

***Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo\****

*di Marco Scoletta – Professore Associato di Diritto penale nell’Università degli Studi di Milano*

**ABSTRACT:** In its inadmissibility judgment no 98 of 2021, the Constitutional Court questioned the constitutionality of a certain judicial interpretation of Article 572 of the Criminal Code, assuming that it infringed the prohibition of analogy *in malam partem*. The Author claims that the Court’s attention to this particular facet of the *nullum crimen* principle could open new perspectives on the constitutional control over alleged violations of the ban on analogy by criminal judges, hence fostering a greater judicial self-restraint in the interpretation of criminal legislation.

**SOMMARIO:** 1. Il vaglio della Corte Costituzionale sul presupposto interpretativo della questione e i dubbi sul rispetto del divieto di analogia *in malam partem*. – 2. Il *quid novi* della pronuncia: il vaglio della Corte sull’attività interpretativa del giudice penale. – 3. Il debole argine del “significato letterale” della disposizione legislativa ed il preteso onere motivazionale del giudice. – 4. La preminenza della *ratio* democratica della legalità sulle esigenze teleologiche e sistematiche. – 5. Nuove prospettive (e concrete possibilità) per una doverosa sindacabilità costituzionale del principio di tassatività della legge penale.

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

## **1. Il vaglio della Corte Costituzionale sul presupposto interpretativo della questione e i dubbi sul rispetto del divieto di analogia in *malam partem***

La sentenza della Corte costituzionale n. 98 del 2021, pur dichiarando la inammissibilità della questione sollevata – attinente, peraltro, a un profilo di diritto processuale -, assume una particolare rilevanza nella prospettiva sostanziale della legalità penale, in particolare del suo corollario costituito dal principio di tassatività, ovvero il divieto di analogia *in malam partem*<sup>1</sup>.

La disposizione normativa oggetto di censura era l'art. 521 c.p.p., «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorché sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio». Nel giudizio *a quo*, infatti, la originaria imputazione del fatto a titolo di atti persecutori (c.d. *stalking*) *ex art. 612-bis* era stata riqualificata nella più grave fattispecie di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.*, senza che all'imputato fosse concessa la facoltà di accedere, conseguentemente, al rito abbreviato: di qui, appunto, la lamentata violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, ovvero del diritto di difesa e dei principi del giusto processo<sup>2</sup>.

La Corte, tuttavia, non entra nel merito del *petitum*, perché - come detto - respinge la questione sul piano dell'ammissibilità, “per non essersi l'ordinanza di rimessione adeguatamente confrontata con gli argomenti contrari alla riqualificazione giuridica del fatto contestato nel giudizio *a quo*, riqualificazione dalla quale dipende la rilevanza delle questioni prospettate (...) La riqualificazione – da atti persecutori aggravati a maltrattamenti in famiglia – dei fatti contestati all'imputato costituisce dunque il presupposto logico che condiziona l'applicazione nel giudizio *a quo* della disposizione, della cui legittimità costituzionale il giudice dubita”.

<sup>1</sup> Il divieto di analogia è convenzionalmente identificato con il “principio di tassatività” (distinguendolo, a fini classificatori, dal principio di “precisione” e da quello di “determinatezza”) da G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020, 168 ss.

<sup>2</sup> Osservava tra l'altro il rimettente, quanto alla violazione del diritto di difesa, “che la modifica *in iure* dell'imputazione dovrebbe restituire alla difesa la possibilità di rivisitare la propria strategia anche nella scelta del rito, ben potendo la stessa concludere che sui fatti contestati – alla luce del nuovo *nomen* proposto dal giudice – «non vi siano i medesimi spazi per contraddire nel dibattimento che aveva inizialmente valutato, allorché aveva, sulla scorta dell'imputazione, operato la scelta del rito”; ed inoltre “la diversa qualificazione prospettata dal giudice potrebbe in concreto determinare «anche e soprattutto uno stravolgimento nella risposta sanzionatoria»: fattore, quest'ultimo, che condizionerebbe in maniera determinante la scelta del rito” (così al § 1.2.1. del *Ritenuto in fatto*).

In particolare, i giudici costituzionali evidenziano come il remittente avesse riqualficato il fatto concreto - consistente in condotte moleste, minacciose e violente “commesse nel quadro di una relazione affettiva stabile tra l'imputato e la persona offesa, pur nella riconosciuta assenza di convivenza”<sup>3</sup> - facendo leva su un cospicuo filone giurisprudenziale<sup>4</sup> che riconosce il presupposto tipico del delitto di maltrattamenti, ovvero la ricorrenza di un rapporto di “familiarità” o di “convivenza”, in presenza di condotte comunque realizzate in un “contesto affettivo protetto”, caratterizzato da “legami forti e stabili tra *partner*” e dalla “condivisione di progetti di vita”.

Secondo la Corte, tuttavia, la giurisprudenza non sarebbe affatto univoca in tal senso, in quanto detta interpretazione risalirebbe ad un periodo antecedente all'entrata in vigore della fattispecie di *stalking* e, soprattutto, farebbe molto spesso riferimento a fatti concreti caratterizzati da una precedente convivenza o dalla presenza di figli<sup>5</sup> (elementi che dunque – secondo la Corte - costituirebbero profili rilevanti per operare un *distinguishing* ai fini dell'applicabilità dell'art. 572 c.p.), potendosi altresì riscontrare altre e recenti pronunce che si sono espresse in senso contrario<sup>6</sup>. “Ma, soprattutto” - e qui sta il fulcro dell'argomentazione - “nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo”.

<sup>3</sup> Era stata accertata l'esistenza di “un rapporto affettivo tra i due, dipanatosi in un arco temporale di circa quattro mesi, nel corso del quale la donna era solita frequentare la casa ove l'uomo viveva con la madre e la sorella, e nella quale lei stessa talvolta si tratteneva” (così al § 2.2. del *Considerato in diritto*).

<sup>4</sup> A sostegno di tale tesi il ricorrente richiamava, tra le altre, Cass., sez. VI, 9 maggio 2019, n. 19922; Id., 15 luglio 2014, n. 31121; Id., 27 maggio 2013, n. 22915; a queste la stessa Corte Costituzionale aggiunge le più recenti Cass., sez. VI, 1° dicembre 2020, n. 34086, concernente una coppia che, pur non convivendo, pagava congiuntamente un appartamento utilizzato come base per incontri clandestini; Id., 11 febbraio 2020, n. 5457, relativa a una coppia non convivente, la cui relazione durava da appena due mesi (cfr. § 2.2. del *Considerato in diritto*). Per un approfondimento di tale problematica esegetica, si veda in dottrina S. RIONDATO, *Introduzione a “famiglia” nel diritto penale italiano*, Padova, 2014, 43 ss.; P. PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 933 ss.; R. BARTOLI, *Unioni di fatto e diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Vol. II, Torino, 2011, 674 s.; S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1029; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 572.

<sup>5</sup> Si rileva, ad esempio (cfr. § 2.3. del *Considerato in diritto*), che Cass. n. 19922 del 2019, sopra richiamata, concerneva una coppia che aveva convissuto per circa dieci anni; e che parimenti concernono *ex conviventi* i fatti oggetto di Cass., sez. VI, 22 dicembre 2020, n. 37077; Id., sez. III, 28 ottobre 2019, n. 43701; Id., sez. VI, 24 gennaio 2018, n. 3356; sono invece richiamate in quanto relative a fatti caratterizzati dalla presenza di figli, Id., 4 febbraio 2021, n. 4424; Id., 20 novembre 2017, n. 52723; Id., 22 maggio 2017, n. 25498.

<sup>6</sup> La Corte cita (*ibidem*) la recentissima Cass., sez. III., 25 gennaio 2021, n. 2911, che “ha escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi assai simile a quella oggetto del processo *a quo*, caratterizzata da una relazione «instaurata da non molto tempo» e da una coabitazione consistita soltanto «nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia»”.

A questo punto, la Corte riafferma - richiamando e sintetizzando i principi espressi nelle più recenti pronunce sul punto<sup>7</sup> - il contenuto, il significato e la fondamentale funzione garantista che gioca il divieto di analogia *in malam partem* come corollario del principio di legalità penale, che trova pertanto riconoscimento non solo, espressamente, nell'art. 14 delle Preleggi, ma anche, implicitamente, nell'art. 1 del Codice penale e soprattutto nell'art. 25 Cost.

Più in dettaglio, la Corte ribadisce come il “limite insuperabile” da qualsiasi opzione interpretativa sia costituito dai “possibili significati letterali” del testo legislativo, che “direttamente” - ovvero a prescindere “dalla sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza” - deve “fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte”; e sottolinea altresì come il divieto di applicazione analogica della norma penale costituisca corollario imprescindibile della legalità penale sia nella prospettiva della sua *ratio* democratica e del principio “ordinamentale” della separazione dei poteri, sia in quella della *ratio* liberale, ovvero come garanzia alla prevedibilità delle conseguenze punitive.

In questa ottica, il principio di tassatività costituisce naturale completamento, da una parte, della “riserva assoluta” di legge in materia penale, che “verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge”; dall'altra, rappresenta “l'ovvio *pendant*” del principio di determinatezza – che rimanda al vincolo, rivolto al legislatore, di “formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati” -, garanzia che parimenti “sarebbe svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura”.

Alla luce di tali premesse, la Corte – come già anticipato - osserva che l'ordinanza di rimessione, nell'accedere alla “interpretazione” che ha portato alla riqualificazione del fatto come delitto di maltrattamenti – e che costituisce quindi la “base logica” della questione di legittimità costituzionale - non si è adeguatamente interrogata sulla sua compatibilità con il divieto di analogia; di conseguenza “in difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 c.p. in casi siffatti – in luogo dell'art. 612-*bis*, secondo comma, c.p., che pure contempla espressamente l'ipotesi di

---

<sup>7</sup> Cfr. in particolare C. Cost. n. 96 del 1981; n. 447 del 1998; n. 5 del 2004; n. 327 del 2008; n. 230 del 2012; n. 24 del 2017; n. 115 del 2018).

condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente – apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice”.

## **2. Il *quid novi* della pronuncia: il vaglio della Corte sull'attività interpretativa del giudice penale**

I “principi di diritto” enunciati dalla Corte, così come la chiara illustrazione del fondamento sistematico del divieto di analogia sfavorevole al reo, si pongono perfettamente in linea con la nostra tradizione costituzionale, che da sempre e senza esitazioni (esistenti solo in relazione alla legittimità dell'analogia *in bonam partem* in materia penale<sup>8</sup>) riconosce la collocazione di tale garanzia nel contenuto preservato dall'art. 25 Cost. Si tratta di concetti espressi da tutti i manuali di diritto penale<sup>9</sup> e già sedimentati nella giurisprudenza costituzionale<sup>10</sup>, puntualmente ripresi e fermamente ribaditi anche in questa occasione. Perché, allora, a questa pronuncia può essere attribuito un particolare rilievo sul piano del diritto penale costituzionale, cioè un rilievo che trascende la specifica questione penalistica relativa ai rapporti tra maltrattamenti e *stalking*?

Ebbene, la ragione di tale rilevanza si può cogliere nel fatto stesso che la Corte abbia autonomamente sollevato il tema dell'analogia *in malam partem*, attribuendo a tale principio una funzione effettiva di limite all'attività ermeneutica della giurisprudenza ordinaria, che - fino ad ora - non era stato mai realmente riconosciuto in concreto.

---

<sup>8</sup> Sul tema di recente, a margine di una significativa sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2021 e R. BARTOLI, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 6, 705-710; G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1725-1731.

<sup>9</sup> V. ancora ampiamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2005, 146 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 2019, 75 ss.; s.; C. F. GROSSO – M. PELISSERO – M. PETRINI – P. PISA, *Corso di diritto penale*, 2020, 142 ss.; nella dottrina costituzionalistica, sottolineano l'importanza del divieto di analogia come argine alla separazione dei poteri, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 368 s.; più recentemente ID., *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco – Celotto - Olivetti, Torino, 2006, 535 ss.; v. anche I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 59 ss.; nonché, con toni meno critici, A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4223.

<sup>10</sup> Ampiamente richiamata dalla Corte: cfr. *retro* nota 7

Per quanto più volte enunciato dalla Corte, il vincolo costituzionale di tassatività ha costituito un argine sostanzialmente solo teorico al potere giudiziario di definire, sul piano interpretativo, la legittima estensione semantica e dunque i confini di tipicità delle fattispecie incriminatrici. Ciò, da una parte, trova certamente ragione nel labilissimo e incerto confine che - al di là delle ormai stantie formule di teoria generale del diritto - in concreto distingue la interpretazione estensiva (ammissibile) dall'applicazione analogica (inammissibile) della legge penale<sup>11</sup>; dall'altra, tuttavia, trova un formidabile volano proprio nella consapevolezza (anche qualora inconscia) dell'assenza di un reale sindacato costituzionale sull'attività interpretativa, quindi nella ragionevole presunzione da parte dei giudici ordinari di avere piena e indiscutibile signoria giuridica nel definire l'estensione di significato del testo legislativo. Risulta perfettamente coerente con il consolidamento di tale sistema, il fatto che il giudice di merito - come nel caso *a quo* - non si sia posto minimamente il problema della legittimità di una interpretazione normativa (ovvero della sua estensione esegetica), soprattutto se già in precedenza accolta nella giurisprudenza di legittimità.

Pertanto, l'aver anche solo paventato - si potrebbe dire "sorprendentemente" - lo sbarramento del divieto di analogia, cioè la potenziale attuazione di un ingranaggio di controllo del tutto arrugginito (considerato inutilizzabile), costituisce il merito che oggettivamente è attribuibile alla Corte Costituzionale nel pronunciare la sentenza qui in esame, la quale - e non a caso - è stata immediatamente salutata dalla dottrina penalistica più autorevolmente attenta alle istanze della legalità penale come un importante monito rivolto nei confronti della magistratura ordinaria<sup>12</sup>. In sostanza, con questa sentenza, la Corte fa capolino sul terreno della legittima estensione dell'interpretazione giudiziale, iniziando a rivendicare il proprio ruolo di guardiano anche della legalità ermeneutica, doverosamente sottraendola ai noti rischi di un divenire incontrollabile.

---

<sup>11</sup> Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011 e ivi ampi riferimenti alla assai cospicua letteratura, penalistica e non solo, sul tema; v. anche gli interventi di F. GIUNTA, G. CARCATTERA, O. DI GIOVINE, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 347 ss.; v. anche G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, ivi, 2011, 507 ss.

<sup>12</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 9, 1218 ss.

### 3. Il debole argine del “significato letterale” della disposizione legislativa ed il preteso onere motivazionale del giudice

Certo, rimane a monte il problema fondamentale, ovvero quello del criterio di accertamento della violazione del divieto: da questo punto di vista la Corte - come già illustrato - ripropone ancora una volta il tradizionale limite invalicabile del “significato letterale” del testo legislativo, precisando che l’interpretazione normativa non può esorbitare dalle possibili opzioni di significato linguistico attribuibili alla disposizione/significante<sup>13</sup>. *Nihil novi*: in questo modo si ripropone il dilemma di sempre, poiché il “significato letterale” delle parole presenta in realtà maglie assai larghe e facilmente penetrabili, dimostrandosi nella prassi assolutamente inidoneo a fungere da reale argine ad “interpretazioni” giurisprudenziali di fattispecie incriminatrici che possono parimenti essere lette, da un diverso angolo visuale, come “applicazioni” analogiche<sup>14</sup>. Ne sono riprova accurate indagini giurisprudenziali, che evidenziano come la tela elastica del significato letterale abbia sempre coperto, senza neanche troppi sforzi, anche le applicazioni giurisprudenziali più discusse e discutibili<sup>15</sup>. In sostanza, anche a non voler sottoscrivere, sul piano teorico, che “qualsivoglia

<sup>13</sup> Nella linguistica, per la distinzione e il legame tra significato e significante, si veda definitivamente F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari 1978, 87 s.

<sup>14</sup> In generale sulla problematicità dell’interpretazione letterale, cfr. V. VELLUZZI, (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Milano, 2002 e in particolare, *ivi*, il saggio di T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, 125 ss.; ancora V. VELLUZZI, *Le preleggi e l’interpretazione*, Pisa, 35 ss.; in particolare, denuncia criticamente la strutturale e intrinseca debolezza di tale criterio interpretativo F. POGGI, *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in *Analisi e diritto*, 2013, 313 ss.; per una penetrante critica alla classica dicotomia interpretazione vs. analogia, tipica del “paradigma giuridico moderno”, cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit.; e già prima ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007; nella dottrina penalistica si veda autorevolmente G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2003 e poi soprattutto O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; EAD., «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 4, 2018, 55 s.; si veda anche M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in Dolcini-Paliero, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, 2006, 693 ss., evidenziando come “i limiti concettuali di ogni singola espressione non sono mai conclusi nel testo, ma sempre modificati dal contesto e determinabili soltanto attraverso il processo interpretativo” (710); in precedenza già W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull’ermeneutica penalistica* (1968), Napoli, 2007, *passim*. In senso decisamente critico, in ragione del potenziale annacquamento delle garanzie della legalità conseguente ad una adesione alle teorie ermeneutiche dell’interpretazione, cfr. G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1255 ss.; per una recente riaffermazione del paradigma classico di legalità penale, cfr. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, II ed., 2016 e ID., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016.

<sup>15</sup> Si veda soprattutto la ricerca di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, I ed., Torino, 1999; ristampa con *Premesse di aggiornamento* nel 2007; e poi ancora II ed. aggiornata nel 2014; v. anche R. RINALDI, *L’analogia e l’interpretazione estensiva nell’applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 195 ss.; nonché G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in Stile (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 8 ss.

divieto di analogia è destinato a naufragare<sup>16</sup>”, non si può disconoscere che, sul piano della prassi applicativa, tale divieto abbia sortito risultati ben poco fecondi e certo non incoraggianti per affidare a tale vincolo – in particolare al tratteggio mantra del richiamo al limite del significato letterale del testo legislativo - la tutela dei valori supremi della legalità penale.

L’immagine icastica dei tre cerchi concentrici rappresentativi del significato linguistico delle parole - ancora recentemente evocata in dottrina<sup>17</sup> - ha un valore meramente ricognitivo, che non offre tuttavia alcuno strumento euristico funzionale al sindacato di legittimità per tutte le ipotesi che si collocano nella zona grigia, ovvero nel cerchio dell’incertezza semantica; se è innegabilmente vero che esiste un’area di certezza linguistica - che definisce in positivo e in negativo la tipicità di ciascuna fattispecie incriminatrice<sup>18</sup> -, è altrettanto vero che si tratta di certezze molto limitate (oltre che diacronicamente relative), mentre tutti i casi “discutibili” si collocano nella sfera dell’incertezza: tuttavia, nella prassi giurisprudenziale, tali casi sono puntualmente e facilmente assorbiti nel “possibile” significato letterale del testo normativo, comodamente etichettabili come ipotesi di (legittima) interpretazione estensiva, senza che sia possibile individuare argomentazioni logiche o comunque teoriche in grado di contraddire adeguatamente tali conclusioni<sup>19</sup>.

A ben vedere, anche il caso *sub iudice* non si sottrae affatto ad una conclusione analoga, cioè ad un suo inquadramento come ipotesi di mera interpretazione estensiva del testo letterale dell’art. 572 c.p.: che il concetto di “persona familiare” o di “persona convivente” possa semanticamente rimandare al rapporto di fatto che si instaura in un contesto affettivo protetto e caratterizzato da un legame e da frequentazioni stabili e da progettualità futura, indipendentemente dalla condivisione di una dimora, è un’opzione ermeneutica che non si colloca nel cerchio della certezza negativa, ma appunto in quello dell’incertezza; ora, che tale incertezza venga risolta positivamente nel senso della “tipicità” ai sensi del delitto di maltrattamenti - conformemente a quanto affermato dalla Corte di Cassazione nei numerosi precedenti sopra ricordati - può essere conclusione certamente opinabile, ma non rappresenta a tutta evidenza uno sconfinamento nell’analogia immediatamente

<sup>16</sup> Così Arth. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa. Un contributo alla dottrina del tipo* (1982), Napoli, 2003, 16, richiamato da M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, cit., 31.

<sup>17</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

<sup>18</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

<sup>19</sup> Come denunciava mordacemente G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata*, cit., 1268, parlando di applicazioni analogiche “pudicamente mascherate dietro il velo dell’interpretazione estensiva”.

censurabile sul piano costituzionale; non più di quanto non lo rappresentino una miriade di ipotesi registrate nei repertori giurisprudenziali, di ieri e di oggi.

Di tutto ciò, peraltro, la Corte Costituzionale pare ben consapevole, atteso che la decisione qui in commento non si spinge affatto a bollare espressamente come illegittima tale esegesi normativa, ma - come illustrato - si limita a censurare il *deficit* motivazionale, il fatto cioè di aver ‘dato per scontato’ - come d’altra parte è stato sempre fatto fino ad oggi - che la percorribilità di tale estensione ermeneutica della fattispecie penale potesse tranquillamente riposare sulla presenza di precedenti conformi nella giurisprudenza di legittimità. È dunque più che mai corretto considerare la presa di posizione della Corte proprio come un monito metodologico, un invito a ponderare attentamente, ad argomentare scrupolosamente le ragioni di tutte le “interpretazioni estensive” che muovono dalla zona di incertezza semantica che si pone alla periferia di ciascun testo legislativo.

D’altra parte, benché il ‘rimprovero’ contenuto nella sentenza sia direttamente rivolto al giudice remittente, l’ammonimento della Corte è nondimeno indirettamente rivolto anche alla Corte di Cassazione, avvezza a *iuris-dicere* senza subire il vaglio critico della Consulta in merito alla propria attività di supremo interprete delle leggi e quindi in merito al potere di definirne il perimetro concretamente normativo/prescrittivo/punitivo.

In modo come di consueto elegante, molto attenta a non offendere i rispettivi ruoli istituzionali, la Corte Costituzionale trasmette quindi un messaggio sistematicamente molto importante: l’interpretazione delle leggi penali, l’apposizione dei confini semantici al testo normativo, non è prerogativa insindacabile della magistratura; il Giudice delle Leggi è pronto ad esercitare, anche su questo terreno - come è accaduto nei confronti delle inerzie legislative, fino a poco tempo fa ritenute parimenti incensurabili e incolmabili da parte della Corte (se non negli angustissimi limiti delle rime obbligate)<sup>20</sup> - il proprio vaglio di costituzionalità, cioè a giudicare la legittimità anche dell’attività ermeneutica del potere giudiziario, senza assumere il “diritto vivente” di fonte

<sup>20</sup> Sul nuovo corso della giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha trovato espressione, tra le altre, nelle sentenze n. 236 del 2016, n. 222 e 233 del 2018, n. 40 del 2019, n. 242 del 2019, n. 224 del 2020, n. 252 del 2020, n. 63 del 2021, n. 157 del 2021, secondo cui l’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta condizionata non tanto dall’esistenza di un’unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell’ordinamento di una o più soluzioni costituzionalmente adeguate, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore, v. in dottrina S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, *Quad. cost.*, 2019, 1, pp. 183-186; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, *Av.Vv.*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), pp. 153-159; L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, Napoli, 2020, p. 383 ss.

giurisprudenziale come entità giuridica indiscutibile nella sua genesi, la cui validità può essere scrutinata rispetto a tutti i vincoli costituzionali, ma non rispetto alla legalità penale/tassatività, il cui rispetto dovrebbe essere presunto in via assoluta dalla teorica derivazione della “norma” da una “legge”.

#### **4. La preminenza della ratio democratica della legalità sulle esigenze teleologiche e sistematiche**

Il monito della Corte risulta tanto più apprezzabile - sul piano dell’affermazione di una piena cultura giudiziaria della legalità penale - perché interviene su un terreno segnato dalla discrasia tra garanzia europea (art. 7 Cedu e art. 49 CDFUE) e garanzia interna (art. 25 Cost.): nella prospettiva sovranazionale, infatti, la prevedibile applicazione dell’art. 572 c.p. al fatto oggetto di giudizio - sulla base di un cospicuo filone di precedenti giurisprudenziali - avrebbe ragionevolmente assicurato il rispetto dalla garanzia del “nullum crimen sine lege”, la cui *ratio* esclusiva è quella liberale, strumentale alla tutela dell’individuo da possibili applicazioni arbitrarie/imprevedibili del potere punitivo dello Stato<sup>21</sup>.

Ma la nostra Corte dimostra di sfuggire dal rischio, da più parti paventato in dottrina<sup>22</sup>, di schiacciare la garanzia interna su quella europea, sostanzialmente riducendo la legalità a colpevolezza.

---

<sup>21</sup> Cfr. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero - Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 195 s.; sulla ‘doppia anima’ del principio di legalità penale, quella storica e universale costituita dalla irretroattività/prevedibilità – recepita dalla Convenzione europea dei diritti umani (e dalla Carta di Nizza) e quella storicizzata e relativa costituita dalla riserva di legge (presente nell’art. 25 Cost.), cfr. fondamentalmente A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 673 ss.

<sup>22</sup> In senso critico rispetto a tale potenziale e pericolosa deriva, cfr. ad D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 luglio 2015; G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, p.; C.E. PALIERO, *Conclusioni, ibidem*, p., che parla dell’esigenza di preservare la “*giusdiversità*” della legalità penale nostrana. Sulla diversa geometria della legalità europea cfr. *ex multis* O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 164; A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale*, cit. D’altra parte, l’asimmetria tra *legalità nazionale e legalità convenzionale* era già stata distintamente colta dalla stessa Corte costituzionale in più di una pronuncia, cfr. C. Cost. n. 230 del 2012: ““il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di

Proprio in una fase storica in cui le fondamenta democratiche della legalità rischiavano di restare in ombra, in parte smitizzate anche sul piano teorico in quanto retaggio di un assetto giuridico ordinamentale superato dalla post-modernità<sup>23</sup>, la Corte costituzionale ha il merito di ricordarne il valore e di rimarcare i vincoli operativi che da ciò derivano, quasi a ricordare che i giudici interni, per quanto attori insostituibili dell'adeguamento ordinamentale ai principi fondamentali (nazionali e sovranazionali), trovano ancora nella "legge" dello Stato - cioè nella soggezione al potere politico parlamentare - un limite insuperabile.

Vero che, benché anche in questo caso la Corte non si spinga fino a riconoscere la violazione del divieto di analogia, ha comunque il coraggio di evidenziare e stigmatizzare "il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi". In questo passaggio argomentativo si coglie perfettamente il nocciolo del problema individuabile 'a monte' del fenomeno analizzato, ovvero la reale fonte di legittimazione materiale delle interpretazioni estensive e delle potenziali derive analogiche che si registrano nella giurisprudenza: la "comprensibile" (e per questo, aggiungiamo, diffusamente tollerata) risposta ordinamentale, immediata ed efficace, ad istanze di tutela che rispondono ad esigenze di giustizia/legalità sostanziale, rispetto alle quali appaiono formalistiche (e quindi recessive) le contrapposte istanze della "legalità formale"<sup>24</sup>, che spesso vorrebbero legittimare soluzioni che, più che come doverosamente "garantiste", sono percepite

---

centrale rilevanza nell'Assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25 Cost.". Nell'ambito della 'piccola Europa', l'occhio vigile della Consulta, aveva poi scongiurato epiloghi riduzionistici anche nel caso Taricco, si legge infatti in C. Cost. n. 24 del 2017, §8: "La Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità. Appare a ciò conseguente che l'Unione rispetti questo livello di protezione dei diritti della persona, sia in ossequio all'art. 53 della Carta di Nizza, il quale afferma che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti [...] dalle costituzioni degli Stati membri», sia perché, altrimenti, il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e si allontanerebbe dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani (art. 2 del TUE)".

<sup>23</sup> Fondamentalmente sul tema, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 42 ss.; analoghi rilievi già in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, XIV, *Legge Diritto Giustizia*, 1998, 551 ss.; nonché pionieristicamente e acutamente in P. NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, II, 1946, 278 ss.

<sup>24</sup> Sulla dicotomia legalità formale vs. legalità sostanziale, cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2019, 107 s.

come intollerabilmente ingiuste da un sentire sociale di cui è parte (iper)attiva anche la comunità giudiziaria<sup>25</sup>.

È dunque significativo che la Corte abbia espressamente additato le “pur comprensibili” istanze di tipo sistematico - in questo caso, peraltro, teleologicamente indirizzate alla efficace tutela di vittime particolarmente vulnerabili – come comunque soccombenti a fronte del divieto di analogia espressivo della legalità formale. La forza della legalità, nello “stato costituzionale di diritto”, si misura proprio nella capacità di sopportare le ingiustizie della legge<sup>26</sup>, comprese le odiose lacune di tutela – espressione tipica dell’ideale di frammentarietà del diritto penale<sup>27</sup> -, la cui integrazione è esclusivamente riservata all’intervento del legislatore, salvo il limite eccezionale della loro intollerabilità costituzionale, che spetta ancora e solo alla Corte Costituzionale rilevare ed eventualmente sanare<sup>28</sup>.

Non è forse un caso, d’altra parte, che la “presa di posizione” della Corte Costituzionale - la quale, al di là del monito, manifesta comunque una forte perplessità sulla compatibilità costituzionale della soluzione ermeneutica recepita del remittente, lasciando presagire un effettivo accoglimento di una questione di legittimità che fosse sollevata su tale specifico profilo<sup>29</sup> -

<sup>25</sup> Sul piano sociologico, A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Roma-Milano, 1998, registrava, già tempo fa, come il potere della magistratura abbia sostanzialmente acquisito una “legittimazione sociale” – e in un certo senso “democratica” –, parallelamente alla crisi della democrazia rappresentativa parlamentare. Sarà molto interessante osservare – restando sul piano sociologico – se all’attuale periodo di appannamento del “riconoscimento pubblico” della magistratura, quindi alla incrinazione del “consenso sociale” attorno al suo ruolo, corrisponderà anche una limitazione di quei poteri – anche ‘ermeneutici’ - che finora nell’ordinamento giuridico sono stati ampiamente tollerati. Sul ruolo del “consenso sociale” come formante della legiferazione penale, cfr., C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

<sup>26</sup> Rimangono sempre validi i moniti di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina* (1942), in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 511 ss. che, sebbene con i toni aulici propri di quell’epoca, affermava come “forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio delle leggi solo perché sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l’abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo”.

<sup>27</sup> Sulla quale si veda fondamentalmente C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985 e, più recentemente, ID., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss

<sup>28</sup> Sulla problematica della legittimità di interventi additivi in *malam partem* della Corte Costituzionale, cfr. per tutti V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in Manes-Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 408 ss.; risulta dunque paradossale che, laddove non si spinge neppure la Corte Costituzionale (arretrando a fronte dello sbarramento della riserva di legge), arrivi invece la Corte di Cassazione, sotto le mentite spoglie della interpretazione estensiva teleologicamente orientata: per una vicenda esemplificativa, cfr. criticamente M. SCOLETTA, *La legalità 'corrotta': la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2014, 2621 ss.

<sup>29</sup> Sembra infatti posto in tono quasi retorico il quesito che la Corte invita il remittente ad approfondire, cioè “di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest’ultima come persona (già) appartenente alla medesima

intervenga a margine di un caso che, a ben vedere, nella prospettiva teleologica/funzionalista si presenta come un *easy case*: l'ipotetico riconoscimento della natura analogica dell'applicazione normativa del delitto di maltrattamenti alla fattispecie concreta *sub iudice*, infatti, non determinerebbe affatto un vuoto di tutela punitiva, un'ipotesi di "intollerabile impunità" del colpevole, ma solo il diverso inquadramento del fatto nella diversa fattispecie di atti persecutori, per di più aggravata.

In pratica, anche nella prospettiva sistematica sussistevano, nel caso all'esame della Corte, le condizioni favorevoli alla concreta opposizione del limite della legalità (formale) al potere interpretativo della magistratura, in quanto il costo da pagare alle esigenze di giustizia sostanziale non risultava elevato, non imponendo la tolleranza di una lacuna di tutela, ma implicando solo l'attenuazione della risposta sanzionatoria, presentandosi quindi il divieto di analogia come lo strumento - socialmente molto più accettabile - limitativo di un eccesso punitivo.

È legittimo dubitare del fatto che, qualora il risultato normativo di un eventuale accoglimento della questione non fosse la qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 612-*bis* (per di più aggravato), ma l'impunità o anche solo l'applicazione di fattispecie bagatellari (come le molestie o le percosse), la potenziale violazione del divieto di analogia sarebbe stata parimenti rilevata.

Nondimeno, il messaggio per così dire "culturale" veicolato dalla Corte Costituzionale attraverso questa sentenza rimane forte e importante per sensibilizzare gli "inventori" del diritto penale (ovviamente nell'accezione etimologica utilizzata da Paolo Grossi<sup>30</sup>), dunque *in primis* la magistratura, ad un maggiore ossequio al canone costituzionale della tassatività.

Una rinnovata consapevolezza sulla esistenza di un reale vaglio sulla legittimità costituzionale dell'attività interpretativa giudiziaria può infatti sortire un significativo e salutare effetto di *self-restraint*, almeno specularmente a quello che - attualmente - deriva dalla consapevolezza in senso opposto. Anche le operazioni di estensione ermeneutica del tipo penale dovrebbero porre problemi "di coscienza" non dissimili e non minori rispetto a quelli che affliggono il giudice quando si trova a dover fronteggiare la inadeguatezza della legge penale e le conseguenti sacche di impunità. La

---

"famiglia" dell'imputato; o se, in alternativa, *un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese* e caratterizzato da *permanenze non continuative* di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di *convivenza*" (§ 2.4. del *Considerato in diritto*; enfasi aggiunta).

<sup>30</sup> E cioè "non un creare artificiosamente (com'è oggi nella comune lingua italiana), bensì un cercare per trovare (com'è proprio del latino *invenire/inventio*)": P. GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., 5 (nt. 4) e più approfonditamente sul tema *ID.*, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

“coscienza sporca” del diritto penale<sup>31</sup> dovrebbe fieramente appartenere anche e soprattutto al giudice penale.

## **5. Nuove prospettive (e concrete possibilità) per una doverosa sindacabilità costituzionale del principio di tassatività della legge penale**

La prospettiva di un controllo di costituzionalità sull’ermeneutica giurisprudenziale in materia penale - dischiusa dalla sentenza qui in esame - trova tuttavia un rilevante ostacolo nei limiti processuali di azionabilità delle violazioni del divieto di analogia<sup>32</sup>. In assenza di un principio di *stare decisis*, ogni giudice, infatti, può autonomamente discostarsi da un’applicazione normativa che ritiene analogica, attenendosi in questo modo al vincolo della “interpretazione costituzionalmente conforme”: dato questo presupposto, sarebbe pertanto “inammissibile” l’intervento della Corte Costituzionale, in quanto chiamata a risolvere un dubbio di legittimità che il giudice *a quo* ha il potere di sanare in via diretta e autonoma<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Di “cattiva coscienza” del legislatore parla G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Marinucci-Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 477, parafrasando la nota espressione di G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 224, relativa però - come rilevato da C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, 167 (nt. 13) - ad un diverso (e quasi opposto) contesto; in particolare, mentre per Radbruch “la perdita di buona coscienza del legislatore” si manifestava “con amnistie sempre rinnovantesi, nell’abbondanza delle grazie, nelle attenuanti, nella riduzione facoltativa delle pene, nella fuga formale davanti alla pena”, nella prospettiva politico-criminale osservata da Marinucci, la “cattiva coscienza” è da mettere in relazione con il fondamentale carattere “sussidiario” del diritto penale, “espressione dell’idea, propria di uno «Stato di diritto sociale», secondo cui il diritto penale è «l’estremo rimedio della politica sociale», che resta la «migliore politica criminale»”: così G. MARINUCCI, *ibidem*, 478, richiamando il pensiero di Arthur Kaufmann e di Klaus Roxin.

<sup>32</sup> Si veda *ex multis* G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2002, che si chiede: “Che può fare il piccolo giudice che dissenta da questo diritto vivente? (...) Difficile, se non impossibile, immaginare la proposizione di un controllo incidentale”; lo denuncia problematicamente da ultimo ancora F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit.

<sup>33</sup> Espressiva di questo orientamento, ad esempio, C. Cost. n. 132 del 2019, secondo la quale il rimettente “mira evidentemente a conseguire un avallo alla propria interpretazione asseritamente *secundum constitutionem* delle disposizioni censurate, il che determina l’inammissibilità delle questioni”; v. anche, *ex multis*, C. Cost. n. 58 del 2017; n. 92 del 2015; n. 105 del 2010; n. 320 del 2009; nonché C. Cost. n. 242 del 2013, che fonda il giudizio inammissibilità sul rilievo che “il rimettente si sottrae ad uno sforzo di esegesi diversa, che consenta di superare i dubbi di costituzionalità o che sia costituzionalmente orientata, sperando un improprio tentativo di ottenere da questa Corte l’avallo dell’interpretazione proposta, con un uso distorto dell’incidente di costituzionalità”.

Senonché - come già argomentato in altra sede<sup>34</sup> - l'adesione acritica a tale meccanismo rischia di neutralizzare completamente la stessa giustiziabilità di tali situazioni normative: la diversa opinione di un giudice di merito riguardo alla legittima percorribilità di un'opzione ermeneutica, infatti, sarebbe inesorabilmente destinata a soccombere (riformata o cassata) a fronte del contrario orientamento interpretativo (etichettato comunque come estensivo) delle giurisdizioni superiori<sup>35</sup>; con la conseguenza sistematica di un tendenziale adeguamento a tale linea ermeneutica, che risulterà in questo modo sottratta al sindacato di costituzionalità. Senza contare, su un piano più generale, come questo modello di diffusione del controllo di legittimità sia fonte di incertezze e discrasie applicative, tanto più odiose quando determinano discrepanze punitive che addirittura incidono sulla libertà degli individui.

In sostanza, demandare sistematicamente all'autonomia decisionale del giudice penale la soluzione delle ipotesi di incertezza normativa (poste cioè nella zona di confine tra interpretazione e analogia) significa sostanzialmente abdicare il ruolo di guardiano della legalità costituzionale dell'ermeneutica giurisprudenziale penalistica e avallare il modello di legittimazione autopoietica del potere giudiziario attualmente vigente.

L'assunzione effettiva di tale ruolo impone quindi alla Corte, in primo luogo, di allargare il filtro dell'ammissibilità della questione, consolidando, soprattutto in questi casi, quel recente orientamento che già riconosce come "in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* – se pure è libero di non uniformarsi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la «vivenza» di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali – ha alternativamente, comunque, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di «diritto vivente» e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali"<sup>36</sup>. Vieppiù, non si dovrebbero porre limiti di ammissibilità, indipendentemente dalla sussistenza di un diritto vivente, nella misura in cui il giudice del rinvio sia tenuto a conformarsi - ai sensi dell'art. 627, comma 3, c.p.p. - ad un *dictum* della Cassazione ritenuto esorbitante rispetto al significato

---

<sup>34</sup> M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in Acquaroli – Fronza - Gamberini (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021, 441 ss.

<sup>35</sup> Per una significativa esemplificazione, cfr. M. SCOLETTA, *Sulle sanzioni interdittive per gli enti responsabili di corruzione internazionale e gli incerti confini del principio di tassatività*, in *Le Società*, 2019, 421 ss.

<sup>36</sup> C. Cost. n. 12 del 2020; nello stesso senso, la Corte richiama le decisioni n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 e n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e n. 11 del 2015.

letterale della disposizione legislativa e quanto più si consolidi la tendenza – già in atto con la riforma dell’art. 618-bis c.p.p.<sup>37</sup> – a riconoscere forza vincolante ai precedenti giurisprudenziali<sup>38</sup>.

In secondo luogo, soprattutto, l’effettività del sindacato implica l’impegnativa assunzione della responsabilità di giudicare se e quando una soluzione ermeneutica “incerta” sia riconducibile al preteso “significato letterale” della disposizione normativa. Ciò che ovviamente non presuppone che i giudici costituzionali siano depositari del contenuto normativo ipostatizzato nella lettera della legge: è fuori dubbio – al netto delle infinite dispute teoriche - che la norma penale, forse ancor più delle altre norme ordinamentali, vive e si evolve nel divenire sociale e culturale, che il testo legislativo non racchiude un significato rigido e immutabile, che l’interpretazione è comunque un’operazione relazionale<sup>39</sup>. Ma se determinate evoluzioni di significato - e i conseguenti adattamenti ermeneutici del diritto ai fatti - sono ragionevolmente percepibili dalla collettività e rilevabili anche dalla giurisprudenza ordinaria, altre evoluzioni, più discutibili e dunque problematiche, possono e devono meritare un giudizio *super parte* – rispetto alle opzioni ermeneutiche in gioco -, svolto da un organo che dimostri anche il coraggio - e la forza - di registrare e tollerare (ed eventualmente stigmatizzare) dei “vuoti di tutela” che solo il legislatore è in grado di colmare.

In altre parole, anche un pragmatico riconoscimento della risibilità dei confini tra interpretazione e analogia, nonché della intima similitudine del loro statuto epistemologico, non implica la sottrazione dell’interpretazione giurisprudenziale al controllo di legalità: l’estensione ermeneutica del tipo penale – cioè stabilire, nel caso di specie, se le condotte di maltrattamento realizzate al di fuori del presupposto della più o meno stabile convivenza possano attualmente essere sussunte nella tipicità del reato descritto dall’art. 572 c.p. – è operazione che, come pretende la Corte

<sup>37</sup> Su cui si veda G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto*, in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018; in generale sulla plausibilità e “sulle difficoltà di un vincolo del precedente nel diritto penale” cfr. ampiamente A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 255 ss.

<sup>38</sup> Ciò che “se da una parte risponde alle istanze liberali della prevedibilità, dall’altra – elevando la giurisprudenza a fonte del diritto penale - va a cozzare con quelle democratiche della riserva di legge; anche allo scopo di controbilanciare tale tendenza, la possibilità di chiamare direttamente in causa la Corte Costituzionale anche in relazione a questi profili interpretativi della norma penale, rafforza l’indipendenza del giudice e il suo vincolo esclusivo alla legge (libero da sudditanze gerarchiche)”: in questo senso M. SCOLETTA, *Sulla sindacabilità dell’interpretazione imprevedibile*, cit.

<sup>39</sup> Come sostanzialmente riconosce, sebbene nel pieno riconoscimento del valore supremo della moderna concezione della legalità, anche F. PALAZZO, *Regole prassi nell’interpretazione penalistica nell’attuale momento storico*, in *Dir. priv.*, Padova, 2003, 521 ss. e ID., *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2008, 251 ss.; in termini ancora più netti, come noto, G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2003.

Costituzionale, deve essere argomentata e dimostrata, attraverso – aggiungiamo - l'utilizzo di tutti i criteri interpretativi previsti dalla legge, che complessivamente concorrono a definire quello che possiamo anche continuare ad etichettare come “significato letterale” della legge. Ed è giusto (*rectius* doveroso) che la Corte possa eventualmente sindacare la correttezza delle conclusioni raggiunte, valutando – forte delle prerogative ‘politiche’ tipiche del giudizio di costituzionalità, dunque senza che sia possibile pretendere schematiche certezze - il corretto e convincente utilizzo dei criteri interpretativi.