

L'ANALOGIA IN BONAM PARTEM NEL DIRITTO PENALE. UNA RIFLESSIONE SULLA NATURA "ECCEZIONALE" DELLE NORME PENALI DI FAVORE

di Roberto D'Andrea

Il presente contributo si incentra sull'analogia in bonam partem nel diritto penale, tanto con riferimento alle scriminanti, quanto con riguardo alle scusanti ed alle cause di non punibilità in senso stretto. Nel testo si prenderà brevemente in esame il percorso dottrinale e giurisprudenziale che sembra condurre verso un margine sempre più ampio di ammissibilità dell'applicazione analogica di norme penali di favore. In particolare, si darà conto della ormai largamente prevalente tesi volta ad ammettere l'estensione analogica delle scriminanti; ci si soffermerà su di una importante pronuncia della Suprema Corte che applica analogicamente una norma penale di favore qualificata dalla stessa come scusante; si tenterà, in terzo luogo, di ridimensionare, sotto il profilo dell'analogia in bonam partem, la distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità summenzionate, sdoganando l'estensibilità analogica anche delle cause di non punibilità in senso stretto. Da ultimo, si guarderà, proprio attraverso la piccola 'fessura' dell'analogia in bonam partem, al più ampio rapporto intercorrente fra il fenomeno analogico ed il principio di separazione dei poteri, alla luce dell'esigenza di miglior tutela dei diritti fondamentali.

SOMMARIO: 1. Breve introduzione al tema dell'analogia in bonam partem. – 2. Fulgido esempio di un'evoluzione: l'analogia nelle scusanti. – 3. Osservazioni più generali sull'analogia in bonam partem. Ridimensionamento della distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità in senso lato. – 4. Il secondo convitato di pietra. La natura (asseritamente) eccezionale delle norme di favore diverse dalle scriminanti. – 5. L'analogia e la separazione dei poteri. Due termini di un rapporto problematico.

1. Breve introduzione al tema dell'analogia in bonam partem.

La tematica relativa all'analogia¹ in favore del reo non può essere affrontata senza attraversare i 'massimi sistemi' del diritto penale. Essa infatti, da un lato, investe il

¹ Sul fenomeno analogico nel suo complesso, negli oceani di inchiostri sinora versati, si segnalano in particolare, nella letteratura italiana, BOBBIO, 1938; BOSCARELLI, 1955; CARCATERRA, 1988; GIANFORMAGGIO, 1987, p. 320 ss.; FRACANZANI, 2003; TUZET, 2020. In ambito specificamente penale, CONTENUTO, 1991, p. 5 ss.; DE VERO, 2020, p. 265 ss.; DONINI, 2016a, p. 13 ss.; DI GIOVINE, 2006; ID, 2018, p. 55 ss.; PULITANO, 2015, p. 29 ss.; VELLUZZI, 2013, p. 91 ss.; ID., 2013, § 6.2; ID., 2021, p. 3 ss.; PELLICCIOLI e VELLUZZI, 2011, p. 180 ss.; PALAZZO, 1979, p. 15 ss.; ID., 2021, p. 1218 ss.; RISICATO, 2021; VASSALLI, 1942.

principio di legalità ed il suo principale corollario, ossia il principio di tassatività, di cui il divieto di analogia *in malam partem* rappresenta, come è noto, il sicuro sotto-corollario (ex comb. disp. degli artt. 25, comma II Cost, 1 c.p. e 14 Prel.²): il divieto di analogia *in bonam partem* si relaziona invece ai due suesposti principi in termini assai più problematici; tocca poi, dall'altro lato, rilevanti categorie generali, come le cause di giustificazione, le scusanti e le cause di non punibilità in senso stretto. Non può neppure essere trattata senza riportarsi, ancora più in alto, ad alcuni concetti-chiave del fenomeno giuridico: dai principi generali alle leggi eccezionali, dalla *eadem ratio* alla lacuna. Impone, infine, di fare i conti con il principio della separazione dei poteri. L'analogia in favore del reo offre così, trasversalmente, lo spunto per rimettere in discussione apparenti certezze granitiche.

Si intende prendere le mosse da un dato: la *ratio* sottesa al divieto di analogia *in malam partem* è diversa da quella che osta all'uso o all'abuso (a seconda delle differenti ricostruzioni) dell'analogia *in bonam partem*. Nel primo caso entra in gioco, anzitutto e soprattutto, il *favor libertatis*, inteso non solo e non tanto, e genericamente, come tutela della libertà dei consociati di discernere il lecito dall'illecito (esigenza che si manifesta in ogni ambito dell'ordinamento), quanto piuttosto – si ritiene – anche e soprattutto come generale *libertà da imprigionamenti arbitrari*: il consociato è cioè garantito *nell'incoercibilità del corpo*³ contro l'esercizio di un potere giudiziale avulso dal testo legislativo⁴ (in

² L'unico aspetto dibattuto riguarda la possibilità di tracciare una sicura linea di demarcazione fra analogia (nella fattispecie, *in malam partem*) e interpretazione estensiva. In argomento, si vedano le interessanti considerazioni di PINO, 2020, p. 93 ss.: l'Autore, confutando le posizioni di GUASTINI R., 2011, p. 28 ss., e CANALE, 2019, p. 239-268) volte a ricostruire la differenza fra interpretazione estensiva ed analogia, ricostruisce poi un criterio discrezionale autonomo per individuare le norme *espresses* (ossia riconducibili al significato di una disposizione) e quelle *inespresses* (non riconducibili al significato di una disposizione), e dunque offre un criterio utile a distinguere il fenomeno interpretativo dal fenomeno analogico (sebbene, nella prospettiva dell'autore, la differenza non possa sempre tracciarsi in maniera rigida). RISICATO, 2021, p. 3, fa inoltre riferimento ad una non ignorabile "contiguità limacciosa" fra i due istituti. Sulla distinzione fra interpretazione estensiva ed analogia si richiamano, infine, in questa sede, poiché il tema non è centrale nell'economia del presente lavoro, soltanto BELVEDERE, 2001-2002, p. 557 ss.; BOBBIO, 1968, p. 695 ss.; GUASTINI, 2001, p. 2032 ss.; TARELLO, 1980. Ad oggi la distinzione in parola, sebbene non incontrovertita, costituisce un ineludibile riferimento teorico, anche perché, qualora fosse obliterata, ne risulterebbe, in alternativa, l'impossibilità di proteggere la libertà dei consociati mediante il principio di legalità, oppure il divieto di interpretazione estensiva, che tuttavia, per le ragioni chiaramente illustrate da MANTOVANI, 2020, p. 80: essenzialmente, l'Autore si riferisce ad es. all'assenza di vincolatività come canoni ermeneutici del *favor libertatis* e dell'*in dubio pro reo*, all'impossibilità di distinguere con certezza l'interpretazione estensiva dall'interpretazione non estensiva ed all'assurdità dei risultati pratici cui il divieto di interpretazione estensiva finirebbe per condurre, all'esigenza di non 'mummificare' la legge, etc.), non sarebbe giuridicamente sostenibile. La contrapposizione, peraltro, fra la *inammissibilità* della *analogia in malam partem* e l'*ammissibilità* della interpretazione estensiva è stata recentemente e autorevolmente confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 2021, su cui RISICATO, 2021, p. 1 ss., che efficacemente definisce la pronuncia "un felice caso di serendipità giuridica".

³ Sulla libertà di cui all'art. 13 Cost. come libertà del corpo da ingerenze esterne, AMATO, 1967a; ID., 1967b; ID., 1977; BALDASSARRE, 1989, p. 33 ss.; BARILE, 1966, p. 23 ss.; ID., 1984, p. 15 ss.; BIN *et al.*, 2001, p. 50 ss.; CARETTI *et al.*, 2022, p. 205 ss.; ELIA, 1962, p. 17 ss.; GALEOTTI, 1953, p. 22 ss.; GREVI, 1974, p. 45 ss.; PACE, 1974, p. 37 ss.; TALINI, 2018, p. 56 ss.

⁴ Nondimeno, è noto in dottrina il problema relativo alla *giustiziabilità* del divieto di analogia, su cui

particolare, da una legge scritta, adottata dai rappresentanti del popolo, rispettosa dello spirito e delle disposizioni costituzionali, chiara e precisa, anteriore al fatto commesso)⁵; è, *inoltre*, anche convenzionalmente protetto dagli strali di un diritto *non prevedibile*⁶. Lo scopo di leggi penali chiare e precise non è quindi tanto e semplicemente quello di fornire ai consociati un precetto dal contenuto ben identificabile⁷, quanto, e più in particolare, quello di impedire che essi subiscano sanzioni interferenti con la loro libertà del corpo in virtù di un precetto che essi non erano in grado di conoscere (in caso, ad esempio, di legge penale non rispondente al canone di tipicità, o applicata analogicamente *in malam partem* o, ancora e più in generale, oggetto di una giurisprudenza non prevedibile). Con riferimento al divieto (totale o parziale, a seconda delle differenti prospettive) di analogia *in bonam partem*, invece, viene in rilievo il generale principio di certezza del diritto⁸ (e, qui sì, la necessità che i consociati possano distinguere il comportamento lecito dal comportamento illecito: essa però non ha di per

MASSARO, 2020, p. 413 (la quale parla per questo di “arma spuntata”); analogamente, DONINI, 2016b, p. 370; ID., 2018, p. 87, e MANES, 2018, p. 12, nt. 54, che parla di “*lex imperfecta*”; nella dottrina costituzionalistica, recentemente BONOMI, 2021, p. 899 ss. Per un superamento di questa tradizionale anomalia del fenomeno analogico, MANNA, 2007, p. 72 (che apre alla possibilità di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma applicata in via analogica per difetto di tassatività e dunque per violazione del principio di legalità), nonché SCOLETTA, 2021, p. 196 ss.

⁵ La distinzione fra la generica libertà di dispiegare la propria condotta in conformità alla legge discernendo il lecito dall’illecito (esigenza di ogni ramo dell’ordinamento) e la libertà intesa come regola dell’immunità del proprio corpo da imprigionamenti (specifica invece dell’ambito penale) non risulta di solito particolarmente chiara, né di essa si suole generalmente far menzione nella manualistica. Per formulare un solo esempio (ma il ragionamento è particolarmente diffuso anche nella manualistica), nel criticare la tesi bricoliana secondo cui la libertà personale non dovrebbe sacrificarsi se non in nome di beni costituzionalmente significativi, si sostiene che “quello di libertà personale non è un concetto assoluto, ma solo relativo all’ambito nel quale il singolo può lecitamente operare in base a norme non incompatibili con la Costituzione” (NUVOLONE, 1982, p. 52), ragion per cui sarebbe – secondo questa visione – sufficiente il carattere “costituzionalmente non incompatibile” del bene giuridico come limite alla penalizzazione. Ad avviso di chi scrive, l’affermazione che la libertà è un concetto non assoluto è indubbiamente corretta, ma spiega il suo significato solo sul piano della distinzione fra *lecito* e *illecito*; nulla ancora, invece, chiarisce in ordine alla legittimità e proporzionalità delle sanzioni che all’illecito conseguono; con riguardo a queste ultime, occorrerà piuttosto guardare all’interesse che si intende tutelare e confrontarlo con il bene sacrificato: la libertà personale sacrificata dal diritto penale non è la generica libertà di agire (perché saremmo ancora sul piano dell’alternativa lecito/illecito), ma la libertà personale legata al *corpo* dei consociati ed alla loro immunità dall’imprigionamento. Per la tutela di questo ultimo profilo di libertà, occorrerà essere ben più rigorosi di quanto si sia stato sinora.

⁶ Sul principio convenzionale di prevedibilità, su tutti BERNARDI, 2001, p. 260 ss.; DE BLASIS, 2017; DI MARTINO, 2014, p. 28 ss.; DONINI, 2018, p. 79 ss.; FIANDACA, 2017, p. 144 ss.; MANES, 2012, p. 278 ss.; MAZZACUVA, 2020; RISICATO, 2021, p. 7 ss.; VIGANÒ, 2016; ZAGREBELSKY V., 2011, 74 ss.

⁷ Così, ad es. (ma la letteratura è copiosa), CONSULICH, 2018, pp. 455-456: il reo, in quest’ottica, ricaverebbe “dalla emersione di principi scriminanti non formalizzati un fattore di confondimento nella comprensione del sistema e un aggiramento della legalità”.

⁸ Sul rapporto di frizione fra l’analogia *in bonam partem* (con l’istanza di libertà ad essa sottesa) ed il principio di certezza del diritto, GIUNTA, 1995, p. 182 ss. Cfr. anche NUVOLONE, 1953, p. 2; ID., 1982, p. 131; CADOPPI, 2007, p. 150; FORNASARI, 1997, p. 52.

sé, lo si ripete, *carattere specificamente penale*); inoltre, ogni analogia *a favore* del reo si risolverebbe inevitabilmente *a sfavore* di un altro cittadino o della collettività⁹.

La *ratio* che presiede al divieto di analogia *in malam partem*, pertanto, ha carattere intimamente penale, in quanto attiene al *proprium* del diritto penale quale limite alla politica criminale¹⁰ ed è funzionale alla protezione dell'incoercibilità del corpo: è questa, si ritiene, la principale cifra atta a contraddistinguere concettualmente la *matière pénale* da ciò che le è estraneo; la *ratio* che invece sovrintende al divieto (totale o parziale) di analogia *in bonam partem* ha carattere, apparentemente, ibrido: da una parte, essa esula dal diritto penale, in quanto la necessità di stabilire i confini fra il lecito e l'illecito attiene ad ogni branca del diritto, che ha per eccellenza il compito di regolare i rapporti intersoggettivi e di comandare, permettere o vietare in maniera quanto più possibile chiara. Dall'altra parte, essa sembra avere natura penale, in quanto attiene all'esigenza di tutela dei beni giuridici, che verrebbe meno, o sarebbe attenuata, dal ricorso all'analogia a favore del reo. Tuttavia, mentre il reo soffre un indubbio e immediato pregiudizio nei suoi diritti fondamentali in caso di applicazione in suo danno dell'analogia *in malam partem*, le 'vittime' (sempre che non si tratti della variegata costellazione di 'reati senza vittima', o 'a vittima diffusa' etc.¹¹) della concreta vicenda in cui viene applicata l'analogia *in bonam partem* non ricevono alcun diretto pregiudizio nei loro diritti fondamentali. Si potrebbe parlare soltanto, eventualmente, dei danni morali di una percepita mancanza di solidarietà nei loro confronti da parte dello Stato, perché, per il resto, i loro diritti sono stati già *pregiudicati* dal reo. Al più, quindi, verserebbero solo *in maggiore pericolo eventuali vittime future*, qualora l'orientamento giudiziale favorevole alla analogia *in bonam partem* rispetto ai reati che le pregiudicano si consolidi in giurisprudenza (in particolare, nella giurisprudenza di legittimità).

Si tratta dunque di problemi profondamente diversi: se l'analogia a sfavore del reo vulnera direttamente principi costituzionali, e addirittura principi supremi¹², come l'inviolabilità della libertà personale ed il principio di legalità in materia penale, anche nella sua specifica declinazione legata al divieto di irretroattività della legge penale *ex art. 25, comma II, Cost.* (divieto peraltro pacificamente *non suscettibile di subire eccezione alcuna*), l'analogia a favore del reo pregiudica soltanto indirettamente ed ipoteticamente eventuali future vittime, e, spesso, neppure nei loro diritti fondamentali, atteso che, allo stato, le norme incriminatrici non sono sempre volte alla tutela di diritti fondamentali. Il

⁹ CONSULICH, 2018, p. 458: "si ricorre solitamente al principio di *favor libertatis*, che guiderebbe il sistema verso l'ammissione dell'analogia ogni volta in cui essa ridondi a favore del destinatario della norma, escludendone la responsabilità penale e la punizione. Siffatta impostazione topica e non sistemica del *favor rei* conduce a dimenticare che ogni dilatazione della causa di giustificazione si traduce in una lesione di interessi socialmente rilevanti, privati così di tutela penale. Ogni apparente favore *per la libertà personale dell'agente* è un concreto *sfavore per i diritti di un altro cittadino o della collettività* e si traduce in un costo sociale netto che *solo la legge* può espressamente consentire"; aveva già autorevolmente argomentato in questo senso anche BRICOLA, 1965, p. 304 ss.

¹⁰ Secondo la nota espressione di Franz von Liszt, "[i]l diritto penale costituisce il limite della politica criminale" (espressione ripresa da WUERTENBERGER, 1965, p. 51).

¹¹ Su cui si rinvia soltanto a MANTOVANI, 2020, p. 231 ss.

¹² Per come enucleati dalla notissima sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988.

legislatore, peraltro, a fronte della diffusione di una determinata estensione analogica *in bonam partem* di una disposizione penale, sarebbe libero di modificarla in modo tale da escludere detta interpretazione, o, ancora (e più auspicabilmente) sarebbe libero di proteggere gli interessi di eventuali future vittime posti in pericolo dall'interpretazione in discorso con strumenti *diversi dal diritto penale*. Una equiparazione, pertanto, fra l'analogia *in malam partem* e l'analogia *in bonam partem* risulta fuori fuoco e non dovrebbe sussistere – come vedremo – ragione alcuna per trattare le due figure con il medesimo, intransigente rigore.

Stabilita la diversità di *ratio* delle due figure, e chiarita di conseguenza la possibile diversità di disciplina delle medesime, giova adesso esaminare quando possa essere opportuna l'applicazione analogica *in bonam partem*. L'orientamento rigoristico volto ad equiparare, nella sostanza, i due divieti preclude l'applicazione dell'analogia a favore del reo in qualunque caso, e, segnatamente, anche con riferimento alle scriminanti, nonostante esse non abbiano natura penale e costituiscano espressione di principi generali dell'ordinamento¹³. Un diverso orientamento ha invece, per queste ultime due ragioni, aperto la porta all'applicazione in via analogica delle cause di giustificazione¹⁴, chiudendola però all'applicazione in via analogica di ogni altra causa di non punibilità in senso lato (dunque, alle scusanti ed alle cause di non punibilità in senso stretto). In progresso di tempo, quest'ultimo orientamento è divenuto maggioritario, ed oggi quindi l'analogia *in bonam partem* è generalmente ammessa con riguardo alle scriminanti. Già molto è stato detto su questo tema, per cui non sembra necessario, in questa sede, attardarsi oltre.

Occorre invece adesso soffermarsi sull'analogia avente ad oggetto le cause di esclusione della colpevolezza, per un verso, e le cause di non punibilità in senso stretto, per altro verso¹⁵. Va da subito anticipato, con riguardo ad entrambe le cause di non punibilità *lato sensu*, che una delle argomentazioni sostanziali più diffusamente utilizzate come 'sbarramento' al ricorso all'analogia in favore del reo attiene alla natura di *norma eccezionale* delle medesime. Si tenterà più analiticamente di superarla ai paragrafi 3 e 4, ma basti per intanto anticipare qui che la norma eccezionale risulta analogicamente inestensibile in ragione del disposto dell'art. 14 delle *Disposizioni preliminari al codice civile*, che impone l'inapplicabilità dell'analogia tanto con riferimento alle *norme penali* quanto, appunto, con riferimento alle *norme eccezionali*. Se la *ratio* del

¹³ Di questo avviso ad es. CONSULICH, 2018, pp. 455-456.; DE FRANCESCO, 2000, p. 275; FIORE, 1996, p. 23; GALLO, 2014, p. 75 ss.; GIUNTA, 1993, p. 350 ss.; GROSSO, 1964, p. 257 ss.; NUVOLONE, 1947, p. 32 ss.; PADOVANI, 1993, p. 45 ss.

¹⁴ Non senza sfumature, FIANDACA e MUSCO, 2014, p. 200 ss.; MANTOVANI, 2020, p. 76 ss.; MARINUCCI, 1985, p. 223.

¹⁵ Sulle scusanti DE FRANCESCO, 2016, p. 32 ss.; DOLCE, 1957, p. 12 ss.; DONINI, 1991, p. 574 ss.; PADOVANI, 1987a, p. 808 ss.; RISICATO 2023, p. 261 ss.; VASSALLI, 1988, p. 20 ss.; VENAFA, 2002; VIGANÒ, 2000; VENEZIANI, 2000. Con particolare riguardo al principio di inesigibilità (su cui cfr. BARATTA, 1963; CAVALIERE, 2000; SCARANO, 1948 (autore della prima monografia in materia), ma soprattutto FORNASARI, 1990, p. 344 ss., con gli autori, specialmente di lingua tedesca, ivi citati. Sulle cause di non punibilità in senso stretto, *ex plurimis*, DE FRANCESCO, 2016, p. 32 ss.; DI MARTINO, 1998, p. 59 ss.; RUGGIERO, 1988, p. 1118 ss.; ROMANO, 1990, p. 58 ss.; STORTONI, 1985, p. 397 ss.; VASSALLI, 1960, p. 609 ss.; VIGANÒ, 2000, p. 153 ss.

primo divieto è stata appena enunciata, quella del secondo divieto sembra avere un suo fondamento logico: una norma di carattere eccezionale, infatti, è stata *volutamente* confinata dal legislatore ‘ai margini’ del sistema, a situazioni, cioè, assai peculiari; sono, per questo, normalmente strutturate in guisa tale da essere già estese nella loro *massima portata logico-giuridica*. Applicarle analogicamente, così, comporterebbe inevitabilmente *forzare* la loro stessa natura ed essenza e *contrastare* pretoriamente il potere legislativo, in (apparente) violazione del *principio di separazione dei poteri*. Per poter estendere analogicamente una norma penale di favore, pertanto, sembrerebbe necessario, come passaggio preliminare, dimostrare che non si tratti di una norma eccezionale, generalmente mediante la riconduzione della stessa ad un principio generale dell’ordinamento. Non sembra, però, del tutto peregrino mettere in discussione la conformità a Costituzione della stessa assolutezza del divieto legislativo di applicare analogicamente le norme eccezionali.

Ciò detto, è necessario, a questo punto, soffermarsi più lungamente, e partitamente, sulle due cause di non punibilità surriferite, cominciando dalle scusanti. Queste ultime, come è noto, rappresentano norme *penali*, ovverosia non escludono l’illiceità della condotta incriminata in ogni altro ramo dell’ordinamento, ma impediscono soltanto il configurarsi di un fatto di reato. Difetta quindi pacificamente il primo presupposto che ha consentito l’applicazione analogica a favore del reo delle scriminanti. Più controverso è invece il dibattito sul secondo presupposto, ossia sulla riconducibilità delle scusanti ad uno o più principi generali. Si è avanzata infatti in proposito l’idea che le scusanti, a dispetto delle loro difformità, siano tutte manifestazioni legislative del generale *principio di inesigibilità* (su cui cfr. nt. 15), in quanto sottesa ad ogni disposizione scusante sarebbe la necessità di non muovere un rimprovero penale al consociato che compia un fatto tipico ed antigiuridico spinto dall’impulso di una incoercibile pressione di natura psicologica. Tale pressione psicologica sarebbe infatti alla base di tutte le tradizionali ipotesi di scusanti¹⁶.

L’estensibilità in via analogica di norme qualificate come cause di esclusione della colpevolezza è stata recentemente ed autorevolmente riconosciuta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in una importante sentenza incentrata sull’art. 384 c.p. Vale la pena, nella seconda parte del lavoro, soffermarsi analiticamente sulla medesima, per successivamente trarne opportuni corollari.

2. Fulgido esempio di un’evoluzione: l’analogia nelle scusanti.

Si tratta della sentenza resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali (la n. 10381 del 2020)¹⁷. Essa è al contempo foriera di un importante spunto innovativo e

¹⁶ Dall’art. 54, comma III all’art. 599, comma II c.p., fino alla nuova scusante, introdotta relativamente di recente, contenuta nell’art. 55, cpv c.p. Sui reati ‘emotivamente connotati’, cfr. la recente monografia di DOVA M., *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019, p. 35 ss.

¹⁷ Sulla pronuncia in parola, cfr. FORNASARI, 2021, p. 1725 ss.; MACCHIA, 2021; VELLUZZI, 2021; PADOVANI, 2021. Sulla qualificazione dell’art. 384, si segnala il contributo stimolante di SPENA, 2010, p. 145 ss. Cfr. anche

gravata da una pesante eredità dogmatica. La questione di diritto sottoposta dalla Sesta Sezione investe la possibilità di estendere analogicamente al convivente *more uxorio*¹⁸ l'applicazione della causa di non punibilità legata alla commissione del fatto "per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore"¹⁹.

L'orientamento prevalente²⁰ fino all'intervento delle Sezioni Unite escludeva l'estensione applicativa della causa di non punibilità sopra menzionata in base ad una pluralità di ragioni. Anzitutto sarebbe determinante il tenore letterale della disposizione in parola, che, riferendosi alla categoria dei "prossimi congiunti", inequivocabilmente richiamerebbe la disposizione del codice penale a mente della quale si debbono intendere per prossimi congiunti soltanto il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i fratelli, gli affini nello stesso grado, gli zii ed i nipoti²¹; implicitamente sarebbero quindi esclusi i conviventi *more uxorio*.

In secondo luogo, si richiamava la giurisprudenza costituzionale che a più riprese ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto l'art. 384, primo comma c.p., muovendo, come premessa, dalla diversità di tutela costituzionalmente accordata alla posizione del coniuge e a quella del convivente di fatto: il vincolo di coniugio, protetto dall'art. 29 Cost. (che definisce la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"), si caratterizzerebbe per i requisiti di stabilità e di cogente reciprocità di diritti e di doveri, laddove invece il rapporto di convivenza si fonderebbe su di una *affectio* da rinnovarsi quotidianamente, e troverebbe presidio solo nel generale art. 2 Cost (che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo non solo come singolo ma anche "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"). Rientrerebbe così nella sfera di discrezionalità legislativa una non piena assimilazione

VECCE, 2016.

¹⁸ Nel caso concreto, l'imputata, al fine di aiutare il proprio convivente, il quale aveva provocato un incidente stradale che aveva visto coinvolte altre due autovetture, dichiarava falsamente ai carabinieri, come scrive la Suprema Corte, "di essere stata lei alla guida dell'auto, su cui invece viaggiava come terzo trasportato. La falsa dichiarazione era diretta a favorire la posizione [del convivente], che oltre ad essere privo della patente di guida, perché revocata, dopo l'incidente si era allontanato senza prestare assistenza alle persone coinvolte nel sinistro dallo stesso provocato"; il terzo è stato dunque aiutato ad eludere le investigazioni in ordine al reato di cui all'art. 189, comma 6 (secondo il giudizio della Corte di appello di Cagliari), del d.lgs n. 285/1992, non avendo egli ottemperato all'obbligo di fermarsi in presenza di un incidente con danni alle persone, e pertanto la convivente è stata accusata del delitto di favoreggiamento personale. La stessa, nel secondo motivo del ricorso per cassazione, denuncia la violazione della legge penale da parte del giudice di secondo grado, avendo questi escluso l'applicabilità della causa di non punibilità *ex art.* 384 c.p.

¹⁹ Art. 384, comma 1, c.p. Si riporta qui il testo per intero: "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371-bis, 371-ter, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore". Per un approfondimento sui relativi antecedenti storici, v. PIFFER, 2005, p. 865. Più in generale, sulla tematica della (non) punibilità, cfr. DI MARTINO, 1998, p. 202 ss.); VASSALLI, 1960, p. 612 ss.

²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez II, n. 7684/1982, Turatello, Rv. 154880; Sez. VI, n. 6365/1988, Melilli, Rv. 178467; Sez. I, n. 9475/1989, Creglia, Rv. 181759; Sez. VI, n. 132/1991, Izzo, Rv. 187017; Sez. II, n. 20827/2009, Agate, Rv. 244725; Sez. V, n. 41139/2010, Migliaccio, Rv. 248903.

²¹ Art. 307, comma 4 c.p.

delle relative discipline, e, a livello interpretativo, la mancata equiparazione si giustificerebbe con la necessità di evitare indebiti corollari disciplinari *in malam partem*²².

Ancora, il procedimento di applicazione analogica dell'art. 384 sarebbe precluso dalla natura stessa della causa di non punibilità, trattandosi di una norma *eccezionale*, improntata all'esigenza di salvaguardia non solo dei legami affettivi ma anche dell'"istituzione familiare come tale, di cui elemento essenziale e caratterizzante è la stabilità"²³, in deroga alla generale istanza repressiva dei delitti contro l'amministrazione della giustizia. Non sarebbe perciò consentito al giudice l'uso di cause di non punibilità extralegali mediante procedimento analogico.

Infine, bisognerebbe applicare l'antico adagio secondo cui "*ubi legislator voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*", in quanto la c.d. legge Cirinnà, n. 76/2016, intervenuta esplicitamente ad ampliare il novero dei prossimi congiunti ricomprendendovi anche le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, avrebbe così implicitamente, ma univocamente, escluso da tale categoria i conviventi di fatto. L'esclusione sarebbe dunque frutto di una ben precisa scelta del legislatore, e non già di una mera svista.

L'orientamento sino ad allora minoritario, favorevole all'estensione applicativa, poggiava invece su assunti dogmaticamente più fragili, informati ad aspirazioni di giustizia sostanziale. Come ricostruito dalle Sezioni Unite, una prima, non recente pronuncia di legittimità si era dapprima limitata alla possibilità di far ricorso all'analogia, liquidando il tema con un fugacissimo cenno²⁴. Una seconda pronuncia giurisprudenziale²⁵, alla quale aderiranno anche sentenze successive²⁶, affermata preliminarmente l'impossibilità di procedere all'applicazione analogica della figura in questione in quanto avrebbe natura di causa di non punibilità in senso stretto e sarebbe pertanto norma eccezionale, la ritiene tuttavia estensibile anche al convivente *more uxorio* in ragione di una lettura evolutiva delle nozioni di "matrimonio" e "famiglia", cui sarebbe oggi da attribuirsi un significato più ampio rispetto a quello tradizionale e comprensivo di un consorzio di persone tra le quali siano sorti "rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo"²⁷. Verrebbe meno peraltro anche il requisito della stabilità come elemento distintivo del matrimonio rispetto alle altre unioni, non essendo più il matrimonio indissolubile. Tale nozione "moderna" di

²² Si riprende in proposito il rilievo della Corte costituzionale, sent. n. 352/2000.

²³ Cass. pen., Sez. V, n. 41139/2010, Migliaccio, Rv. 248903.

²⁴ Cass. pen., Sez. VI, n. 22398/2010 Esposito, Rv. 229676, secondo cui, *sic et simpliciter*, lo status di convivente *more uxorio*, ove accertato, "avrebbe potuto dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante dell'art. 384 c.p.". Si noti *en passant* che la causa di non punibilità in esame viene qui sbrigativamente qualificata come *scriminante*, ancora una volta senza approfondimenti di sorta, laddove invece, come avremo modo di vedere, pare assai arduo ricostruire la sua natura giuridica.

²⁵ Cass. pen., Sez. II, n. 34147/2015, Agostino, Rv. 264630.

²⁶ Cass. pen., Sez. IV, n. 23118/2017, De Paola (non mass.); Sez. III, n. 6218/2018, Giacono (non mass.).

²⁷ Così la sentenza in commento, che riprende Cass. pen., Sez. VI, n. 20647/2008, Passalacqua, Rv. 239726. Sul rapporto fra la nozione di famiglia ed il diritto penale, cfr., fra i tanti, recentemente BARTOLI, 2021; del medesimo Autore, si ricorda anche *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, p. 1599 ss.; si rinvia, infine, a PROSDOCIMI, 2007, p. 31 ss.

famiglia sarebbe stata suggellata anche da una certa giurisprudenza produttiva di effetti *in malam partem* (ad esempio estendendo la portata del reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.). Corroborerebbe, infine, una simile impostazione anche la giurisprudenza della Corte EDU²⁸.

Un terzo filone giurisprudenziale²⁹ giunge alle stesse conclusioni ma sulla base di un diverso ragionamento. La Suprema Corte si appella alla legge Cirinnà (n. 76/2016), negando che il silenzio serbato dal legislatore nell'estendere, *ex art. 574-ter c.p.*, gli effetti penali del matrimonio alle unioni civili tra persone dello stesso sesso e non anche alle convivenze di fatto possa "costituire un insormontabile impedimento" per applicare "a ogni forma di convivenza la disciplina che si ricava, in tema di equivalenza della figura del convivente a quella del coniuge, dal complesso quadro storico-evolutivo della materia"³⁰.

Dopo aver ripercorso questi filoni giurisprudenziali, ed aver sviluppato una serie di argomentazioni sulle quali non è necessario indugiare in questa sede³¹, giova esaminare subito i due aspetti centrali indagati dalla Corte, ossia la qualificazione dell'art. 384 e la relativa *ratio legis*. Sotto il primo profilo, la disposizione *de qua*³² può qualificarsi, come è noto, in tre possibili modi: 1) come causa di non punibilità in senso stretto; 2) come causa di giustificazione; 3) come scusante. Nel primo caso, seguirebbe, secondo un unanime parere della dottrina (su cui però si tornerà al paragrafo 4) il carattere eccezionale della norma e, per comune opinione, l'impossibilità di un procedimento di applicazione analogica. Nella seconda ipotesi, l'art. 384, come tutte le scriminanti, sarebbe da ricondursi, secondo l'orientamento ormai dominante, ad un principio generale dell'ordinamento con efficacia anche extra-penale. Nella terza eventualità, invece, subentrerebbe il mai sopito dibattito sulla riconducibilità delle scusanti ad un generale principio di inesigibilità; qualora non la si ammetta, le scusanti potrebbero sostanzarsi, al pari delle cause di non punibilità *stricto sensu*, in norme eccezionali, con la sopra riportata tralattizia conseguenza dell'insuscettibilità di applicazione analogica.

Le Sezioni Unite sgomberano innanzitutto il campo dalla prima ipotesi: "[s]embra definitivamente superato l'orientamento secondo cui l'art. 384, primo comma, cod. pen. contiene una causa di non punibilità in senso stretto, in cui la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica, che sono del tutto estranee al tema del disvalore oggettivo del fatto o della 'situazione esistenziale psicologica dell'agente'". Da queste laconiche righe si può comunque evincere il motivo per escludere la natura di causa di non punibilità in senso stretto dell'art. 384: evidentemente, commettere il fatto tipico per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od un prossimo congiunto

²⁸ Vengono all'uopo richiamate le sentenze Corte EDU, 13/06/1979, Marchx c. Belgio; Corte EDU, 13/12/2007, Emonet c. Svizzera.

²⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206, seguita da Sez. I, n. 40122/2019, Balice (non mass.).

³⁰ Cass. pen., Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206.

³¹ Essenzialmente, la Corte di cassazione svolge un discorso ermeneutico, prendendo in esame l'interpretazione sistematica, l'interpretazione storicistica e la giurisprudenza convenzionale.

³² Su cui DI MARTINO, 1998, p. 203 ss.

da un grave ed inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore vale ad elidere (in caso di scriminante) o ad attenuare (in caso di scusante) il disvalore del fatto, cosicché non entrano in gioco (o non soltanto) ragioni di opportunità di politica criminale.

Prima di dare la risposta al quesito relativo alla natura della causa di non punibilità *ex art. 384 c.p.*, la Suprema Corte dedica un cenno alla ipotesi ricostruttiva dell'art. 384 come causa di giustificazione³³. La Corte si limita infatti a dichiarare che un siffatto orientamento, meno recente³⁴, riannoda l'art. 384 all'istituto dello stato di necessità, "in cui pure viene esclusa la responsabilità di colui che pone in essere una condotta costretto dalla necessità di evitare un grave nocumento". Non spiega invece in che cosa consista l'antigiuridicità della condotta delineata dalla norma. Il silenzio sul punto si fa ancor più grave alla luce di due precisazioni aggiunte dalla Corte, vale a dire, in primo luogo, che l'art. 384 "può essere oggetto di applicazione analogica proprio perché espressione dei principi generali *nemo tenetur se detegere* e *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost. sotto il profilo della necessaria valutazione della possibilità per il soggetto di poter agire diversamente".

Ebbene, la riconduzione della causa di non punibilità in parola ai principi del *nemo tenetur se detegere/ad impossibilia* rischia di generare un grosso equivoco. Il principio del *nemo tenetur se detegere* si proietta infatti per sua natura proprio sul terreno dell'antigiuridicità, ricollegandosi al diritto al silenzio e, risalendo ad un livello più generale, al diritto di difesa, costituzionalmente sancito come inviolabile dall'art. 24 Cost³⁵. Ma se l'imputato commette i delitti indicati nel primo comma dell'art. 384 in quanto necessari al dispiego della sua difesa e ad evitare una condanna altrimenti inevitabile, egli allora non dovrebbe essere punibile ai sensi dell'art. 51 c.p.³⁶, per avere cioè agito nell'esercizio di un diritto (o comunque di una facoltà legittima), e la sua condotta sarebbe a tutti gli effetti scriminata, ritenuta quindi non in contrasto con l'ordinamento ma ad esso conforme e da esso approvata (o comunque non riprovata), con tutti i corollari, che non è agevole accogliere, di una simile impostazione. Inoltre, ci si può chiedere se la medesima ratio si attagli anche ai prossimi congiunti³⁷. Sarebbe

³³ Nonostante il legislatore abbia inquadrato tale causa di non punibilità, nei lavori preparatori, come una speciale ipotesi di stato di necessità, che secondo la dottrina prevalente costituisce una scriminante (su tale rilievo, cfr. FORNASARI, 2017, p. 279).

³⁴ Per la qualifica della norma come causa di giustificazione. v. RIVERDITI, 2016, p. 672 e VASSALLI, 1960, p. 631.

³⁵ Cfr. PADOVANI, 2021, p. 5, secondo cui "[i]l principio secondo cui nessuno è tenuto a cooperare alla propria condanna (per lo meno – secondo la giurisprudenza della CEDU (17.12.1996, n. 19187/91, Saunders c. Regno Unito) – rispetto alle prove che dipendono dalla sua volontà), trae a sua volta il proprio fondamento dall'esigenza di garantire la libertà morale dell'individuo, senza il cui rispetto lo stesso diritto di difesa risulterebbe vanificato. Imporre all'imputato di risolvere il conflitto tra la propria salvezza e l'efficienza della procedura repressiva, assicurando la seconda a scapito della prima, significherebbe, né più né meno, che legittimare la tortura. Dopo la sua formale abolizione, del resto, essa trovò in numerosi ordinamenti una diuturna forma di sopravvivenza nel dovere imposto all'imputato, e presidiato da sanzione penale, di dichiarare il vero al proprio inquirente".

³⁶ Per una simile ricostruzione, INFANTE, 2001, p. 831.

³⁷ Cfr. PADOVANI, 2021, p. 6: "se tale [cioè il *nemo tenetur se detegere*] è il fondamento in rapporto alla posizione

forse preferibile argomentare che l'art. 384 c.p. *si ispiri* al principio del *nemo tenetur se detegere*, pur non fondandosi su di un legittimo esercizio del diritto al silenzio e del diritto di difesa³⁸; la relativa condotta sarebbe certo mossa dall'esigenza di difendersi (o di difendere prossimi congiunti), ma si articolerebbe in maniera comunque *patologica ed anti-giuridica, sebbene* (lo si vedrà) *scusabile*³⁹.

Quanto al principio *ad impossibilia nemo tenetur*, anch'esso non è esente da problematicità. La condotta lecita, nel caso in questione, non è *impossibile*, bensì, come vedremo, *inesigibile*. I due concetti non collimano. L'impossibilità di agire lecitamente, secondo un certo filone dottrinale, vale ad escludere la tipicità stessa del reato, coincidendo sostanzialmente con le figure del caso fortuito e della forza maggiore⁴⁰, le quali investono la c.d. *suitas* della condotta, elidendola, così da potersi dire, in assenza di *suitas*, escluso non solamente l'elemento psicologico ma, a monte, il fatto tipico, inteso nella dimensione di "dominabilità" della condotta da parte dell'agente e di riferibilità della prima al secondo, conformemente a quanto richiede l'art. 27 Cost., comma 1, nel suo nucleo minimo⁴¹. Se dunque la condotta richiesta fosse impossibile, l'art. 384, primo comma, c.p. sarebbe una disposizione *inutile*. Se, per converso, si prendono le mosse dal canone ermeneutico secondo cui ciascuna disposizione assume un autonomo significato, nonché dal rasoio di Occam (che impone di non moltiplicare gli "*entia sine necessitate*"), allora conviene ammettere che l'art. 384 logicamente e giuridicamente presuppone la *possibilità* di adempiere al precetto penale.

Il riferimento, da parte delle Sezioni Unite, al principio *ad impossibilia nemo tenetur*, ha condotto poi la Corte ad assimilare la *ratio legis* del primo comma dell'art. 384

della persona direttamente coinvolta, identico dovrà risultare rispetto ai suoi prossimi congiunti, ai quali viene riconosciuta una condivisione piena del conflitto di coscienza, in forza dei vincoli di solidarietà che li uniscono a chi versa in pericolo di nocumento"; MANZINI, 1985, p. 749, in ordine alla non punibilità del reato di omesso o ritardato rapporto: "[l]a ragione di questa esimente consiste nella applicazione del principio etico-giuridico: *nemo tenetur se accusare*, e nel riconoscimento della forza incoercibile degli affetti familiari. Sarebbe inumano esigere che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio faccia rapporto di un reato commesso da lui medesimo o da un suo prossimo congiunto. Si può imporre, sotto sanzione penale, alla media degli uomini l'adempimento dei propri doveri ordinari, ma non l'eroismo, che è virtù di pochissimi, quando è virtù e non insensibilità o peggio"; FIANDACA e MUSCO, 2012, p. 423.

³⁸ È da segnalare da ultimo una impostazione tesa a inquadrare nell'art. 384, comma 1 c.p. una causa di non punibilità diversa a seconda dei casi: essa costituirebbe una causa di giustificazione quando la condotta delittuosa sia volta a salvare sé stessi da un grave nocumento nella libertà o nell'onore, ricollegandosi al principio *nemo tenetur se detegere*; sarebbe invece una scusante allorché la condotta sia indirizzata alla salvaguardia della libertà o dell'onore di un prossimo congiunto. Ergo, essa avrebbe carattere, per così dire, "ibrido" (cfr. TASSINARI, 2012, p. 299).

³⁹ Il nostro codice di procedura penale, insieme con il quadro normativo convenzionale ed eurounitario, detta le modalità di esercizio fisiologico del diritto di difesa onde evitare la diuturna sopravvivenza della tortura. Un conto, infatti, d'altra parte, è il diritto al silenzio, altro conto è il diritto a violare la legge penale per difendersi...

⁴⁰ Su cui almeno DE FRANCESCO, 2018, p. 231 ss.; ID., 2020, p. 992 ss.; sulla *suitas* nel diritto penale, da considerare, fra gli altri, PADOVANI, 1987b, p. 209 ss.

⁴¹ D'altra parte, è quanto già accade nei reati omissivi propri e impropri: nel primo caso, il presupposto, logico e giuridico, per l'attivarsi del comando legislativo consiste nella possibilità di adempiere al medesimo; nel secondo caso, per dottrina quasi unanime uno dei requisiti imprescindibili per il valido insorgere di un obbligo di impedire l'evento è il potere impeditivo.

a quella del suo secondo comma: quest'ultimo fungerebbe indirettamente (cioè passando per l'art. 199 c.p.p.) da elemento chiarificatore del primo. Afferma infatti la Corte: "[l]a *ratio* [del primo comma dell'art. 384] corrisponde perfettamente a quella dell'art. 199 cod. proc. pen."⁴², "relativo alla facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato dal rendere testimonianza" entrambe avendo "lo scopo di salvaguardare i vincoli di solidarietà 'familiare'"; ancora, "[p]uò dirsi che l'art. 199 cod. proc. pen. acquista una funzione di indirizzo interpretativo in ordine alla estensione della scusante prevista dall'art. 384 alle coppie di fatto [...]. Il mancato riconoscimento dell'estensione della scusante di cui all'art. 384, primo comma, cod. pen., anche al convivente determinerebbe un problematico rapporto con il secondo comma dello stesso articolo, dal momento che il convivente *more uxorio*, sebbene gli sia riconosciuto, come per il coniuge, il diritto all'avvertimento in funzione dell'astensione di cui all'art. 199 cod. proc. pen., con conseguente non punibilità in caso di omissione, non sarebbe invece tutelato nell'ipotesi prevista dal primo comma".

Pare condivisibile il rilievo in rapporto alla inopportunità di una asimmetria fra i due commi dello stesso articolo. Le Sezioni Unite, purtuttavia, non si soffermano sulla differenza che comunque intercorre fra gli stessi, a partire dalla relativa natura. Su quella del primo comma bisogna ancora indagare compiutamente, ma sicuramente, come si è visto, non si tratta di una causa di non punibilità in senso stretto né di una causa di giustificazione⁴³ né tantomeno di esclusione della tipicità del fatto; il secondo comma ha invece, secondo la dottrina, proprio la funzione di eliminare *tout court* la stessa tipicità del fatto⁴⁴: poiché diversa è la natura dei due commi, diverso dovrà esserne anche il fondamento.

La Suprema Corte qualifica quindi il primo comma dell'art. 384 come una causa di esclusione della colpevolezza o scusante, aderendo alla dottrina più avvertita⁴⁵. Il fondamento di tale scusante risiede nel c.d. principio di inesigibilità⁴⁶, in virtù del quale "l'ordinamento si astiene" dal muovere all'agente "un rimprovero, prendendo atto che la sua condotta è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo"⁴⁷.

⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. un., n. 7208/2007, Genovese, non mass.

⁴³ Per la qualifica della norma in questione come causa di giustificazione, tuttavia, MEZZETTI, 2000, p. 101 ss.

⁴⁴ ROMANO B., 2016, p. 287, secondo cui verrebbero meno i presupposti necessari per la qualifica stessa di soggetto attivo del reato.

⁴⁵ BELLAGAMBA, 2007, p. 315; DONINI, 1991, p. 581; FORNASARI, 1990, p. 353 ss.; MANNA, 1996, p. 92 ss.; PIFFER, 2005, p. 867; TASSINARI, 2012, p. 312; VIGANÒ, 2000, p. 598. Una qualificazione *mista* è invece attribuita alla norma da SPENA, 2010, p. 163, secondo cui nell'alveo della disposizione *de qua* vi sarebbero tanto elementi inerenti alle cause di giustificazione quanto elementi inerenti alle cause di esclusione della colpevolezza.

⁴⁶ Cfr. ancora una volta la nt. 15.

⁴⁷ Cfr. PADOVANI, *op. cit.*, p. 4, secondo cui le scusanti "rappresentano [...] regole di giudizio che il giudice è chiamato ad applicare al caso concreto quando il processo di motivazione si sia svolto in presenza di fattori, normativamente definiti, ritenuti capaci di alterarne la formazione o lo sviluppo, sul piano intellettuale o su quello volitivo, a seconda del tipo di scusante. Si tratta, in buona sostanza, di fattori espressivi dell'inesigibilità in concreto di un comportamento osservante".

Della sussistenza del principio di inesigibilità si discute in dottrina⁴⁸ ed in giurisprudenza⁴⁹ da gran tempo, ed il dibattito appare tutt'altro che sopito.

Si giunge adesso al cuore della sentenza delle Sezioni Unite: la chiave di volta per capire se l'art. 384 possa estendersi analogicamente al convivente *more uxorio*⁵⁰ risiede nell'individuazione della sua *ratio*, colta dalla Suprema Corte quando asserisce che "la ragione della non punibilità va ricercata nella 'particolare situazione emotiva vissuta dal soggetto' tale da rendere 'inesigibile' l'osservanza del comando penale", essendo così tipizzata "una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta 'alterato'". Da questa premessa la Corte trae la naturale, ineludibile conseguenza: "dinanzi all'alternativa – che può risultare drammatica – tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti, risulta del tutto 'incoerente' negare che ricorra la medesima condizione soggettiva, sia che si tratti di persone coniugate, sia che si tratti di persone conviventi. In entrambi i casi il conflitto interiore è identico. In entrambi i casi l'art. 384 cit. considera inesigibile la condotta oggetto della norma penale violata, per mancanza della 'colpevolezza' dell'agente".

Il ripetuto rigetto⁵¹ della questione di legittimità costituzionale (avente a oggetto l'art. 384 primo comma) sottoposta al Giudice delle Leggi si incentra proprio sul profilo del contro-interesse tutelato: la Consulta ha ritenuto che tale disposizione presidiasse non tanto il singolo agente quanto la famiglia fondata sul matrimonio "come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale"⁵². Da qui le considerazioni⁵³ inerenti alla stabilità del vincolo coniugale ed all'unità familiare di cui all'art. 29 Cost. Una interpretazione che ravvisi nell'art. 384 una tutela della solidarietà ed unità familiare contrastante con le esigenze di buon andamento dell'amministrazione della giustizia si risolverebbe però in una logica poco condivisibile. Se la famiglia non si limitasse ad

⁴⁸ A favore della sussistenza di tale principio, oltre a FORNASARI, 1990, si segnala BETTIOL, 1962, p. 388 ss., nonché SCARANO, 1948. In senso contrario depone invece la dottrina di gran lunga prevalente (ad es., MANTOVANI F., 2020, p. 360 ss.; NUVOLONE, 1972, p. 100; PETROCELLI, 1951, p. 140 ss.). Si segnala la peculiare posizione di SPENA, 2010, p. 149 (sulla scia di PETROCELLI, 1955, p. 151), secondo cui l'istituto in discorso si proietterebbe non già sul terreno della colpevolezza ma, a monte, su quello della (mancanza di) illiceità della condotta, difettando una pretesa comportamentale da parte dell'ordinamento in situazioni in cui il relativo assolvimento non risulti, appunto, esigibile. Ad avviso di chi scrive, piuttosto, l'ordinamento *continua a pretendere dal soggetto l'osservanza della legge penale*, nonostante il conflitto motivazionale da questi vissuto, pur non sanzionandolo penalmente, e cioè 'perdonandolo' (ma, si badi, e questo è il punto, soltanto *sotto il profilo penale*, restando la condotta *illecita, e perciò sanzionata, in altri rami dell'ordinamento*), qualora il consociato in parola decida di violare il precetto penale. Il comando legislativo, pertanto, non viene meno; si affievolisce soltanto (e quindi non sparisce) la sanzione che consegue alla relativa inosservanza.

⁴⁹ Come riportato anche dalla sentenza in commento, la Cassazione non ha mancato di richiamare il principio di inesigibilità: cfr. ad es. Cass. pen., Sez. I, n. 11855/1980, Mastini, Rv. 146627; Sez. Vi, n. 44761/2001, Mariotti, Rv. 220326; Sez. V, n. 18110/2018, Esposito, Rv. 273181; Sez. VI, n. 11476/2018, Cavassa, Rv. 275206; Sez. VI, n. 34543/2019, Germino, non mass.; Sez. VI, n. 15327/2019, Quaranta, Rv. 275320; Sez. VI, n. 34777/2020, Nitti, Rv. 280148.

⁵⁰ Risposta positiva al quesito era già stata data dalla dottrina (DI MARTINO, 1998, p. 207).

⁵¹ In particolare, Corte cost., sent. n. 237/1986 e sent. n. 8/1996.

⁵² Corte cost., sent. n. 8/1996.

⁵³ Approvate da MACCHIA, 2021, p. 8, che definisce le considerazioni svolte dalla Corte cost. "tutt'altro che evanescenti".

essere, secondo la nota immagine di Jemolo, un'isola che il diritto deve solo lambire, ma potesse anche diventare una impenetrabile fortezza militare contrapposta allo Stato, o peggio uno "Stato nello Stato", sarebbe ben arduo guardare ad un fenomeno di tal fatta con favore, e la norma in questione sembrerebbe, almeno, poco opportuna.

Il "contro-interesse" tutelato dalla norma *non* è quindi – sottolinea la Corte di cassazione – l'unità della famiglia. Ad essere tutelato è piuttosto il *singolo* familiare (ma vedremo come non debba essere giocoforza un familiare). Questi – ecco che cosa la norma dovrebbe stare a significare secondo le Sezioni Unite – non può ritrovarsi vessato da conflitti psicologici insanabili. Tale sarebbe, secondo la logica sottesa all'art. 384 per come ricostruito dalle Sezioni Unite, la scelta fra l'osservanza della legge (cioè degli articoli cui l'art. 384 rinvia) e la protezione, mediante la violazione della legge, di soggetti a cui l'agente risulti legato da un particolare coinvolgimento affettivo. Il legislatore, nella sua discrezionalità politica, è libero di rifiutare questa logica e di abrogare l'art. 384. Una volta, però, che l'abbia accolta, è vincolato dall'art. 3 Cost. a perseguirla coerentemente e fino in fondo: ciò implica che ad un analogo grado di coinvolgimento affettivo deve corrispondere una analoga tutela dalla sanzione penale⁵⁴, senza irragionevoli differenziazioni. Un puro formalistico legame legislativamente riconosciuto (come quello del coniugio e della parentela) non appare sufficiente (ecco quel che emerge fra le righe delle Sezioni Unite) a fondare – a parità di coinvolgimento affettivo – una radicale diversità di tutela. Resta da capire come ricavare, senza generare insolubili incertezze, tale grado di coinvolgimento. Ecco una possibile strategia ermeneutica.

Quando si fa leva sul grado di coinvolgimento emotivo, bisogna⁵⁵ "sgombrare il campo" da note "psicologistiche", essendo impossibile infiltrarsi nell'intimo dell'agente e sondarne il grado di coinvolgimento emotivo. All'uopo potranno invece soccorrere indicazioni sintomatiche del grado di coinvolgimento affettivo, o potranno assumersi criteri di "identificazione di situazioni corrispondenti"⁵⁶, purché, come Padovani sostiene con riguardo alla sola situazione di convivenza (ma come si potrebbe anche proseguire con riferimento ad altre situazioni sintomatiche identificate come corrispondenti), "la situazione [...] risulti in base ad elementi di prova rigorosi"⁵⁷. Il gioco, secondo l'insegnamento di Gadamer, fa premio sui giocatori, e non sono quindi aprioristicamente individuabili a monte tutte queste situazioni: spetterà al giudice, non arbitrariamente ma secondo le coordinate di fondo costituzionali e legislative appena tracciate, individuarle a valle. Lo strumento dell'analogia *in bonam partem* sembra a tal fine la via più agevole. Naturalmente, una siffatta dinamica genererà incertezze: non deve però conseguire (anche per le ragioni che si diranno) la rinuncia alla medesima.

⁵⁴ *Contra*, MACCHIA, 2021, p. 7, che condivide la posizione della Corte costituzionale (sent. n. 8/1996) allorché afferma: "l'aspetto dei comuni sentimenti affettivi [...] non è idoneo a superare le diversità tra le due situazioni [cioè di coniugio e di convivenza]". Si vedrà meglio quale sia la fallacia in cui è incappata la Consulta.

⁵⁵ PADOVANI T., 2021, p. 6.

⁵⁶ *Ivi*, p. 8.

⁵⁷ *Ibidem*.

3. Osservazioni più generali sull'analogia *in bonam partem*. Ridimensionamento della distanza dogmatica fra le tre grandi cause di non punibilità in senso lato.

La sentenza appena esaminata si rivela un auspicabile punto di svolta rispetto all'approccio tralatizio al tema dell'analogia. Si possono adesso compiere passi ulteriori, sviluppando osservazioni di carattere più generale sul fenomeno analogico a favore del reo nel diritto penale. Ebbene, non si intende affatto trascurare le cospicue differenze intercorrenti fra gli istituti delle scriminanti, delle scusanti e delle cause di non punibilità in senso stretto. Eppure, dal ristretto punto di vista della possibilità di estensione analogica, la loro diversità, sinora fortemente rimarcata dalla dottrina di gran lunga maggioritaria, potrebbe essere in larga misura ridimensionata. Tradizionalmente si sostiene che le scriminanti sarebbero espressione di principi generali propri di tutte le branche dell'ordinamento, laddove scusanti (secondo certa dottrina⁵⁸) e cause di non punibilità *stricto sensu* (secondo un unanime giudizio) avrebbero valore di norme eccezionali. Il punto è che la distinzione fra *principio generale* (cui si riconducono le scriminanti) e *ratio legis* (che sorregge scusanti e cause di non punibilità in senso stretto) non si presenta talmente netta da giustificare sempre e comunque un corollario di disciplina così diverso come quello legato all'applicabilità, nel primo caso, e all'inapplicabilità, nel secondo caso, dell'analogia *in bonam partem*.

Una differenza, certo, persiste: il fatto che una norma esprima un principio generale può naturalmente *rendere più agevole, e di più immediata evidenza*, la possibilità di applicarla ad altri casi, ma non è un fattore sempre e comunque decisivo ai fini dell'analogia *in bonam partem*: se è vero che la medesimezza della *ratio legis*, infatti, si manifesta con minore immediatezza, da ciò non dovrebbe, tuttavia, derivare un'assoluta preclusione del procedimento analogico, ma, più semplicemente, una maggiore cautela da parte dei giudici nell'avvalersene. Trattasi dunque non di una difformità ontologica, di natura qualitativa, ma di una *questione di grado*, di carattere meramente quantitativo (l'analogia ricorrerà, cioè, *con maggiore frequenza* nelle scriminanti rispetto alle scusanti ed ancor di più alle cause di non punibilità in senso stretto). I principi generali, d'altronde, a ben vedere, forse altro non sono che *rationes legis* più lungamente e stabilmente sedimentate nel tempo ("più", si badi: differenza, lo si ribadisce, quantitativa, non qualitativa).

L'elemento dirimente è pertanto costituito dal riferimento all'art. 3 della Costituzione⁵⁹ (alla cui luce andrebbe interpretato l'art. 14 anche nella sua seconda parte, e non solo nella prima⁶⁰): esso non dà certo luogo ad un *passepartout* in grado di risolvere tutti i problemi, ma rappresenta un ineludibile punto di riferimento per ogni ragionamento giuridico intorno al procedimento analogico, perché, imponendo di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo diverso situazioni diverse, altro non

⁵⁸ Cfr., da ultimo, il ricco contributo di SCORCIA, 2022, *passim* ma specialmente p. 19 ss. (con gli autori ivi citati).

⁵⁹ Sul rapporto fra diritto penale e principio costituzionale di eguaglianza, DODARO, 2012.

⁶⁰ Cfr. paragrafi 3 e 4.

chiede che di valutare se la *ratio* della legge di volta in volta in esame postuli una equiparazione o una differenziazione di trattamento. Secondo l'insegnamento consolidato della Corte costituzionale⁶¹, quando risulti impossibile interpretare una legge in maniera conforme a Costituzione, s'impone al giudice di sollevare questione di legittimità costituzionale; quando però è possibile operare una interpretazione costituzionalmente conforme, il giudice è tenuto ad adottarla, a pena di inammissibilità della questione sollevata. L'analogia costituisce, ad avviso di chi scrive, né più né meno che uno strumento di interpretazione costituzionalmente conforme in senso ampio (o, se ci si riferisce all'interpretazione in senso stretto, comprensiva della fase *sussuntiva*, l'analogia sarebbe uno strumento di *integrazione* costituzionalmente conforme), a carattere sistematico e teleologico. Il giudice comune è tenuto ad esperirlo ove possibile (anche se *cum grano salis*), oltre che per quanto appena detto (cioè a pena di inammissibilità della questione sollevata), anche e soprattutto per due ordini di ragioni di stampo assiologico, sulle quali ci si soffermerà tra breve⁶².

La conclusione appena tracciata non dovrebbe rivelarsi dirompente, e si pone nel solco di una riflessione avanzata da autorevole dottrina⁶³ in merito al principio di inesigibilità: "è evidente che ogni disposizione giuridica è chiamata inevitabilmente a regolare non una sola ma più possibili – ed anche in certa misura diverse – situazioni che entrano a far parte di una classe in quanto presentano il medesimo nucleo significativo, e proprio qui può innestarsi il discorso sull'esigibilità: in taluni casi la situazione di fatto in cui la condotta considerata si radica è talmente anomala da far venire meno proprio uno degli elementi che integrano il comune nucleo significativo che è il denominatore minimo di appartenenza alla classe di condotte; ed allora si può concludere che il principio di uguaglianza non è più rispettato – ma può esserne recuperato il valore per il tramite dell'inesigibilità – di fronte all'applicazione di una norma ad una ipotesi la cui eccezionalità elimina in concreto la riconducibilità logica della fattispecie alla norma. Il principio di uguaglianza rappresenta pertanto uno scrimine essenziale, e in tal guisa funge da criterio di concretizzazione della inesigibilità almeno in un primo passaggio della valutazione giudiziale: attraverso di esso, infatti, il giudice stabilirà se il grado di anomalia della situazione di fatto è tale da non lasciar inquadrare la condotta nello schema della classe di condotte disciplinate da una determinata norma; in questo caso diviene legittima l'utilizzazione dell'inesigibilità".

Tali considerazioni potrebbero lasciare al giudice una discrezionalità eccessivamente ampia, prossima forse all'arbitrio. Qual è infatti il grado di anomalia rilevante? Donde lo si deduce? Senza un ancoraggio normativo, il riferimento ad una "anomalia" faticherebbe ad orientare le decisioni giudiziali. Si potrebbero quindi invertire i termini del discorso: *non si dovrebbe partire, come l'Autore si propone, da una norma incriminatrice per individuare arbitrariamente i casi ad essa sottratti, ma da una norma di favore per individuare analogicamente i casi ad essa riconducibili*.

⁶¹ Si allude all'orientamento inaugurato con la celeberrima sentenza n. 356 del 1996.

⁶² Cfr. decimo cpv. del presente paragrafo.

⁶³ FORNASARI, 1990, p. 221 ss.

Si potrebbe certo obiettare che anche quest'ultima soluzione presenti elementi di forte criticità, lasciando comunque in capo ai giudici una sfera di discrezionalità troppo ampia e tale da poter condurre ad un diritto pretorio costituzionalmente (dis-)orientato, con esiziale nocimento delle ragioni legate alla certezza del diritto. Nondimeno, siffatta obiezione rischierebbe anzitutto di provare troppo, in quanto impedirebbe finanche l'estensione analogica *in bonam partem* delle scriminanti (non meno discrezionale pare infatti l'individuazione di principi generali dell'ordinamento e la determinazione del relativo raggio di azione) o l'utilizzo, ad es., di termini *elastici* nella costruzione delle fattispecie incriminatrici (che cosa vi è di più discrezionale dell'individuazione, ad es., di un generico "giustificato motivo"?).

In secondo luogo, l'interpretazione della Costituzione e delle leggi non è prerogativa esclusiva di alcuna autorità in particolare (ciò ovviamente non significa che non esistano organi più o meno autorevoli in virtù della posizione che ricoprono nell'ordinamento): "in democrazia nessuno [...] è "padrone" dell'interpretazione, men che mai dell'interpretazione della Costituzione [...]. La democrazia richiede la massima diffusione del potere dell'interpretazione perché presuppone il mutuo riconoscimento dell'eguale dignità di tutti i componenti della comunità politica [...]. Eguale dignità significa eguale fallibilità delle opinioni di ciascuno"⁶⁴. Il giudice, nel rispetto della legge, deve essere libero di riempirne i "coni d'ombra": se la sua opinione apparirà plausibile, sarà allora più diffusamente adottata e, magari, fatta propria anche dalla Corte di cassazione, dotata della nota funzione nomofilattica: a questo punto anche le ragioni di certezza del diritto saranno soddisfatte.

Da ultimo, si evidenziano i due ordini di ragioni di stampo assiologico cui si fa riferimento alla fine del quinto cpv del presente paragrafo: in prima istanza, secondo il principio cardine dell'intera materia penale, meglio lasciare impuniti dieci colpevoli che condannare un innocente. Se quindi il giudice dovesse estendere impropriamente una scusante, sicuramente cagionerà un danno minore di quello che invece provocherebbe inevitabilmente *non estendendola*. Attribuire una maggiore discrezionalità *in bonam partem*, al più, conduce talora (in casi di *patologia*, ci si augura non frequenti) all'impunità di un colpevole, laddove invece ridurre tale discrezionalità può portare, al contrario (qualora il giudice non sollevi la questione di legittimità costituzionale o tale questione sia dichiarata inammissibile o rigettata dalla Corte costituzionale), alla condanna di un innocente.

In seconda battuta, l'interprete non si può mai discostare da un'impostazione personologica, insita nella Carta costituzionale, che accorda all'individuo preminenza rispetto allo Stato⁶⁵. Ebbene, depongono a favore dell'analogia *in bonam partem* entrambe le coordinate di fondo, potremmo icasticamente dire l'ascissa e l'ordinata, del nostro sistema istituzionale, cioè la libertà e l'uguaglianza⁶⁶, che fanno premio sull'istanza

⁶⁴ Cfr. ARENA, 2020, p. 98 ss.

⁶⁵ Cfr. BETTIOL, 1982, p. 376 ss.

⁶⁶ Non si concorda perciò al riguardo con MACCHIA, 2021, p. 3 ss., secondo cui "gli 'sconfinamenti' di campo [del giudice nella sfera legislativa] sono, come è ovvio, tollerabili, ma purché *cum grano salis*, ed in ipotesi davvero eccezionali, rappresentando, come si è detto una sorta di 'valvola di sicurezza' del sistema, che la

punitiva. La libertà perché l'*analogia in bonam partem* esprime un *favor libertatis* certamente insito nelle liberaldemocrazie. L'uguaglianza perché la necessità di ricorrervi discende da insopprimibili esigenze di parità di trattamento, parimenti insite nelle liberaldemocrazie⁶⁷.

Ciò, si badi bene, non equivale affatto a sacrificare del tutto l'istanza punitiva: resta affidato al ruolo dei giudici non forzare procedimenti analogici in assenza dell'*eadem ratio* e di indicazioni sintomatiche (o di criteri di identificazione di situazioni corrispondenti) risultanti in base a rigorosi elementi di prova. Rimane, sì, il rischio che ciò non accada e si "forzi la mano", ma non dovrebbe rivelarsi un rischio troppo elevato, e in ogni caso i danni sarebbero, come si è visto, inferiori rispetto a quelli che scaturirebbero da un'assoluta preclusione (o da una soverchiante limitazione) del procedimento analogico.

Bisogna però fare, da ultimo, i conti con alcuni invitati di pietra del discorso in questione. Il primo è il più agevole da trattare, e attiene all'asserita *assenza di lacune* nell'ordinamento penale⁶⁸: nel sistema penale sarebbe cioè in radice preclusa qualunque possibilità di applicare il procedimento analogico, anche *in bonam partem*, in quanto difetterebbe, a monte e prima ancora di poter indagare il profilo della *eadem ratio legis*, il presupposto legato alla presenza di una *lacuna*. Qualora un determinato fatto non sia stato, ad esempio, espressamente scriminato, ciò significherebbe che il legislatore ha inteso assoggettarlo alla sfera di operatività della disposizione incriminatrice. L'argomento è stato da tempo superato in quanto non dirimente (tant'è che, come si è detto, l'analogia nelle scriminanti è ad oggi ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti); si intende qui, comunque, avanzare una ulteriore ragione a sostegno dell'opinione che estende l'analogia a favore del reo: si ritiene che la lacuna non possa giuridicamente mai consistere in un *punto vuoto* dell'ordinamento, e cioè in

stessa Corte costituzionale ha in qualche modo preventivato"; o, ancora, "è [...] il legislatore, "muto o "loquace" che sia, a dover effettuare le proprie valutazioni, anche se – in ipotesi – non sempre o non in tutto sintoniche con il comune sentire e con la evoluzione dei costumi sociali. I rimedi ci sono: ed è davvero superfluo enumerarli". L'intervento giudiziale per colmare lacune legislative viene inteso, in quest'ottica, quasi soltanto come inconveniente da contenere al massimo e da accogliere a malincuore quando proprio non si può fare altrimenti, laddove invece, nella nostra impostazione, esso costituisce una chiave di volta per appianare le gibbosità dei casi concreti.

⁶⁷ Sui nessi intercorrenti fra analogia e principio costituzionale di uguaglianza, con decisione e chiarezza, GIANFORMAGGIO, 1987, p. 320 ss.

⁶⁸ Cfr. CONSULICH, 2018, p. 458: "a nostro parere sono però ragioni *logico-sistematiche* ad impedire il ricorso all'analogia *per qualsiasi scriminante*. A difettare rispetto a queste norme è il presupposto operativo, cioè una assenza di disciplina da colmare in via interpretativa: la lacuna, pur percepita dall'interprete come reale, ha una dimensione meramente *apparente*. La norma scriminante, proprio perché tale, cioè orientata alla neutralizzazione di una responsabilità penale, implica che il caso concreto che si vorrebbe ricondurre alla *giustificazione sia già disciplinato* dalla fattispecie penale: un fenomeno, dunque, di *convergenza normativa* e non certo di *assenza di regolazione*. Applicare analogicamente la norma di liceità comporterebbe la sottrazione di una classe di ipotesi alla disciplina della norma incriminatrice e condurrebbe ad una violazione del già citato art. 25 Cost., nonché del principio di cui all'art. 101 Cost., contraddicendo una esplicita scelta normativa del legislatore. In conclusione, l'analogia in materia di scriminanti, prima che *vietata*, è *impossibile*, quanto meno entro le coordinate costituzionali italiane"; convergono PADOVANI, 1993, p. 37 ss.; SPENA, 2008, p. 341 ss.

una *mera assenza*. Non si aderisce, infatti, alla tesi secondo cui nell'ordinamento giuridico possano esistere comportamenti *giuridicamente neutri o indifferenti* soltanto perché *non espressamente qualificati*. Il sistema, di contro, esplicitamente o implicitamente, è tenuto a prendere posizione su qualunque fatto umano intersoggettivamente rilevante; un atteggiamento di neutralità si risolverebbe soltanto nel premio del più forte: soluzione che contrasta con lo scopo stesso (meglio, con uno degli scopi) per cui il diritto esiste. Nessun fatto umano intersoggettivamente rilevante sfugge dunque alla qualifica del diritto: ciò non si traduce, naturalmente, in una dinamica totalitaria od autoritaria, ché anzi il principio ispiratore dei sistemi liberaldemocratici è il *favor libertatis*; si traduce soltanto nella necessità valoriale che l'ordinamento *prenda sempre posizione*, e non si disinteressi mai dei rapporti intercorrenti fra i suoi consociati.

Il giudizio sulla sussistenza di una lacuna ha, per questo, carattere eminentemente valoriale⁶⁹: la lacuna non ha cioè priorità logica rispetto alla *eadem ratio*, ma avviene piuttosto il contrario: la lacuna *si ricava dalla eadem ratio*. La lacuna infatti, lungi, come si è detto, dal costituire un *punto vuoto* del sistema giuridico, costituisce il risultato di un preciso giudizio valoriale, inerente alla *eadem ratio*: si individua una norma; si ricava la sua *ratio legis*; si rileva, come sempre avviene, che la *ratio legis* impone, secondo esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento, una sfera di applicazione della norma *più ampia* rispetto a quanto si può evincere in via ermeneutica dalla relativa disposizione; si estende la portata della norma al caso non regolato dalla disposizione. La lacuna, dunque, lungi dall'essere un punto vuoto, si può definire come l'impossibilità di applicare, su basi strettamente interpretative e quindi *sussuntive*, una determinata disposizione ad un determinato caso concreto, quantunque tale applicazione sia imposta da esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento. Il vuoto afferisce, pertanto, esclusivamente al momento strettamente interpretativo-sussuntivo. Ha carattere relativo, non assoluto. E, soprattutto, non è il portato di un *vuoto giuridico*, ma è il frutto di una valutazione in termini di *dover-essere normativo e valoriale*. Calata questa considerazione nel contesto dell'analogia *in bonam partem*, non si può quindi partire dal rilievo secondo cui in mancanza dell'espressa estensione di una causa di non punibilità (si utilizza volutamente qui l'espressione più ampia) il caso concreto debba essere sussunto sotto la disposizione incriminatrice; occorre piuttosto partire dal rilievo del *dover-essere normativo e valoriale* legato alla necessaria applicazione della causa di non punibilità in discorso anche a casi *non riconducibili alla medesima su basi strettamente interpretative-sussuntive*, ma che *richiedono* di essere da essa regolati secondo esigenze, anche costituzionali, di parità di trattamento⁷⁰.

⁶⁹ Si rimanda in proposito, in particolare, agli studi di Fiandaca. Cfr., fra tutti, FIANDACA, 2001, p. 353 ss.; ID., 2002; ID., 2005.

⁷⁰ Per una accurata sintesi delle numerose definizioni e classificazioni di lacuna, ed in particolare sulla categoria delle cc.dd. lacune assiologiche (soprattutto se lette in connessione con l'art. 3 Cost., CHIASSONI, 2007, cap. III).

4. Il secondo convitato di pietra. La natura (asseritamente) eccezionale delle norme di favore diverse dalle scriminanti.

Il secondo convitato di pietra si radica nel divieto, legislativamente scolpito, di applicazione analogica di *norme eccezionali*, secondo il disposto inequivoco dell'art. 14 delle *Preleggi*⁷¹: se anche le scusanti fossero espressione del principio generale di inesigibilità, le cause di non punibilità in senso stretto sarebbero comunque soggette al divieto in discorso, in quanto pacificamente qualificate come norme eccezionali, e perciò insuscettibili di riconduzioni a matrici unitarie o a principi generali. L'argomento è superabile, sotto più di un aspetto: innanzitutto, se è vero che le norme eccezionali non sono, per definizione, espressione di principi generali, è anche vero che non per questo esse risultano scevre da una loro *ratio legis*, la quale pertanto impone di applicare le norme stesse, in ossequio alla parità di trattamento, a casi rientranti nel suo perimetro d'azione: ciò, naturalmente, di solito avverrà in maniera assolutamente sporadica, in quanto le norme eccezionali, anche rispetto alla loro *ratio*, sono generalmente strutturate in guisa tale da estendersi nella loro massima portata logica solo ai casi espressamente regolati. Qualora, tuttavia, non dovesse essere così, una *preclusione indiscriminata* dell'analogia come quella che sembra emergere dalla seconda parte dell'art. 14 delle *Preleggi* non sembra potersi porre al riparo da censure di legittimità costituzionale, poiché vulnera l'imperativo della nostra Carta fondamentale di trattare situazioni eguali in maniera eguale e situazioni diverse in maniera diversa (alla luce di un giudizio di valore legato appunto alla *ratio legis*).

Si potrebbe obiettare che in simili eventualità, anziché ricorrere ad una preclusa estensione analogica, il giudice potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma eccezionale nella parte in cui essa non si estende anche ad altri casi dalla stessa non contemplati; la risposta a questa obiezione si rinviene tuttavia nell'argomento che si è avanzato poc'anzi: l'analogia costituisce un prezioso strumento pretorio di interpretazione costituzionalmente conforme (o, se ci si riferisce all'interpretazione in senso stesso, implicante l'operazione sussuntiva, di integrazione costituzionalmente conforme), imposta dalla Corte costituzionale a pena di inammissibilità. Si riconosce da subito, comunque, che potrebbe seguirne uno stallo: stando infatti all'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui è inammissibile qualsiasi questione di legittimità costituzionale ove il giudice non abbia prima infruttuosamente operato un tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme, potrebbe derivarne l'impossibilità di dichiarare una norma costituzionalmente illegittima per violazione del principio di uguaglianza, poiché il giudice *a quo* potrebbe sempre rimediare al *vulnus* mediante l'analogia e, qualora non potesse, significherebbe che i casi non regolati non sono riconducibili alla *ratio della norma*, e che dunque neppure si pone un problema di illegittimità costituzionale della norma sotto tale profilo.

⁷¹ Sul rapporto tra norme eccezionali, *ratio legis* delle medesime e analogia, in linea con la tesi espressa nel presente lavoro, cfr. ENGISCH, 1970, pp. 240-241.

Anche un simile stallo non sarebbe di certo insuperabile: innanzitutto perché il giudice *a quo* potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma eccezionale che *secondo il diritto vivente* non è estesa analogicamente ad un caso cui a suo avviso dovrebbe estendersi; anziché operare direttamente l'analogia, il giudice potrebbe, privilegiando un'insopprimibile istanza di certezza del diritto, far dichiarare la legge eccezionale in parola costituzionalmente illegittima⁷². In secondo luogo, si rammenta che il giudice può certo ricorrere all'analogia, ma non *contra legem*; se, quindi, una determinata norma eccezionale rendesse, espressamente o comunque inequivocabilmente, impossibile operare una analogia (ad esempio *negando espressamente, o implicitamente ma in maniera univoca*, di applicarsi a determinati casi a cui, secondo Costituzione, dovrebbe invece applicarsi), il giudice si ritroverebbe costretto a sollevare q.l.c. dinanzi alla Corte costituzionale. Infine, non sembra peregrino avanzare l'idea che la secca alternativa fra l'interpretazione costituzionalmente conforme e la q.l.c. possa forse rivelarsi troppo rigida. Senza voler qui inoltrarsi in un discorso troppo ampio, ci si potrebbe tuttavia domandare: *perché non attribuire al giudice comune la scelta discrezionale, in via generale, fra interpretare o integrare la norma in maniera conforme a Costituzione o sollevare q.l.c.*, a seconda della via che gli sembri più idonea al caso concreto al medesimo sottoposto?

Se anche l'art. 14 non venisse dichiarato parzialmente incostituzionale, si potrebbe comunque rivisitare un'acquisizione sino ad oggi pacifica della dottrina e della giurisprudenza penalistica, e cioè che le cause di non punibilità in senso stretto siano necessariamente norme eccezionali. Che cosa sono, innanzitutto, le norme eccezionali? Una definizione univoca non esiste. Una delle più rigorose è stata autorevolmente elaborata da Mantovani, secondo cui il diritto eccezionale costituirebbe il "complesso normativo che regola il *minor numero* di ipotesi in modo non solo diverso ma *antitetico* rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto regolare)"⁷³. L'Autore, tuttavia, giunge a questa ricostruzione solo dopo aver negato, in maniera forse troppo assertiva, che il *favor libertatis* dovrebbe deporre nel senso di far ritenere la libertà la regola e la relativa restrizione, specialmente in campo penale, l'eccezione: le norme incriminatrici, pertanto, costituirebbero, secondo la visione rigettata da Mantovani, esse stesse norme eccezionali (derogative del principio generale

⁷² Il giudice comune infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. n. 117 del 2012), qualora si sia formato su di una determinata norma un diritto vivente che a suo parere renda la norma contrastante con la Costituzione, è legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma censurata: SALVATO, 2015, p. 44. In ordine al rapporto fra questione di legittimità costituzionale e diritto vivente, più ampiamente ALPA, 2008, p. 47 ss.; ANZON, 1998, p. 1082; ID., 1984 (n. 1), p. 300 ss.; ASCARELLI, 1958, p. 14 ss.; CARNELUTTI, 1949, p. 41 ss.; MEZZANOTTE, 1979, p. 149 ss.; PUGIOTTO, 1994, p. 53 ss.; RESTA, Bari, 2008, p. 23 ss.; ZAGREBELSKY, 1986 (n. 1), p. 1148 ss.

⁷³ MANTOVANI F., 2020, p. 84. L'Autore, quindi, distingue rigorosamente il diritto eccezionale dal *diritto speciale*, che sarebbe invece "quel complesso normativo che, in ordine ad una determinata materia, regola il *minor numero* di ipotesi in modo *diverso* ma non *antitetico* rispetto al complesso normativo che regola il maggior numero di ipotesi (diritto comune), poiché entrambi pur sempre vietano o comandano o permettono i fatti rientranti nelle rispettive sfere di previsione"; nel diritto eccezionale, di contro, "l'uno [ossia un complesso normativo] vieta e l'altro comanda o l'uno vieta e l'altro permette o l'uno permette e l'altro comanda la serie di fatti rispettivamente previsti".

di libertà), cosicché le cause di non punibilità in senso stretto, ponendosi come eccezione dell'eccezione, confermerebbero la regola, ossia il principio generale di libertà⁷⁴. L'Autore si limita ad affermare che una simile tesi peccherebbe per eccesso. Eppure, nel presente lavoro, non se ne riesce a vedere la ragione, ché anzi sembra una tesi rispettosa dei valori cui l'ordinamento è informato. Si può infatti, oltretutto, lapidariamente, domandare: se si vuol prendere sul serio il principio di *frammentarietà*, che cos'altro starebbe a significare, se non *eccezionalità* delle norme penali⁷⁵?

Né si obietti, infine, che il principio generale sarebbe quello, sancito dall'art. 3 c.p., della obbligatorietà della legge penale; oltre al fatto che esso si riferisce, per quanto appena sostenuto, a norme *non di diritto regolare*, va aggiunto che le cause di non punibilità in senso stretto *non costituiscono eccezione* al principio di obbligatorietà della legge penale. *Anche i soggetti non punibili in virtù di una causa di non punibilità in senso stretto, infatti, sono tenuti al rispetto della legge penale*. La causa di non punibilità non rappresenta una licenza di commettere reati, ma solamente una rinuncia, da parte dell'ordinamento, alla sanzione penale (ferme eventuali altre sanzioni in altri rami dell'ordinamento). Un fatto, quindi, che integri una disposizione incriminatrice (e configuri un reato in tutti i suoi elementi costitutivi) *rimane* (almeno secondo la ricostruzione dominante, che esclude la punibilità dagli elementi costitutivi del reato⁷⁶) *un illecito penale*. Nulla osta, in ultima analisi, come si è visto, all'eventualità di un'applicazione analogica di cause di non punibilità in senso stretto. Essa sarà solo *quantitativamente più rara* dell'estensione analogica delle scusanti o, ancor di più, delle scriminanti, ma *non sarà assolutamente e qualitativamente preclusa*.

⁷⁴ In realtà bisogna precisare, e qui torna utile quanto affermato al primo paragrafo, che per 'libertà' non si deve intendere, a giudizio di chi scrive, *spazio di liceità* (significato più generale ed esteso ad ogni branca del diritto, che distingue per eccellenza il lecito dall'illecito), bensì *area di condotte che non dà luogo, come conseguenza sanzionatoria, all'imprigionamento, ossia all'invasione statale del corpo del consociato inosservante*. Ciò perché, lo si ricorda, le condotte coperte da cause di non punibilità in senso stretto rimangono *illecite* (addirittura, secondo l'impostazione dominante, *penalmente illecite*), sebbene non sanzionate. La *libertà* di cui si tratta è quindi *libertà da sanzione penale*, e non libertà giuridica di commettere la condotta *de qua*.

⁷⁵ Si può in proposito riprendere un passaggio di GIUNTA, 2007, p. 447: "l'ordinamento giuridico aborre le lacune, ma non il diritto penale che *eleva a valore l'incompletezza* [corsivo nostro]". Il discorso è riferito al divieto di analogia (*in malam partem*) nel sistema penale, ma può ben attagliarsi anche al principio di frammentarietà con la conseguente *eccezionalità* della restrizione della libertà del corpo dei consociati, tanto che lo stesso Autore subito dopo chiosa: "[m]entre il diritto civile conosce l'onnicomprensiva figura dell'illecito aquiliano, il diritto penale moderno sta e cade con la pluralità tassativa degli illeciti, ossia con la frammentarietà dell'intervento punitivo".

⁷⁶ Su cui, per tutti, DE FRANCESCO, 2016, p. 2 ss., il quale peraltro opera una accurata distinzione fra un più moderato orientamento che ha elaborato, in seno al reato, le categorie del c.d. bisogno di pena o della c.d. meritevolezza di pena (facente capo a ROMANO M., 1992, p. 42 ss.) ed un più audace orientamento, cui ci si riferisce nel testo, che annovera la punibilità nella sua interezza fra gli elementi costitutivi del reato (è la classica posizione di MARINUCCI e DOLCINI, 2001, p. 651 ss., nonché di COCCO, 2013, p. 497 ss.).

5. L'analogia e la separazione dei poteri. Due termini di un rapporto problematico.

In virtù di tutte le considerazioni che si sono qui sviluppate, rimane da accennare ad una più profonda indagine: bisogna cioè soffermarsi sul rapporto fra il fenomeno analogico, soprattutto in ambito penale, ed il principio di separazione dei poteri⁷⁷, naturalmente senza alcuna pretesa di esaustività, atteso che ci si limiterà a suggerire alcuni spunti di riflessione. L'analogia rappresenta – se così si può dire – soltanto una piccola fessura da cui si può guardare al sistema giuridico nel suo complesso sotto il profilo della relazione che intercorre fra il legislatore ed il giudice, fra *legis latio* e *legis executio*. Come è noto, il mondo della dottrina – soprattutto costituzionale – sembra, da questo punto di vista, come ‘spaccato in due’: da una parte si collocano coloro che guardano con sostanziale *sfavore* all'espansione del ruolo del giudice (anche costituzionale) in veste suppletiva del legislatore, e reputano che il primo dovrebbe attenersi ad un più rigoroso *self-restraint* nei confronti del secondo; dall'altra, invece, si schiera chi sostiene che un ruolo più attivo del potere giudiziario rappresenti una evoluzione *fisiologica* del rapporto giudice-legislatore⁷⁸, soprattutto di fronte ad un potere legislativo sempre meno fisiologicamente esercitato⁷⁹.

⁷⁷ Su cui si rinvia, per tutti (oltre, ovviamente, ai classici della filosofia politica di Locke, Montesquieu etc.), a SILVESTRI, 1979; ID., 1984; ID., 1990; ID., 1994; ID., 2011, p. 2 ss., nonché a BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 1965; BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; ID., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1996; CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990; MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, voce in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1996, p. 472 ss.; RESCIGNO G.U., *Divisione dei poteri*, voce in AA.VV., *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Milano, 1980.

⁷⁸ Si ricorda, comunque, che ad avviso di autorevole dottrina (LUCIANI M., *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 4) attivismo e deferenza sarebbero “categorie sociologiche e segnate da un tasso considerevole di ideologismo che interessano molto il diritto, certo, ma non sono giuridiche”.

⁷⁹ Per una sintetica ma densa ricostruzione dell'intero dibattito (che in questa sede non può essere ulteriormente approfondito), SILVESTRI, p. 3 ss. Si può inoltre abbozzare una succinta riflessione: se il Parlamento è stato un tempo efficacemente definito come il potere “costituzionalmente meno pericoloso” (MANTOVANI, 2020, p. 46) occorre oggi, oltre a prendere atto (gli studiosi ci hanno già pensato abbondantemente), anche trarre le opportune conseguenze dal fatto che il Parlamento, proprio per la sua sempre maggiore passività, paradossalmente appare *sempre più pericoloso*: lo svilimento del livello del dibattito nelle aule parlamentari, la tolleranza dell'abuso da parte del Governo delle questioni di fiducia ed il succedersi di leggi elettorali che recidono il rapporto tra parlamentare ed elettorato di riferimento e premiano solo i più zelanti peones rendono sempre più il Parlamento mero luogo di ratifica di decisioni già prese, e consequenzialmente *longa manus* della compagine governativa, non immediata espressione della sovranità popolare. Pertanto, il primo non è oggi molto più rassicurante, per le libertà democratiche, del secondo. Questa crescente pericolosità del Parlamento si manifesta peraltro nella ormai cronica tendenza legislativa a ricorrere al diritto penale non più come mezzo per la protezione di beni giuridici, ma come *strumento di (apparente) risoluzione di problemi sociali*. Sulla (per la verità, vecchia e nuova) “passione punitiva” e sull'approccio legislativo di tipo “massimalista” e “bulimico”, RISICATO, 2021, p. 9; ID., 2019, nonché FERRAJOLI, 2017, p. 140 ss. Tanto più, dunque, andrà avanti questa tendenza quanto più andrà limitato il suo potere penale, e all'assolvimento di questo fine sono funzionali, da diverse angolature ed in diversa guisa, non soltanto tutti gli istituti riconducibili al potere giudiziario (latamente inteso, e comprensivo, in certo qual modo, anche della Corte costituzionale), fra cui dunque anche l'analogia *in bonam partem*, ma anche, per muoverci per un attimo oltre il tema qui trattato, gli istituti connessi alla *volontà popolare*, come, per

Si ritiene – nell’aderire al secondo orientamento di fondo – che il criterio che dovrebbe presiedere alla valutazione, in termini positivi o negativi, dell’espansione del ruolo dei giudici si incentri, come il prisma dei valori costituzionali sembra imporre, sulla tutela dei diritti fondamentali. La stessa, tradizionale regola aurea solennemente stabilita dall’art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789*, secondo cui un popolo non ha una Costituzione qualora non siano tutelati i diritti o non siano separati i poteri, sembra poter dare luogo ad un equivoco: nel giustapporre le due componenti di un ordinamento munito di Costituzione, essa pare obliterare il necessario *nesso di strumentalità* che avvince l’una all’altra. Non si tratta di due fini: la separazione dei poteri è il mezzo, la tutela dei diritti è il fine. L’orientamento, dunque, che subordina la tutela dei diritti al rispetto della separazione dei poteri *inverte* il rapporto di strumentalità, facendo assurgere il principio di separazione dei poteri da mezzo a fine. È ovvia l’obiezione secondo cui obliterare la separazione dei poteri può risolversi, soprattutto in prospettiva, nel pregiudizio, anziché nella tutela, dei diritti. Ciò non può, nondimeno, comportare come corollario l’idolatria del principio della separazione dei poteri anche a dispetto della tutela dei diritti, ma, anzi, impone a chi difenda, *contro* la tutela dei diritti, la separazione dei poteri, di argomentare in maniera chiara e convincente *quale potenziale nocumento* potrebbe recare ai diritti fondamentali la rinuncia al *self-restraint* giudiziale in funzione della tutela di un determinato diritto fondamentale nel determinato specifico caso di cui si discute.

Non si caldeggia certo, beninteso, un sistema in cui la separazione dei poteri sia obliterata ed i giudici possano ‘violentare’ la legge per affermare diritti o pretesi diritti; si sostiene, tuttavia, che il giudice, qualora ciò sia funzionale alla tutela di un diritto fondamentale, debba poter godere della sfera di discrezionalità, e quindi di *potere*, necessaria a riempire i coni d’ombra volutamente, negligenemente o anche fisiologicamente lasciati dal legislatore. Lo stesso dovrebbe valere per la Corte costituzionale rispetto ai coni d’ombra volutamente, negligenemente o fisiologicamente lasciati – in dispregio dei principi supremi dell’ordinamento – dai Padri e dalle ventun Madri Costituenti. Nulla dovrebbe ad esempio – nell’ottica del presente lavoro – ostare all’affermazione, nel rispetto della legge e della Costituzione, dei cc.dd. ‘nuovi diritti’ (che poi sovente altro non sono se non fisiologiche evoluzioni di vecchi diritti, al cui passo il legislatore non può stare né, tantomeno, è potuto stare il Costituente), anche perché, almeno nella maggior parte dei casi, ciò non implica il sacrificio di altri diritti fondamentali, ma soltanto lo sfaldamento di antichi privilegi, il venir meno di odiose discriminazioni o il crollo di qualche astratto principio che, per come è configurato, pare fine a sé stesso⁸⁰.

In uno Stato costituzionale, si potrebbe giungere forse anche a revocare in dubbio la cogenza della distinzione fra *interpretazione*, che tradizionalmente spetterebbe al giudice, e *creazione*, che tradizionalmente spetterebbe solo al legislatore. Senza volersi, anche qui, pienamente addentrare in un dibattito oceanico, si avanza solo uno spunto di

eccellenza, il referendum abrogativo.

⁸⁰ Primo fra tutti il c.d. principio della sacralità della vita, che altro non è se non il principio del dovere di vivere.

riflessione, un principio di discussione sul tema. Si ritiene che fra attività interpretativa ed attività creativa esista una differenza (analogamente al rapporto fra principi generali e *rationes leges*) solo di grado, ma non di ordine qualitativo. Si muove infatti dall'assunto secondo cui *nessun potere è libero nei fini*⁸¹, e cioè *libero di creare senza vincoli*. Il legislatore, nel creare norme giuridiche (*rectius* nel dettare disposizioni, il cui risultato interpretativo dà luogo alle norme in senso tecnico), si fa al contempo in qualche modo anche *interprete* di norme sovraordinate (quelle costituzionali e quelle sovranazionali), che ne vincolano i fini e l'attività. Finanche un eventuale futuro legislatore che intenda modificare la Costituzione è vincolato dal rispetto dei principi supremi dell'ordinamento. Si tratta, è chiaro, in entrambi i casi di vincoli *molto più allentati* rispetto a quelli cui è tenuto il giudice, ma non per questo inesistenti o qualitativamente difforni. Allo stesso modo, salvo i casi di scuola, a sua volta il giudice, nell'interpretare la legge, si vale di un ineludibile *spazio creativo*⁸², che non sembra nulla di diverso dalla stessa attività interpretativa: la scelta fra *più possibili significati, tutti potenzialmente validi*, e la scelta su *come far interagire le norme fra di loro*, costituisce, è inutile nascondere, un ineludibile *spazio politico* a disposizione del potere giudiziario⁸³.

Se, dunque, per *creazione* si intende *creazione dal nulla e senza vincoli*, non esistono nell'ordinamento poteri creativi. Se invece si intende, meno faraonicamente, *scelta fra più possibili opzioni, tutte potenzialmente autorizzate da una fonte del diritto*, allora tanto il potere legislativo quanto il potere giudiziario⁸⁴ sono esercitati *creando*. Se, d'altra parte, per *interpretazione* si intende la meccanica applicazione di una disposizione inequivocabilmente chiara, essa si è già da gran tempo rivelata un *wishful thinking* illuministico, ed un tale tipo di attività è relegata ad oggi a sparuti casi di scuola; se invece si intende attribuire un significato ad una o più disposizioni fra tutti quelli possibili, e rendere la disposizione *operativa*, tanto il potere giudiziario quanto il potere legislativo sono esercitati *interpretando*. In senso ampio, il potere legislativo altro non è infatti che *un interprete privilegiato dei valori costituzionali*. In entrambi i casi, pertanto, con la sola differenza di grado per cui il potere legislativo ha molte più opzioni ed una molto più ampia sfera di azione rispetto al potere giudiziario (lasciando il testo costituzionale uno spazio molto più ampio di quello lasciato dal testo legislativo), si può parlare dunque di una *creazione interpretativa e perciò vincolata* (dalla legge *tout court* per il giudice, dalla Costituzione per il legislatore).

⁸¹ Si riporta un acuto passaggio di ARENA, 2019, p. 220: "l'azione politica non è "libera nel fine", ma subordinata ai fini segnati in Costituzione e quindi preordinata alla massima tutela possibile della dignità di ciascuna persona umana".

⁸² Che il giudice, anche interpretando, in qualche misura *crei*, è un dato già autorevolmente messo in luce dalla dottrina; cfr., ad es., FIANDACA, 2011, p. 93; ID., 2008, p. 15.

⁸³ Trattasi di un dato ammesso anche da autorevole dottrina, come Luigi Ferrajoli (soprattutto in *Diritto e ragione*), sebbene l'Autore non sembri trarne le necessarie conseguenze, ed in particolare il ridimensionamento della distanza fra interpretazione e creazione e la necessità che anche il giudice sia *creatore di norme*, e non soltanto mero interprete.

⁸⁴ Per brevità, si intende per 'potere giudiziario' tanto quello esercitato dai giudici comuni quanto quello esercitato dal Giudice delle Leggi.

Non si obietti, infine, che le scelte politiche spettino solo al Parlamento in quanto esso sarebbe il potere più rappresentativo del corpo elettorale, più vicino alla volontà popolare. Occorre, ad avviso di chi scrive, abbandonare la visione per la quale le elezioni costituirebbero, in fin dei conti, *l'unica patente di legittimazione del potere politico*⁸⁵. Quest'ultimo viene invece esercitato, sia pur, lo si ripete, con differenze di grado non irrilevanti, tanto dagli organi di indirizzo politico, quanto dagli organi di garanzia⁸⁶. Fingere che esso non esista non comporterà il suo venir meno. In particolare, si sostiene che il potere legislativo non abbia titolo *esclusivo*, ma solamente *prioritario*, a innovare l'ordinamento. Quando l'innovazione sia imposta dalla necessità di proteggere diritti fondamentali (anche *nuovi diritti*), l'inerzia del legislatore non può giustificare una lacuna di tutela, e subentra il dovere del potere giudiziario di intervenire. Il fine – lo si vuole ancora una volta rammentare – non è il principio della separazione dei poteri, ma la tutela dei diritti. Il primo deve sempre fisiologicamente tutelare, e mai patologicamente pregiudicare i secondi⁸⁷. Si può d'altronde avanzare una ulteriore considerazione: si fatica a concepire come si possa, da un lato, mostrarsi così solleciti a salvaguardare il sistema, mediante la difesa del principio di separazione dei poteri, dal cattivo uso di un potere in forma *attiva*, e rimanere, dall'altro lato, giuridicamente indifferenti al cattivo uso di un potere in forma *omissiva*, consistente nell'*inerzia*. La seconda forma di cattivo uso del potere non è infatti necessariamente meno pericolosa della prima, e affermare che l'unico possibile rimedio può rinvenirsi, *quando siano in gioco diritti fondamentali*, nelle spontanee dinamiche della società, e non anche all'interno del sistema giuridico, equivale, giuridicamente, a minare il cuore dello stesso principio della separazione dei poteri.

Si ritiene, al contrario, che, soprattutto in una temperie culturale, se così si può dire, di *anestesia del furore politico* e di cronica incapacità della politica di far valere, attraverso il Parlamento, le istanze provenienti dalla società civile, non si possa alzare le spalle e sperare che in tempi migliori i cittadini si destino per condurre attivamente le

⁸⁵ Inteso come “peculiare interpretazione dell'interesse generale” (ARENA, 2019, p. 165), cui si può aggiungere la legittimazione da parte dell'ordinamento a farla valere nei modi da questo consentiti.

⁸⁶ Efficacemente, ARENA A.I., *op. ult. cit.*, p. 163 ss. e p. 219 ss., discorre di ‘forza politica’ degli organi di garanzia e di ‘forza garantista’ degli organi di indirizzo politico, sostenendo (*ivi*, p. 165) che politica e garanzia siano “ingredienti mescolati ogni volta in diversa misura”.

⁸⁷ Si vuole fare qui una importante precisazione: si suole spesso domandare retoricamente, soprattutto quando entrano in gioco ‘nuovi diritti’: “chi decide quali sono i diritti fondamentali? Un giudice? Un pugno di cittadini?”, etc. Porre questa domanda equivale ad *eludere* il compito non solo del legislatore, ma anche del giudice e anche di ogni membro della società civile, ossia *interpretare* le disposizioni Costituzionali (cfr. il paragrafo 3, settimo cpv. del testo), nonché i relativi principi supremi. È certamente una operazione *politica*, ma è ineludibile: tracciare una linea di demarcazione troppo netta fra ambito costituzionale ed ambito politico, come si trattasse di due sistemi reciprocamente chiusi ed alieni, è semplicemente mistificatorio. Chi chiede retoricamente quale sia il decisore dei diritti fondamentali dimentica di esserlo in prima persona, e solitamente pone tale domanda soltanto per aggirare il compito di argomentare il *perché* a suo parere *non sussista il nuovo diritto* che altri rivendicano (senza, quindi, pigramente addurre il motivo che il detto diritto non risulta dal testo costituzionale, posto che le disposizioni costituzionali sono state *volutamente* strutturate in maniera *ampia*, e dunque *fisiologicamente* si prestano ad interpretazioni di *ampio respiro*).

loro battaglie politiche o che il legislatore torni a (o cominci a?) rispondere sollecitamente alle istanze sociali. I diritti fondamentali non possono aspettare a lungo; è piuttosto opportuno che ciascun soggetto investito di una posizione di potere lo eserciti, conformemente a legge e Costituzione, per tutelare i diritti. “Nel 1938 gli esseri umani potevano scegliere fra tre narrazioni globali [la narrazione fascista, la narrazione comunista e la narrazione liberale], nel 1968 le opzioni si erano ridotte a due, nel 1998 sembrava prevalere una singola narrazione; nel 2018 non ne è rimasta alcuna”. Occorre cominciare a pensare ad un assetto giuridico modellato sulla desolante presa d’atto della generale assenza di passione politica. L’analogia, nel suo piccolo, può costituire uno degli strumenti atti a colmare i vuoti che questa assenza tristemente lascia.

Per concludere e ritornare al tema, se si individua correttamente la *ratio legis* di una causa di non punibilità, sia essa una esimente, una scusante od una causa di non punibilità in senso stretto, ben vengano le operazioni analogiche, con cui tali norme possano applicarsi anche a casi non espressamente contemplati in via legislativa, ma da ricondursi secondo ragionevolezza al loro alveo applicativo⁸⁸. Né si affermi, come si è fatto in dottrina⁸⁹, che è compito del legislatore colmare tutte le lacune che possano venire a crearsi, quasi che egli fosse un onnisciente Leviatano in grado di abbracciare con la possanza della sua mente l’infinita molteplicità delle vicende umane. Torna quanto mai opportuno, anche con riguardo al legislatore (ed alle cerulee ed ingiustificate speranze che su di esso ripongono i proseliti del principio della radicale separazione dei poteri), il monito di Amleto a Orazio: “ci sono più cose in cielo e in terra di quante tu ne possa sognare nella tua filosofia”.

⁸⁸ Chi scrive è consapevole dello “sdoganamento categoriale” che si potrebbe generare con questa presa di posizione. Si tratta, nondimeno, per le ragioni assiologiche di cui si è parlato, di una strada che deve essere, sia pur faticosamente, percorsa.

⁸⁹ MARINUCCI G.-DOLCINI E., *op. cit.*, p. 424.

BIBLIOGRAFIA

ALPA, Guido (2008): “Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente” – Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?”, *Sociologia del diritto*, p. 47 ss.

AMATO, Giuliano (1967a): *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale* (Milano, Giuffrè)

AMATO, Giuliano (1967b): “La libertà personale”, in BARILE, Paolo (eds.), *La pubblica sicurezza. Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* (Venezia, Neri Pozza)

ANZON, Adele (1984): “La Corte costituzionale e il “diritto vivente””, *Giurisprudenza costituzionale*, 1, pp. 300 ss.

ANZON, Adele (1998): “Il giudice *a quo* e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente (nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138)”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1082 ss.

ARENA, Antonio Ignazio (2019): *L’esternazione del pubblico potere*, (Napoli, Editoriale Scientifica)

ARENA, Antonio Ignazio (2020): “Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità”, in CAMPANELLI, Giuseppe *et al.* (eds.), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità. Atti del Seminario Annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 98 ss.

ASCARELLI, Tullio (1958): “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 14 ss.

BALDASSARRE, Antonio (1989): “Diritti inviolabili”, *Enciclopedia giuridica*, XI (Roma, Treccani)

BARATTA, Alessandro (1963): *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, (Milano, Giuffrè)

BARILE, Paolo (1966): *Le libertà nella Costituzione italiana* (Padova, Cedam)

BARILE, Paolo (1984): *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, (Bologna, Il Mulino)

BARTOLI, Roberto (2021): “La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo”, *La legislazione penale*, pp. 3 ss.

BASSI, Franco (1965): "Il principio della separazione dei poteri", *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, p. 17 ss.

BELLAGAMBA, Filippo (2007): *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, (Milano, Giuffrè)

BELVEDERE, Andrea (2001-2002): "Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni", *Diritto privato*, VII-VIII, pp. 557 ss.

BERNARDI, Andrea (2001): "Articolo 7 – Nessuna pena senza legge", in BARTOLE, Sergio et al. (eds.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (Padova, Cedam), pp. 260 ss.

BETTIOL, Giuseppe (1962): *Diritto penale. Parte generale*, (Palermo, Priulla)

BIN, Roberto et al. (eds.) (2001): *Stranieri tra i diritti: trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione (Atti del seminario, Ferrara, 26 gennaio 2001)*, (Torino, Giappichelli)

BOBBIO, Norberto (1938): *L'analogia nella logica del diritto*, (Milano, Giuffrè)

BOBBIO, Norberto (1968): "Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia", *Giurisprudenza italiana*, pp. 695 ss.

BOGNETTI, Giovanni (1996): *Poteri (divisione dei)*, voce in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche* (Torino, Utet)

BOGNETTI, Giovanni (2001): *La divisione dei poteri* (Milano, Giuffrè)

BONOMI, Andrea (2021): "Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un *unicum*", *Consulta online*, 3, pp. 899 ss.

BOSCARELLI, Marco (1955): *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale* (Palermo, Priulla)

BRICOLA, Franco (1965): *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, I (Milano, Giuffrè)

CADOPPI, Alberto (2007): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità* (Torino, Giappichelli)

CANALE, Damiano (2019): "In difesa della distinzione tra interpretazione e costruzione giuridica", in *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, a cura di CHIASSONI, Pierluigi et al. (eds.), (Madrid, Marcial Pons), 2, pp. 239-268

CARCATERRA, Gaetano (1988): “Analogia” (voce), *Enciclopedia giuridica Treccani*, (Roma, Treccani), II, pp. 19 ss.

CARETTI, Paolo e TARLI BARBIERI, Giovanni (2022): *I Diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali* (Torino, Giappichelli)

CARNELUTTI, Francesco (1949): “Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)”, *Rivista di diritto processuale*, 1, pp. 41 ss.

CAVALIERE, Antonio (2000): *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica* (Napoli, Jovene)

CERRI, Augusto (1990): “Poteri (divisione dei)” (voce), *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), pp. 487 ss.

CHIASSONI, Pierluigi (2007): *Tecnica dell'interpretazione giuridica* (Bologna, Il Mulino)

COCCO, Giovanni (2013): “La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato”, *Scritti in onore di Stile* (Napoli, Editoriale Scientifica)

CONSULICH, Federico (2018): *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, (Torino, Giappichelli)

CONTENTO, Gaetano (1991): “Interpretazione estensiva e analogia”, in STILE, Alfonso Maria (eds.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale* (Napoli, Jovene), pp. 5 ss.

DE BLASIS, Silvia (2017): “Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, pp. 128-156

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2000): “Sulle scriminanti”, *Studium iuris*, pp. 275 ss.

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2016): *Punibilità* (Torino, Giappichelli)

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2018): *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione* (Torino, Giappichelli)

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2020): “Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del ‘principio di realtà’”, *Rivista italiana di medicina legale*, pp. 992 ss.

DE VERO, Giancarlo (2020): *Corso di diritto penale. Parte generale*, (Torino, Giappichelli)

DI GIOVINE, Ombretta (2006): *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge* (Milano, Giuffrè)

DI GIOVINE O. (2018): ““Salti mentali” (analogia e interpretazione nel diritto penale)”, *Questione giustizia*, 4, pp. 55 ss

DI MARTINO, Alberto (1998): *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, (Milano, Giuffrè)

DI MARTINO, Alberto (2014): “Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte”, *discrimen.it*, pp. 3 ss.

DODARO, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale: uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè)

DOLCE, Raffaele (1957): *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale* (Milano, Giuffrè)

DONINI, Massimo (1991): *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato* (Milano, Giuffrè)

DONINI, Massimo (2016a): “Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 13 ss.

DONINI, Massimo (2016b): “Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 370 ss.

DONINI, Massimo (2018): “Fattispecie o *case law*? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza”, *Questione giustizia*, 4, pp. 87 ss.

DOVA, Massimiliano (2019): *Alterazioni emotive e colpevolezza* (Torino, Giappichelli)

ELIA, Leopoldo (1962): *Libertà personale e misure di prevenzione* (Milano, Giuffrè)

ENGISCH, Karl (1970): *Introduzione al pensiero giuridico* (Milano, Giuffrè)

FERRAJOLI, Luigi (2017): “Il paradigma garantista. Per una risposta razionale ai problemi della sicurezza e del terrorismo”, in CAVALIERE, Antonio *et al.* (eds.), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 140 ss.

FIANDACA, Giovanni (2001): “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 353 ss.

FIANDACA, Giovanni (2002): *Il diritto penale tra legge e giudice* (Padova, Cedam)

FIANDACA, Giovanni (2005): “Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione”, *Cassazione penale*, pp. 1722 ss.

FIANDACA, Giovanni (2011): “Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale”, *Criminalia*, pp. 93 ss.

FIANDACA, Giovanni (2017): *Prima lezione di diritto penale*, (Roma-Bari, Laterza)

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2012): *Diritto penale. Parte speciale, I* (Bologna, Zanichelli)

FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2014): *Diritto penale. Parte generale*, (Bologna, Zanichelli)

IORE, Stefano (1996): *Cause di giustificazione e fatti colposi* (Padova, Cedam)

FORNASARI, Gabriele (1990): *Il principio di inesigibilità nel diritto penale* (Padova, Cedam)

FORNASARI, Gabriele (1997): “Diritto giurisprudenziale e cause di giustificazione nell’esperienza tedesca. A margine, alcune considerazioni su interpretazione giudiziale e dogmatica giuridica”, in FIANDACA, Giovanni (eds.), *Il sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale* (Padova, Cedam), pp. 52 ss.

FORNASARI, Gabriele (2017): “Casi di non punibilità”, in FORNASARI, Gabriele e RIONDATO, Silvio (eds.), *Reati contro l’amministrazione della giustizia* (Torino, Giappichelli), pp. 279 ss.

FORNASARI, Gabriele (2021): “Applicazione dell’art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco *overruling* delle Sezioni Unite”, *Giurisprudenza italiana*, 7, pp. 1725 ss.

FRACANZANI, Marcello (2003): *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico* (Milano, Giuffrè)

GALEOTTI, Serio (1953): *La libertà personale (studio di diritto costituzionale e comparato)*, (Milano, Giuffrè)

GALLO, Marcello (2014): *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale* (Torino, Giappichelli)

GIANFORMAGGIO, Letizia (1987): “Analogia” (voce), *Digesto delle discipline privatistiche*, I, (Torino, Utet) pp. 320 ss.

GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa* (Padova, Cedam)

GIUNTA, Fausto (1995): “L’applicazione analogica delle scriminanti: un luogo di tensione tra certezza del diritto e *favor libertatis*”, *Studium iuris*, pp. 182 ss.

GIUNTA, Fausto (2007): “Rileggendo Norberto Bobbio. L’analogia nella logica del diritto”, *Criminalia*, pp. 447 ss.

GREVI, Vittorio (1974): “Libertà personale dell’imputato”, *Enciclopedia del diritto*, XXIV (Milano, Giuffrè)

GROSSO, Carlo Federico (1964): *Difesa legittima e stato di necessità* (Milano, Giuffrè)

GUASTINI, Riccardo (2001): “Interpretazione estensiva o applicazione analogica?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2032 ss.

GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare* (Milano, Giuffrè)

INFANTE, Enrico (2001): “*Nemo tenetur se detegere* in ambito sostanziale: fondamento e natura giuridica *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, pp. 831 ss.

LUCIANI, Massimo (2020): “L’attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo”, *Questione giustizia*, pp. 4 ss.

MACCHIA, Alberto (2021): “Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell’art. 384, comma 1, cod. pen.”, *Sistema penale*, pp. 3 ss.

MANES, Vittorio (2012): “Commento all’art. 7, § 1, Cedu”, in BARTOLE S. *et al.* (eds.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo* (Padova, Cedam), pp. 278 ss.

MANES, Vittorio (2018): “Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica””, *Diritto penale contemporaneo*, 17, pp. 12 ss.

MANNA, Adelmo (1996): “L’art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte costituzionale?”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 92 ss.

MANNA, Adelmo (2007): *Corso di diritto penale. Parte Generale*, I (Padova, Cedam)

- MANTOVANI, Ferrando (2020): *Diritto penale* (Padova, Cedam)
- MANZINI, Vincenzo (1985): *Trattato di diritto penale italiano*, V, (Torino, Utet)
- MARINUCCI, Giorgio (1985): "Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali", in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio, *Diritto penale in trasformazione* (Milano, Giuffrè), pp. 223 ss.
- MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (2001): *Corso di diritto penale*, I, (Milano, Giuffrè)
- MASSARO, Antonella (2020): *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, (Napoli, Editoriale Scientifica)
- MAZZACUVA, Francesco (2020): "La Corte europea ritorna sul principio di "prevedibilità" del diritto penale tra irretroattività, retroattività della *lex mitior* e *prééminence du droit*", *Sistema penale*, 2020, pp. 1 ss.
- MEZZANOTTE, Carlo (1979): "La Corte costituzionale: esperienza e prospettive", in AA.VV. (eds.), *Attualità e attuazione della Costituzione* (Bari, Laterza)
- MEZZETTI, Enrico (2000), *Necessitas non habet legem? Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità* (Torino, Giappichelli)
- MODUGNO, Franco (1996): "Poteri (divisione dei)", voce in *Novissimo Digesto Italiano*, (Torino, Utet)
- NUVOLONE, Pietro (1972): *I limiti taciti della norma penale* (Cedam, Padova)
- NUVOLONE, Pietro (1953): *Le leggi penali e la Costituzione* (Milano, Giuffrè)
- NUVOLONE, Pietro (1982): *Il sistema del diritto penale*, II (Padova, Cedam)
- PACE, Alessandro (1974): "Libertà personale (diritto costituzionale)", *Enciclopedia del diritto*, XXV, (Milano, Giuffrè), pp. 45 ss.
- PADOVANI, Tullio (1987a): "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 808 ss.
- PADOVANI, Tullio (1987b): "Costringimento fisico e psichico", *Digesto delle discipline penalistiche*, 3, pp. 209 ss.
- PADOVANI, Tullio (1993): *Diritto penale* (Milano, Giuffrè)

- PADOVANI, Tullio (2021): "Sull'estensione analogica dell'art. 384, comma 1, c.p.", *www.ilpenalista.it*, p. 2 ss.
- PALAZZO, Francesco (1979): *Il principio di determinatezza nel diritto penale* (Padova, Cedam)
- PALAZZO, Francesco (2021): "Costituzione e divieto di analogia", *Diritto penale e processo*, 9, pp. 15 ss.
- PELLICCIOLI, Luca e VELLUZZI, Vito (eds.) (2011), *L'analogia giuridica. Antologia breve* (Pisa, Edizioni ETS)
- PETROCELLI, Biagio (1951): *La colpevolezza* (Padova, Cedam)
- PIFFER, Guido (2005): *I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro l'attività giudiziaria*, I (Padova, Cedam)
- PINO, Giorgio (2020): "Norme inesprese", *Analisi e diritto*, pp. 93 ss.
- PROSDOCIMI, Salvatore (2007): "Prospettive etiche e tutela di beni giuridici in materia di coppie di fatto. Osservazioni di un penalista", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1599 ss.
- PUGIOTTO, Andrea (1994): *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"* (Milano, Giuffrè)
- RESTA, Eligio (2008): *Diritto vivente* (Bari, Laterza)
- PULITANÒ, Domenico (2015): "Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 29 ss.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo (1980): "Divisione dei poteri", voce in DONATI, Cesare (eds.), *Dizionario critico del diritto*, (Milano, Giuffrè)
- RISICATO, Lucia (2019): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti. Un ossimoro invincibile?* (Torino, Giappichelli)
- RISICATO, Lucia (2021): "Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021", *disCrimen*, 2021, pp. 1 ss.
- RISICATO, Lucia (2023): *Lezioni di diritto penale* (Pisa, Pacini Editore)
- RIVERDITI, Maurizio (2016): "Reati contro l'amministrazione della giustizia", in ANTOLISEI, Francesco (eds.), *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*, II, (Milano, Giuffrè)

ROMANO, Bartolomeo (2016., *Delitti contro l'amministrazione della giustizia* (Milano, Giuffrè)

ROMANO, Mario (1990): "Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 58 ss.

ROMANO, Mario (1992): "'Meritevolezza di pena', 'bisogno di pena' e teoria del reato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 42 ss.

RUGGIERO, Gianluca (1988): "Punibilità", *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (Giuffrè, Milano)

SALVATO, Luigi (2015): "Profili del "diritto vivente" nella giurisprudenza costituzionale", *cortecostituzionale.it*, p. 1 ss.

SCARANO, Luigi (1948): *La non esigibilità nel diritto penale* (Napoli, Humus)

SCOLETTA, Marco (2021): "Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo", *Osservatorio AIC*, 5, pp. 196 ss.

SCORCIA, Sirio Moreno (2022): "La natura eccezionale delle scusanti: riflessione a margine del recente dibattito sul principio di inesigibilità e sull'esigenza di affinare il giudizio di colpevolezza", *La legislazione penale*, pp. 19 ss.

SPENA, Antonio (2008): *Diritti e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)

SPENA, Antonio (2010): "Sul fondamento della non punibilità nei casi di necessità giudiziaria (art. 384 c.p.)", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 145 ss.

SILVESTRI, Gaetano (1979): *La separazione dei poteri*, I, (Milano, Giuffrè)

SILVESTRI, Gaetano (1984): *La separazione dei poteri*, II, (Milano, Giuffrè)

SILVESTRI, Gaetano (1994a): "Poteri dello stato (divisione dei)", voce in *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano)

SILVESTRI, Gaetano (1994b): "Poteri attivi e poteri moderatori, attualità della distinzione", in LUATTI, Lorenzo (eds.), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali* (Torino, Giappichelli), pp. 30 ss.

SILVESTRI, Gaetano (2011): "Lo stato di diritto nel XXI secolo", *Rivista AIC*, 2, pp. 2 ss.

SILVESTRI, Gaetano (2020): "Del rendere giustizia costituzionale", *questionegiustizia.it*, p. 1 ss.

- STORTONI, Luigi (1985): "Premesse ad uno studio sulla "punibilità"", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 397 ss.
- TALINI, Silvia (2018): *La privazione della libertà personale*, (Napoli, Editoriale Scientifica)
- TARELLO, Giulio (1980), *L'interpretazione della legge* (Milano, Giuffrè)
- TASSINARI, Davide (2012): *Nemo tenetur se detegere. La libertà delle autoincriminazioni nella struttura del reato* (Bologna, Bologna University Press)
- TUZET, Giovanni (2020): *Analogia e ragionamento giuridico*, (Roma, Carocci)
- VASSALLI, Giuliano (1942): *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, (Milano, Giuffrè)
- VASSALLI, Giuliano (1960): "Cause di non punibilità", voce in *Enciclopedia del diritto* (Giuffrè, Milano)
- VECCE, Antonio (2016): "L'applicabilità della causa di non punibilità, di cui all'art. 384, co. 1, c.p., al convivente more uxorio. Problemi attuali e prospettive di riforma", *Archivio penale*, 2, pp. 5 ss.
- VELLUZZI, Vito (2013a): *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica* (Pisa, Edizioni ETS)
- VELLUZZI, Vito (2013b): "Argomenti interpretativi", in VILLA A. et al. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* (Torino, Giappichelli)
- VELLUZZI, Vito (2021): "L'analogia giuridica presa sul serio. Osservazioni su Cass., Sez. un. Penali, 17.3.2021, n. 10831, *disCrimen*, 2021, pp. 3 ss.
- VENAFRO, Emma (2002): *Scusanti* (Torino, Giappichelli)
- VENEZIANI, Paolo (2000): *Motivi e colpevolezza* (Torino, Giappichelli)
- VIGANÒ, Francesco (2000): *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti* (Milano, Giuffrè)
- VIGANÒ, Francesco (2016): "Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale", in PALIERO, Carlo Enrico et al. (eds.), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, ESI), pp. 213-265
- WUERTENBERGER, Thomas (1965): *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania* (Milano, Giuffrè)

ZAGREBELSKY, Gustavo (1986): “La dottrina del diritto vivente”, *Giurisprudenza costituzionale*, 1, pp. 1148 ss.

ZAGREBELSKY, Vladmiro (2011): “La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale”, in MANES, Vittorio e ZAGREBELSKY, Vladmiro (eds.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano* (Milano, Giuffrè), p. 74 ss.