà del soggetto (norme c.d. scriminanti che rendono «deciso» un fatto apparentemente «illecito»), anzi proprio attraverso queste norme si valorizza il principio del *favor libertatis* (o meglio queste norme ne sono espressione), per cui bisognerebbe coerentemente ammettere la loro applicazione analogica (rectius: l'applicazione analogica della conseguenza giuridica da ciascuna di esse prevista), dato che sono norme non strettamente penali. Proprio muovendo da questi presupposti, la dottrina maggioritaria ritiene applicabili in via analogica le norme sulla legittima difesa e sullo stato di necessità (art. 52 e 54 c.p.)⁹, norme che prevedono appunto delle scriminanti o cause di giustificazione; il divieto di analogia vale dunque solo per le norme penali incriminatrici.

Alcuni studiosi di diritto penale hanno però messo in discussione questa soluzione, ritenendo il ragionamento analogico strutturalmente incompatibile con il sistema penale. Il ragionamento seguito è in sintesi il seguente: 1) presupposto per l'applicazione di una norma scriminante in via analogica è che il fatto ricada nella previsione di una norma penale incriminatrice; 2) l'analogia serve a colmare delle lacune di disciplina; 3) ora, nel caso in cui il fatto non presenti alcun elemento riconducibile in via diretta nell'ambito della norma scriminante esso è disciplinato dalla norma incriminatrice, e dunque non è rintracciabile alcuna lacuna. Per cui in as-

⁷. Si dice *argomento a contrario* quell'argomento secondo il quale «... il legislatore ha detto esattamente ciò che intendeva dire; e, quanto a ciò che non ha detto, evidentemente non intendeva dirlo, giacché se avesse voluto dirlo l'avrebbe detto.» R. GUASTINI, *Note sulle lacune nell'ordinamento italiano*, in P. COMANDUCCI — R. GUASTINI (a cura di) *Analisi e diritto, Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1993. Sull'*argomento a contrario* si veda il recente e corposo saggio di G. CARCATERRA, *L'argomento a contrario*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI e A. BIXIO (a cura di) *L'unità del diritto, Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994.

⁸. La norma generale esclusiva non è un principio logico, ma è un principio giuridico contingente (cfr. C.E. ALCHOURRON\ E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien- New York, 1971, pp. 119 ss).

⁹. L'art. 52 del codice penale sulla legittima difesa dispone: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un' offesa ingiusta, sempreché la difesa sia proporzionata all'offesa»; l'art. 54 sullo stato di necessità dispone: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, nè altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

senza di una lacuna di disciplina non è ammissibile il ricorso al ragionamento analogico¹⁰.

Questa asserita incompatibilità strutturale dell'analogia con il sistema penale non è però persuasiva; innanzi tutto l'uso dell'analogia non è necessariamente correlato ad una lacuna intesa come «totale mancanza di una disciplina per il caso concreto», ma può trovare applicazione anche in caso di «mancanza parziale di disciplina» al fine di risolvere un conflitto tra norme, sulla base di una specifica opzione di principio¹¹. La riconduzione di alcuni elementi del fatto nell'ambito della *ratio* ispiratrice di una disposizione scriminante comporta l'applicazione della conseguenza giuridica prevista da quest'ultima ed esclude l'applicabilità della norma incriminatrice. La situazione nella quale ci si può trovare in concreto è la seguente: il fatto è riconducibile nella previsione di una norma penale incriminatrice, è come si suole dire¹² penalmente tipico; allo stesso tempo presenta alcuni caratteri che, se pur non permettono di applicare direttamente una norma scriminante, sono riconducibili alla previsione di una norma scriminante in via analogica; come si dice: il fatto è apparentemente antigiuridico¹³. Si è detto che le norme scriminanti non sono norme «penali», non incorrono cioè nel divieto sancito dall'art.14 delle «Preleggi» e sono quindi applicabili in via

¹⁰. Segue questa impostazione argomentativa T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1993, p. 45.

¹¹. Non ci si nasconde che una siffatta soluzione investe problemi in ordine alla «conoscenza del caso», ma ciò non ne diminuisce, a mio parere, la consistenza teorica. Sui problemi attinenti alle lacune del diritto in rapporto all'analisi del caso concreto oggetto di decisione giudiziaria si veda C.E. ALCHOURRON, E. BULYGIN, *Lagunas del derecho y analisis de los casos*, Buenos Aires, 1971.

¹². Si tratta di una espressione del linguaggio degli specialisti di diritto penale per mezzo della quale si indica la corrispondenza del caso concreto al «tipo», al modello di condotta descritto dalla norma incriminatrice. Si rinvia anche qui ad un qualsiasi manuale di diritto penale, tra i quali si segnala C. FIORE, *Diritto penale, Vol. I*, Torino, 1993, p. 65 ss. La suddivisione del reato in tre elementi costitutivi (fatto tipico, antigiuridicità e colpevolezza) fa capo alla cosiddetta teoria tripartita del reato; si è già detto che non è opportuno in questa sede inoltrarsi nell'analisi degli elementi costitutivi del reato, è necessario operare anche in questo caso un rinvio a R. FIORELLA, *Reato (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVII, Milano, 1987.

¹³. Come si è detto non è possibile in questa sede dar conto in maniera articolata degli aspetti inerenti alla teoria generale del reato, in particolar modo del dibattito, ancora vivo nella dottrina penalistica italiana, intorno alla classificazione degli elementi costitutivi del reato, nel testo si segue l'impostazione argomentativa di G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 1995.

analogica senza preclusioni. Il carattere non strettamente penale delle norme scriminanti deriva dal fatto che esse hanno effetto sull'intero sistema giuridico, tolgono illiceità, antigiusuridicità al fatto, il quale risulta lecito per l'intero sistema giuridico¹⁴. Una incompatibilità strutturale tra analogia e sistema penale non è sostenibile; il limite può essere stabilito solo dal diritto positivo per mezzo di norme e comporta una precisa scelta di principio. Il conflitto non è dunque tra ragionamento analogico e sistema penale in sé, ma è tra opposte esigenze di principio: da un lato il *favor libertatis*, dall'altro un non ben precisato principio di certezza destinato a soccombere, visto che il *favor* trova diretto riferimento nella Costituzione. In conclusione non c'è ragione, o meglio non vi sono ragioni strutturali e normative, per escludere l'analogia c.d. *in bonam partem*¹⁵.

Tutto risulta ancor più chiaro se si riprende in considerazione il procedimento di accertamento di un reato: esso presuppone in primo luogo la prova del fatto tipico; in secondo luogo la verifica dell'illiceità del fatto medesimo, sotto il profilo dell'assenza di cause di giustificazione (scriminanti); in terzo luogo la prova della colpevolezza dell'agente. La presenza di un fatto tipico dunque non si traduce necessariamente nell'esistenza di un reato ma costituisce solo uno dei suoi elementi costitutivi. Nell'accertare l'illiceità del fatto nulla vieta di ricorrere all'analogia, dato che le norme scriminanti non sono norme penali in senso stretto; si può quindi concludere che nella determinazione della responsabilità penale l'analogia può essere utilizzata non per colmare una lacuna, intesa come mancanza di una regola per il caso concreto, ma per escludere l'applicabilità della norma penale sfavorevole. Pertanto il ricorso all'analogia non è correlato ad una totale mancanza di disciplina del caso concreto¹⁶. Secondo quanto si è appena detto, la ricorrente affermazione che l'analogia presuppone l'inter-

¹⁴. Questa lettura delle norme scriminanti è sistematica e coerente: è sistematica perchè rileva come in altri settori del diritto siano previste le stesse cause di giustificazione (ad esempio in ambito civile gli artt. 2044 e 2045 del codice civile); è coerente perchè tende a considerare il fatto, compiuto in presenza di una causa di giustificazione, lecito per l'intero sistema giuridico e non lecito in un settore ed illecito in un altro, giuridico ed antigiusuridico allo stesso tempo. In proposito G. MARINUCCI, voce *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, 1988, p. 130.

¹⁵. La prevalenza del principio del *favor libertatis* si impone anche sulla base dell'operatività, nel nostro sistema giuridico del principio di gerarchia delle fonti: il principio del *favor* che ha fondamento costituzionale prevale su altri principi che tale fondamento non hanno.

pretazione può essere tenuta ferma¹⁷, ove ci si riferisca all'interpretazione come accertamento o determinazione del significato di un testo normativo¹⁸. Nel nostro caso, infatti, l'analogia presuppone l'interpretazione della disposizione incriminatrice e quella della disposizione scriminante; il caso è riconducibile a quest'ultima soltanto sulla base della identità di *ratio*.

2. Analogia ed interpretazione estensiva

L'art. 14 delle «Preleggi» non fa alcun riferimento alla «interpretazione estensiva», il ricorso alla quale viene comunemente ammesso in ambito penale¹⁹.

L'interpretazione estensiva è solitamente contrapposta all'interpretazione restrittiva ed entrambi i metodi sono caratterizzati come modi di interpretare per mezzo dei quali si modifica il significato letterale della disposizione normativa interpretata. Restringere ed estendere sono però concetti di relazione, si pone perciò il problema di individuare il termine di paragone. A tal proposito si è osservato che «... il termine di paragone non può però essere identificato in un significato 'normale' precostituito. Si può, tutt'al più, conservare l'espressione 'interpretazione restrittiva' per riferirsi a quell'interpretazione che restringe il significato di una disposizione rispetto al senso ordinario delle parole. Con l'avvertenza però che nell'uso ordinario nessuna parola ha un solo senso univocamente determinato. Cosicché, alla fine, risulta impossibile usare con precisione l'espressione in

^{16.} In questo senso si esprime anche M. ATIENZA, *Sobre el analogia en Derecho*, Madrid, 1986, p. 182. E' utile in questo caso la distinzione tra lacune normative e lacune assiologiche dato che il nostro «...is a clear case of an axiological gap (presence of an unsatisfactory solution) and not of a normative gap (absence of a solution) ... is a conflict concerning values.» C.E. ALCHOURRON/ E. BULYGIN, *Normative Systems*, cit., p. 112-113. Occorre precisare che il conflitto è tra valori normativi, se così si può dire, dato che «...compito dell'interprete (e del giudice) non è di risolvere 'in qualsiasi modo' i problemi che vengono a lui sottoposti, ma nel modo più aderente alle *rationes* ed alle *voluntates* consegnate nell'ordinamento, alla logica interna di questo.», A. CERRI, *L'analogia nel sistema del diritto positivo*, in S. CASSESE, G. CARCATERRA, M. D'ALBERTI e A. BIXIO, *L'unità del diritto*, cit., p. 295.

^{17.} Cfr. per tutti K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970 (1956).

^{18.} In questo senso G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

^{19.} M. ROMANO, *Commentario*, cit., p.47, secondo il quale l'interpretazione estensiva «... deve ritenersi ammessa come in qualsiasi altro ramo dell'ordinamento».

esame»²⁰. Le stesse considerazioni appena riportate a proposito dell'interpretazione restrittiva, valgono simmetricamente per l'interpretazione estensiva. E' possibile quindi definire l'interpretazione estensiva soltanto in via approssimativa, riferendoci a tale nozione «... allorché si estende il significato di un termine o di una locuzione oltre il suo significato più immediato»²¹.

Si pone a questo punto il problema di tracciare la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva, dato che comunemente si riferisce il divieto di cui all'art. 14 delle «Preleggi» alla sola analogia. Da quanto si è detto sin qui emerge che i due procedimenti sono distinguibili su un piano concettuale, ma che la differenza tra gli stessi è una questione di grado: con l'interpretazione estensiva si rimane all'interno dei possibili significati letterali della disposizione; con l'analogia si va oltre.²² Visto lo stretto grado di parentela esistente tra analogia ed interpretazione estensiva, bisogna chiedersi se anche per mezzo di quest'ultima sia possibile violare le esigenze di tassatività. Anche quando si interpreta estensivamente si procede in effetti per somiglianze e concordanze, estendendo l'applicazione della disposizione normativa oltre i casi «espressamente» contemplati da essa (art. 1 del codice penale). In effetti, l'avverbio «espressamente» può essere inteso in due diversi modi. Da un lato si può sostenere che siano espressamente contemplati dalla norma penale tutti i casi che rientrano nell'ambito di significato delle parole impiegate dal legislatore, senza distinguere tra significato immediato e significato determinato in via estensiva. Dall'altro lato, però, si può anche sostenere che sono espressamente contemplati solo i casi che

²⁰. R. GUASTINI, voce *Interpretazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989.

²¹. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 441; cfr. anche A. AARNIO, *The rational as reasonable*, Dordrecht, 1987, p. 101: «*Extending interpretation* refers to the application of a statute beyond the core of its wording». Peculiare è la posizione di Alf Ross il quale ritiene che l'interpretazione estensiva non sia l'analogo dell'interpretazione restrittiva, ed utilizza le nozioni di analogia ed interpretazione estensiva come sinonimi, cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, trad. it. di G. GAVAZZI, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 141 (dell'edizione italiana): «Interpretazione estensiva (od analogica) si ha quando considerazioni pragmatiche conducono alla applicazione della norma a situazioni che, alla luce del significato linguistico naturale, cadrebbero sicuramente fuori dal suo campo di riferimento».

²². La problematicità della distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva è evidenziata tra gli altri da M. ATIENZA, *Sobre*, cit., p. 184: «Sin embargo, la distincion en cuestion no se puede establecer de una manera precisa. Lo que existe mas bien es una graduacion...».

rientrano nel nucleo di significato immediato delle parole impiegate dal legislatore, poichè solo così si garantiscono gli spazi di libertà del cittadino, in conformità a quanto disposto dalla nostra Costituzione. Quest'ultima interpretazione ci sembra da preferire proprio perchè è costituzionalmente orientata.

Parte della dottrina penalistica si è mostrata sensibile a tali esigenze ed ha proposto di limitare il ricorso all'interpretazione estensiva in ambito penale. Non sempre però le esemplificazioni addotte a sostegno della tesi colgono nel segno. Si fa riferimento²³ all'interpretazione dell'art. 40 cpv del codice penale il quale dispone che «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»; si sostiene la necessità di attribuire rilevanza non a qualsiasi obbligo giuridico, ma soltanto a quegli obblighi giuridici qualificati la violazione dei quali comporta la lesione dell'interesse protetto. Questa interpretazione dell'art. 40 cpv non coinvolge però in alcun modo l'interpretazione estensiva. Si sostiene che l'attribuzione di significato proposta sia una limitazione all'interpretazione estensiva, ma in realtà con quest'ultima ha poco a che fare. In questo caso si è posta in essere una interpretazione modificativa del dato letterale in senso restrittivo effettuata sulla base dell'interpretazione teleologica precedentemente svolta. Più precisamente il ragionamento che si pone in essere è il seguente: sulla base dell'interesse protetto individuato si selezionano gli obblighi giuridici la cui violazione comporta la lesione dell'interesse protetto e che quindi sono rilevanti penalmente. Ma l'interpretazione estensiva non viene, qui, in considerazione, dato che non si tratta di non estendere la nozione di «obbligo giuridico» oltre il suo significato più immediato, ma di restringerne la portata, di ridurre l'ambito del suo «significato ordinario». Si potrebbe dire che con siffatta operazione ermeneutica si riduce la «vaghezza intensionale» del significato di obbligo giuridico, facendo chiarezza sulle proprietà connotate dall'espressione, su quali siano le condizioni necessarie e sufficienti per la sua applicazione²⁴. Al di là delle incongruenze esemplificative, questo orientamento dottrinario mi sembra, come ho già detto, nelle sue linee di fondo condivisibile; se è vero che la finalità dei principi di legalità e tassatività è quella di garantire la minor re-

²³. Cfr. G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 111.

²⁴. Sulla vaghezza si veda tra i tanti W.P. ALSTON, *Philosophy of Language*, ENGLEWOOD — CLIFFS, 1964, ed. it. *Filosofia del linguaggio*, Bologna, 1971. Sul tema specifico della vaghezza delle norme C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

strizione possibile dello spazio di libertà individuale dei soggetti, bisogna notare che anche con l'interpretazione estensiva (che riguarda casi dubbi, casi ai margini rispetto al significato ordinario delle parole e che ha uno stretto grado di parentela con l'analogia) si corre il rischio di scontrarsi con le esigenze di legalità e di tassatività.

Prestando attenzione alla prassi giurisprudenziale, bisogna notare che i giudici ritengono ammissibile il ricorso all'interpretazione estensiva. Ma anche se, come si è ripetuto più volte, il confine tra analogia ed interpretazione estensiva non è netto, vi sono delle decisioni giurisprudenziali che paiono celare dietro l'etichetta dell'interpretazione estensiva, vere e proprie applicazioni analogiche in *malam partem* vietate ex art. 14 delle «Preleggi». Certa giurisprudenza ha ritenuto, ad esempio, di poter applicare l'art. 353 del codice penale (turbata libertà degli incanti) che incrimina «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...», anche al caso in cui la turbativa non sia avvenuta nel corso di un pubblico incanto o di una licitazione privata. Senza esitazioni si è asserito 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»²⁵. Le nozioni di pubblico incanto e licitazione privata sono tecniche e normativamente definite dalla legge sulla contabilità di stato, per cui l'applicazione della disposizione penale (rectius: della conseguenza giuridica da essa prevista) ad altre procedure in cui ricorra comunque una gara, non può avvenire in via estensiva, ma soltanto per mezzo dell'analogia sulla base della *eadem ratio*. Nonostante la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva sia solo di grado, «...la differenza resiste perchè, ove non sia possibile pervenire alla desiderata estensione senza 'decontestualizzare' la norma, separarla, se così si può dire, dalla *causa legis* e senza astrarre da essa un principio più generale, ivi si sono superati i limiti della interpretazione estensiva»²⁶; mi pare che il brano appena riportato descriva ciò che è accaduto nell'ultimo esempio fatto: dalla disposizione legislativa, che si riferisce solo al pubblico incanto ed alla licitazione privata, si è fatta astrazione di un principio generale secondo il quale la conseguenza giuridica deve essere applicata ad ogni forma di procedura in cui ricorre una gara.

25. Cassazione 1/12/1975, in *Cassazione penale Massimario*, 1977, p. 364.

26. A. CERRI, *L'analogia nel sistema del diritto positivo*, cit., p. 290.

3. Una distorsione giurisprudenziale

Oltre ad alcune applicazioni analogiche *in malam partem*, si possono rintracciare atteggiamenti della giurisprudenza ancor meno condivisibili nei quali i giudici si sono apertamente sostituiti al legislatore, creando nuove fattispecie di reato. Un esempio chiarirà la questione. La violazione di domicilio (art.614 c.p.) è un reato che richiede l'esistenza di una volontà contraria di chi ha «il diritto» di escludere altri dal domicilio ed una precisa condotta (l'introduzione nel domicilio altrui) dell'autore del reato. Non v'è dubbio che in assenza di volontà contraria, in qualsiasi modo manifestata (espressamente o tacitamente), non v'è violazione di domicilio: una volontà contraria esistente, espressa o tacita, è elemento essenziale del reato. Orbene, la giurisprudenza ha «creato» la nuova fattispecie incriminatrice della «violazione di domicilio per dissenso presunto», affermando che ricorre il reato tutte le volte in cui è possibile ritenere ragionevolmente che il soggetto avrebbe dissentito se avesse conosciuto gli scopi per il cui perseguimento l'autore si è introdotto nel domicilio. Emblematico è il caso, risalente alla fine degli anni '70, di colui che «al fine di commettere atti di fornicazione con donna maritata» (così si trova scritto nella sentenza)²⁷ si è introdotto nel domicilio con il consenso della stessa, ma contro la «presunta» volontà dell'ignaro marito, proprietario dell'immobile. Mi sembra che i giudici abbiano ragionato così: è ragionevole pensare che a nessuno piaccia essere tradito dalla propria moglie, ragion per cui bisogna presumere la volontà contraria del marito all'ingresso nel proprio domicilio dell'amante della moglie! In casi come questo si pone in essere un procedimento creativo, che parte della dottrina definisce additivo²⁸, privo di qualsiasi argomentazione interpretativa o analogica che sia. Non c'è interpretazione perché i giudici prescindono dall'utilizzo di ogni tipo di argomentazione e giustificazione (letterale, sistematica, teleologica etc...). Non sussiste da parte dei giudici lo sforzo di giustificare una attribuzione di si-

^{27.} Fortunatamente si possono rintracciare in giurisprudenza decisioni di segno opposto (cfr. Cassazione penale, sent. 02831 del 16/3/1968, inedita, secondo la quale «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...»).

^{28.} G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari- Roma, 1994, p. 70.

gnificato ad un testo normativo, o ad una parte di esso, ma non c'è nemmeno analogia, che sarebbe pur sempre vietata, perché i giudici non ragionano argomentando a *simili* o a *proportione*. I giudici, in realtà, aggiungono un elemento ulteriore alla fattispecie normativa, ampliandone il campo di applicazione, senza attribuire significato ad alcuna parte del testo normativo e senza preoccuparsi di giustificare tale eventuale attribuzione di significato.