

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2022

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2022

IUS - Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

La *koïnè* ermeneutico-giuridica

Presentazione

Gaetano Carlizzi9

Per una storia dell'ermeneutica giuridica

Gaetano Carlizzi15

La filosofia ermeneutica del diritto in Italia

Baldassare Pastore83

Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi

Tommaso Gazzolo129

Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'Illuminismo all'ermeneutica giuridica

Gianluca Gentile179

Note

Fare i conti con Radbruch. Sulla recente traduzione della Filosofia del diritto

Giovanni Blando225

Archivio

Ermeneutica giuridica

Winfried Hassemer241

ALICE, HUMPTY DUMPTY E LA PENALISTICA ITALIANA: OVVERO, UNA BREVE STORIA DELL'INTERPRETAZIONE LETTERALE DALL'ILLUMINISMO ALL'ERMENEUTICA GIURIDICA

Gianluca Gentile

Abstract

This essay takes the Enlightenment model as a starting point to investigate the evolution of penal thinking on the relationship between the letter and the spirit of the law. The result is that the distinction between prohibited analogy and permissible broad interpretation has been conceptualised in different ways, but not always with full theoretical awareness. More specifically, this essay focuses on the conception currently accepted by the dominant criminal doctrine and the Italian Constitutional Court, comparing it with the acquisitions of contemporary German legal hermeneutics.

Keywords

Analogy and Broad Interpretation; Formalist and Antiformalist Attitudes; Literal interpretation; Legal Hermeneutics.

1. Introduzione

In una delle tante avventure scaturite dalla fantasia di Lewis Carroll, la piccola Alice conversa con Humpty Dumpty, un bizzarro uovo antropomorfo che ha concluso il suo ragionamento sui regali di non-compleanno con l'espressione «Piglia su e porta a casa» (in originale, *There's glory for you*). Alla sconcertata Alice, che non capisce che cosa intenda Humpty Dumpty (*I don't know what do you mean by "glory"*), quest'ultimo risponde:

«Naturale...devo dirtelo io. Volevo dire, 'ecco un argomento che ti stende definitivamente'».

«Ma 'piglia su e porta a casa' non è proprio come dire 'ecco un argomento che ti stende'», obiettò Alice.

«Quando io uso una parola» disse Humpty Dumpty in tono alquanto sprezzante «questa significa esattamente quello che decido io... né più né meno».

«Bisogna vedere» disse Alice «se lei può dare tanti significati diversi alle parole».

«Bisogna vedere» disse Humpty Dumpty «chi è che comanda...è tutto qua»¹.

Mentre un filosofo del linguaggio dedicherebbe alla tesi di Humpty Dumpty l'attenzione che merita², la larga maggioranza dei penalisti contemporanei risponderebbe impulsivamente come Alice. Sul presupposto che le parole non abbiano uno spettro illimitato di significati, la Corte costituzionale ha potuto infatti affermare che il divieto di analogia

¹ L. Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, McMillan, London 1872, tr. it. di M. D'Amico, *Alice nel paese delle meraviglie & Attraverso lo Specchio e Quello che Alice vi trovò*, BURextra, Milano 2010, p. 248, con un ricco apparato di note di Martin Gardner.

² Basti rinviare a D. Davidson, *James Joyce and Humpty Dumpty*, in «Midwest Studies in Philosophy» XVI (1991), p. 1 ss. Definisce *Attraverso lo specchio* «una delle maggiori opere filosofiche in lingua inglese», U. Scarpelli, *Il metodo giuridico*, in «Rivista di diritto processuale», XXVI (1971), 4, p. 566, e di seguito un'approfondita analisi del passo.

a sfavore del reo, ricavabile dall'art. 14 delle Preleggi, dall'art. 1 c.p. e dal principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.,

non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore³.

Ciò non esclude l'opportunità di un esame più approfondito, al fine di verificare se possa estendersi alla dottrina penalistica l'intuizione di Uberto Scarpelli secondo la quale il giurista che si confronta con i «segni comunicanti norme» non si identifica necessariamente in Alice o in Humpty Dumpty, essendoci tra le due figure un *continuum* che conosce «molte gradazioni e sfumature»⁴. A tal proposito, conviene prendere le mosse da quella «prospettiva culturale» incidentalmente richiamata dalla Corte costituzionale a proposito del primato del testo sull'interpretazione, e cioè l'illuminismo giuridico.

³ Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in «Giurisprudenza costituzionale», LXVI (2021), 4, p. 1805, con nota di C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*.

⁴ Scarpelli, *Il metodo giuridico*, cit., p. 566.

2. Il paradigma illuminista

Quando la dottrina penalistica illustra la matrice storico-filosofica dell'art. 25 comma 2 Cost., i nomi più frequentemente invocati sono quelli di Charles de Montesquieu, di Cesare Beccaria e di Anselm Feuerbach⁵. Del primo si richiama quel celeberrimo capitolo dedicato al modello costituzionale inglese, che rappresenterebbe la concretizzazione storica degli stati che hanno per scopo diretto la libertà politica⁶. La caratteristica di questo paradigma è l'assegnazione del potere legislativo, di quello esecutivo e di quello giudiziario a tre soggetti distinti⁷, con la precisazione che il potere giudiziario andrebbe attribuito a organi temporanei composti da persone del popolo:

In questo modo, il potere giudiziario, così tremendo tra gli uomini, non essendo legato né a una determinata condizione, né a una determinata professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo [...]. Ma, se i tribunali non devono essere fissi, i giudici devono esserlo a tal punto da non essere altro che un testo

⁵ G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Giuffrè, Milano 2001, p. 15 ss., con ampie citazioni testuali. Tra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2019, p. XVII ss., p. 49 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Milano 2020, p. 24 ss. Per un quadro storico più articolato, M. Ronco, *Il principio di legalità*, in Id., *Scritti patavini*, Tomo I, Giappichelli, Torino 2017, p. 9 ss.; L. d'Alessandro, *Decisione del legislatore e interpretazione del giudice. Genealogia di un'utopia permanente*, Arte tipografica, Napoli 2009, p. 9 ss., con citazioni da Bentham, Dragonetti e Filangieri.

⁶ C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (1748), in Id., *Tutte le opere*, a cura e con un'introduzione di D. Felice, Bompiani, Milano 2014, p. 1219.

⁷ Invece, negli Stati dispotici «il principe può fungere egli stesso da giudice», mentre in quelli moderati il «monarca, che detiene i primi due poteri, lascia ai suoi sudditi il terzo», ossia il giudiziario (così Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., rispettivamente p. 1069 e p. 1221). Sul punto, D. Felice, *Introduzione*, in Montesquieu, *Opere complete*, cit., p. XCIII ss.; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, *, *Absolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, p. 277 ss.

preciso della legge. Se fossero un'opinione particolare del giudice, si vivrebbe nella società senza sapere esattamente gli impegni che vi si contraggono⁸.

Il principio della separazione tra il potere legislativo e quello giudiziario incontra però alcune eccezioni, ad esempio quando la legge è troppo severa. In questi casi, dato che i giudici sono soltanto «la bocca della legge, esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza, né il rigore», spetterebbe a quella parte del potere legislativo composta dai nobili «moderare la legge in favore della legge stessa, pronunciandosi meno severamente di essa»⁹.

Dichiarando di seguire le «tracce luminose» dell'«immortale Presidente di Montesquieu», Cesare Beccaria in realtà ne rielabora l'impostazione alla luce delle sue premesse contrattualistiche ed utilitaristiche¹⁰. Posto che il diritto di punire si fonda sullo scopo di tutelare, nei limiti dello stretto necessario, quel deposito delle singole porzioni di libertà che ogni cittadino ha ceduto alla sovranità della nazione, ne deriva che spetta esclusivamente al «depositario delle attuali volontà di tutti» il compito di emanare le leggi penali e di interpretarle¹¹. Infatti, un

⁸ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1223. Osserva G. Cocco, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in Id. (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Wolter Kluwers-Cedam, San Giuliano Milanese 2016, p. 11, che il riferimento al *common law* dovrebbe implicare che Montesquieu non pensasse a giudici-automi. Tuttavia, ritiene che il modello di Montesquieu non corrisponda all'assetto istituzionale inglese dell'epoca, G. Rebuffa, *Le radici della Costituzione inglese*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI (2006), 2, p. 331 ss.

⁹ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1233.

¹⁰ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di G. Francioni, Medio-banca, Milano 1984, p. 25. Sul tema, L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica» XLV (2015), 1, p. 139 ss.; V. Maiello, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Beccaria*, Editoriale scientifica, Napoli 2021, p. 11 ss.

¹¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 4, p. 36. I medesimi concetti si ritrovano in P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi* (inizialmente in *Il caffè, o sia brevi e vari*

«codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi alla legge scritta», sulla base di

un sillogismo perfetto: la 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 due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito delle leggi. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni [...]. Un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie¹².

Infine, Anselm Feuerbach è ricordato per la paternità dei brocardi *nulla poena sine lege* e *nullum crimen sine poena legali*¹³, e più sostanzialmente per la sua articolata ricostruzione giuridico-penale del principio di legalità: da un lato, una legge penale antecedente alla commissione del fatto è una condizione essenziale affinché la sanzione penale possa esercitare sui consociati quella coazione psicologica funzionale a scongiurare la realizzazione dei reati¹⁴; dall'altro, Feuerbach insiste sull'esigenza di garantire il potere sovrano del legislatore e di contenere

discorsi già distribuiti in fogli periodici, Tomo secondo, Pizzolato, Venezia 1776, p. 378 ss.), in Id., *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano e preceduti da un saggio civile sopra l'autore per Vincenzo Salvagnoli*, Le Monnier, Firenze 1854, p. 165 ss.

¹² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 4, p. 36 e p. 38.

¹³ M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di comunità, Milano 1970, p. 450 ss.

¹⁴ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I, Tasche, Chemniz 1799, p. 49; P.J.A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeines in Deutschland gültigen peinliches Recht*, Heyer, Giessen 1801, p. 16 (e in termini ancora più chiari nell'edizione del 1805, p. 17 ss.).

l'arbitrio dei giudici¹⁵, pur assumendo in materia di interpretazione una posizione «meno radicale rispetto a Montesquieu e Beccaria»¹⁶.

3. L'interpretazione della legge penale nella dottrina ottocentesca

Si potrà senz'altro osservare che la vulgata penalistica ha semplificato un quadro molto più problematico, ad esempio non considerando che ad avviso dello stesso Montesquieu il giudice degli stati monarchici segue la legge là dove essa è precisa, ma «là dove non lo è, ne ricerca lo spirito»¹⁷ (ed è oggetto di dibattito se il Presidente prediligesse il modello monarchico o quello repubblicano)¹⁸; oppure che Beccaria non era un giurista, anzi avrebbe liquidato volentieri la categoria¹⁹, tanto da

¹⁵ P.J.A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. II, Tasche, Chemnitz 1800, pp. 24-25.

¹⁶ Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 19. In effetti, P.J.A. Feuerbach, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, vol. II, Tasche und Müller, Giessen 1802, p. 19 ss., si proponeva di mediare tra la posizione di Beccaria e quella di chi avrebbe voluto concedere al giudice un «diritto all'interpretazione senza confini». Se poi vi sia riuscito, è oggetto di dibattito: cfr. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 369 ss., p. 458 ss.; W. Naucke, *Paul Johann Anselm von Feuerbach. Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstags am 14 November 1975*, in «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» LXXXVII (1975), 4, p. 882 ss.

¹⁷ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 1063.

¹⁸ A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Giuffrè, Milano 2005, p. 118. A seconda degli Autori, Montesquieu preferirebbe la monarchia (N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 1976, p. 145), oppure sarebbe un relativista (Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 458) o ancora un alfiere del garantismo penale (M.A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Esi, Napoli 2000; D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016).

¹⁹ Cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 14, p. 59 («Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza!»). Sul punto, M. Barberis, *Cosa resta del sillo-*

affermare che «è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione»²⁰; o ancora che, secondo alcuni, Feuerbach avrebbe prestato più attenzione alla radice teleologica del principio di legalità, e cioè al suo rapporto funzionale con le esigenze della prevenzione generale mediante intimidazione, che non alla dimensione politico-garantista²¹.

Ad ogni modo, il penalista italiano potrà anche rappresentarsi un'immagine mitologica dell'illuminismo giuridico, ma non mi pare abbia mai totalmente rinunciato alla «fatale licenza di ragionare», assumendo «quell'atteggiamento di acre ostilità verso l'interpretazione – ogni interpretazione che non sia quella autentica – efficacemente espresso da Cesare Beccaria in pagine memorabili»²². Di certo, non si è mai trattato della *communis opinio*²³.

gismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLII (2012), 1, p. 164 ss.

²⁰ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., § 14, p. 59, il quale riprende da Montequieu l'idea di avvalersi di giudici non professionisti.

²¹ Ritiene che, nonostante le sue ascendenze kantiane, Feuerbach non sia riuscito a conciliare l'anima funzionale della legalità con quella garantistica, W. Naucke, *Die zweckmäßige und die kritische Strafgesetzlichkeit, dargestellt an den lehre J.P.A. Feuerbach (1775-1832)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), Tomo I, p. 334 ss. Diversamente, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, Napoli 1992, p. 52; nonché naturalmente Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, cit., p. 446 ss.

²² P. Grossi, *Codice: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini, B. Sordi, Giuffrè, Milano 2002, p. 593, riferendosi al «giurista europeo continentale». Rivolge al «penalista moderno» l'appellativo di «candido erede di Beccaria», P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVIII (2009), Tomo II, p. 1901, pur precisando che «la sacrosanta diffidenza verso l'assillo legalistico moderno» andrebbe «rettificata nello specifico terreno del diritto penale».

²³ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. III, Canovetti, Lucca 1889, § 890 in nota, p. 166, riferisce (senza citare la fonte) che il Giuriati avrebbe «sostenuto esser meglio che la legge sanzioni il sistema d'interpretazione *letterale* anzi

La nostra dottrina ottocentesca sapeva bene che «in qualsivoglia sistema legislativo non è fenomeno straordinario il silenzio, oppure il dubbio, o la oscurità della legge», e che lo strumento per risolvere questi problemi fosse «l'arte ermeneutica legale»²⁴. Se negli altri ambiti del diritto le regole generali in materia di interpretazione prescrivevano innanzitutto di determinare il significato delle parole (interpretazione grammaticale), e in subordine di individuare lo spirito della legge (interpretazione logica o razionale), nel diritto penale il secondo criterio poteva operare solo in chiave restrittiva, e cioè a favore dell'imputato²⁵.

Lasciamo la parola a Enrico Pessina, che su questo punto prendeva rispettosamente le distanze da Beccaria e da Montesquieu:

noi crediamo che il principio della interpretazione razionale non voglia esser posto da banda quando trattandosi di dubbio ed oscurità della legge si concilii col favore dell'umanità; di maniera che il giudice risalendo allo spirito della legge dee piuttosto migliorare la condizione dei giudicabili. *Interpretatione poenae potius molliendae quam exasperandae*²⁶.

che quello *razionale*». Tuttavia, nell'unico riscontro che sono riuscito a rintracciare, e cioè D. Giuriati, *Arte forense*, Roux e Favale, Torino 1878, p. 93 e p. 272, l'A. non sembra prendere una posizione così netta, anzi le sue affermazioni furono intese nel senso della preferenza per l'interpretazione secondo lo spirito della legge: così F. Forlani, *Dell'arte forense. Lettere dell'avv. F. Forlani all'avv. Carlo (sic: in realtà Domenico) Giuriati*, Vallardi, Napoli e altre 1883, p. 13.

²⁴ L. Zuppetta, *Corso completo di diritto penale comparato*, Parte prima, *Metafisica della scienza delle leggi penali*, vol. I, *Degnità*, Fratelli Testa, Napoli 1868, p. 83.

²⁵ G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana*, Mancini, Macerata 1856, p. 660 ss.; G. Tolomei, *Diritto e procedura penale esposta analiticamente ai suoi studenti*, Sacchetto, Padova 1874, p. 191 ss., che sintetizza quanto esposto in G. Tolomei, *Diritto penale. Elementi e studii proposti ai suoi scolari sui punti fondamentali della scienza e della legislazione avuto specialmente riguardo al codice penale austriaco e le sue novelle vigenti nelle provincie lombardo-venete*, Bianchi, Padova 1863, p. 64 ss., e qui osservazioni (per l'epoca) più eterodosse sull'analogia e sull'interpretazione estensiva.

²⁶ E. Pessina, *Trattato di penalità generale secondo le leggi delle Due Sicilie*, Stabilimento tipografico dei classici italiani, Napoli 1858, p. 8; E. Pessina, *Elementi di*

Al contrario, dal momento «la legge penale è un'eccezione alla regola generale, che è la libertà dell'uomo», e non ha «ragione di essere se non nei limiti della sola necessità»²⁷, nessuno spazio era concesso all'interpretazione logica sfavorevole al reo, né tantomeno all'analogia *in malam partem*: era pertanto vietato estendere la punibilità argomentando sulla scorta di disposizioni dettate per casi simili a quelli non espressamente disciplinati (analogia legale) o ricorrendo ai principi generali del diritto (analogia giuridica)²⁸.

Un contributo importante alla sistematizzazione della materia fu fornito da Francesco Carrara, che da un lato distinse chiaramente le disposizioni incriminatrici da quelle rivolte a «minorare la imputazione o a diminuire la pena nei reati»²⁹, dall'altro individuò nell'*in dubio pro reo* il criterio per regolare i rapporti tra l'interpretazione letterale e quella logica.

Spiegava Carrara:

Qual'è il vero scopo per cui si fanno le leggi? Non è già quello solo di *regolare i fatti dei giudici*, ma innanzi tutto è quello di *regolare i fatti dei cittadini*. I cittadini non essendo giuristi non possono regolarsi che secondo la lettera nei

diritto penale, Marghieri, Napoli 1880, p. 79 ss., e qui la traduzione del sillogismo di Beccaria in questi termini: «la lettera della legge debbe essere la condizione *sine qua non* della incriminazione».

²⁷ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere. Memorie dalle lezioni*, Unione tipografica editrice, Torino 1872, p. 90. Cfr. anche F. Puglia, *Manuale teorico-pratico di Diritto penale secondo il codice vigente*, Tocco, Napoli 1895, p. 20.

²⁸ F.A. Mori, *Teorica del codice penale toscano*, Stamperia delle Murate, Firenze 1854, p. 6 nota 1; B. Paoli, *Esposizione storica e scientifica dei lavori di preparazione del codice penale italiano dal 1866 al 1884*, Libro primo, *Parte generale*, Niccolai, Firenze 1884, p. 4 ss.

²⁹ F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale esposti mediante svariate esemplificazioni*, Bocca, Roma e altre 1874, p. 109. Cfr. E. Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, Candeletti, Torino 1888, p. 316 ss.

fatti loro: il giudice essendo giureconsulto deve moderare secondo lo spirito il fatto suo che è quello di irrogare la pena³⁰.

Pertanto, l'interpretazione logica avrebbe dovuto prevalere su quella letterale se più favorevole al reo, e cioè: a) per estendere una «disposizione escusante» a un caso non espressamente previsto, ma presidiato dalla medesima *ratio*³¹; b) per circoscrivere l'ambito di una figura di reato, quando il fatto da giudicare fosse stato «apparentemente compreso nella lettera», ma non nello spirito della legge³². Viceversa, avrebbe dovuto preferirsi l'interpretazione letterale qualora il fatto fosse stato riconducibile allo spirito, ma non alla lettera della legge incriminatrice³³. Da qui la massima che sarà citata negli anni a venire: «Per analogia non si può estendere la pena da caso a caso; per analogia si deve estendere da caso a caso la scusa»³⁴.

³⁰ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 890 in nota, p. 167.

³¹ Ad esempio, gli art. 499 c.p. sardo (1859) e 290 c. p. toscano 1853, che prevedevano (*sic!*) una notevole diminuzione di pena per i casi di stupro violento e ratto violento realizzati ai danni di una «meretrice», si sarebbero dovuti applicare anche alle donne non registrate come prostitute ai sensi della legge di polizia (la disposizione sarà riprodotta nell'art. 350 c.p. 1889); l'art. 560 n. 1 c. p. sardo 1859, che escludeva la punibilità del reato di omicidio commesso «nell'atto di respingere di notte tempo la scalata di recinti abitati o dipendenti da luogo abitato», si sarebbe dovuto interpretare prescindendo dal dettato dell'art. 619 c.p. sardo 1859, che prevedeva ai fini della configurabilità del furto qualificato una definizione molto precisa di scalata (per entrambi gli esempi, F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 110 e p. 115).

³² F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 889, p. 165.

³³ Ad esempio, muovendo dall'assunto che l'amputazione dei genitali costituisce castrazione e non evirazione, sarebbe stato inapplicabile l'art. 552 c. p. sardo 1859, che parlava esclusivamente di evirazione (F. Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, cit., p. 109).

³⁴ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. III, cit., § 890 in nota, p. 167.

Lo stesso Carrara dedicava però parole sferzanti contro coloro che, enfaticamente oltre il dovuto il limite dell'interpretazione letterale in virtù del «troppo celebre argomento logico, *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*», confondevano con l'analogia la «suprema regola di logica che *nel genere si comprende ogni specie* appartenente a quel genere *quando non se ne trovi esclusa* per aperta disposizione contraria»:

Per analogia si vuole punire quando la legge che contempla una *specie* si vuole estendere ad altra *specie* diversa; o quando la legge che colpisce il *genere* vuolsi ad altro *genere* diverso applicare. Ma quando il precetto dettato per il genere si applica alla *specie* naturalmente appartenente al *genere* contemplato, non si punisce, no, per *ragione di analogia*, ma per *ragione di contenuto*: lo che è logico e doveroso³⁵.

Per fare un esempio, mentre l'art. 541 c.p. sardo 1859 disponeva che le «ferite e le percosse volontarie per cui segua la morte entro i quaranta giorni immediatamente successivi al reato sono agguagliate all'omicidio e punite colle pene corrispondenti», l'art. 589 disciplinava espressamente il caso dell'omicidio commesso in duello, senza menzionare l'ipotesi delle lesioni equiparate all'omicidio: in casi come questi, parte della dottrina suggeriva con prudenza l'opzione dell'analogia legale (oggi parleremmo piuttosto di interpretazione sistematica), per non comportarsi come quel tribunale inglese che aveva assolto dal reato di bigamia un uomo sposatosi tre volte³⁶.

³⁵ F. Carrara, *Delle ingiurie ai defunti*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Giusti, Pisa 1874, p. 602.

³⁶ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 91. L'esempio della bigamia si trova già in P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, cit., p. 164, il quale difendeva a spada tratta la decisione del tribunale inglese che avrebbe assolto dal reato di bigamia un uomo che si era sposato cinque volte. Il caso delle tre mogli è tuttavia ritenuto apocrifo da G. Carmignani, *Juris Criminalis Elementa*, vol. II, Nistri, Pisa 1834, § 1179 nota 5, p. 189 (tr. it. di F. Caruana Dingli, *Elementi di diritto criminale*, Sanvito, Milano 1863, § 1179 nota 1, p. 435) e dal suo celebre allievo F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. III, Giusti, Lucca 1873,

Si arrivò così al codice Zanardelli del 1889, che si apriva (al pari del codice attualmente vigente) con una solenne enunciazione del principio di legalità: «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».

Alcuni commentatori riconobbero nell'avverbio «espressamente» la conferma di quanto già stabilito dall'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865, ai sensi del quale le «leggi penali e quelle 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», e lo intesero nei termini di una codificazione di «quel principio razionale, universalmente ricevuto, che cioè nelle materie penali non è lecito di attribuire né per analogia né per interpretazione estensiva la natura di reato ad azioni, che la legge non abbia chiaramente ed espressamente dichiarate tali»³⁷.

Allo stesso tempo, si ammise che Beccaria era andato troppo oltre nella sua giusta battaglia contro l'arbitrio giudiziario, perché escludere «del tutto l'interpretazione, sarebbe in molti casi escludere la legge»³⁸: da qui la necessità di utilizzare il criterio letterale e in seconda battuta quello logico, scegliendo in caso di dubbio sullo spirito della legge l'interpretazione più favorevole al reo³⁹.

§ 1937 nota 1, p. 454 ss.; F. Carrara, *Pensieri sul progetto di codice penale italiano del 1874*, Canovetti, Pisa 1878, p. 233 nota 1, i quali spiegano che le ragioni dell'assoluzione furono molto più complesse.

³⁷ C. Giachetti, *Dei reati e delle pene in generale secondo il codice penale italiano del 30 giugno 1889*, vol. I, Bruscoli, Firenze 1889, p. 62. Cfr. L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Barbera, Firenze 1895, p. 81. Di massima «riconosciuta universalmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza» parlerà (non del tutto a ragione: cfr. § 4) ancora L. Majno, *Commento al codice penale italiano*, Utet, Roma e altre 1922, p. 1.

³⁸ T. Canonico, *Del reato e della pena in genere*, cit., p. 90, ripreso da C. Giachetti, *Dei reati e delle pene in generale*, cit., p. 65.

³⁹ G. Crivellari, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. I, Unione tipografica, Roma, Torino, Napoli 1890, p. 24.

Non ebbe invece seguito, neppure tra i seguaci del positivismo criminologico, la proposta di Enrico Ferri, secondo il quale la legge andava interpretata in funzione del tipo di delinquente da giudicare⁴⁰, e quindi in modo mite («*sia pure adducendo una ratio legis più o meno sussistente*») nei confronti dei delinquenti d'occasione o per passione, alla lettera nei confronti dei delinquenti nati, pazzi o abituali⁴¹.

4. L'interpretazione secondo il tecnicismo giuridico

A dire il vero, il divieto di avvalersi dell'interpretazione logica *in malam partem* non era così «universalmente ricevuto», tant'è che già il Carmignani aveva incidentalmente ritenuto ammissibile l'interpretazione estensiva quando il caso controverso fosse stato ricompreso nello spirito, ma non nella lettera della legge, purché le parole non fossero così oscure da richiedere l'intervento del legislatore⁴².

Lo spunto fu ripreso da Emilio Brusa, il quale invitava l'interprete a non guardare «alla sola lettera, ma altresì al pensiero che va al di là di essa» ogni qual volta fosse stato possibile ricavare «il *di più* volutosi esprimere dal legislatore, ma non espresso da quella locuzione ristretta che egli usò»⁴³.

Tuttavia, il superamento della concezione liberale si realizzò senza un dibattito vero e proprio a partire dagli inizi del XX secolo. Nello stesso arco di tempo in cui Alfredo Rocco descriveva l'attività dei giu-

⁴⁰ E. Ferri, *Rigorismo penale e scuola positiva*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale» III (1893), 1, pp. 111-112.

⁴¹ E. Ferri, *Interpretazione della legge e Scuola positiva*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale» III (1893), 1, p. 161.

⁴² G. Carmignani, *Juris Criminalis Elementa*, vol. I, Nistri, Pisa 1833, § 685, p. 250 (tr. it. di F. Caruana Dingli, *Elementi di diritto criminale*, cit., p. 250).

⁴³ E. Brusa, *Analogia nell'interpretazione della legge penale. Efficacia nel tempo e nello spazio*, in «Il Filangieri», XIV (1889), Parte I, p. 92.; E. Brusa, *Prolegomeni al diritto penale*, cit., pp. 355-356.

dici nei termini di una «pura operazione logica»⁴⁴, il fratello Arturo si esprimeva così nella celebre prolusione sassarese del 1910, considerata il manifesto del tecnicismo giuridico:

Si è creduto che il divieto sancito dall'art. 4 delle disposizioni preliminari e dall'art. 1° del codice penale, di estendere le leggi penali oltre i casi in esse espressi, tagliasse addirittura le mani all'interprete che si appresta a cogliere l'intima portata del dettato legislativo penale; e così l'interpretazione si ridusse spesso a un automatismo meccanico e gretto consistente nel vedere, col vocabolario alla mano, se le ipotesi letteralmente e strettissimamente previste dal legislatore penale si fossero nel fatto verificate. Gravissimo errore. Il divieto in parola non esclude, anzi include e presuppone davanti a sé l'interpretazione *logica*, e non soltanto grammaticale, della norma legislativa [...]. L'interpretazione di cui parliamo può essere non soltanto *restrittiva*, ma anche *estensiva* e *modificativa* [...]. Ciò che nelle materie penali viene interdetto all'interprete non è già l'interpretazione *estensiva* della norma legislativa, bensì soltanto l'interpretazione *analogica*⁴⁵.

Si delinea così uno schema argomentativo che chiameremo concezione tecnicistica⁴⁶: mentre l'interpretazione estensiva riguarderebbe i casi che non sono contemplati dalla lettera della disposizione legislativa, ma che dovrebbero rientrarvi alla luce della volontà del legislatore, l'a-

⁴⁴ Alfredo Rocco, *La sentenza civile. Studi*, Bocca, Torino 1906, p. 34. Sul dibattito che ne seguì, C. Nitsch, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Giuffrè, Milano 2012, p. 61 ss.

⁴⁵ Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, I (1910), p. 563, disponibile anche nella ristampa anastatica contenuta in S. Seminara, *Prefazione ad Arturo Rocco. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, a cura di M. del Tufo, G. Gentile, Editoriale scientifica, Napoli 2020.

⁴⁶ Sulla scorta di uno spunto di G. Vassalli, *Limiti del divieto di analogia in materia penale (norme ordinarie e norme eccezionali)*, Giuffrè, Milano 1942, p. 2 in nota, il quale riconosce alla scuola tecnico-giuridica, oltre che alla civilistica, il «merito» del superamento della concezione liberale. Beninteso, questa idea di base conoscerà numerose varianti ad opera di studiosi in nessun modo riconducibili al tecnicismo.

nalogia presupporrebbe l'assenza di una precisa disposizione di legge, sia pure interpretata estensivamente⁴⁷.

La prolusione sassarese toccava però un tasto dolente per il penalista, e cioè che la dottrina dell'interpretazione era stata elaborata «principalmente, se non esclusivamente, dai cultori del diritto privato e ai fini del diritto privato», e richiedeva pertanto una «revisione critica fondamentale»⁴⁸.

A tal proposito, Rocco diede il suo contributo nell'*opus magnum* sull'oggetto giuridico del reato, cercando di dare concretezza al criterio logico attraverso lo strumento del bene giuridico: la volontà del legislatore fu infatti identificata nello scopo di tutela perseguito da ogni singola fattispecie di reato, che è quello di tutelare giuridicamente beni individuali o collettivi dalle condotte che li offendono nella forma del danno o del pericolo di danno; tali beni andrebbero individuati in base agli elementi costitutivi di ogni singolo reato attraverso un sottile lavoro di analisi e insieme di sintesi certo impegnativo, ma allo stesso tempo essenziale per l'applicazione pratica del diritto penale⁴⁹.

Nel frattempo, la penalistica aveva cominciato a confrontarsi (seppure criticamente) con le nuove proposte metodologiche che animavano il

⁴⁷ Così, Arturo Rocco, *L'oggetto giuridico del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Torino, Milano, Roma 1913, p. 549 ss. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 563, si limita a citare il civilista F. Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Jovene, Napoli 1904, p. 141 (cfr. anche l'ultima edizione del 1917, p. 146), ad avviso del quale nell'interpretazione estensiva «si riconosce che la norma si contiene espressa nella legge, ma che solo le parole non ne adeguano l'estensione: nell'analogia invece si riconosce che la norma per il caso non vi è, ma che se la legge avesse data una norma per esso, avrebbe dettata quella stessa norma che si ha per il caso simile previsto». Analogamente, E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Barbera, Firenze 1888, p. 24, secondo cui «a differenza dell'interpretazione estensiva, che estende soltanto le parole della legge» l'analogia ne estenderebbe «il pensiero».

⁴⁸ Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 563.

⁴⁹ Rocco, *L'oggetto giuridico del reato*, cit., p. 479 ss., p. 580 ss.

dibattito dottrinale, dal criterio storico-evolutivo alla scuola del diritto libero⁵⁰.

Se la reazione a queste posizioni fu generalmente assai cauta nel primo caso⁵¹, decisamente critica nel secondo⁵², una voce fuori dal coro fu rappresentata da Eduardo Massari, che nel 1913 sottolineava il carattere creativo dell'interpretazione giudiziaria⁵³, parlava dell'insufficienza degli elementi letterali nell'individuazione della norma applicabile e arrivava a mettere in discussione il divieto di analogia in materia penale⁵⁴.

Al di là di queste eccezioni, il dibattito metodologico si attestò su posizioni molto più tradizionali anche dopo l'emanazione del codice penale del 1930, trovando la sua sistematizzazione nella monografia di Girolamo Bellavista sull'interpretazione della legge penale⁵⁵.

⁵⁰ Una ricca esposizione nell'opera del civilista F. Degni, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1909, p. 160 ss., p. 268 ss. (sull'interpretazione estensiva in diritto penale).

⁵¹ B. Alimena, *Principi di diritto penale*, vol. I, Pierro, Napoli 1911, p. 214; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Bocca, Torino 1908, p. 203.

⁵² B. Alimena, *Principi*, cit., p. 210; B. Franchi, Recensione a *Hermann U. Kantorowicz. La lotta per la scienza del diritto – Traduzione, prefazione e note del giudice R. Majnetti*, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale», XIX (Serie II-VIII) (1909), 9, p. 551 ss.

⁵³ E. Massari, *La norma penale*, Cavotta, S. Maria C.V. 1913, p. 21 ss. Riserve sulla natura creativa della giurisprudenza nella recensione di G. Battaglini, in «La scuola positiva nella giurisprudenza penale», XXIII (Serie III-IV) (1913), 1, p. 390 ss.

⁵⁴ Massari, *La norma penale*, cit., p. 19 ss., p. 134 ss., e qui un'affermazione che sembra anticipare una delle tesi fondamentali dell'ermeneutica giuridica, quella del carattere tipologico delle fattispecie (cfr. § 6): poiché «la liceità e l'illiceità giuridica sono ordini di dimensioni mobili, il legislatore deve, d'ordinario, contentarsi di fissare soltanto i caratteri più generali e meno incostanti dei rapporti, che intende di regolare. Le leggi, quindi, si producono in categorie, che, mentre mal riescono a definire un contenuto mutabile, sono, spesso, insufficienti a qualificar il caso concreto». Un approccio più tradizionale in E. Massari, *Le dottrine generali del diritto penale*, Jovene, Napoli 1930, p. 22 ss.

⁵⁵ G. Bellavista, *L'interpretazione della legge penale* (1936), Ristampa inalterata, Giuffrè, Milano 1975.

Tra le varie acquisizioni che trovarono conferma, dal carattere conoscitivo dell'attività giudiziale⁵⁶ al binomio tra il criterio letterale e quello logico (all'interno del quale rientravano anche considerazioni storiche, teleologiche, sociali e politiche⁵⁷), c'è anche la concezione tecnicistica dell'interpretazione estensiva, sicché per rispettare la volontà legislativa sarebbe doveroso manipolare un termine che ha «un *solo* significato, un *solo* senso, è *senza* sinonimi, è chiaro come la luce del sole»⁵⁸.

5. Formalismo e antiformalismo nella penalistica del XX secolo

Con l'entrata in vigore dell'attuale art. 14 delle disposizioni preliminari al c.c. 1942, che vieta l'applicazione (e non più l'estensione, come il previgente art. 4 disp. prel. c.c. 1865) delle leggi penali e di quelle eccezionali oltre i casi e i tempi in esse considerati, la questione della legittimità dell'interpretazione estensiva *in malam partem* sembrò chiusa⁵⁹ e il dibattito si concentrò sul divieto di analogia e sull'opportunità di seguire l'esempio del legislatore nazista, che nel 1935 lo aveva abolito⁶⁰.

⁵⁶ A favore del carattere creativo, G. Maggiore, *L'interpretazione della legge come atto creativo*, Ergon, Palermo 1914; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Duncker & Humblot, München-Leibniz 1933, tr. it. di F. Mandalari, *Diritto penale*, Cedam, Padova 1935, p. 102 ss.

⁵⁷ Bellavista, *L'interpretazione della legge penale*, cit., p. 56 ss. Cfr. A. De Marzio, *Diritto penale. Parte generale* (1937), Ristampa, Jovene, Napoli 1969, p. 35; F. Grispigni, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, vol. I, Cedam, Padova 1932, p. 338 ss.

⁵⁸ Bellavista, *L'interpretazione della legge penale*, cit., p. 95.

⁵⁹ G. Vassalli, *Limiti del divieto di analogia in materia*, cit., p. 1 ss.

⁶⁰ Per tutti, P. Nuvolone, *La riforma del § 2 del Codice penale germanico* (1938), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova 1969, p. 1 ss.; G. Vassalli, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte di applicazione del § 2 del codice penale del Reich*, in «Rivista di diritto penitenziario», VIII (1937), 5, p. 907 ss.

Non mancarono però approcci di respiro più ampio. Ci si riferisce in particolare al c.d. realismo giuridico di Francesco Antolisei e al metodo teleologico di Giuseppe Bettiol, entrambi profondi conoscitori del dibattito antiformalistico, ma soprattutto autori di manuali che avrebbero formato generazioni di penalisti⁶¹.

A dire il vero, il realismo di Antolisei fu inizialmente declinato in funzione dei nuovi assetti politici dello stato autoritario, per poi essere successivamente depurato dalle tesi più ideologicamente compromesse⁶². La critica all'idolatria della lettera della legge e alle categorie astratte, la riflessione sull'indissolubile connessione tra il diritto e la realtà sociale, l'assunto che la conoscenza del fatto regolato dalla norma è indispensabile per accertarne la *ratio*, il riconoscimento del ruolo dei giudizi di valore nelle pratiche interpretative e nelle concettualizzazioni dei giuristi, si univa all'affermazione che «l'indirizzo formalistico» fosse al servizio dell'ideologica liberale, e quindi non avesse una validità storica incondizionata⁶³.

Pertanto, in uno stato autoritario il tema dei rapporti tra legge e giudice andava ripensato:

⁶¹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Giuffrè, Milano 2003, dalla quale cito (prima ed. 1948); G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 1982, dalla quale cito (prima ed. Priulla, Palermo 1945; ultima ed. con alcune modifiche ad opera del coautore: G. Bettiol, L. Pettoello-Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 1986).

⁶² F. Antolisei, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», IX (1937), 2, p. 121 ss., ripubblicato in forma aggiornata con il titolo *Il metodo nella scienza del diritto penale*, in Id., *Problemi penali odierni*, Giuffrè, Milano 1940, p. 1 ss., e successivamente con il titolo originario, ma con alcune significative omissioni, in Id., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano 1955, p. 3 ss. In sintesi F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 38 ss.

⁶³ Antolisei, *Il metodo nella scienza del diritto penale*, cit., p. 34. Si tratta di un paragrafo intitolato *Lo sfondo storico del formalismo* che non è stato riprodotto negli *Scritti di diritto penale*.

Il giudice nello Stato odierno, lungi dall'essere, come volevano i teorici dell'illuminismo, una specie di macchina logica, va considerato come un organo vivente dello Stato, organo che per necessità di cose – data l'astrattezza e la genericità delle norme penali – ha il compito di continuare, con giudizi valutativi, l'opera del legislatore nello spazio che questi ha lasciato libero⁶⁴.

A tal proposito, Antolisei osservava che l'evoluzione della politica legislativa andava nel senso dell'incremento degli spazi di discrezionalità del giudice, non solo sul piano della commisurazione della pena in senso lato⁶⁵, ma anche su quello dell'interpretazione delle fattispecie, spesso formulate in termini generali (ad es, i reati di vilipendio; l'art. 588 c.p., che incrimina «chiunque partecipa a una rissa»; l'aggravante della premeditazione, ecc.): tutto ciò smentiva la tesi del carattere conoscitivo dell'interpretazione e metteva in discussione lo schema del sillogismo giudiziario⁶⁶, portando alla conclusione che il giudice non crea il diritto, «ma *concorre* alla creazione di esso, *integrando*, ove occorra, i comandi legali»⁶⁷.

⁶⁴ Ivi, p. 56. Anche in questo caso, il paragrafo dedicato alle *Dottrine da aggiornare*, nel quale questo passo è inserito, non compare negli *Scritti di diritto penale*.

⁶⁵ Ciò era stato riconosciuto dallo stesso codificatore: cfr. Ministero della Giustizia e degli affari di culto, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, *Testo del nuovo codice penale, con la relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Tipografia della Mantellate, Roma 1930, p. 27. Nel senso che il potere discrezionale del giudice nella fase commisurativa sarebbe «un connotato indefettibile di un diritto penale moderno», N. Mazzacuva, *A proposito della «interpretazione creativa in materia penale»: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano 2006, p. 439.

⁶⁶ In quegli anni sottoposto a una critica demolitoria da parte di G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), ristampa, Cedam, Padova 1964, p. 46 ss., parzialmente accolta da F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge* (1940), in Id., *Scritti di diritto penale*, cit., p. 52.

⁶⁷ F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge*, cit., p. 52. La tesi è confermata in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 89.

In questo scenario, il fondamento del divieto di analogia *in malam partem* non sarebbe stato così saldo, né sul piano politico-istituzionale perché in astratto l'interesse a circoscrivere i poteri del giudice potrebbe appartenere sia allo stato liberale sia a quello autoritario; né su quello politico-criminale, giovando il divieto «specialmente a coloro che agiscono ai margini della legge e sanno approfittare delle sue imperfezioni»⁶⁸; e neppure su quello della certezza del diritto, se si fosse accolta la tesi del primo Norberto Bobbio sulla natura strettamente logica del ragionamento analogico⁶⁹; a sostegno del divieto restavano pertanto solamente contingenti considerazioni sull'opportunità pratica di ampliare ulteriormente i poteri del giudice⁷⁰.

Anche Giuseppe Bettiol ha riflettuto a lungo sui temi metodologici⁷¹, ma da una prospettiva cristiano-liberale⁷². Il suo teleologismo si proponeva di mediare tra l'approccio logico-sistematico della giurisprudenza concettuale, che restava un elemento indispensabile del sapere scientifico, e l'apertura all'esperienza propugnata dalle prospettive antiformaliste. La chiave di volta era vista nella giurisprudenza dei valori, che

⁶⁸ F. Antolisei, *Il giudice penale e la legge*, cit., p. 57.

⁶⁹ N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della Regia Università, Torino 1938, p. 87 ss.; N. Bobbio, *L'analogia e il diritto penale*, in «Rivista penale», LXIV (1938), 1, p. 527 ss.; N. Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto. Corso dell'anno accademico 1940-1941* (1941), a cura di M. La Torre, Soveria Mannelli, 2022, pp. 146-149.

⁷⁰ In F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 72, le ragioni contingenti che deporrebbero a favore del divieto di analogia *in malam partem* in Italia sono identificate nella «litigiosità [...] assai diffusa» e nel fatto che sarebbe «fortemente sentito il timore per l'arbitrio del giudice».

⁷¹ Prezioso G. Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni Trenta*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVII (2008), p. 325 ss.

⁷² Sulle varie forme di liberalismo individuate da Bettiol, e sull'ideale di democrazia penale da lui prediletto, cfr. G. Bettiol, *Il problema penale* (1948), in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Cedam, Padova 1966, p. 641 ss.

non intendeva affidarsi all'intuizione irrazionale⁷³, ma piuttosto a una logica concreta «che si preoccupa di dare un contenuto ai propri concetti perché questi scendano dal regno delle pure astrazioni per mettersi in contatto con la realtà. Questa realtà nel campo penale è data dal bene giuridico»⁷⁴.

Pietro Nuvolone, che già sotto il fascismo aveva ragionato sull'alternativa tra formalismo e realtà opponendosi alle derive irrazionalistiche della c.d. scuola di Kiel⁷⁵, e che subito dopo aveva invitato la scienza penalistica a svincolarsi dal dogma statualista e a indirizzarsi verso lo studio delle categorie logiche sostanziali⁷⁶, obiettò al metodo teleologico di incorrere in un circolo vizioso: «s'interpreta la legge per trovarne lo scopo; il quale, a sua volta, serve per l'interpretazione della legge»⁷⁷.

La risposta di Bettiol precorre in qualche modo la figura del circolo ermeneutico⁷⁸, nel senso che l'identificazione dello scopo dovrebbe necessariamente prendere le mosse da un sommario contatto con la disposizione incriminatrice, ma la «vera interpretazione» subentrerebbe solo in un momento successivo, attraverso «un'operazione ermeneutica che

⁷³ G. Bettiol, *A proposito di «cose lette»*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 531 ss.

⁷⁴ G. Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 86.

⁷⁵ P. Nuvolone, *Formalismo e realtà* (1941), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova 1969, p. 42 ss. Sull'attacco sferrato dalla scuola di Kiel contro i caposaldi del diritto penale liberale, per tutti Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 438-440.

⁷⁶ P. Nuvolone, *Il momento penale* (1946), in Id., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, cit., p. 150, dove si ribadiva il giudizio critico verso l'irrazionalismo tedesco, ci si compiaceva dell'indirizzo legalitario mantenuto dalla penalistica italiana nel corso del ventennio fascista e si guardava con interesse al *common law*.

⁷⁷ P. Nuvolone, *Il possesso nel diritto penale*, Vita e Pensiero, Milano 1942, p. 56. Rispetto a Bettiol, P. Nuvolone, *I limiti taciti della legge penale*, Priulla, Palermo 1947, p. 46 ss.

⁷⁸ L'accostamento è esplicito in F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova 1979, p. 325 ss.

abbia cura di controllare, criticamente e in modo graduale, ogni diversa soluzione ipotetica via via prospettata»⁷⁹.

Critiche ben più severe furono rivolte a Bettiol da Biagio Petrocelli, che intervenne in difesa del tecnicismo giuridico rimarcando come quest'ultimo non fosse insensibile alla realtà sociale e agli aspetti contenutistici del problema penale⁸⁰, purché non si fosse trattato di contenuti metagiuridici: il teleologismo di Bettiol sarebbe stato quindi condivisibile, ma non particolarmente innovativo⁸¹, se lo scopo (o valore o bene giuridico che dir si voglia) fosse stato ricavato dalla realtà giuridica; sarebbe stato invece da criticare se avesse preteso di fondare l'interpretazione «su valori fondati aprioristicamente, estranei al processo di origine e di formazione del diritto positivo»⁸².

A dispetto delle affermazioni di principio, le posizioni dei due grandi giuristi non furono poi così distanti sul piano delle conseguenze applicative. Negli anni bui della dittatura, Bettiol e Petrocelli si erano entrambi schierati contro la scuola di Kiel⁸³ e avevano difeso il divieto di analogia *in malam partem* argomentando che i valori della certezza del

⁷⁹ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 138 e nota 171, richiamando A. Molari, *La tutela penale della condanna civile*, Cedam, Padova 1960, p. 250 ss. Cfr. anche L. Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, Jovene, Napoli 1951, p. 7. Più di recente, G. Contento, *Corso di diritto penale*, vol. I, Laterza, Bari-Roma 2003, p. 95 ss.

⁸⁰ B. Petrocelli, *I limiti della scienza del diritto penale* (1931), in Id., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova 1952, p. 24 ss.

⁸¹ In altro contesto, B. Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale* (1941), in Id., *Saggi di diritto penale*, cit., p. 354. Cfr. anche F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. I, Giuffrè, Milano 1950, p. 338 nota 11.

⁸² B. Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale* (1950), in Id., *Saggi di diritto penale*, cit., p. 416.

⁸³ Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, cit., p. 356; Petrocelli, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, p. 417, dove si dà atto del ruolo di Bettiol; G. Bettiol, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 388 ss.; G. Bettiol, *Bene giuridico e reato* (1938), in *Scritti giuridici*, vol. I, cit., p. 318 ss.

diritto e della sicurezza giuridica non erano incompatibili con lo stato autoritario⁸⁴ (a differenza di quanto opinava Giuseppe Maggiore, che invece quel divieto voleva abolire⁸⁵).

Anche le loro posizioni sull'interpretazione avevano diversi punti di contatto, qualificando entrambi l'attività giudiziale in termini conosciuti e non creativi⁸⁶, ammettendo l'adattamento delle fattispecie incriminatrici all'evoluzione tecnologica⁸⁷, e condividendo la concezione tecnicistica all'epoca pacifica, in base alla quale l'interpretazione estensiva, a differenza dell'analogia *in malam partem*, presupporrebbe l'esistenza

⁸⁴ G. Bettiol, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia* (1943), in Id., *Scritti giuridici*, vol. II, cit., p. 595 ss.; Petrocelli, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, cit., p. 359 ss. In precedenza, già G. Delitala, *Criteri direttivi del nuovo codice penale* (1935), in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, Milano 1976, p. 344.

⁸⁵ G. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale» XI (1939), 1, p. 156 ss. Posizioni più moderate in G. Maggiore, *Diritto penale*, vol. I, *Parte generale*, Tomo primo, Zanichelli, Bologna 1958, p. 127 ss., dove peraltro si recepisce la concezione tecnicistica. Ritengono che la linea argomentativa di Bettiol, di Delitala e di Petrocelli, apparentemente compromessa con l'ideologia fascista, fosse in realtà strumentale a farsi comprendere dagli interlocutori, Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale degli anni Trenta*, cit., p. 331 ss. (su Delitala e Bettiol); M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, Tomo I, Giuffrè, Milano 2007, p. 584-585 nota 152 (a proposito di Petrocelli).

⁸⁶ Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., pp. 328-329; Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 134-135 (dove si parla anche di attività «sottilmente creativa»); B. Petrocelli, *Principi di diritto penale*, vol. I, *Introduzione - La norma penale - Il fatto*, Jovene, Napoli 1955, p. 124 ss.

⁸⁷ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 132; Petrocelli, *Principi di diritto penale*, cit., p. 125, e qui il caso del furto di energie elettriche, ritenuto punibile già prima dell'espressa equiparazione compiuta dall'art. 624, comma 2, c.p. tra cose mobili ed energie (cfr. però B. Petrocelli, *L'appropriazione indebita*, Morano, Napoli 1933, p. 165 ss.).

di una norma, sia pure manipolata nel suo tenore letterale alla luce della *ratio*⁸⁸.

Rispetto a questa impostazione consolidata, Norberto Bobbio aveva però obiettato che anche l'analogia legale (e non solo l'interpretazione estensiva) implicherebbe l'esistenza di una norma, ossia quella da applicare al caso simile non disciplinato; viceversa, anche l'interpretazione estensiva alla luce della *ratio* (e non solo l'analogia) si baserebbe su una volontà presunta del legislatore; insomma, sia l'interpretazione estensiva, sia l'analogia porterebbero alla regolamentazione di un caso non disciplinato da una norma positiva sulla scorta di un identico procedimento mentale⁸⁹.

Se per il primo Bobbio tutto ciò conduceva all'equiparazione tra analogia legale e interpretazione estensiva⁹⁰, Alberto Burdese e Marcello Gallo ritennero invece che la distinzione tra esistenza (=interpretazione estensiva) e inesistenza della norma (=analogia) fosse possibile perché ogni proposizione normativa opporrebbe all'interprete dei limiti insuperabili:

⁸⁸ Bettiol, *Diritto penale*, cit., p. 140 ss.; Petrocelli, *Principi di diritto penale*, cit., p. 132. Cfr. R.A. Frosali, *Sistema penale italiano*, vol. I, Utet, Torino 1958, p. 316 ss.; F. Grispiigni, *Diritto penale italiano*, cit., p. 343; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino 1950, p. 303 ss.; C. Saltelli, E. Romano, Di Falco, *Commento teorico-pratico del codice penale*, vol. I, Jandi Sapi, Roma 1956, p. 41.

⁸⁹ Bobbio, *L'analogia e il diritto penale*, cit., pp. 536-537.

⁹⁰ Successivamente N. Bobbio, voce *Analogia*, in *Novissimo digesto*, vol. I, Utet, Torino 1957, p. 605; N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), in Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 269-270, accoglierà la fortunata distinzione proposta da M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in «Jus» II (1941), 4, p. 530 ss., p. 543 ss. Un ulteriore aggiustamento di tiro in N. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in «Giurisprudenza italiana» CXX (1968), I, p. 695 ss. Le tesi del primo Bobbio sono riprese in M. Boscarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo 1955, p.1 ss., p. 29 ss., p. 150 ss.; F. Ramacci, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Giuffrè, Milano 1970, p. 179 ss.

se entro questi termini, sia pure spostati sino alla massima capacità di espansione delle parole, resteremo sempre nell'ambito delle norme stesse, è certo che a un dato momento il confine sarà raggiunto né potrà essere superato senza rinunziare ad attribuire alle parole un significato comunque risultante dall'uso⁹¹.

Questa impostazione, che chiameremo tesi del possibile significato letterale, sarà ripresa da Franco Bricola nel suo fondamentale studio sulla discrezionalità⁹², per poi essere recepita come un dato di fatto dalla dottrina contemporanea⁹³, nonché dalla Corte costituzionale⁹⁴. La con-

⁹¹ A. Burdese, M. Gallo, *Ipotesi normativa ed interpretazione del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», LXXXVI (1949), 1-4, p. 370. Il passo è riprodotto in M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, Torino 2021, p. 79. Non così chiaro F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 88 ss., p. 98 ss.

⁹² F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 209, che cita M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, a.a. 1962-63, p. 30 (*non vidi*). Successivamente F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 367 ss., non richiamerà né Bricola né Gallo, bensì la dottrina tedesca e Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 698 ss.

⁹³ Cfr. tra i tanti, S. Aleo, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2016, p. 70 ss.; S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, il Mulino, Bologna 2017, p. 155 ss.; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 96 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Generale*, Wolter Kluwers-Cedam, Milano 2020, p. 80 (e già nella prima edizione, Cedam, Padova 1979, pp. 104-105); A. Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Wolter Kluwers-Cedam, Milano 2020, p. 54 ss., p. 85 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 84 ss.; problematicamente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 118 ss.; p. 138 ss. (e già nella prima edizione, Zanichelli, Bologna 1985, p. 47, dove si dubitava anche della legittimità dell'interpretazione estensiva, mentre oggi si conclude che tra le diverse opzioni dovrebbe scegliersi quella più rispettosa dell'*extrema ratio*).

⁹⁴ Cfr. § 1. Non a caso, l'esposizione più articolata della tesi del possibile significato letterale si deve al relatore della sentenza n. 98 del 2021, ossia F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, I, *L'offesa mediante violenza*, Giuffrè, Milano

cezione tecnicistica, che per buona parte del XX secolo ha ricevuto il consenso della penalistica italiana⁹⁵, non sarà mai esplicitamente confutata, ma semplicemente dimenticata.

Gallo e Bricola saranno anche tra i primi protagonisti di quell'ap-proccio costituzionale che, grazie al contributo di più generazioni di studiosi, si è tradotto in una ricostruzione sistematica del volto costituzionale dell'illecito penale⁹⁶.

Limitandoci ai profili che ci interessano più da vicino, il legislatore: a) deve formulare le fattispecie incriminatrici in maniera il più possibile chiara e precisa, evitando le clausole di c.d. analogia esplicita che non consentano di individuare una classe omogenea di fatti (ad es., il previgente art. 600 c.p. incriminava la riduzione in schiavitù «o in una condizione analoga alla schiavitù»); b) può incriminare solamente comportamenti che ledano o mettano in pericolo beni giuridici meritevoli

2002, p. 205 ss., che significativamente si confronta solo con la dottrina tedesca (per un quadro più aggiornato, C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, Beck, München 2020, p. 221 ss.).

⁹⁵ La si ritrova forse in G. Vassalli, voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, Utet, Torino 1987, p. 159 ss., che riprende Giannini, a meno che la tesi di quest'ultimo non corrisponda sostanzialmente a quella del possibile significato letterale (così L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*, vol. I, Utet, Torino 1987, p. 327). Il dubbio sorge dal fatto che Giannini, *L'analogia giuridica*, cit., p. 530 ss., non parla di significato, ma di un «quid comune» tra il caso regolato e quello non regolato che sarebbe ricavabile dalla norma nel caso dell'interpretazione estensiva, da un'altra norma contenente un principio superiore nel caso di analogia: sicché si avrebbe interpretazione estensiva se una disposizione civile relativa a giardini e cortili si applicasse agli orti, trovandosi l'elemento comune all'interno della norma (si tratta pur sempre di «spiazzi circostanti la casa»). Ciò non toglie che andrebbe effettuata un'analisi approfondita sulla casistica per verificare la dimensione operativa della concezione tecnicistica.

⁹⁶ Un bilancio di questa esperienza in M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana* (2001), in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova 2003, p. 37 ss.

di tutela (principio di offensività in astratto); c) non può rinunciare ai requisiti che fondano la rimproverabilità soggettiva (principio di colpevolezza); d) non può adottare sanzioni sproporzionate al disvalore del fatto (principio di proporzione).

Invece, il giudice penale deve: e) verificare la corrispondenza tra lo schema legale e l'episodio di vita, non potendo ricorrere all'analogia *in malam partem*; f) appurare se il comportamento incriminato offende in concreto il bene giuridico (principio di offensività in concreto); g) reinterpretare il sistema alla luce del principio di colpevolezza, inserendo nelle residue ipotesi di responsabilità oggettiva il requisito della colpa, anche se non testualmente prevista⁹⁷.

Un'ultima considerazione: Marcello Gallo, talvolta ascritto alla schiera degli intransigenti difensori di una concezione rigidamente legalistica (e quindi formalistica)⁹⁸, fu il primo a promuovere l'idea dell'offensività in concreto⁹⁹; viceversa Pietro Nuvolone, nel quale si è individuato un illuminato precursore dell'apertura culturale alla dimensione applicativa del diritto¹⁰⁰, sposava la tesi del carattere conoscitivo dell'interpretazione, era contrario all'analogia *in bonam partem* e valutava con grande cautela gli orientamenti antiformalistici della dottrina e (soprattutto)

⁹⁷ Basti il rinvio a G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 9 ss., p. 109 ss.

⁹⁸ P. Grossi, *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXV (2006), Tomo II, p. 1046.

⁹⁹ Già abbozzata in M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, Milano 1953, p. 151 ss. Un approfondito *excursus* critico sugli sviluppi di questa concezione in M. Mantovani, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bup, Bologna 2014, p. 14 ss.

¹⁰⁰ M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXIV (2015), Tomo I, p. 174 ss.

della giurisprudenza¹⁰¹; questo per dire non solo che tra Alice e Humpty Dumpty ci sono varie sfumature, ma anche che lo stesso studioso può avvicinarsi all'una o all'altro a seconda della problematica giuridica affrontata.

6. La penalistica italiana e l'ermeneutica giuridica

Fin dagli anni Cinquanta del secolo scorso, la scuola napoletana ha mostrato una grande sensibilità alle tematiche metodologiche, dall'intervento di Luigi Scarano che rivisitava il criterio teleologico alla luce della giurisprudenza degli interessi¹⁰², alle dettagliate ricostruzioni storico-domatiche di Mario Porzio, nelle quali si sosteneva che il dibattito tra giurisprudenza concettuale e giurisprudenza degli interessi avvenuto in Germania nei primi del 900 non andava letto esclusivamente in chiave ideologica, come uno scontro tra conservatori e progressisti, ma soprattutto in chiave tecnica: l'insegnamento da trarre dal *Methodenstreit* era che il concettualismo (nelle sue varie forme storiche) non garantiva né la certezza del diritto né la correttezza dell'interpretazione¹⁰³; bastava infatti modificare surrettiziamente il contenuto di un determinato concetto (ad esempio, la nozione di responsabilità ai fini dell'interpretazione dell'art. 27 Cost.¹⁰⁴) per ottenere un risultato interpretativo

¹⁰¹ P. Nuvolone, *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto* (1979) e P. Nuvolone, *Tendenze sostanzialistiche nella più recente dottrina e giurisprudenza penale italiana* (1972), entrambi in Id., *Il diritto penale degli anni Settanta. Studi*, Cedam, Padova 1982, rispettivamente p. 152 ss.; 258 ss.

¹⁰² Scarano, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, cit., p. 10 ss.

¹⁰³ M. Porzio, *Sulla scelta del metodo nella interpretazione*, in «Archivio penale» XVII (1964), 1, p. 413 ss.; M. Porzio, *Le origini del formalismo giuridico*, in «Bollettino della Biblioteca degli Istituti giuridici dell'Università di Napoli», VII (1961), 3, p. 254 ss.; M. Porzio, *La rivolta contro il formalismo*, VIII (1962), 2, p. 203 ss.

¹⁰⁴ M. Porzio, *Norme penali incostituzionali e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Quaderni dell'«Archivio penale», Roma 1966, p. 56 ss. Cfr. anche M.

diverso, precludendosi in questo modo «la comprensione dei fini e del significato dell'ordinamento giuridico»¹⁰⁵.

Muovendosi in questo fecondo contesto culturale, qualche anno dopo Vittorio de Francesco presentava al penalista italiano alcune acquisizioni dell'ermeneutica giuridica (in particolare quelle di Karl Engisch, Josef Esser, Winfried Hassemer, Arthur Kaufmann, Karl Larenz)¹⁰⁶: la necessità di coniugare il pensiero sistematico con quello problematico, e quindi la certezza del diritto con la giustizia, senza sacrificare l'apertura del sistema alla realtà, ma allo stesso tempo senza cadere nell'irrazionalismo; il superamento del dualismo tra essere e dover essere, perché l'interpretazione non consisterebbe nella sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, ma in un processo analogico di adeguamento reciproco dell'uno nell'altra; il carattere progressivo del ragionamento giuridico, che consisterebbe nella verifica costante di un'ipotesi di ricerca, di una precomprensione, in relazione ai rapporti tra la fattispecie e i suoi elementi costitutivi, il sistema, la *ratio*, e naturalmente il fatto concreto¹⁰⁷.

Quasi contemporaneamente, Francesco Palazzo inseriva nella sua fondamentale monografia sul principio di determinatezza una densa riflessione sul *Typus*, quella categoria dell'ermeneutica giuridica che si

Massa, *Le attenuanti generiche*, Jovene, Napoli 1959, p. 45 ss.; A.R. Latagliata, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano, Napoli 1967, p. 33 ss. A.M. Stile, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, Napoli 1971, p. 43 ss. sui rapporti tra discrezionalità e circostanze.

¹⁰⁵ D. Santamaria, *Considerazioni sull'applicabilità dell'amnistia al reato continuato* (1954), in Id., *Scritti di diritto penale*, Kluwer Ipos, Milano 1996, p. 432.

¹⁰⁶ Sulla natura di questo movimento, e sugli autori che esso ricomprende, G. Carlizzi, V. Omaggio, *Presentazione dei curatori*, in Id. (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Ets, Pisa 2016, p. 15 ss.

¹⁰⁷ Puntuali riferimenti in G.V. de Francesco, *In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato*, in «Archivio penale», V (1975), 1-4, p. 44 ss.; G.V. de Francesco, *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli 1978, p. 53 ss.

colloca a metà strada tra l'astratto e il concreto e che illustra la capacità della fattispecie di aprirsi alla vita (ciò che un concetto astratto, per sua natura caratterizzato da confini rigidi, non potrebbe fare), e contemporaneamente di valutarla (cogliendo quel significato essenziale della realtà in grado di riprodursi in un'infinità di occorrenze concrete)¹⁰⁸. In particolare, Palazzo riconosceva a tale dottrina il merito di rappresentare «uno dei più preziosi contributi alla spiegazione del processo conoscitivo dell'uomo» a condizione che il *Typus* fosse inteso «come un'espressione riassuntiva» per indicare tale processo¹⁰⁹, non anche come un dato a sé stante in grado di guidare l'interpretazione¹¹⁰.

Sebbene messi a profitto in studi molto conosciuti, questi apporti dell'ermeneutica giuridica passeranno inosservati¹¹¹, a differenza di quanto avverrà agli inizi del XXI secolo, quando Giovanni Fiandaca metterà la categoria della precomprensione al banco di prova della prassi giudiziaria, mostrando come l'interpretazione sarebbe inevitabilmente influenzata da elementi valutativo-extratestuali di matrice talvolta sociologica, talvolta politico-criminale, fino ad arrivare ai meri pregiudizi personali¹¹².

¹⁰⁸ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 356 ss. Sulle varie concezioni di *Typus* prospettate in dottrina, R. Alagna, *Tipicità e riformulazione del reato*, Bup, Bologna 2007, p. 289 ss.; G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in «Ars interpretandi» XXI (2016), 2, p. 92 ss.; G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Cedam, Padova 2009, p. 108 ss.

¹⁰⁹ Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 358 e p. 361.

¹¹⁰ *Melius re perpensa*, F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXXVI (2007), Tomo II, p. 1311 ss., ravvisa proprio nel tipo criminoso «la più genuina ragion d'essere» del divieto di analogia» (fermo restando il limite negativo del significato letterale).

¹¹¹ Cfr. però M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano 1991, p. 117 ss.

¹¹² G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale nel diritto penale* (2001), in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 32 ss., p. 58 ss.

L'approccio ermeneutico è pertanto utilizzato in chiave dichiaratamente demistificatrice¹¹³, nel senso che la consapevolezza culturale del funzionamento dell'attività interpretativa dovrebbe spingere l'interprete a un controllo razionale sui propri pregiudizi. Le tematiche metodologiche sono pertanto strumentali ad esaminare il fenomeno del c.d. diritto penale giurisprudenziale, più precisamente il rapporto tra il principio di legalità, la separazione dei poteri e la natura dell'interpretazione giudiziaria, definita a seconda dei casi interstiziale¹¹⁴, integrativa¹¹⁵, costruttiva¹¹⁶, se non creativa *tout court*¹¹⁷.

Probabilmente è stata questa impostazione, assieme alla rilettura della precomprensione in chiave soggettivo-emozionale¹¹⁸ invece che

¹¹³ Allude a un tale ruolo della precomprensione, G. Zaccaria, *Introduzione*, in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. VIII.

¹¹⁴ G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., p. 9 (ma in altre occasioni l'A. non ha esitato a parlare di creatività: cfr. ad es. G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica, Napoli 2008, p. 10).

¹¹⁵ D. Pulitanò, *Interpretazione «politica» della legge* (1969), in Id., *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari 1977, p. 48, riprendendo spunti della filosofia analitica e della teoria dell'argomentazione.

¹¹⁶ V. Maiello, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno* (2004), in Id., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 89, nell'ambito di una riflessione aperta agli assunti dell'ermeneutica giuridica.

¹¹⁷ G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale* (1988), in Id., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Laterza, Roma-Bari 2002, p. 225 ss. Sulla questione terminologica, che implicherebbe anche conseguenze sostanziali, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», XXI (2016), 2, p. 25 ss., p. 34 ss.

¹¹⁸ Sulle precomprensione nel pensiero di Esser, cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, p. 156 ss., e qui la critica delle interpretazioni di tale categoria in prospettiva socio-psicologica.

oggettivo-trascendentale¹¹⁹, a indirizzare lo svolgimento del dibattito successivo¹²⁰.

Alcuni hanno infatti ricondotto le tesi ermeneutiche nell'alveo delle correnti culturali che esaltano il carattere creativo dell'interpretazione, ponendosi in irrimediabile contrasto con l'assetto costituzionale¹²¹. In antitesi a queste impostazioni, si è proposto di vietare al giudice penale non solo l'analogia, ma anche l'interpretazione estensiva, come del resto era stato proposto nell'art. 129 della bozza di riforma costituzionale presentata nel 1997 dalla Commissione bicamerale («Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo»)¹²².

Alle stesse conclusioni è giunto anche chi ha recepito gli assunti ermeneutici sul rapporto dialettico tra fatto e norma, sul carattere analogico del processo interpretativo e sulla conseguente differenza quantitativa (non qualitativa) tra analogia e interpretazione estensiva, ma allo stesso tempo ha insistito sull'importanza del testo¹²³, recuperando la tesi del divieto di interpretazione estensiva *in malam partem* già formulata dalla penalistica liberale¹²⁴.

¹¹⁹ Per tutti, V. Omaggio, *Precomprensione della norma e costruzione del fatto*, in Carlizzi, Omaggio, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, cit., p. 77 ss.

¹²⁰ Non sono mancati studi di più ampio respiro, tra i quali O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e precedente*, Giuffrè, Milano 2006.

¹²¹ R. Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza creativa*, Cedam, Padova 2007, p. 71 ss., p. 82 ss. Cfr. L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giurisprudenziale*, cit., p. 25 ss.

¹²² Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui»*, cit., p. 116 ss. Cfr. anche E. Musco, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano 2004, p. 99 ss.

¹²³ M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. Dolcini, C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 697 ss., p. 712 ss. Con un altro percorso argomentativo, ma muovendo sempre da premesse ermeneutiche, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Jovene, Napoli 2012, p. 234 ss.

¹²⁴ Cfr. § 3. Un esplicito rimando a Carrara in M. Ronco, *Il principio di legalità*, cit., p. 168 ss. nota 170.

Si è però osservato che tale divieto potrebbe condurre a esiti grotteschi, ad esempio escludere la responsabilità penale di chi uccide volontariamente una donna perché per un verso l'omicidio doloso incriminato dall'art. 575 c.p. consiste nel cagionare «la morte di un uomo», per un altro il significato «certo» del termine si identifica «con l'essere umano di sesso maschile»¹²⁵. Andrebbe pertanto confermata la distinzione tra analogia *in malam partem* vietata e interpretazione estensiva ammessa, a seconda che sia stato o meno travalicato il confine del possibile significato letterale.

È proprio quest'ultimo punto ad aver suscitato le discussioni più vivaci. Ad avviso di Giorgio Marinucci, gli «spensierati teorici dell'interpretazione 'sempre analogica e creativa'» ignorerebbero le ragioni storiche che hanno determinato l'elaborazione del divieto di analogia, e in particolare le conseguenze della sua abolizione ad opera del legislatore nazista¹²⁶. Da parte sua Massimo Donini, che già negli anni Novanta del secolo scorso aveva ritenuto «in buona parte obbligata e urgente» la recezione penalistica dell'ermeneutica giuridica in campo penale¹²⁷, ha voluto prendere le distanze da quelle «“derive ermeneutiche”» che andrebbero a compromettere la possibilità di concettualizzare il confi-

¹²⁵ F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, cit., p. 521; cfr. anche M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2004, p. 153 in nota; G. Licci, *Figure del diritto penale. Il sistema italiano*, Giappichelli, Torino 2021, p. 20 ss.

¹²⁶ G. Marinucci, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XLII (2007), 4, p. 1267.

¹²⁷ M. Donini, *Teoria del reato. Una Introduzione*, Cedam, Padova 1996, p. 10 nota 14, sottolineando allo stesso tempo che tali risultati non potessero «essere 'importati' nel diritto penale senza pagare un necessario dazio al divieto di analogia».

ne tra analogia e interpretazione estensiva, e quindi di formulare regole metodologiche di tipo prescrittivo¹²⁸.

Tali obiezioni – ha però replicato Massimo Vogliotti – sarebbero prive di fondamento: innanzitutto, la pretesa di valutare la fondatezza dell’ermeneutica giuridica alla luce del divieto di analogia in materia penale sarebbe viziata da concettualismo, perché al contrario dovrebbe essere la sostenibilità teorica di quest’ultimo a dover essere valutata in base alle categorie ermeneutiche¹²⁹; inoltre, l’approccio ermeneutico al problema dell’analogia non sarebbe meramente descrittivo, perché la consapevolezza del carattere analogico/creativo di ogni interpretazione indurrebbe il giudice a motivare con maggiore attenzione le decisioni sfavorevoli al reo¹³⁰; infine, il discrimine tra analogia e interpretazione

¹²⁸ M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, rispettivamente a p. 103 nota 65 e a p. 76. Ampiamente V. Manes, *Dalla fattispecie al precedente: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in «Cassazione penale», LVIII (2018), 6, p. 2227 ss. Sulla metodologia giuridica quale forma di controllo del potere, B. Pastore, *Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica*, in «Ars interpretandi», XXI (2016), 2, p. 63 ss.

¹²⁹ Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 142. Sulla necessità di rendere compatibili le teorie dell’interpretazione con gli artt. 1 c.p., 14 preleggi e 25 comma 2 Cost., cfr. invece V. Velluzzi, *Due (breve) note sul giudice penale e l’interpretazione*, in «Criminalia», 2012, p. 306. Evidenzia la funzione etica del divieto di analogia, G. Zaccaria, *L’analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXXII (1989) p. 1556.

¹³⁰ Vogliotti, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., p. 144, sulla scia di A. Kaufmann, *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Decker § Müller, Heidelberg 1982 (prima ed. del 1965, con postfazione); tr. it. di G. Carlizzi, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli 2003, p. 88; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Heymanns, Köln 1968, tr. it. di G. Carlizzi, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica*, Esi, Napoli 2007, pp. 242-243.

estensiva non andrebbe individuato in base alla tesi del possibile significato letterale, ma attraverso la categoria ermeneutica del *Typus*¹³¹.

7. L'ermeneutica giuridica e la tesi del possibile significato letterale

Premesso che l'ermeneutica giuridica non ha mai preteso di poter prescindere dal testo in vista della libera creazione del diritto¹³², va a questo punto chiarito che l'approccio ermeneutico al problema dell'analogia non si esaurisce nella teoria del *Typus*.

Lo stesso Arthur Kaufmann, che nel 1965 aveva individuato nel *Typus* lo strumento per tracciare i confini tra interpretazione (intrinsecamente analogica) e analogia vietata, nel 1982 ha ammesso che la capacità delimitativa della sua concezione non sarebbe nettamente superiore alla

¹³¹ M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 13 ss., 61 ss., 121 ss. (cfr. però le osservazioni sui limiti del testo a p. 65 ss., la presa di distanze da Humpty Dumpty a p. 97 e gli esempi a p. 118). Valorizzano il *Typus* da prospettive diverse, G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale*, cit., p. 100 ss.; R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LVIII (2015), 4, p. 1178 ss.

¹³² Cfr. H-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grunzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr, Tübingen 1986, tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica*, Bompiani, Milano 2001, p. 675 ss. della traduzione italiana, e su questo passo A. Di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in «Criminalia», 2014, p. 112 ss.; Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 19; J. Hruschka, *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, Beck, München 1972, tr. it. di R. Di Giorgi, *La comprensione dei testi giuridici*, Esi, Napoli 1983, p. 52; Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 130 ss.; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in «Ars interpretandi», II (1997), p. 172 ss.

tesi del possibile significato letterale¹³³. Inoltre, il Kaufmann del 1982 riconosce che gli altri esempi da lui formulati quasi vent'anni prima avevano giustamente dato l'impressione che i confini dell'interpretazione consentita da lui tracciati fossero troppo lati, e conclude associandosi «a coloro che insistono sulla stretta applicazione del principio *'nulla poena sine lege'*»¹³⁴. In questa operazione di grande onestà intellettuale, tuttavia Kaufmann non si preoccupa di chiarire la sua teoria del *Typus* spiegandoci perché avesse cambiato idea sulla possibilità di ricondurre l'energia elettrica nella nozione di cosa oppure di equiparare l'azione all'omissione in mancanza di un'esplicita indicazione normativa¹³⁵.

Altri penalisti di indirizzo ermeneutico hanno invece accolto, con le precisazioni del caso, la tesi del possibile significato letterale.

Karl Engisch esemplifica la distinzione tra analogia e interpretazione estensiva attraverso un celebre esempio modellato sul diritto romano, il quale prevedeva una specifica *actio de pauperie* in caso di danni provocati da quadrupedi (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit*)¹³⁶. Ebbene, si dovrebbe ricorrere all'analogia per concedere l'*actio* a chi è stato danneggiato da uno struz-

¹³³ Kaufmann (1982), *Analogia e natura della cosa*, cit., pp. 86-87, e qui il rilievo che anche i c.d. concetti esatti non sarebbero idonei a vincolare la prassi giurisprudenziale, come nell'ipotesi in cui (secondo Kaufmann a torto) si ricomprendeva la perdita della capacità di concepire e di partorire nel paradigma del § 224 StGB all'epoca vigente, il quale parlava di «capacità di procreare» (*Zeugungsfähigkeit*): a riprova di quanto anche un 'antiformalista' come Kaufmann potesse essere 'formalista' su singole questioni!

¹³⁴ Kaufmann (1982), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 90.

¹³⁵ Sull'eccessiva vaghezza del *Typus* ai fini della distinzione tra analogia e interpretazione estensiva, M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in «Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale», VI (2016), 3, p. 21 nota 28; nonché (il primo) Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 361, p. 368 ss.

¹³⁶ D. 9. 1. 1.

zo¹³⁷, perché un tale animale può essere pericoloso come un quadrupede, e quindi sussisterebbe l'identità di *ratio*, ma «con tutte le buone intenzioni non può venir sussunto nel concetto di 'quadrupede'», ostandovi il senso letterale dell'espressione¹³⁸.

Anche Hassemer riconosce che la teoria del possibile significato letterale «è certamente sensata come confine interpretativo»¹³⁹, e nel riformulare l'esempio dello struzzo nei termini di un divieto di accesso ai quadrupedi in determinati luoghi¹⁴⁰, spiega che, rispetto a una definizione concettuale, esistono candidati positivi che vi rientrano (ad esempio, un suino è sicuramente un quadrupede), candidati negativi che invece ne sono esclusi (allo struzzo «mancano due zampe») e candi-

¹³⁷ Sull'inapplicabilità dell'*actio de pauperie* agli animali bipedi, e sulla soluzione adottata in via pretoria (D.9.1.4: *Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit*), M.V. Giangreco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XX tavole ad Ulpiano*, Jovene, Napoli 1995, p. 160 ss. Sulle origini dell'esempio dello struzzo, che non si ricava direttamente dalle fonti romane, A. Wacke, *Der Vogel Strauß als frühes Beispiel für Gesetzesanalogie: ein Phantasma? Grenzfragen bei der römischen Tierhalterhaftung*, in «Fundamina», XX (2014), 2, p. 1015 ss.

¹³⁸ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart 1968, tr. it. a cura di A. Baratta, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, p. 238, il quale ammette la fluidità della distinzione. Un esempio affine in Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, cit., p. 700 (una disposizione che menziona cavalli e muli non può ricomprendere anche i cani, se non analogicamente). A favore della tesi del possibile significato letterale è anche K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg 1991, p. 320 ss., con le consuete precisazioni sul carattere tipologico e non concettuale del confine.

¹³⁹ Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 242 (e p. 238 nota 38), precisando tuttavia che tale teoria «sarebbe formulata in modo inesatto» perché ogni interpretazione sarebbe per definizione analogica.

¹⁴⁰ Ripreso anche da Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. I, cit., p. 171.

dati neutri, rispetto ai quali possono sorgere dubbi (e in tal caso, il più frequente, il concetto è vago)¹⁴¹.

Come si concilia tutto ciò con una tesi centrale dell'ermeneutica giuridica, quella del carattere analogico dell'attività interpretativa? Joachim Hruschka aveva intuito il problema dell'antinomia tra tale tesi e la necessità di descrivere «la funzione decisiva» che il principio di legalità in materia penale riveste «nella prospettiva dello stato di diritto», suggerendo di rinunciare «all'uso della parola analogia che in questo contesto è fuorviante» in favore della formulazione di nuovi concetti¹⁴².

Forse alcuni fraintendimenti si sarebbero potuti evitare se questa indicazione metodologica fosse stata seguita. Ad esempio, il Kaufmann di *Analogie und Natur der Sache* ricorre alla nozione di analogia per illustrare¹⁴³: a) la teoria della conoscenza, che avverrebbe attraverso somiglianze e differenze in quanto nessun ente è identico all'altro¹⁴⁴; b) il processo di realizzazione del diritto, che si svolge attraverso la corrispondenza tra due entità simili, l'essere e il dover essere, il fatto e la norma¹⁴⁵; c) il perno attorno al quale ruota la teoria del *Typus*, medio tra l'idea del diritto e il fatto storico¹⁴⁶; d) l'attività legislativa, con riferi-

¹⁴¹ W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Beck, München 1990, p. 181 e p. 269. Più di recente, W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin 2009, tr. it. di D. Siciliano, *Perché punire è necessario*, il Mulino, Bologna 2009, p. 131 ss. Analogamente, F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in «Diritto penale e processo», 2021, 12, p. 1224 ss. (senza escludere che il *Typus* potrebbe «orientare l'interprete meglio del 'significato letterale' delle parole»).

¹⁴² Hruschka, *La comprensione dei testi giuridici*, cit., p. 98.

¹⁴³ Una diversa lettura in G. Carlizzi, Analogia e «natura della cosa». *La prima tappa della ricerca ontologica di Arthur Kaufmann*, in Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. XXIII ss.

¹⁴⁴ Kaufmann (1965), *Analogia e natura della cosa*, cit., p. 35 ss. A tal proposito, parla di analogia come «relazione ontica», G. Carlizzi, *Una teoria ermeneutica del diritto*, cit., p. 122.

¹⁴⁵ Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 31 ss.

¹⁴⁶ Ivi, cit., p. 65 ss.

mento alle finzioni giuridiche e alla c.d. analogia esplicita¹⁴⁷; e) la critica alla teoria del possibile significato letterale, attraverso due argomenti: e1) le fattispecie sarebbero costruite con concetti (non univoci come i numeri, né equivoci come la parola tedesca *Strauss*, che può indicare uno struzzo, una contesa, un mazzo di fiori, bensì) analogici, dotati di un nucleo fisso ma allo stesso tempo aperti alla realtà; e2) lo stesso concetto di possibile significato letterale, in quanto né univoco né equivoco, sarebbe analogico¹⁴⁸.

Nel valutare le tesi ermeneutiche, bisogna pertanto tener presente che il principio di legalità ha qualcosa da dire solamente sugli ultimi due punti: al legislatore, sulla formulazione delle fattispecie ad analogia esplicita¹⁴⁹; all'interprete, sulla necessità di distinguere tra l'interpretazione ammessa e l'analogia vietata nel modo più chiaro possibile¹⁵⁰.

Con maggior rigore, Hassemer spiega che la comprensione della norma ha carattere analogico perché quest'ultima può rapportarsi con il fatto solamente per il tramite di un *tertium comparationis* rappresentato dal senso; di conseguenza, la distinzione tra analogia ed interpretazione estensiva non potrebbe stabilirsi *a priori*, dipendendo la negatività o la

¹⁴⁷ Ivi, cit., p. 39 ss., p. 68. A favore della tecnica legislativa esemplificativa, Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cit., p. 118 ss., citando Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 232 ss.

¹⁴⁸ Kaufmann (1965), *Analogia e «natura della cosa»*, cit., p. 15 e p. 45. Ridimensiona il problema della polisemia, Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., p. 380 ss.

¹⁴⁹ Sull'analogia esplicita, Marinucci, Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., p. 181 ss. Sul carattere strutturalmente analogico (ma non per questo incostituzionale) di quelle definizioni legislative che ridefiniscono normativamente alcuni concetti (ad es., tempo di guerra: art. 310 c.p.), F. Ramacci, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, cit., p. 151 ss.

¹⁵⁰ Al solo fine di evitare altri equivoci, perché condivido la sostanza della tesi, tenderei quindi a non parlare di «analogia interna» (ammessa) e «analogia esterna» (vietata), come fanno Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, cit., 535; Di Giovine, *L'interpretazione del diritto penale*, cit., p. 276 e Donini, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 103 nota 65.

neutralità di un candidato dal campo semantico, il quale a sua volta è delimitato attraverso il procedimento spiraliforme di concretizzazione del diritto; resta però fermo che «nel conflitto tra il significato letterale e il senso della norma, il divieto di analogia vota fermamente a favore del significato letterale»; tale divieto fornisce un argomento forte a favore di «coloro che sostengono lo stretto collegamento della decisione del giudice al testo della legge e lo scetticismo sull'attribuzione oggettivo-teleologica oggettiva del significato. Niente di più, ma neanche niente di meno»¹⁵¹. Pertanto il proprietario dello struzzo ha ottime ragioni per volersi sottrarre all'applicazione di un'eventuale disposizione incriminatrice relativa ai quadrupedi, per quanto irragionevole possa sembrare un tale esito: in realtà, tale irragionevolezza «mette in evidenza il fatto che il legislatore non ha svolto bene il suo lavoro e che non è compito del giudice rimediare successivamente a tale negligenza»¹⁵².

L'ermeneutica giuridica e la penalistica possono pertanto trovare un punto di incontro. Se da un lato Giuseppe Zaccaria dichiara che «la creatività dell'interpretazione si sviluppa entro la cornice dei possibili significati associabili all'enunciato interpretato, e dunque entro il perimetro disegnato dal principio di legalità»¹⁵³, dall'altro Ombretta Di Gio-

¹⁵¹ Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrecht*, cit., pp. 273-274. Osserva che un risultato interpretativo contrario all'uso linguistico è più falsificabile di quello fondato sul metodo teleologico, W. Hassemer, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in «Criminalia», 2007, p. 90. Ravvisa un'evoluzione del pensiero di Hassemer rispetto a *Tatbestand und Typus*, A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in «Archivio penale-Rivista Web», 2017, 3, p. 12. Nel senso della continuità, G. Carlizzi, *Sull'ermeneutica giuridica di Winfried Hassemer*, in Hassemer, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 37 nota 62.

¹⁵² Hassemer, *Perché punire è necessario*, cit., p. 132.

¹⁵³ G. Zaccaria, *La ragione dialettica dell'ermeneutica*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 143-144, naturalmente nel solco della sua visione ermeneutica. Cfr. anche G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione*, in «Politica del diritto», XLVII (2006), 3, p. 469.

vine conferma come il penalista continentale «(ermeneutico o meno)» resti «necessariamente positivista e non potrebbe quindi prescindere dal testo legislativo i cui confini semantici reputa comunque invalicabili»¹⁵⁴. Anche la tesi ermeneutica della centralità del fatto ai fini della comprensione della norma potrebbe essere finalmente tematizzata¹⁵⁵, considerando che il penalista «è per cultura e quindi *forma mentis* molto legato ai ‘fatti’»¹⁵⁶.

D’altro canto, chi intende attualizzare la lezione di Beccaria si riferisce alla sostanza politica di quel modello¹⁵⁷ e sa bene che l’interpretazione non si esaurisce sul piano letterale, dovendosi operare in conformità alla Costituzione, all’ordinamento eurounitario, alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nella lettura della Corte di Strasburgo (così attenta ai fatti...) e magari anche al sistema, o almeno a quel che ne resta¹⁵⁸.

¹⁵⁴ O. Di Giovine, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale nel contesto italiano*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 72, precisando che nella prospettiva ermeneutica tali confini sono «mutevoli, contestodipendenti e come tali suscettibili di essere definiti nel momento applicativo». La stessa Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., p. 276; O. Di Giovine, «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in «Questione giustizia», 2016, 4, p. 57 ss., accoglie la tesi del possibile significato letterale pur evidenziandone i limiti. Sull’ermeneutica giuridica quale riflessione «neogiuridicistica», V. Omaggio, *Ermeneutica giuridica e ragione pratica*, in «Ars interpretandi», XXV (2020), 2, p. 31.

¹⁵⁵ Come fa ad es. G. Carlizzi, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in «Archivio penale», 2016, 1, p. 57 ss., a proposito dei rapporti tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

¹⁵⁶ Di Giovine, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale*, cit., p. 71. Cfr. le suggestive osservazioni di A. Moro, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale* (a.a. 1975/1976), Cacucci, Bari 2005, p. 266 ss.

¹⁵⁷ Ferrajoli, *L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., p. 146 ss.; Maiello, *Legge e interpretazione nel ‘sistema’ di Beccaria*, cit., p. 57 ss.

¹⁵⁸ Per tutti, G. Amarelli, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in «OsservatorioAIC», 2015, 2, p. 1 ss. Sul progressivo avvicinamento culturale tra dot-

Ad ogni modo, il penalista che assieme ad Alice voglia sostenere la tesi del possibile significato letterale non può cantare vittoria. Il livello assai modesto della determinatezza delle fattispecie penali attenua di molto la portata garantistica del divieto di analogia¹⁵⁹. La prassi giurisprudenziale presenta alcuni (molti?) “casi dello struzzo”, e cioè violazioni palesi del divieto di analogia¹⁶⁰, ma anche tanti “casi difficili” che non possono essere risolti con la «lettura del dizionario»¹⁶¹. La storia ha mostrato che la concezione liberale, quella tecnicistica e quella del possibile significato letterale si sono susseguite nel tempo senza una riflessione scientifica approfondita. Da Mario Porzio abbiamo appreso che le tesi metodologiche vanno esaminate sia sul piano politico sia su quello tecnico, e che quindi non basta sottolineare la sintonia che sussiste tra la concezione del possibile significato letterale e il principio di legalità. È ormai chiaro che le parole non hanno un «significato proprio», indipen-

trina e giurisprudenza, A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E. Ambrosetti, Giappichelli, Torino 2017, p. 34 ss.

¹⁵⁹ Per tutti, Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, cit., p. 180; S. Moccia, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Esi, Napoli 2001, p. 29.

¹⁶⁰ Cfr. G. Balbi, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in «Criminalia», 2015, p. 379 ss.; D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in «Criminalia», 2016, p. 167 ss., e più di recente V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», LXIV (2021), 4, p. 1241 ss. Sulla differenza tra “casi facili” e “casi difficili” è ritornato di recente M. Donini, *La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in «Questione giustizia», 2016, 4, p. 84 ss. In senso diverso, O. Di Giovine, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), cit., p. 65 ss.; G. Pino, *L’interpretazione del diritto. Quasi un trattato*, Giappichelli, Torino 2021, p. 91 ss., p. 217 ss.

¹⁶¹ L’icastica formula è di D. Pulitanò, *Sulla interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, cit., p. 665, e qui riflessioni sul significato letterale meno radicali rispetto a Pulitanò, *Interpretazione «politica» della legge*, cit., p. 41 ss.

dente dall'uso e dal contesto¹⁶², e la stratificazione del linguaggio giuridico pone l'ulteriore difficoltà di capire se un termine (ad es., possesso) è impiegato nel senso comune o in quello tecnico¹⁶³. Allo stesso tempo, non mancano prospettive metodologiche che continuano a valorizzare il vincolo del testo¹⁶⁴. Insomma, il dialogo con Humpty Dumpty potrebbe proseguire partendo da ciò, e cioè che in un senso «le parole sono i nostri padroni, o la comunicazione sarebbe impossibile. In un altro, i padroni siamo noi; altrimenti non potrebbe esserci la poesia»¹⁶⁵.

¹⁶² R. Guastini, *Art. 101*, in L. Ventura, G. Carbone, R. Guastini, A. Pizzorusso, *Art. 99-100 - Gli organi ausiliari. Art. 101-102 - La magistratura*, Zanichelli, Bologna 1994, p. 153.

¹⁶³ Per tutti Pino, *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 115 ss., p. 221 ss. Si sofferma sul solo significato comune Viganò, *La tutela della libertà individuale*, cit., p. 216 ss., e di conseguenza Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, cit., 1805. Non è neppure pacifica la nozione stessa di significato letterale: cfr. P. Chiassoni, *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another View of the Cathedral)* e T. Mazzarese, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, entrambi in V. Velluzzi (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, rispettivamente pp. 1 ss., 165 ss.

¹⁶⁴ Da prospettive diverse, B. Pastore, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, cit., p. 137 ss.; L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., p. 32 ss.; A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale*, cit., p. 13 ss.; V. Velluzzi, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione*, cit., p. 307 ss.

¹⁶⁵ R.W. Holmes, *The Philosopher's Alice in Wonderland*, in «The Antioch Review», XIX (1959), 2, p. 137.