

prof. FAUSTO GIUNTA  
Università di Firenze

RILEGGENDO NORBERTO BOBBIO  
L'ANALOGIA NELLA LOGICA DEL DIRITTO,  
*ristampa a cura di Paolo De Lucia, Milano, Giuffrè, 2006(\*)*

1. Dopo quasi settanta anni torna in libreria, per meritoria iniziativa di Paolo De Lucia che ne ha curato la riedizione, un rinomato studio giovanile di Norberto Bobbio dedicato all'analogia nella logica del diritto, pubblicato per la prima volta nel 1938. Il volume, nella parte finale, estende l'attenzione alla materia penale. Ciò non è casuale. Nel diritto punitivo, infatti, l'analogia registra tradizionalmente il sovvertimento del suo valore: da canone ermeneutico generale (salvo il limite delle leggi eccezionali), essa diventa oggetto di un divieto espresso sia dalla legge ordinaria (art. 1 c.p. e 1, comma 2, l. 698/1981), sia dalla Costituzione (art. 25, comma 2).

Com'è noto, l'applicazione della pena nei soli casi previsti dalla legge discende dal più generale principio "*Nullum crimen nulla poena sine lege*", che nella tradizione degli ordinamenti di *civil law* costituisce, a partire dall'Illuminismo, la pietra angolare dei sistemi penali moderni. Detto altrimenti, il divieto di interpretazione analogica delle norme penali non può isolarsi dal primato della legalità, per il quale: a) il diritto penale è innanzitutto un fenomeno legislativo; b) il vincolo di soggezione del giudice alla legge è più forte che in altri rami dell'ordinamento, per evidenti istanze di garanzia del *favor libertatis*; c) il diritto penale è fisiologicamente discontinuo.

In breve: l'ordinamento giuridico aborre le lacune, ma non il diritto penale che eleva a valore l'incompletezza. I soli fatti assoggettabili a pena rimangono quelli previsti dalla legge, anche quando ciò comporti l'impunità di condotte pregiudizievoli e cariche di disvalore. Mentre il diritto civile conosce l'onnicomprensiva figura dell'illecito aquiliano, il diritto penale moderno sta e cade con la pluralità tassativa degli illeciti, ossia con la frammentarietà dell'intervento punitivo. Un valore, questo, ancora oggi ritenuto, da larga parte della dottrina internazionale, meritevole di prevalere sull'idea stessa di giustizia sostanziale, in quanto soggettivamente e storicamente variabile.

\* È il testo, rivisto e integrato con le citazioni di giurisprudenza, dell'intervento svolto presso l'Università degli Studi di Roma Tre, il 9 novembre 2007, in occasione della Tavola rotonda sul tema "L'analogia e la costruzione del diritto. Teoria, storia, applicazioni positive".

Giuseppe Bettiol ebbe a esprimere in modo plastico ed efficace questo concetto, affermando che il diritto penale è un arcipelago di divieti in un mare di libertà. Ma come si esprime in termini operativi questa frammentarietà del diritto penale? La risposta – si sa – passa per due vincoli: l'uno positivo rivolto alle fonti di produzione del diritto penale e dunque essenzialmente al legislatore (stante il principio della riserva di legge); l'altro negativo rivolto all'interprete. Quanto al primo, la formulazione della legge deve essere precisa nel tracciare il confine tra lecito ed illecito, onde consentire al medesimo parametro contenuto nella norma di operare *ex ante* come regola di condotta rivolta al cittadino ed *ex post* come criterio di giudizio nelle mani dell'autorità giudiziaria. Il vincolo negativo consiste nel precludere all'interprete (essenzialmente al giudice) l'estensione analogica delle scelte di criminalizzazione effettuate dal legislatore. E difatti il divieto di analogia risulta largamente positivizzato nelle legislazioni penali moderne: sia nei sistemi che, come il nostro, trovano in esso la sola regola ermeneutica prevista dal legislatore per il giudice penale, sia negli ordinamenti che, come avviene nel codice penale francese (art. 111-4), prevedono in aggiunta il divieto di interpretazione estensiva della legge penale. Compito dell'interprete, dunque, è applicare la norma nel rispetto del suo tenore letterale e, nell'ambito delle interpretazioni consentite dalle parole della legge, della *ratio* di tutela perseguita. Sotto questo profilo, il divieto di analogia della norma penale, costituendo l'anello di congiunzione tra la teoria delle fonti e la teoria dell'interpretazione, si salda sul piano funzionale con il principio di determinatezza: che senso avrebbe vietare l'analogia se le norme penali fossero indeterminate? Che senso avrebbe imporre la formulazione determinata della legge penale se poi si consentisse al giudice di estenderne l'operatività in via analogica? Se, come è stato osservato, l'indeterminatezza della legge si risolve in un'analogia anticipata, l'analogia equivale alla vanificazione della determinatezza legislativa.

Riprendendo la metafora di Bettiol: l'esistenza di un arcipelago presuppone che le isole siano sufficientemente emerse e distinguibili dal mare circostante. Ammettere l'analogia nel campo penale equivarrebbe a creare ponti tra le isole dell'arcipelago, ossia a trasformare l'arcipelago in continente.

2. Il penalista di oggi, nutritosi di questi insegnamenti, può rimanere sorpreso dal pensiero del giovane Bobbio, che, per un verso, si scaglia contro l'*arbitrium iudicis* che è sotteso alla "cattiva" analogia (colpisce già l'aggettivazione, perché lascia intuire l'esistenza di un ragionamento analogico dalla

valenza positiva), per l'altro e per l'appunto, considera compatibile con il principio di legalità l'estensione interpretativa del diritto penale da parte del giudice, ossia – parrebbe doversi intendere – l'analogia asseritamente “buona”, la quale, comunque, è cosa diversa dall'interpretazione estensiva, oggi largamente ammessa nei limiti del significato massimo consentito dal termine interpretato. In effetti, una più attenta lettura dell'intero ragionamento di Bobbio chiarisce che per l'Autore la “cattiva” analogia consiste nella libera creazione giudiziale del diritto, favorita se non prodotta dalle cattive leggi che difettano di determinatezza o che addirittura si connotano per clausole incriminatrici appositamente aperte, come tali pensate dal legislatore per essere completate dal giudice (esplicito è il riferimento di Bobbio al diritto penale nazionalsocialista e al coevo codice penale sovietico, entrambi disancorati dalla matrice libertaria della legalità formale). Per converso, la “buona” analogia consiste nell'interpretazione giudiziale che rende completo, anche nel campo penale, l'ordinamento giuridico. In breve: Bobbio, per un verso, sembra precorrere quelle correnti di pensiero che affermano l'identità strutturale tra analogia e interpretazione; per l'altro, considera l'analogia un procedimento meramente logico e avalutativo, che consente al giudice di desumere dall'ordinamento penale null'altro che scelte già presenti nelle pieghe dell'ordito normativo. Non a caso Bobbio fa riferimento alla sola *analogia legis*, non anche all'*analogia iuris* che non assicurerebbe pari neutralità al procedimento ermeneutico, stante il carattere metagiuridico dei principi di diritto.

Riassumendo il pensiero di Bobbio: quando l'analogia ha ad oggetto leggi determinate, l'*arbitrium iudicis* sarebbe scongiurato a tutto vantaggio, anche nel campo penale, della completezza dell'ordinamento. Da questa angolazione, l'analogia, paradossalmente, rafforzerebbe il primato della legge, perché farebbe vibrare, nel giudice e attraverso il giudice, le corde vocali della volontà legislativa.

Com'è fin troppo evidente, Bobbio, da un lato, non riconosce alla lacuna il suo valore libertario, per l'altro nega che l'analogia comporti valutazioni giudiziali inevitabilmente discrezionali, ossia il senso profondo del divieto di analogia nel campo penale. Bobbio – per quel che più interessa – non si limita ad affermare l'esistenza di uno spazio di collaborazione tra norma e interprete; egli ravvisa nell'analogia lo strumento idoneo ad assicurare il legame tra potere legislativo e giurisdizione, lasciando in ombra che nel campo del diritto penale il divieto di analogia è espressione dello stato di diritto fondato sulla netta separazione tra le competenze del legislatore e i compiti della giurisdizione.

3. Il favore di Bobbio nei confronti della “buona” analogia induce a riflettere sull’odierno stato di salute del divieto di analogia e, più in generale, del principio di legalità. Il tema è molto ampio; in questa sede ci si potrà limitare a qualche considerazione rapsodica.

3.1. Quale primo rilievo, non può sottacersi che quando Bobbio scriveva le sue pagine giovanili, il diritto penale era un fenomeno prevalentemente legislativo; il clima culturale dell’epoca era rappresentato dall’egemonia dell’indirizzo tecnico-giuridico patrocinato da Arturo Rocco, che rappresentava il giudice come operatore neutrale. Si trattava – è noto – di una rilettura in chiave autoritaria del principio illuministico del giudice bocca della legge. Anche Bobbio condivideva, come si è visto, l’idea del contenimento della discrezionalità giudiziale; da qui l’apertura nei confronti della “buona” analogia, la quale cessa di essere “buona” nel momento in cui viene a cadere la premessa, condivisa da Bobbio e confutata oggi da larga parte della dottrina penalistica, che l’analogia con comportamenti valutazioni discrezionali del giudice e che non sia conseguentemente un fattore di incertezza del diritto in un settore dove la certezza ha valore assoluto. In breve: l’analogia, proprio per le caratteristiche anzidette, preclude alla norma interpretata di operare come regola di condotta, esaltandone la funzione di regola di giudizio. Questo rilievo aiuta a comprendere la ragione per cui l’interpretazione analogica, mentre è ammessa nel diritto civile, dove è meno avvertita l’esigenza che la norma operi come regola di condotta, è esclusa per le norme incriminatrici, proprio in ragione della loro natura di divieti la cui effettività è affidata alla funzione generalpreventiva della pena.

Ma il pensiero di Bobbio sull’analogia quale fattore di asserita esaltazione della volontà legislativa si infrange sulla tendenza, non immune da qualche enfattizzazione dottrinale, al superamento della legge come fonte privilegiata del diritto penale, cui fa da riscontro la “scoperta” dell’inoggettività dell’interpretazione, con spostamento dell’asse del sistema dal diritto legislativo a quello giurisprudenziale e, in qualche caso, giudiziario *tout court*, perché *praeter legem*.

La conseguenza di tutto ciò, non sempre esplicitata, è che non pare più sufficiente la legittimazione dello *ius dicere* su un piano puramente tecnico. Il giudice, infatti, diventa diretto interprete e gestore del conflitto: la sua attenzione si sposta dall’involucro formale dell’illecito alla sua dimensione sostanziale, fino all’estremo del giudice diretto interprete del sociale senza il filtro della norma. In questo contesto interrogarsi sulla portata del divieto di analo-

gia nel campo penale equivale a spostare l'attenzione su uno dei sintomi della più generale crisi della legalità, in un'epoca in cui il richiamo al valore delle regole è un *refrain* fin troppo ascoltato.

3.2. Secondo rilievo. Il capitolo della legge penale è tradizionalmente pervaso da un sentimento di sospetto nei confronti del giudice: sia chiaro, non della sua persona, ma della sua funzione. L'intero sistema delle garanzie muove da tale preoccupazione. Sotto questo profilo le pagine di Bobbio sul contenimento dell'*arbitrium iudicis* dovrebbero suonare ancora da monito, specie contro l'odierna tendenza a preoccuparsi principalmente del rischio dell'*arbitrium legislatoris*.

Questo spiega l'atteggiamento corrente nei confronti delle (reali o asserite) lacune di tutela penale. Esse tendono a perdere il loro valore positivo di fronte alla crescente richiesta di penalità da parte del corpo sociale e all'insofferenza della giurisprudenza riguardo alle carenze della nostra politica criminale, testimoniata dalle frequenti questioni di legittimità aventi ad oggetto l'area della non punibilità o della minore punibilità. L'elevazione della figura del giudice a tutore della società e delle libertà dei cittadini non è casuale in un'epoca in cui le principali minacce alla libertà vengono avvertite come provenienti non tanto dal diritto penale (anche se applicato analogicamente), quanto dalla criminalità, specie là dove essa assurge ad autentico antistato. L'esercizio e l'invocazione delle garanzie diventano pelosi; sullo sfondo prende corpo l'immagine politicamente corretta, ma priva di volto, del garantismo glabro.

3.3. Terzo rilievo: la cifra del moderno diritto penale risiede nella costante ricerca di una legittimazione democratica più radicata possibile. Da qui, per un verso, il primato della riserva di legge e l'individuazione del Parlamento come scaturigine del diritto penale, per l'altro, l'assoggettamento del giudice alla legge. Ebbene, quanto vi è di vero, fisiologico o ineluttabile nel denunciato allentamento della soggezione del giudice alla legge? Può giustificarsi questo fenomeno con la vetustà e lo scadimento del prodotto legislativo? L'analogia che veicola la creatività del giudice penale non è solo contraria alla Costituzione; talvolta essa raggiunge vette di facezia non si sa se beffarda o inconsapevole.

Gli esempi potrebbero essere tanti. È sufficiente richiamare qui l'attenzione sulla dilatazione che ha subito in via interpretativa la contravvenzione del getto pericoloso di cose, che un tempo, quando i treni non erano ancora finestrati come acquari, serviva a trattenere il viaggiatore dal lancio di oggetti dai

finestrini. Ebbene, l'art. 674 c.p. viene applicato oggi anche ai campi elettromagnetici, pure nei casi in cui essi non superano le soglie precauzionali previste dalla normativa di settore. Come a dire; fatta la legge, trovato l'inganno...dal giudice. Colpisce soprattutto il modo in cui la Corte di cassazione ha da tempo superato l'obiezione testuale che fa perno sulla descrizione della condotta di termini di "getto di cosa mobile" e alla sua difficoltà di adattamento al fenomeno della creazione dei campi elettromagnetici (v. in particolare Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1999, n. 5626, Cappellieri, in *Cass. pen.*, 2001, p. 145 s.). Qui la creatività non è poca; e, com'è intuibile, nemmeno l'analogia. Stuzzicata sul piano testuale, la Suprema Corte pensa di zittire il lettore a suon di citazioni letterarie e scientifiche: il "verbo 'gettare' [...] non sta solo a indicare l'azione di chi lancia (più popolarmente, butta) qualcosa nello spazio o verso un punto determinato, ma è anche sinonimo di 'mandar fuori, emettere' e, per estensione, come già in Dante Alighieri, di 'produrre, far nascere'". Probabilmente la Corte si riferisce al verso dantesco "Che l'alta terra senza seme gitta" (Purgatorio, Canto XXVIII, 69), riportato da taluni vocabolari (un panorama più completo si può ottenere, altrettanto rapidamente, effettuando una ricerca testuale del verbo "gittar" in una delle edizioni *on line* dell'opera dantesca). Ad ogni modo, non si vede perché il codice penale debba essere riletto come fosse un testo del milleduecento; semmai sono le norme del 1930 (talvolta connotate da espressioni desuete, come "scorrere in armi le campagne o le pubbliche vie", "spaccio aperto al pubblico", "persona travisata", "intelligenze con lo straniero", ecc.), che devono essere attualizzate alla luce del significato che le loro parole assumono nel linguaggio d'oggi.

Quanto all'assimilazione tra "cosa mobile" e campo elettromagnetico (che, sia detto *per incidens*, non può avvalersi della definizione di cui all'art. 624, comma 2, c.p., perché le onde elettromagnetiche non sono energie aventi di per sé valore economico), a risolvere la questione soccorre una citazione nientemeno che di A. Einstein, il quale – ricordano i Supremi Giudici – considerava i campi elettromagnetici "altrettanto reali 'della sedia su cui ci si accomoda'".

In breve: la Corte, analizzando separatamente i termini dell'espressione legislativa "getta [...] cose", ricostruisce liberamente, attraverso erudite citazioni letterarie e scientifiche, il significato delle parole e il senso della loro concatenazione. Come dire: si guardi bene la maestra dal correggere l'alunno che dicesse "papà è stato condannato perché ha gettato un campo elettromagnetico"; ma si guardi bene anche chi, non interpretando analogicamente il *dictum* della Corte, tentasse di sedersi su un campo elettromagnetico.

Eppure non mancano casi in cui la Suprema Corte mostra chiara predile-

zione per il significato restrittivo delle parole della legge. Si pensi a quell'orientamento che, proprio in nome del divieto di analogia, nega l'applicazione dell'art. 633 c.p. alle occupazioni studentesche (Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2000, Faggi, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1639). La Corte osserva che quando gli studenti, entrati legittimamente nell'edificio scolastico, si rifiutano di ottemperare all'intimazione di sgombero del preside o dell'autorità di polizia, essi non "invadono" l'edificio, ma vi si trattengono, con la conseguenza che quest'ultima condotta non può essere assimilata a quella di ingresso arbitrario. L'art. 633 c.p., però, non indica la condotta in termini di "ingresso arbitrario", bensì di "invasione"; e come qualificare il comportamento degli studenti che, essendo entrati legittimamente nelle aule, dopo lo svolgimento delle attività didattiche "estendono" la loro presenza anche nei locali della presidenza, dei custodi ecc.?

4. La rilettura di Bobbio richiama l'attenzione del penalista di oggi anche su un altro profilo, che sarà affrontato a conclusione di queste brevi note. Il riferimento è alle pagine dedicate alla benevolenza nell'interpretazione del diritto penale. Egli contesta, infatti, l'asserto secondo cui nel diritto penale l'interpretazione dovrebbe essere benevola; solo il dubbio deve essere risolto in favore del reo. Dove non ci sono ragioni di dubbio nell'interpretazione della legge, il *favor rei* non ha ragion d'essere.

In linea di principio non si può che essere d'accordo, considerato che il *favor rei* è una regola processuale concernente la valutazione della prova. Non a caso la dottrina prevalente contesta oggi l'obbligatorietà dell'interpretazione restrittiva in campo penale; quest'ultima non è un canone ermeneutico, ma uno degli esiti interpretativi consentiti dal testo, al pari della c.d. interpretazione estensiva. Entrambi gli epiloghi – si osserva – sono legittimi nei limiti della loro compatibilità con il testo. E lo sono anche le interpretazioni restrittive che usano il teleologismo della norma penale e dell'intero ordinamento per contenere l'ambito operativo dell'incriminazione contro il rischio di una letteralità cieca e sorda rispetto agli scopi di tutela. È il caso dell'interpretazione ispirata alla sussidiarietà della tutela penale. Per fare un esempio, e tornando ancora al getto pericoloso di cose: ammesso e non concesso che la lettera della fattispecie consenta di estenderla ai campi elettromagnetici, perché non tener conto, ai fini dell'applicazione della contravvenzione, della scelta ordinamentale, espressa non nell'ambito dell'art. 674 c.p. bensì nella normativa di settore, di sanzionare la creazione di campi elettromagnetici (ma il rilievo vale

anche per l'emissione di gas, vapori o fumi) solo se superano determinate soglie di rilevanza, previste dalla normativa di settore? In tal senso del resto si è espressa la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. III, 1° febbraio 2006, n. 8299, T.P. e altri, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1653), ancorché tale ragionevole conclusione sia stata ribaltata da successive pronunce (Cass. pen., sez. III, 21 giugno 2007, n. 35489, T., in *Ced Cassazione*, 2008, rv. 237382, in relazione all'emissione di fumi; Trib. Paola, 31 maggio 2006, in *Corriere del merito* 2006, 11, p. 1302, in tema di antenne radiotelevisive).

In breve: il tenore letterale della norma apre un ventaglio di opzioni che, quanto a risultato conseguibile, vanno dall'estensione alla restrizione dell'ambito operativo dell'enunciato normativo. Con una differenza: l'interpretazione estensiva non è agevolmente preventivabile; un inconveniente, questo, che l'accomuna all'analogia. Per fare un esempio anche a questo proposito, non si potrebbe escludere il reato di insolvenza fraudolenta nel caso di colui che, sapendo di essere senza biglietto, prendesse al volo l'ultimo autobus urbano della giornata. La lettera della legge consente di giungere alla punizione del passeggero abusivo, come conferma del resto la giurisprudenza in materia di "scrocco autostradale", la quale ha ravvisato la responsabilità penale dell'automobilista che entra in autostrada pur sapendo di non poter pagare il pedaggio (da ultimo Cass. pen., sez. II, 15 maggio 2003, n. 24300, P., in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2005, p. 402). Ma si potrebbe continuare: il testo dell'art. 314 c.p. consente di accusare di peculato il pubblico ufficiale che si approprii la cosa della pubblica amministrazione, da lui detenuta in qualità di soggetto che deve curarne lo smaltimento come rifiuto (per un precedente, in sede di legittimità, Cass. pen., sez. V I, 15 febbraio 1978, Voltaggio, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 188). E ancora: come sostenuto da una parte della dottrina, potrebbe risponderne di ricettazione il derubato che acquisti dal ladro la cosa che gli è stata sottratta; analogamente, l'interpretazione testuale consente di ravvisare il favoreggiamento o lo sfruttamento della prostituzione nella condotta del produttore e del regista di un film pornografico, rispettivamente per la scritturazione degli attori e la loro direzione sul set. Per non dire dell'acino d'uva, della treccia di capelli dell'amata, del foglio di carta e del vasto repertorio degli altri esempi cari alla nostra manualistica, astrattamente riconducibili al concetto di cosa mobile, quale elemento costitutivo di molti delitti contro il patrimonio.

Né si può enfatizzare la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione; essa, di fatto, non garantisce al cittadino la conoscenza anticipata della portata della norma penale nel diritto vivente. Detto obiettivo, invero, viene



conseguito solo occasionalmente, come dimostrano i tanti casi in cui l'incertezza del diritto penale perdura a livello di legittimità.

Di fronte a questo scenario l'invito alla benevolenza non acquista maggiore fondamento scientifico, ma plausibilità pratica, quale avamposto del divieto di analogia in *malam partem*, la cui effettività è peraltro modesta, perché rimessa pur sempre al giudice. Anche sotto questo profilo divieto di analogia e principio di determinatezza presentano forti affinità. Chi sanziona il giudice che infrange il divieto di analogia? Il sistema processuale prevede correttivi, che sono rimessi ad altri giudici, talché il divieto di analogia appare in definitiva un canone di autoregolamentazione della giurisdizione. Lo stesso deve dirsi per la determinatezza delle norme penali, il cui controllo di costituzionalità viene attivato dal giudice. Se questi si sente di poter gestire la discrezionalità punitiva che gli conferisce l'ordinamento, difficilmente sollevierà la questione di legittimità lamentando l'indeterminatezza della norma.

A ben vedere queste considerazioni valgono per la legalità in generale: il vincolo di assoggettamento dell'interprete alla legge è un canone di autoregolamentazione del potere giudiziario che si regge su un delicato punto di equilibrio tra fedeltà alla scelta politico-ciminale del legislatore e necessità del suo adattamento al sociale. Bobbio riteneva di poter contenere il rischio del "giudice legislatore" attraverso i canoni della buona ermeneutica, al punto da consentire finanche l'analogia. È chiaro, però, che se l'ideale della fedeltà del giudice alla legge, ancora oggi insegnato nelle nostre università, fallisse o risultasse utopistico, si porrebbe la questione della legittimazione del giudice. L'esito favorevole di un concorso pubblico non basterebbe più. Non a caso già oggi la magistratura pone sempre più attenzione al consenso non tanto (o non soltanto) della dottrina, quanto e soprattutto dell'opinione pubblica. È forte l'impressione che in tal modo si intenda rafforzare la legittimazione del diritto penale; un'esigenza, questa, comprensibile, il cui soddisfacimento, però, non può essere lasciato all'iniziativa di singoli attori. Spetta all'ordinamento farsi carico della sua regolamentazione, al fine di assicurare che la giustizia penale non soltanto sia "amministrata in nome del popolo italiano", ma rifletta le scelte del corpo sociale anche quando, e soprattutto quando, l'attività interpretativa è più libera.

Finito di stampare nel mese di aprile 2008  
in Pisa dalle  
EDIZIONI ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
[info@edizioniets.com](mailto:info@edizioniets.com)  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)