

ORIENTAMENTI

DANIELA FALCINELLI

L'analogia vietata e le riserve di sistema secondo la Corte costituzionale

Il binomio “leggi penali” e “leggi eccezionali” nel vocabolario dell’art. 14 disp. prel. c.c.

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale n. 193 del 2016 sul principio di legalità amministrativa. - 2. Dentro la dimensione delle norme di carattere eccezionale. - 3. La costituzionalizzazione della precisione/determinatezza/tassatività della norma penale e il divieto di analogia della legge penale: duplicità di fonti, duplicità di precetti. - 4. Epiloghi: a) il confine tra illecito penale ed illecito amministrativo; b) la disapplicazione penale dell’atto amministrativo illegittimo.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 193 del 2016 sul principio di legalità amministrativa

La decisione è pronta a lasciare il segno nell’anatomia generale dell’ordinamento giuridico italiano, puntando al duplice obiettivo di precludere inauspicabili “ibridazioni” di categorie concettuali e di istituti operativi, e di conservarne la rispettiva autonomia e la specifica peculiarità¹. Lo fa percorrendo la strada dell’ermeneutica giudiziale e dei criteri che sovrintendono all’interpretazione delle norme, penali e amministrative. Primo fra tutti, il divieto di analogia.

Il ritmo dell’argomentazione è serrato: la pronuncia della Corte costituzionale n. 193 del 2016², nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge n. 689 del 1981³, per contrasto con gli artt. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU⁴, e 3 Cost., nella parte in cui non prevede l’applicazione della legge successiva più favorevole agli autori di illeciti amministrativi, conclude con due proposizioni che spiegano il senso della disposizione posta sotto quesito. Intitolata «Principio di legalità», essa prevede che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati». La Consulta costruisce la motivazione sviluppando una negazione: non si può rinvenire «nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Stra-

¹ Cfr., sul punto, PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 261 ss.

² Corte cost., n. 193 del 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

³ Legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale).

⁴ Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

sburgo, l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasportare nel sistema delle sanzioni amministrative» a partire dalla rete di legalità che l'art. 7 Cedu stringe attorno al diritto penale. Rileva, del resto, «che – nell'affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite – la giurisprudenza della Corte europea non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale. L'intervento additivo invocato dal rimettente risulta, quindi, travalicare l'obbligo convenzionale: esso è volto ad estendere la portata del principio della retroattività della *lex mitior* al complessivo sistema sanzionatorio amministrativo, finendo così per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento)».

L'argomentazione della Consulta prosegue con una netta affermazione: in materia di sanzioni amministrative, «in riferimento all'art. 3 Cost., ... non è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore – nel rispetto del limite della ragionevolezza – modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina (ordinanze n. 245 del 2003, n. 501 e n. 140 del 2002). Quanto, inoltre, al differente e più favorevole trattamento riservato dal legislatore ad alcune sanzioni, ad esempio a quelle tributarie e valutarie, esso trova fondamento nelle peculiarità che caratterizzano le rispettive materie e non si presta, conseguentemente, a trasformarsi da eccezione a regola (ordinanze n. 245 del 2003, n. 501 e n. 140 del 2002). Tale impostazione risulta coerente non solo con il principio generale dell'irretroattività della legge (art. 11 delle preleggi), ma anche con il divieto di applicazione analogica di norme di carattere eccezionale (art. 14 delle preleggi)⁵».

⁵ Il ragionamento della Corte prosegue: «Nel caso in esame, la specialità della disciplina sanzionatoria di cui all'art. 3, co. 3, del d.l. n. 12 del 2002 è accentuata dall'applicabilità della disposizione di cui al secondo co. dell'art. 8 della legge n. 689 del 1981, intitolato «Più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative». Essa prevede che – per le sole violazioni in materia di previdenza ed assisten-

2. Dentro la dimensione delle norme di carattere eccezionale

L'intervento della Corte costituzionale dà lo spunto per riconoscere nelle sue righe ben più di un aggiornamento - attento alla portata sovranazionale dei principi di irretroattività/retroattività penale - della propria giurisprudenza sul tema delle sanzioni amministrative, già espressasi tempo addietro nel senso, "preparatorio" della pronuncia attuale, che l'irretroattività è stata costituzionalizzata solo rispetto alla legge penale, mentre rispetto alle altre materie è rimessa all'apprezzamento del legislatore⁶.

Emerge, piuttosto, l'introduzione di un nuovo, dirimente inquadramento delle leggi eccezionali descritte dall'art. 14 disp. prel. c.c., messe in primo piano nella decisione *de qua*. Della loro identità si è fatto finora un silenzioso e limitato dibattito, impigliato nella tendenziale ricostruzione del disposto sulla legge in generale come disciplina del divieto di analogia in diritto penale, così messo a parte rispetto ai criteri interpretativi della legge puntualmente indicati nel precedente art. 12, ove l'*analogia legis* è espressamente ricondotta nel bagaglio degli strumenti dell'esegeta in subordine rispetto all'interpretazione letterale, logica e teleologica, e in via preordinata rispetto all'*analogia iuris*.

Secondo il consolidato orientamento⁷, vengono considerate regolari tutte le norme che regolano situazioni generali di cui chiunque può, a determinati presupposti, divenire protagonista; le norme eccezionali introducono invece, rispetto a determinati casi, una disciplina in deroga alla efficacia potenzialmente generale di una o più disposizioni⁸.

za obbligatorie ed in via derogatoria rispetto alla regola generale del cumulo materiale - si applichi il trattamento di maggior favore del cumulo giuridico (sanzione per la violazione più grave, aumentata fino al triplo) anche per le ipotesi di concorso materiale eterogeneo. Peraltro, al di fuori di tale particolare categoria di illeciti amministrativi, il concorso materiale di violazioni continua ad essere regolato dal criterio generale del cumulo materiale delle sanzioni. Siffatto trattamento favorevole - specificamente applicabile in via derogatoria alle sole sanzioni in esame - sottolinea la peculiarità degli interessi tutelati e la natura eccezionale di tale disciplina, la quale non si presta ad una generalizzata trasposizione di principi maturati nell'ambito di settori diversi dell'ordinamento».

⁶ Corte cost., n. 68 del 1984, in *Gazz. Uff.*, n. 81, 1984.

⁷ In questo senso FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 122.

⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1994, 90 ss., esattamente intende l'espressione "regole generali" contenuta nell'art. 14 delle preleggi nel senso di direttive generali dell'ordinamento giuridico. «Riteniamo, pertanto, che per aversi una "legge eccezionale" occorra l'esistenza di una disposizione che disciplini un gruppo di casi, fissando una regola rispondente alle direttive generali dell'ordinamento giuridico e che poi a tale regola vengano introdotte delle limitazioni in forma derogatoria, come ad es., avviene per le norme che prevedono casi di immunità penale in deroga al principio generalissimo che la legge penale obbliga tutti coloro che si trova nel territorio dello Stato».

L'orientamento non rimane immune da contestazioni, sollevate da quanti intendono, con riguardo alla materia penale, che «Viziata per eccesso è la vecchia opinione per cui le norme favorevoli al reo sarebbero tutte eccezionali, perché eccezioni alle norme regolari che incriminano i reati», e «viziata per eccesso opposto è l'opinione per cui le norme favorevoli al reo sarebbero tutte regolari, poiché, essendo la liceità la regola e l'illecito l'eccezione, esse, in quanto eccezione all'eccezione confermerebbero la regola»⁹. V'è infatti chi apprezza l'insufficienza del criterio discrezionale quantitativo, per cui, posta una determinata materia, è regolare la disciplina prevista per il maggior numero di casi, ed eccezionale quella riservata al minore numero; così come del criterio qualitativo, per cui è eccezionale la disciplina che costituisce una interruzione della consequenzialità logica della disciplina legislativa di una determinata materia¹⁰; ciascuno potendo lasciar giungere a conclusioni diametralmente opposte¹¹. E assume¹², piuttosto, che l'unità di materia sia il presupposto tanto del rapporto diritto regolare-diritto eccezionale, tanto del rapporto diritto comune-diritto speciale (suscettibile questo di analogia), essendo ciascuno di essi concepibile solo all'interno di un complesso normativo riguardante una data materia. «Sicché diritto speciale è 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 entrambe pur sempre vietano o comandano o permettono i fatti rientranti nelle rispettive sfere di previsione. Diritto eccezionale è, invece, quel 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), in quanto l'uno 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»¹³. Rimane chiara in queste conclusioni la loro stretta dipendenza da una logica penalistica improntata alla contrapposizione tra area del divieto (di agire)/del comando (di agire) ed area del lecito: logica ristretta, che la pronuncia della Corte costituzionale evidentemente non accoglie. Lo dimostra nel momento in cui richiama il disposto dell'art. 14 disp. prel. c.c. nella sua unità ed univo-

⁹ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 78.

¹⁰ SALTELLI, *L'analogia e i principi generali del diritto in materia penale*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 34; VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, 101 ss.

¹¹ Così SALTELLI, *L'analogia*, cit., e VASSALLI, *Limiti*, cit., che applicando il medesimo criterio qualitativo concludono l'uno per il carattere eccezionale, l'altro per il carattere regolare, delle norme relative alla causa di giustificazione.

¹² MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 78.

¹³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 78.

cià, che è, allora, unità ed univocità di senso e disciplina per entrambe le componenti della sua struttura bipartita, articolata nei sintagmi della legge penale e delle leggi che fanno eccezione ad altre leggi o a regole generali. Tant'è che l'intero ragionamento sviluppato dalla Corte appare ancorato a tale parametro: sia dal lato del sistema penale, proclamato a monade dell'ordinamento giuridico, isolato nei suoi principi costituzionalizzati (nella specie quello della ragionevole retroattività favorevole) e codificati nei termini della legalità penale, dichiaratamente spogliati di qualsiasi proprietà transitiva; sia dal lato del sistema (punitivo) amministrativo, rappresentato come sezione dell'ordinamento che trova - e deve trovare - in sé le proprie regole. Per l'uno e per l'altro sistema vige lo stesso principio generale: il divieto di applicazione analogica di norme di carattere eccezionale stabilito dall'art. 14 della disposizioni sulla legge in generale.

Il significato impresso in questi termini dalla Corte costituzionale acquista una forza rappresentativa geometrica: diritto penale e diritto amministrativo appaiono due rette parallele che posano sullo stesso piano, quello delle "norme eccezionali".

La Corte costituzionale spiega così la "a" di analogia, definendone tanto l'oggetto quanto il contenuto tramite la pregnante sintesi dell'espressione "norme di carattere eccezionale". L'oggetto si rivela nella legge come sistema: tale quella penale (legge penale) e tale ogni altro sistema (vale a dire civile, amministrativo, processuale civile, processuale penale, processuale amministrativo, disciplinare) - nella specie il riferimento è a quello amministrativo - in quanto legge che fa eccezione ad altre leggi (sistema distinto da altri sistemi) ovvero sistema (legge) che fa eccezione a regole generali (vale a dire previsioni fatte proprie da più sistemi, l'esempio corre *naturaliter* verso le cause di giustificazione). Quanto al contenuto, nel pensiero della Corte ogni sistema si dimostra eccezionale perché necessariamente a sé stante nella relativa disciplina, che sia quella dettata dai precetti costituzionali, e quindi anche dai precetti sovranazionali costituzionalizzati come è per l'art. 7 CEDU nell'ambito della legge penale; che sia quella dettata dai precetti di legge ordinaria. Così, ogni sistema si attesta non automaticamente comunicante, e di contro legato alle discrezionali scelte del legislatore nella prescrizione della apposita regolamentazione di settore.

Vero è, però, che «l'interpretazione del diritto è, in ultima analisi, interpretazione dell'ordinamento, e non di frammenti normativi isolati»¹⁴. Non ci si al-

¹⁴ Così PULTANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, tomo I, 2006, 683 ss. Sull'importanza di un'interpretazione sistematica, cfr. PALAZ-

lontana, in questo senso, dal dettato dell'art. 12 delle preleggi, dove si trova sancito il percorso interpretativo che sta alla base dell'applicazione della legge: non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, e dalla intenzione del legislatore, e, se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se poi il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato¹⁵.

Qua si aggancia proprio la premessa della commentata conclusione della Corte, che infine rimette alla discrezionalità legislativa la selezione dei criteri di maggiore o minore rigore della disciplina in base alle materie che ne risultano oggetto, il tutto da modularsi nel rispetto del limite della ragionevolezza. I passaggi si scoprono allora esattamente corrispondenti alla consecuzione descritta dal ricordato art. 12, e al canone della legge eccezionale come "riserva di sistema" estrapolato dall'art. 14. I casi simili o materie analoghe che definiscono (*ex art. 12*) l'ambito di operatività dell'*analogia legis* appaiono difatti scolpiti, dalla successiva precisazione fornite dallo stesso legislatore (*ex art. 14*), proprio nei termini di analogia di sistema, che il simile e l'analogo racchiude nello specifico e singolare settore dell'ordinamento, penale, civile, amministrativo e via elencando.

Ne fuoriesce una chiara consequenzialità logica delle parole spese dalla Corte, che puntualizzano la specialità della disciplina sanzionatoria di cui all'art. 3, co. 3, del d.l. n. 12 del 2002, accentuata dall'applicabilità della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 8 della legge n. 689 del 1981, intitolato «Più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative», il quale prevede che – per le sole violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie ed in via derogatoria rispetto alla regola generale del cumulo materiale – si applichi il trattamento di maggior favore del cumulo giuridico (san-

ZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, tomo I, 2006, 530 s.

¹⁵ Sconfinata la letteratura sul problema dell'interpretazione della legge. Si limita il richiamo a: GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954; PUGLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961; MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, II, Milano, 1972; TARELLO, *L'interpretazione della legge penale*, Milano, 1980. Con particolare riferimento al diritto penale, BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, 1936; SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Studi Antolisei*, II, Milano, 1965, 389 ss.; RAMACCI, *Introduzione all'analisi del linguaggio legislativo penale*, Milano, 1970.

zione per la violazione più grave, aumentata fino al triplo) anche per le ipotesi di concorso materiale eterogeneo.

Con queste proposizioni, la specialità si chiarisce come parte di un sistema - così il diritto commerciale nella sua identità di porzione peculiare del sistema civile - e si concretizza nella decisione sulla specifica questione di legittimità costituzionale, ove si riconosce la specialità del diritto punitivo amministrativo nel contesto del diritto amministrativo: eppure l'analogia trova comunque la strada preclusa, per l'evidente mancanza di una lacuna nella regolamentazione dettata nel settore dell'illecito amministrativo quanto al profilo della retroattività favorevole. La disciplina in considerazione è difatti attenta nel precisarne la limitazione alla sola casistica delle violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie¹⁶.

Al di là del singolo sistema (qui, amministrativo), ciascuno eccezionale in quanto riservato *ex art. 14* delle preleggi, sta altro sistema (qui, penale), con proprie regole: sta che Siffatto trattamento favorevole ... sottolinea ... la natura eccezionale di tale disciplina, la quale non si presta ad una generalizzata trasposizione di principi maturati nell'ambito di settori diversi dell'ordinamento. Nondimeno, si è detto, è rintracciabile un univoco filo identitario saldamente posto a garanzia della razionalità intrinseca dell'ordinamento nel suo complesso, riconosciuto dallo stesso *art. 12* delle preleggi nei principi generali dell'ordinamento giuridico¹⁷, tra i quali dimora quel principio di ragionevolezza che la Corte costituzionale ricorda infatti valere a limite supremo della discrezionalità legislativa¹⁸. L'una, la razionalità (non analogica), costituisce un sindacato della norma definibile come interno, che altrove è stato efficacemente sintetizzato nei termini di «razionalità della legge», da soppesare «in

¹⁶ Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 39: «Presupposto indefettibile dell'analogia è la rilevazione di una "lacuna", e cioè di una ipotesi non regolata dalla legge. Presupposto implicito del ricorso all'analogia per una norma penale favorevole è peraltro ch'essa rientri nell'ambito di applicazione di una norma penale sfavorevole: diversamente, la questione stessa perderebbe di ogni significato pratico. Ne deriva allora che, quando si prospetta l'analogia di una norma favorevole, si prospetta in realtà non già il "riempimento di una lacuna", ma il sovvertimento di una disciplina legalmente stabilita. ... Da questo punto di vista, si spiega come il divieto di analogia dell'art. 14 disp. prel. c.c. si riferisca in realtà alle "leggi penali" in un'accezione che - nonostante il contrario avviso della dottrina dominante - sembra coprire l'intera gamma delle norme comunque rilevanti per la definizione della responsabilità penale».

¹⁷ Sui principi giuridici e sulla distinzione tra principi e regole, v., tra i numerosissimi contributi, DWOR-KIN, *I diritti presi sul serio* (1978), trad. it., Bologna, 1982, 90 ss.; BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss.; MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 148 ss.; GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, 143 ss.

¹⁸ Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350.

relazione: 1°) ai fini immanenti la legge stessa e 2°) ai fini complessivi del settore legislativo dell'ordinamento disciplinato dalla legge»¹⁹. L'altra è dotata di un distinto profilo²⁰. Sul punto valgono le esemplari parole di Gustavo Zagrebelsky, che descrivono la distanza tra «razionalità» e «ragionevolezza», separate sebbene vicine nel significato e nel fondamento: «la razionalità è un carattere interno a un sistema dominato da un principio di coerenza e si risolve nel criterio di non contraddizione, la ragionevolezza ha a che vedere con qualche valore (o un qualche sistema di valori) esterno e si risolve nell'esigenza di giustificazione delle parti dell'ordinamento»²¹, comportando non il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, e di contro svolgendosi «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»²².

Il distinguo, del resto, corre già nella filosofia aristotelica, ove la differenza tra razionalità e ragionevolezza si riproduce nel binomio «pensiero analitico»/«pensiero dialettico», che rispecchia la minor elasticità riconducibile alla razionale dimostrazione rispetto alla ragionevole argomentazione²³, di portata flessibile e natura integrativa²⁴.

3. La costituzionalizzazione della precisione/determinatezza/tassatività della norma penale e il divieto di analogia della legge penale: duplicità di fonti, duplicità di precetti

Si divarica così, definitivamente, l'angolo di visuale del divieto di analogia, esteso in una prospettiva ben più ampia di quella, chiusa, tradizionalmente

¹⁹ V. RUGGERI-SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 172. In tema anche SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 ss.; ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Torino, 1991, 32 ss.; LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 351 ss.; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 145 ss.

²⁰ In tale direzione sembrano andare le riflessioni di ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 149 ss., il quale distingue nell'ambito del sindacato di eguaglianza-ragionevolezza, tra giudizio di razionalità e giudizio di ragionevolezza.

²¹ Cfr. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 148.

²² Corte cost., n. 1130 DEL 1988, in *Foro it.*, 1990, I, 67.

²³ V. GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano 1975, 13 ss. CELOTTO, *Razionalità vs. ragionevolezza nel controllo di costituzionalità (a margine di un concorso dichiarato incostituzionale per la terza volta)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3714.

²⁴ CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma, 1991, 1; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 85.

riguardata dal giurista, tendenzialmente ripiegata sul solo versante della legge penale.

Considerato contemplato in (pressoché) pari termini dall'art. 1 c.p. e dall'art. 14 delle cc.dd. preleggi, il divieto di analogia trascritto in quest'ultima norma si è visto riconosciuto, tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina, rango costituzionale ai sensi dell'art. 25, co. 2, Cost.²⁵, tramite riflessioni direttamente prospicienti la materia della determinatezza/tassatività della norma penale²⁶. Le stesse riflessioni che ne hanno altresì comportato un sostanziale appiattimento su un significato ripetitivo, schiacciato tra la tassatività già richiesta espressamente dalla previsione di apertura del codice penale e la tassatività pretesa dal dettato costituzionale.

È in ragione del divieto di analogia, inteso come peculiare criterio ermeneutico del settore penalistico - oltre al quale «il nostro sistema penale non contempla ... regole interpretative speciali, proprie ed esclusive cioè della materia penale»²⁷ - che si è difatti impostata la discussione permanente sulla distinzione tra interpretazione analogica, come tale per l'appunto vietata, ed interpretazione estensiva, al contrario consentita²⁸. Il tutto secondo un repertorio di

²⁵ Sul punto, conformi BRICOLA, *La discrezionalità del diritto penale*, Milano, 1965, 267 ss.; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 89 ss.; MARINI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 957; SINISCALCO, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1121 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 25 ss. *Contra* BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, 91.

²⁶ V. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 74: «Il divieto di analogia - o principio di tassatività -, trovando il suo fondamento nella riserva di legge e avendo dunque rilevanza costituzionale ex art. 25 co. 2 Cost., vincola non solo il giudice ma anche il legislatore ordinario: si oppone in primo luogo all'eliminazione delle disposizioni (art. 1 c.p. e art. 14 Preleggi) che vietano al giudice l'applicazione analogica delle norme incriminatrici; a maggior ragione, vieta l'introduzione di norme che facoltizzino l'analogia nel diritto penale; infine preclude la creazione di fattispecie ad analogia espressa».

²⁷ PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., 274 e 276.

²⁸ Sostengono la necessità della distinzione dell'analogia dall'interpretazione estensiva, tra gli altri, MAGGIORE, *Diritto penale*, I, Bologna, 1951, 133; BATTAGLINI, *Diritto penale*, Padova, 1949, 61; BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Roma, 1936, 86 ss. Scettici sulla reale possibilità di distinguere, GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 440 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 354. Cfr. PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 440 ss.: «l'interpretazione estensiva non è una *species* diversa di interpretazione. È una normalissima interpretazione valutata dal punto di vista del suo risultato. L'insieme dei casi cui la norma si applica risulta, a seguito del processo interpretativo, più ampio di quel che era sembrato a prima vista. Ma si tratta pur sempre di casi che rimangono entro l'insieme delineato dalla proposizione linguistica contenuta nella legge ... l'analogia presuppone tutto il contrario: cioè la riconosciuta inidoneità della disposizione - per via del limite logico che le è proprio - a fornire una soluzione del problema corrispondente alla visuale teleologica».

parametri²⁹, opinioni critiche e accomodanti soluzioni³⁰ che la pronuncia di legittimità costituzionale di cui si tratta mette da parte, per andare invece ad estrarre la struttura bipartita (nella legge penale e nelle leggi che fanno eccezione ad altre leggi o a regole generali) che compone l'unità concettuale dell'art. 14 disp. prel. c.c., riconoscendogli un'autonomia che trasporta la norma oltre l'artificiale confine del divieto di analogia in materia penale.

A stare quindi alla condivisibile visione della Corte, rimane rigidamente vietata dal disposto richiamato una analogia di sistema, che in controtuce significa divieto di reciproca permeabilità per diretta via giurisprudenziale di un settore (nel caso, quello amministrativo) rispetto alle regole fondamentali dei diversi ed ulteriori settori giuridici (nel caso, quella penale) di cui si compone ed in cui si completa l'ordinamento nel suo complesso. In sintesi, le prescrizioni del sistema penale e delle (altre) leggi eccezionali rispondono ai soli principi di cui sono esplicazione ed emanazione diretta, rimanendo per il resto insensibili rispetto ai principi che pure validamente sorreggono le fila di sistemi giuridici eterogenei.

Ciò significa, propriamente, che i criteri d'interpretazione afferenti all'area della responsabilità contrattuale non possono assumere la veste di parametri esegetici della responsabilità per il fatto-reato. Ciò significa che le figure sintomatiche dei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo non possono, solo per quel che valgono nel loro ambito, sopraggiungere automatica-

²⁹ Il crinale di tale distinguo correrebbe lungo le potenzialità semantiche del segno linguistico impiegato dal legislatore nella formulazione della fattispecie, differenziandosi l'interpretazione estensiva dal procedimento analogico per il fatto che: «la prima mantiene il campo di validità della norma entro l'area di significanza dei segni linguistici coi quali essa si esprime, mentre l'analogia estende tale validità all'area di similarità» della fattispecie considerata dalla norma. L'interpretazione estensiva è perciò pur sempre legata al testo della norma esistente; il procedimento analogico è invece creativo di una norma nuova che prima non esisteva. E ciò spiega perché il procedimento per analogia sia incompatibile col principio della legalità della pena, sancito legislativamente dall'art. 1 c.p. e costituzionalmente garantito dall'art. 25, co. 2, Cost.». In questi termini, Cass., Sez. V, 3 luglio 1991, **Note per l'Autore: indicare nome ricorrente**, in *Cass. pen.*, 1992. Cfr., tra le decisioni più significative sul tema, Cass., Sez. un., 27 settembre 2007, **Note per l'Autore: indicare nome ricorrente**, in *Cass. pen.*, 2008, 500 ss.; Id., sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, *ivi*, 2004, 4046 ss.

³⁰ Si rinvia alle indagini acutamente svolte sull'argomento da DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, passim; FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziaria del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 356 ss., 373 ss.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, tomo I, 2006, 239 ss.; MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, *ivi*, 440 s., 444 ss., 449 ss.; PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, *ivi*, 528 ss.; PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, *ivi*, 657 ss.; PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1124 ss.; MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, *ivi*, 2006, 1254 ss., spec. 1267 s.

mente a tracciare i confini oggettivi di un illecito penale. A meno che non sia la stessa norma penale a dargli rilievo esclusivo od alternativo.

Questo il senso ultimo dell'art. 14 preleggi, che si apprezza alla luce dell'intervento della giurisprudenza costituzionale, esattamente ribadito dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981 pure nell'area - di specialità amministrativa - del diritto punitivo dei rapporti amministrativi, con lo stabilire che le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati; e che rimane scisso, così, dalla questione dell'interpretazione tassativa, imposta alla norma penale rispettivamente (espressamente ed implicitamente) ai sensi della legislazione ordinaria (dall'art. 1 e 199 c.p.) ed ai sensi della normativa costituzionale (dall'art. 25, co. 2 e 3 Cost.)³¹.

È in questa distinta sede che viene infatti affrontato il "problema culturale" dei confini di significato della disposizione penale, connaturato in effetti ad ogni espressione linguistica³², e ricognitivo della norma ivi contenuta. Vi si trova riaffermato, già nella visione del legislatore dell'epoca autoritaria, e poi elevato a norma fondamentale dell'ordinamento dal Costituente, il principio *nul-lum crimen, nulla poena sine lege* nel suo tradizionale significato: nessuno può essere punito per un fatto che non sia (espressamente) previsto come reato dalla legge, né con pene o con misure di sicurezza che non siano da essa previste. Si tratta della spiegazione della frammentarietà del contesto penalmente rilevante, per cui solo alcune modalità di lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice danno luogo a responsabilità penale, mentre per le restanti - non tipizzate - una garanzia può essere apprestata dall'ordinamento giuridico a mezzo di altri strumenti di tutela³³. Si tratta di mantenere nel diritto vivente ogni lacuna appositamente lasciata nel diritto scritto, rispettando la manifestata indifferenza verso comportamenti che ap-

³¹ Per un'espressa dichiarazione di equivalenza tra art. 25 Cost. ed art. 1 c.p., a quanto consta, solo Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 19 e Corte cost., n. 127 del 1979, in materia di misure di sicurezza, secondo cui «L'art. 25 Cost., sostanzialmente, ricalca le disposizioni del codice penale sui principi di legalità e irretroattività: rispettivamente, gli artt. 1 e 2, per la pena e 199 c.p., per la misura di sicurezza»: in tal senso, BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1541.

³² LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 47 ss.; ID., *Il diritto penale è un sistema chiuso?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 515 ss.

³³ PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, 162, che riconosce nel principio di frammentarietà un cardine del sistema penale e, sotto un certo aspetto, una «formula comprensiva dei principi e delle garanzie fondamentali del diritto penale stesso (legalità, determinatezza, personalità». In senso analogo DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 238 ss., che, inquadrata la frammentarietà insieme alla tassatività nella premessa epistemologica del divieto d'analogia, ne riconosce il «valore giuridico come sinonimo di intervento assolutamente "mirato", "selettivo", in una logica di sussidiarietà ed *extrema ratio*».

paiono nella realtà socio-naturalistica con contorni diversi da quelli fissati nelle parole del legislatore penale³⁴. Egli è così chiamato ad ottemperare ad un impegnativo debito di legalità, obbligato com'è ad operare una stretta delimitazione dell'area dell'illecito criminale, che effettivamente accessibile e prevedibile - in linea con la moderna dimensione della colpevolezza - diventa solo nel momento in cui il confine di questa area risulti effettivamente comprensibile attraverso la formulazione della legge penale stessa, al netto quindi di ogni norma legislativa (nello stretto senso dell'art. 25 Cost.) che pure ridondi a favore dell'imputato determinandone la non punibilità. L'impostazione non appare contestabile. E appare altresì risolvere in modo inequivocabile ogni controversia sulla possibile contrapposizione tra analogia *in malam partem* (vietata)³⁵ ed analogia *in bonam partem*³⁶ (secondo la maggiore opinione vieta-

³⁴ Nel senso che il principio di frammentarietà non solo ammette ma impone lacune nella tutela, PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, I, Milano, 1991, 379. Cfr. BRUNELLI, *Il reato portato a conseguenze ulteriori*, Torino, 2000, 65 ss., in particolare 71 ss., che risponde negativamente al perenne interrogativo circa la validità del divieto d'analogia con riguardo a tutte le norme penali, sulla scorta della traduzione del ruolo della tipicità penale in quello di criterio logico operante nell'intero campo della definizione della responsabilità penale. Al di fuori di questo campo, «che coincide con quello investito dal precetto primario», l'Autore sottolinea come «non sempre il "silenzio" del legislatore penale è significativo, cioè rivelatore di un insuperabile valore normativo». Ove non è «in gioco il diritto penale della garanzia, ma il diritto penale quale meccanismo applicativo della sanzione» e quindi «non le scelte politiche, ma la tecnica della loro concreta attuazione», l'analogia - conclude - «non crea "contronorme" determinando un diverso posizionamento della operatività del precetto penale rispetto a quello ricavabile dalla legge: non si tratta di "correggere" ciò che si ricava dal significato letterale delle parole e dal confronto sistematico, sotto il pretesto del rinvenimento di una lacuna, ma di assegnare una qualche disciplina a un fatto giuridico che la reclama, essendosi la legge dimenticata di sancirla espressamente».

³⁵ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, 71 s. concludono che, a sbarramento frapposto dalla riserva di legge agli arbitri del giudice penale sta il divieto di analogia a sfavore del reo (c.d. analogia *in malam partem*), altrimenti designabile come principio di tassatività delle norme incriminatrici. Questo il concetto giuridico - sostengono gli autori - a norma dell'art. 1 c.p., secondo cui il giudice non può punire fatti che non siano espressamente previsti come reato dalla legge; e a norma dell'art. 14 delle Preleggi, secondo la cui prescrizione non è possibile applicare leggi penali «oltre i casi e i tempi in esse considerati». Se ne lascia discendere (75) che «Il divieto di analogia in materia penale opera soltanto quando l'applicazione analogica andrebbe a sfavore dell'agente (analogia *in malam partem*): l'art. 1 c.p. e l'art. 14 delle Preleggi vietano al giudice di fare ricorso all'analogia per punire fatti penalmente irrilevanti, ovvero per applicare pene più gravi di quelle previste dalla legge; ne segue che il divieto di analogia non si estende alle norme che escludono o attenuano la responsabilità (analogia *in bonam partem*)».

La giurisprudenza della Corte di cassazione distingue costantemente, in linea di principio, tra interpretazione - consentita - e analogia - vietata, quando l'analogia riguardi le norme incriminatrici (cfr. ad es. Cass., Sez. III, 9 gennaio 2009, Abbaneo, in *Mass. Uff.*, n. 243431; Id., Sez. III, 13 maggio 2008, n. 36845, Tucci, *ivi*, n. 240769; Id., Sez. I, 18 dicembre 2007, Khouma, *ivi*, n. 238818).

³⁶ DELITALA, *Analogia in "bonam partem"*, in *Riv. it. dir. pen.*, 936, 605; VASSALLI, *I limiti*, cit., 36 ss.: la locuzione è comunemente usata dalla dottrina per indicare ogni norma penale che preveda una disciplina più favorevole al reo rispetto a preesistenti incriminazioni.

ta solo se relativa a norme penali eccezionali)³⁷: la distinzione è annullata direttamente dal diritto positivo, tanto codicistico (artt. 1 e 199 c.p.) tanto costituzionale (art. 25, co. 2 e 3, Cost.)³⁸, con la esclusiva considerazione della legge penale quale unica fonte di disciplina del reato³⁹, unitariamente e complessivamente considerato, in ciascuna delle sue componenti⁴⁰. Al contempo, da questa esclusiva il campo operativo del disposto costituzionale citato viene ad essere strettamente limitato alla sola legalità penale. Per ricercare la radice del principio di legalità nel campo di quello che è stato autorevolmente denominato “diritto penale amministrativo”⁴¹, non ci si dovrà allora concentrare

³⁷ V. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 74: «Il divieto di analogia - o principio di tassatività -, trovando il suo fondamento nella riserva di legge e avendo dunque rilevanza costituzionale ex art. 25 co. 2 Cost., vincola non solo il giudice ma anche il legislatore ordinario: si oppone in primo luogo all'eliminazione delle disposizioni (art. 1 c.p. e art. 14 Preleggi) che vietano al giudice l'applicazione analogica delle norme incriminatrici; a maggior ragione, vieta l'introduzione di norme che facoltizzino l'analogia nel diritto penale; infine preclude la creazione di fattispecie ad analogia espressa». Cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 37, che ricorda: l'opinione comune limita il concetto di “legge penale” alle sole leggi incriminatrici, o sfavorevoli, in modo da assegnare al divieto di analogia sancito dall'art. 14 disp. prel. c.c. una funzione garantistica del tutto omologa a quella dell'art. 25, co. 2, Cost. Il divieto di analogia riguarderebbe le “leggi penali” incriminatrici o sfavorevoli, perché solo esse colpiscono la libertà personale prospettandone un trattamento deteriore”, risolvendo la tematica caso per caso a guardare se le norme favorevoli, sebbene non costituiscano leggi penali, rappresentino tuttavia leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi.

³⁸ Nella vastità della letteratura in argomento, si rinvia, per l'analogia in generale, a BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 935; BOSCARRELLI, *L'analogia giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 623; CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, Milano, II, 1958, 348 ss.; GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. civ.*, I, 1987, 320; ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it.*, 1989, 535. Nel campo del diritto penale, v. VASSALLI, *Limiti*, cit.; ID., *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, I, 1957, 607 ss.; ID., *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, I, 1987, 58 ss.; DELITALA, *Analogia in “bonam partem”*, in *Riv. it.*, 1936, 605; BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955; MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Ind. pen.*, 1990, 505; RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it.*, 1994, 195 ss.

³⁹ Secondo NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 131; MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 958, il divieto avrebbe carattere assoluto (riguardando sia le norme incriminatrici sia le c.d. norme di favore) in nome del primato della certezza del comando penale. Cfr. le diverse argomentazioni sviluppate da PADOVANI, citato in nota 16 del presente scritto, per concludere nello stesso senso del divieto assoluto di analogia.

⁴⁰ Cfr. l'impostazione sostenuta da MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 976, per cui si può parlare di «*diritto penale amministrativo*, che prevede illeciti perseguiti con la “sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro”, siano essi o meno illeciti amministrativi da depenalizzazione».

⁴¹ V. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 977, per il quale è posto dall'art. 25, comma, 2 Cost. il divieto di analogia anche in materia punitiva-amministrativa, anche qui di conseguenza ammettendosi l'analogia *in bonam partem*, come “utile strumento per integrare le lacune del diritto penale amministrativo attraverso l'applicazione di norme e di principi regolari del diritto penale, trattandosi di due branche “simili” nella loro natura comune di diritto punitivo».

sull'art. 25 Cost., come riferito – secondo alcuni – al diritto punitivo in generale⁴², ma rinviare piuttosto all'art. 23 Cost.⁴³.

È del resto unanime la conclusione per cui, mirando al duplice scopo di dare smalto alla efficace sussidiarietà dell'area di rilevanza penale e di apprestare un conseguente sistema di depenalizzazione garantistico per il cittadino⁴⁴, il legislatore del 1981 abbia varato la legge n. 689 a fondazione di un peculiare sistema di illecito, collocato secondo taluni in posizione intermedia tra il sistema penale ed il sistema classico dell'illecito amministrativo⁴⁵, da altri ascritto, accanto al diritto penale, a sezione della generale categoria del c.d. illecito di diritto pubblico⁴⁶.

La decisione della Consulta in commento ne valorizza l'autonomia dal diritto penale e la appartenenza, come specie del genere, al diritto amministrativo: in effetti «già sul piano generale degli interessi protetti la tutela amministrativa mira tendenzialmente a garantire non i valori essenziali della convivenza, ma gli specifici e contingenti interessi pubblici di volta in volta affidati alla cura della pubblica amministrazione. Inoltre, sul piano della regolamentazione positiva, l'illecito amministrativo è contraddistinto da regole peculiari, incompatibili con la disciplina penalistica) come ad esempio il regime della solidarietà, la persistenza di forme (ammissibili) di responsabilità obiettiva, l'estraneità del principio del *favor rei*, ecc.»⁴⁷.

⁴² In questo senso NUVOLONE, *Il sistema*, cit., 19, 39, per il quale l'art. 25, co. 2, afferma la riserva di legge e l'irretroattività in base ad un concetto sostanziale di "punizione" e, quindi, relativamente ad ogni sanzione avente carattere punitivo. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 976, nota 5, per cui «A rigore, nulla vieta che l'art. 25/2 affermi la riserva di legge rispetto all'intero diritto punitivo, da intendersi però come assoluta per il diritto penale e relativa per il diritto penale amministrativo».

⁴³ Per BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nuovo Dig. It.*, XIX, Torino, 1974, 47, 53, la riserva (relativa) di legge si desume dagli artt. 23, 27, 28 Cost., mentre la progressiva tendenza alla tassatività riflette soltanto un'esigenza garantista non costituzionale, e l'esigenza della colpevolezza sarebbe desumibile dalla natura sostanzialmente retributiva della sanzione amministrativa. Si vedano anche le chiare motivazioni della sentenza in commento: «Non può peraltro disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 Cost.), espressamente invocato dal ricorrente, sia al principio di cui all'art. 23 Cost., implicitamente invocato con il denunciare la mancata previsione, ad opera della legge regionale, di criteri siffatti».

⁴⁴ SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 51.

⁴⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 907; PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 121, 151.

⁴⁶ SINISCALCO, *Depenalizzazione*, cit. 150.

⁴⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 907. V. PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 226 ss.

4. Epiloghi: a) il confine tra illecito penale ed illecito amministrativo

All'esito dell'interpretazione proposta, il divieto d'analogia si trova a svolgere un ruolo chiave per (ri)affrontare l'interpretazione delle singole parti dell'ordinamento giuridico, anche della parte penalistica.

Impedisce difatti al c.d. diritto punitivo amministrativo di vestirsi da diritto penale, e fa divieto di applicare direttamente al sistema penale principi ad esso estranei, impedendogli di entrare senza la previa mediazione apprestata dalle proprie regole, senza cioè essere stati metabolizzati e trasfigurati in una nuova identità. Una identità necessariamente penale, costituzionalizzata per l'aspetto della tassativa legalità (appunto, penale) nel capoverso dell'art. 25.

Si tratta di due facce della stessa medaglia, che aprono la strada a due riflessioni volutamente "in punta di fioretto" su questioni "giganti" del diritto penale.

La prima va verso la specifica identità contenutistica rispettivamente del diritto penale e del diritto amministrativo, sollecitata dalla stessa decisione della Corte costituzionale col rilevare «che la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa, si riflette sulla natura "contingente" e storicamente connotata dei relativi precetti. Essa giustifica, quindi, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legislativi. Il limitato riconoscimento della retroattività *in mitius*, circoscritto ad alcuni settori dell'ordinamento, risponde, quindi, a scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati». La decisione segue così una strada già da tempo tracciata dalla stessa Consulta, per cui le sanzioni amministrative, a differenza da quelle penali, non si pongono come strumento di difesa dei valori essenziali del sistema, come tali non misurabili sul terreno della convenienza economica, ma vengono a costituire un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione¹⁸.

La distinzione di campo dell'illiceità punita è documentata in questo senso anche in un puntuale arresto delle Sezioni unite: la pronuncia di legittimità ha riaffermato - per la parte che sola qui rileva - la piena autonomia dei connotati e dei principi rispettivamente propri degli illeciti penali e di quelli amministrativi, con ciò ripudiando la teoria della "persistenza dell'illecito", dal momento che «nel passaggio dall'illecito penale a quello amministrativo non viene modificata solo la natura della sanzione ma viene disconosciuta rilevanza penale

¹⁸ Cfr. sentenza Corte cost. n. 447 del 1988, in *Gazz. Uff.*, n. 17 del 1988.

al precetto in seguito ad una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto. Ciò comporta la introduzione *ex novo* dell'illecito amministrativo, non compatibile con una lettura estensiva dell'art. 2, co. quarto, c.p. che allarghi il suo oggetto sino alla successione tra legge penale e legge punitiva amministrativa»⁴⁹.

Si ricostruisce così la barriera che separa la diversità ontologica dei due universi di fatti: diversi e diversamente valutati sotto il profilo dell'offensività. Una sintesi, questa, di altro fecondo insegnamento radicato nei precetti della Costituzione, che spiega una vigenza bidimensionale dell'offensività criminale, la quale non solo guida la penna del legislatore nella selezione dei fatti portatori di un dato pregiudizio rispetto ad un preminente, condiviso, valore sociale, ma anche chiama il giudice alla verifica della effettiva sussistenza del disvalore non tollerato⁵⁰.

Ciò significa - nel pensiero di chi scrive - che la mappatura dell'illecito penale, una volta messa a confronto con la struttura dell'illecito amministrativo, dovrà contenere elementi diversi, in primo scritto nei fatti essendo la tipicità il primo livello di accertamento del sillogismo giuridico penale: il contorno dell'accadimento fotografato e fissato dalla norma penale già figurativamente dovrà scolpire la differenza rispetto all'illecito amministrativo. È da qui, dalla non sovrapponibilità fenomenica tra le due previsioni, che si erge il distinguo di significato che ciascun comportamento assume: solo il reato, difatti, appare nella foggia di un comportamento oggettivo di danno/messa in pericolo di un bene giuridico di rilievo fondamentale (costituzionale) per la persona umana⁵¹. A rimanere sul campo della sanzionabilità amministrativa è invece una vicenda comportamentale (soggettivamente imputabile a dolo o colpa) in quanto dimostratosi inosservante rispetto alle oneste regole del gioco del vivere sociale, tese a disciplinare il rapporto tra il singolo e la pubblica amministrazione,

⁴⁹ Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, Campagne, con nota di ROMEO, *Le Sezioni Unite sulla successione tra reato e illecito amministrativo*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰ V. in particolare Corte cost., n. 333 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2646; Id., n. 263 del 2000, *ivi*, 2000, 2064; Id., n. 519 del 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 2015; Id., n. 354 del 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 2923; Id., n. 265 del 2005, *ivi*, 2006, I, 18.

⁵¹ Cfr. la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/29/UE recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato (in G.U. dell'Unione europea 14 novembre 2012 L315/57), che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale: nel dare attuazione ad uno dei principali punti del Programma di Stoccolma non si è limitata a definire lo statuto dei diritti della "vittima" nel processo con maggiore nettezza rispetto alla versione previgente. Con il considerare n. 9) ha difatti inaugurato una riconsiderazione del reato nella sua umana complessità, che lo destina ad essere compreso come fatto «socialmente dannoso» e «violativo dei diritti individuali della vittima».

per questo dotato “sulla carta” di una potenzialità distorsiva sufficiente ad innescare una certa reazione punitiva.

Si coglie dunque una anticipazione del pericolo rispetto al confine in cui si entra nel perimetro della fattispecie di reato, ove la situazione pericolosa rispetto all’interesse di valore protetto *deve* già emergere a dato concreto. Solo lì, prima del reato, dove ha la sede la illiceità amministrativa, invece il pericolo può intendersi - e si intende - astratto, nel senso di presunto, raccolto cioè attorno alla verifica della commissione della condotta indicata, generalmente e genericamente valutata come pericolosa.

Gli effetti che questo distinguo produce nell’attuale contesto normativo, diventano tangibili al confronto con la tutela dell’ambiente.

Come noto, la politica criminale contemporanea è diffusamente orientata ad attrarre la tutela dell’ambiente tra i compiti del diritto penale: nell’ordinamento interno la protezione punitiva da simili fatti è collocata nella legislazione *extra codicem*, principalmente nel d.lgs. n. 152/2006 (c.d. “codice dell’ambiente”), che raccoglie la disciplina sui rifiuti e sulla difesa del suolo, sulla tutela delle acque e delle risorse idriche, nonché sulla tutela dell’aria e sulla riduzione delle emissioni nell’atmosfera.

In un quadro di sintesi, utilizzando le parole comunemente fatte proprie dall’esegesi in argomento, si potrebbe concludere nel senso che la gran parte delle fattispecie penali del codice dell’ambiente consista in contravvenzioni poste a presidio delle funzioni amministrative di controllo sulle immissioni pericolose per l’aria, le acque e il suolo (fondate per lo più sul momento autorizzativo), nonché relative al superamento di limiti tabellari delle sostanze inquinanti.

Si dovrà però puntualizzare. La norma penale non va mai letta quale strumento di tutela di un bene giuridico finale - qui, l’ambiente/la salute pubblica - la cui “concreta vicinanza” rimanga in effetti empiricamente inafferrabile, vale dire solo “astrattamente pensata”.

Si può invece parlare di una particolare metabolizzazione culturale di un nuovo bene fondamentale di civiltà, diritto individuale e dovere inderogabile della persona umana nel senso fatto proprio dall’art. 2 Cost., che richiede l’adozione anticipata di misure di cautela adeguate, ragionevoli e proporzionali, volte a minimizzare l’incidenza negativa di pericoli potenziali per l’ambiente e la salute umana, animale e vegetale. Tanto giustifica la formulazione di un avanzato modello di protezione di alcuni interessi, ed al contempo una consistente compressione dell’esercizio di confinanti diritti di libertà (la libertà di iniziativa economica, la libertà di progredire nella scienza e nella tecnica). Tanto traduce il bisogno di sicurezza, individuale e collettiva,

nell'esigenza di un "apparato di controllo pubblicistico della conflittualità" così prodotta, nell'esigenza, dunque, di un nuovo bene giuridico della sicurezza.

A garantire questo "controllo" dalla violazione (pregiudizievole) delle fasi e dei parametri del suo procedimento, strumentali alla pianificazione di uno sviluppo sociale sostenibile, si presta allora la tutela penalistica, offerta da fattispecie pur sempre modulate secondo il paradigma classico dell'offesa tipizzata (nella specie del danno) al bene giuridico (di pericolo).

L'estensione semantica della formulazione legale del fatto tipico penale si legge in questa univoca prospettiva (di principio), lasciando all'interpretazione del fatto tipizzato come illecito amministrativo i casi di un'offesa non concretamente attuale, la quale cioè si prospetti notevolmente lontana nello spazio o nel tempo. Si pensi, in questo senso, a determinate immissioni inquinanti occasionalmente prodotte dal singolo privato, che effettivamente non risultano attualmente pericolose per l'equilibrio delle risorse naturali in quanto non facenti parte di un contesto di costante continuità, ma che appaiono portatrici in astratto del rischio (futuro) di divenire tali in un processo di continua implementazione, singolare e collettivo, e immediatamente rompono il (solo) rapporto di fiducia e correttezza reciproca, tra Stato e cittadino, che è interesse della pubblica amministrazione conservare.

b) la disapplicazione penale dell'atto amministrativo illegittimo

L'altra faccia della medaglia conduce alla tematica della disapplicazione penale dell'atto amministrativo illegittimo³².

Si entra così nell'argomento relativo alla "confinabilità" del controllo sulla legalità amministrativa posto in essere dal giudice penale, ovvero del suo potere-dovere di disapplicazione (art. 4, co. 1, disp. prel. c.c.; artt. 2, 4 e 5 l. 20 marzo 1865, n. 2245, All. E; art. 26, co. 1, r.d. 1054/1924; artt. 2 e 3 l.

³² In generale sul tema v. ALBAMONTE, *Atti amministrativi illegittimi e fattispecie penali: poteri del giudice nella tutela penale del territorio*, in *Cass. pen.*, 1983, 1862; FORNASARI, *Sulla rilevanza penale delle costruzioni edilizie realizzate in base ad atti concessori illegittimi*, in *Foro it.*, 1986, II, 84; GAMBARDIELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, 2002; PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale. Scritti*, Milano, 2000, 89. Sul versante giurisprudenziale un primo indirizzo ha limitato l'applicabilità dell'istituto ai soli casi in cui si risolve a favore e non contro il singolo, strumento equo solo nel sancire la non punibilità del cittadino (Cass., Sez. un., 31 gennaio 1987, **Note per l'Autore: indicare nome ricorrente**, in *Cass. pen.*, 1987, 878). Allo stato, la giurisprudenza espande la portata applicativa dell'istituto, concludendo - sin dalla Cass., Sez. un. 2 novembre 1993, Borgia, in *Riv. giur. edil.*, 1995, 974 - per una sua ricostruzione nel senso di ordinario accertamento in concreto da parte del giudice penale della conformità del fatto storico alla fattispecie astratta.

1934/1971). Quando nella figura tipica della fattispecie l'esistenza dell'atto amministrativo viene assunta a presupposto della condotta, negativo o positivo, ci si interroga difatti sul contenuto di questa *esistenza*. Intesa nella sua pura materialità essa rimane subordinata ad un riscontro fattuale e naturalistico. Intesa in senso giuridico esige invece un riscontro giuridico in cui la vita dell'atto è parametrata alla stregua dei vizi di cui risulta inficiata: inesistenza, nullità, illegittimità. La dottrina e la giurisprudenza amministrativistica, dal canto loro, in nome dei valori di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa (indicati come generali criteri operativi dall'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241), hanno proposto un recupero della nozione sostanziale di legalità e suggerito, di conseguenza, una graduazione dei vizi di legittimità. Da qui si arriva a prospettare l'applicazione dell'irregolarità in luogo dell'annullamento ogni qual volta i vizi formali verificatisi nel corso del procedimento o nella redazione del provvedimento finale non abbiano precluso la realizzazione dei fini normativi. Il momento sostanziale del conseguimento dei risultati previsti - in quest'ottica - finisce così per prevalere rispetto ad un'acritica e meccanica applicazione delle procedure, che ignori o addirittura precluda la realizzazione degli effetti prefissati⁵³.

Di conseguenza, il movimento della linea di demarcazione tra area insindacabile ed area non riservata all'autonomia dell'amministrazione si va sempre più indirizzando verso l'intensificazione del controllo giurisdizionale⁵⁴. Ma nell'ambito di interesse penale, questo profilo di legalità (in senso lato) dell'atto amministrativo non può rimanere per così dire uguale a sé stesso. Coerente con le riflessioni maturate in tema di analogia è difatti una prospettazione della questione che fuoriesca dalla logica regolatrice dell'esercizio del potere amministrativo. Nella dimensione criminale il "merito amministrativo", anche laddove interferisca col mondo dei disvalori penali come è nei reati che si sostanziano nell'abuso di potere pubblico⁵⁵, si inserisce pur sempre nell'*iter* del giudizio di sussunzione del fatto umano all'interno della norma incriminatrice. Qui diventa un elemento da accertare in primo luogo nella sua realtà empirica, per cui oggetto immediato della verifica diventa il "se" la pe-

⁵³ Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 484; ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; ZARAMELLA, *L'azione amministrativa fra legalità formale e legalità sostanziale: l'irregolarità*, in *Studium iuris*, 2002, 1245 ss.

⁵⁴ Si veda VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 36 ss., che ritiene illimitato l'ambito del sindacato del giudice penale per la natura stessa dell'accertamento, volto alla ricerca della verità materiale.

⁵⁵ GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 106. Nel senso che il tema del merito amministrativo sia estraneo alle fattispecie penali di abuso di potere, STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1978, 224 ss.

culiare veste dell'accadimento nasconda il perfezionamento della modalità di lesione tipizzata⁵⁶. Ne discende che, se ad essere tassativamente prevista è “solo” l'assenza, la mancanza dell'atto amministrativo, e non se ne menziona e richiede l'illegittimità⁵⁷, l'interprete non può equiparare *tout court* l'elemento costitutivo espresso a quello ritenuto inespresso. Si fa salva “solo” la presenza di una inequivoca indicazione normativa in tal senso, da cui risulti l'inclusione della rilevanza dell'illegittimità nell'alveo del comportamento descritto⁵⁸.

La specifica identità del sistema penale⁵⁹ tanto impone, come conseguenza di una riconosciuta “prevalenza sistematica” per cui la legittimità quale costante connotato implicito dell'atto amministrativo legale, nel senso di conformità alla normativa di settore, non si traspone poi direttamente nell'area di rilevanza penale come strumento per verificare l'esistenza della lesione dell'interesse sostanziale protetto dall'atto amministrativo. Il giudice, in ottemperanza esclusiva ai principi che regolano il diritto penale, non potrà quindi disapplicare per ciò solo l'atto amministrativo illegittimo, né quando l'atto in sé costituisca un presupposto negativo della condotta né quando si ponga in funzione di scriminante o di causa estintiva del reato. In questi casi esso concorre ad esprimere quel precetto e a delineare quella norma - e la sua applicabilità - che il giudice è già chiamato a ricostruire in via esegetica prima di verificare la sovrapponibilità tra il comportamento astrattamente sanzionato ed il concreto accadimento verificatosi.

In sintesi, seppure l'attuale tendenza dia conto di un sempre maggior peso riconosciuto al risultato piuttosto che alla attività amministrativa in sé, un simile orientamento sostanzialistico non ha la forza per superare i (distinti) paletti posti, rispetto ad osmosi di questo tipo, dall'art. 14 preleggi e dall'art. 25, co. 2, Cost. Esso guida l'ermeneutica all'interno di una dimensione esclusivamente criminale: solo in quest'area possono e devono essere selezionati i criteri logici per una corretta lettura della fattispecie (incriminatrice, come di ogni altra disposizione normativa in materia).

Perché le regole dell'interpretazione del diritto penale nascono e vivono sotto l'esclusivo controllo dei suoi principi.

⁵⁶ Così PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 88.

⁵⁷ Nel senso che il reato di lottizzazione abusiva sia a consumazione alternativa, potendo realizzarsi sia per il difetto di autorizzazione sia per il contrasto con le prescrizioni di legge o degli strumenti urbanistici, Cass., Sez. un., 28 novembre 2001, Salvini e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 975 ss.

⁵⁸ Cfr. GAMBARDILLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., 151.

⁵⁹ RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 107 ss.

