

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

OPINIONI A CONFRONTO

TRA ANALOGIA E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA
A PROPOSITO DI ALCUNI CASI PROBLEMATICI
TRATTI DALLA RECENTE GIURISPRUDENZA

Nota introduttiva di FAUSTO GIUNTA

L'analogia, come noto, è un canone ermeneutico che persegue la completezza dell'ordinamento giuridico. Ciò spiega perché essa, nel nostro come in altri sistemi giuridici, sia interdetta nel diritto penale, quale settore contrassegnato dal principio di frammentarietà. L'incompletezza (o, se si preferisce, il carattere punitiforme) dell'intervento punitivo esprime un preciso valore ideologico, in quanto sancisce che il primato della libertà costituisce la regola, rispetto alla quale il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione. Per questa ragione il divieto di analogia *in malam partem*, quale corollario del principio di legalità e completamento funzionale della necessaria determinatezza della legge penale, viene considerato una fondamentale garanzia del *favor libertatis*. La medaglia, tuttavia, ha il suo rovescio; l'analogia, infatti, consente al giudice, all'occorrenza, di ripristinare in via interpretativa l'uguaglianza di trattamento, correggendo quelle discriminazioni ritenute irragionevoli, che vengono a crearsi quando la fattispecie incriminatrice, ritagliata dal legislatore intorno a una determinata modalità di aggressione, tralascia di punirne altre simili e dotate di pari disvalore. Ciò spiega perché, nonostante la rilevanza costituzionale del divieto di analogia, il giudice penale non sempre resiste alla tentazione di superare il tenore testuale dell'enunciato normativo che, a torto o a ragione, si asserisce ingiustamente lacunoso sul piano della tutela. Nel far ciò egli è agevolato dall'incertezza del confine tra l'interpretazione analogica e quella estensiva, ritenuta per lo più consentita. Ciò sospinge verso l'applicazione analogica, sovente senza che l'interprete di avveda di praticarla. Infatti, sono davvero rari i casi in cui viene espressamente riconosciuto che l'interpretazione corretta esclude dall'area della tipicità un fatto simile, anche per gravità, a quello tipico. Per lo più la lacuna viene colmata in nome della piena legittimità dell'interpretazione estensiva, benché quest'ultima, da un punto di vista logico, sia un non senso, posto che il fatto o è tipico o non lo è. Di solito l'interprete che pratica l'analogia non pensa di sovvertire le disuguaglianze legislative presenti nella tutela penale, bensì di praticare un'ermeneutica giusta e conforme allo spirito dell'ordinamento.

Stante la permanente attualità del tema, abbiamo chiamato a discuterne

quattro studiosi che hanno particolarmente approfondito l'argomento, due filosofi del diritto (Gaetano Carcaterra e Vito Velluzzi) e due penalisti (Ombretta Di Giovine e Nicola Mazzacuva), ai quali sono stati sottoposti alcuni casi problematici al fine di dare alla riflessione maggiore concretezza.

Il primo è costituito dalla possibilità, ammessa dalla giurisprudenza, ma negata quantomeno da una parte della dottrina, di ricondurre alla condotta di getto pericoloso di cose, di cui all'omonima contravvenzione prevista dall'art. 674 c.p., la creazione di campi elettromagnetici.

Il secondo caso problematico consiste nella c.d. prostituzione *on line*: qui il mercimonio del corpo avviene in assenza di qualsiasi contatto fisico tra la persona che compie l'atto e quella che ne fruisce. La questione riguarda la possibilità di inquadrare questo fatto come prostituzione, ai sensi della legge n. 75 del 1958, che punisce, tra l'altro, le condotte di induzione, favoreggiamento e sfruttamento del meretricio.

Il terzo caso concerne la contravvenzione di molestie di cui all'art. 660 c.p., ove essa avvenga – per riportare testualmente il segmento dell'enunciato normativo che qui rileva – “con il mezzo del telefono”. Rientra in questa fattispecie l'invio di messaggi di testo al cellulare della vittima (c.d. SMS)? Secondo la giurisprudenza la risposta deve essere affermativa. Parimenti rilevante, ai sensi della summenzionata fattispecie, viene considerata la molestia con il mezzo del citofono. Atipico resterebbe invece l'invio di testi via mail, perché questa condotta - che consiste nell'uso della linea telefonica, più che del telefono come strumento di comunicazione - non causa al destinatario un effetto di fastidio sincronico rispetto alla condotta dell'agente.

Agli studiosi cui sottoponiamo questi quesiti casi chiediamo di argomentare, per ciascuno di essi, se la spinta giurisprudenziale verso la dilatazione applicativa delle fattispecie incriminatrici coinvolte si mantenga o meno nell'alveo interpretativo consentito. Il lettore saprà tirare da solo le fila del dibattito.

Gaetano Carcaterra

Dividerò il mio intervento in tre parti. Anzitutto svolgerò alcune considerazioni di principio circa i criteri che possono permettere di distinguere in teoria l'interpretazione estensiva dall'estensione operata in via analogica, circoscrivendo peraltro il discorso all'ambito del diritto penale in cui tale distinzione assume speciale rilevanza. Ma la teoria deve fare i conti con la problematica dei casi concreti, che è la ragione per la quale il Prof. Fausto

Giunta ha organizzato questa tavola rotonda. Perciò nella seconda parte tenterò di adattare i criteri della teoria ai problemi suscitati dalla pratica, anche qui finalizzando e limitando le considerazioni in vista della discussione dei casi concreti offerti dalle sentenze che ci sono state proposte come banco di prova. Nella terza parte infine cercherò di applicare direttamente a queste sentenze i risultati delle precedenti analisi esprimendo in proposito il mio punto di vista.

1. Come si sa, alcuni negano in via di principio e in ogni caso la possibilità di distinguere interpretazione estensiva ed estensione analogica. È una tesi difficilmente sostenibile, almeno nel diritto penale. Se l'una e l'altra forma di estensione sono indistinguibili allora l'estensione per analogia si identifica con la interpretazione estensiva, e poiché in sede penale è vietata l'analogia deve ritenersi vietata del pari ogni interpretazione estensiva, unica interpretazione ammissibile restando l'interpretazione strettamente letterale. Tesi che, a parte altre considerazioni, renderebbe indecidibili tutti i casi non rari nei quali l'interpretazione letterale non è univoca e si apre ad una alternativa di diversi significati.

Plausibilmente, perciò, i più ammettono esservi in linea generale una possibile distinzione fra interpretazione estensiva ed estensione analogica. Ciò che tuttavia rimane discusso è il criterio di una tale distinzione.

In verità concettualmente, cioè almeno in teoria, non è difficile delineare un criterio differenziale che sia conforme all'art. 12, 1° e 2° comma, delle Disposizioni sulla legge in generale e, insieme, ai fondamentali criteri ermeneutici tradizionalmente noti.

Il citato art. 12 indica tre parametri interpretativi, due nel 1° comma, l'altro nel 2°.

A) Il 1° comma fa riferimento anzitutto al *significato proprio delle parole secondo la connessione di esse* nel testo da interpretare: è il significato quale emerge dal *criterio letterale*, basato sul codice linguistico (lessico, grammatica, sintassi) della comunità destinataria dell'enunciato normativo. Dato il principio di tassatività del diritto penale, in tale ambito il "significato proprio delle parole" va preso sul serio: è il significato più ovvio, quello che le parole assumono nell'uso linguistico più consolidato, che dirò anche *significato letterale prevalente* o principale. Nella maggioranza dei casi questo significato ammette accanto a sé una serie di significati alternativi secondari che si allontanano più o meno dal significato prevalente. Ma questo significato costituisce l'imprescindibile punto di partenza di ogni forma ulteriore di interpretazione, la

quale potrà emendarlo e aggiustarlo ma non obliterarlo¹. È infatti il significato proprio e prevalente che viene esteso, sia nell'interpretazione estensiva sia di solito nella estensione per analogia.

B) Il 1° comma fa poi riferimento alla *intenzione del legislatore*, che meglio si direbbe "volontà oggettiva della legge", *voluntas legis*. L'interpretazione qui si ispira a quello che si può dire *criterio sistematico* o della *contestualità*, che Emilio Betti chiama *canone della totalità e coerenza*²: esso fornisce il senso che il significato letterale assume, usando la logica e il buon senso, considerato nel contesto più ampio della legislazione. Il criterio della contestualità opera *in nuce* già al livello letterale lì dove si impone di considerare il significato delle singole parole nella loro "connessione", ma al livello della interpretazione sistematica spazia su un contesto molto più largo, tenendo conto anche di altre parti della disposizione da interpretare, della sua rubrica e del titolo al quale appartiene, di altre disposizioni, di principi espressi, al limite prendendo in considerazione ogni parte rilevante dell'intero corpo legislativo. Il significato letterale passa al vaglio in questo contesto, che per ragioni di coerenza può o confermarlo, nel caso della interpretazione dichiarativa, o può indurre a modificarlo: sia limitandolo, nel caso della interpretazione restrittiva, sia ampliandolo, che è il caso dell'interpretazione estensiva.

Nella interpretazione estensiva si verifica dunque questo: che, riletto alla luce dell'intero contesto, il significato letterale "proprio" e prevalente dei termini che descrivono la fattispecie incriminatrice viene ampliato a denotare anche una ulteriore fattispecie che si aggiunge così alla prima, e la somma logica delle due fattispecie insieme alla statuita sanzione costituisce la ricostruita intenzione o volontà della legge, la *voluntas legis*.

C) È infine il 2° comma del citato art. 12 che, successivamente, fa riferimento alla *analogia*, la quale perciò deve concepirsi in modo da andare oltre la *voluntas legis* determinata secondo il criterio sistematico. Questa ulteriorità dell'analogia rispetto alla *voluntas legis* è in effetti garantita dal riferimento

¹ Cfr. O. DUCROT, *Dire e non dire. Principi di semantica linguistica*, Roma, Officina edizioni, 1979, 19.

² E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in "Riv. it. per le scienze giur.", 1948, 34-91, lavoro richiamato in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, 17 ss. e pass. Il canone vale in generale per ogni genere di interpretazione, anche fuori del diritto, secondo lo stesso BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1960, I, 307 ss. Su ciò anche H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Bompiani, Milano, 1983, 341: «la correttezza delle interpretazioni è l'accordarsi dei particolari nel tutto». Non seguo peraltro Betti nella sua concezione della interpretazione estensiva che egli identifica con la analogia.

alla *ratio legis* che l'analogia contiene. L'analogia si fonda sulla similarità tra la fattispecie che è oggetto della *voluntas* e la fattispecie cui se ne estende la disciplina, e "similarità" qui significa, per costante tradizione, dipendenza dalla stessa *ratio legis*: *ratio* che è la *ragion d'essere*, il *perché*, lo *scopo* in vista del quale la legge ha voluto qualcosa³, per cui il criterio di questo terzo livello di comprensione del testo normativo è quello che possiamo dire *criterio teleologico*. È un criterio che concettualmente ben si distingue dal, e trascende il, criterio sistematico, in quanto in base al criterio sistematico ci si chiede *che cosa* ha voluto la legge e in base al criterio teleologico ci si chiede *perché* la legge ha voluto quel che ha voluto. Di conseguenza è possibile distinguere da un lato l'interpretazione estensiva, che in virtù del criterio sistematico estende il più ristretto significato ottenuto in base al criterio letterale, e dall'altro l'estensione analogica che in virtù del criterio teleologico va oltre la volontà legislativa nella direzione del suo presupposto scopo⁴.

2. In teoria una tale distinzione è abbastanza chiara, ma in pratica sfuma o incontra difficoltà di vario genere. In particolare incontra difficoltà perché quasi sempre l'estensione per analogia avviene in maniera occulta: alla fattispecie corrispondente al significato letterale principale se ne aggiunge un'altra che si argomenta in vario modo ma senza alcuna citazione esplicita della *ratio*, citazione che potrebbe rappresentare il segno visibile di un ragionamento analogico. Inoltre, la distinzione sfuma perché il criterio teleologico, con le sue nozioni di *ratio*, scopo, finalità della legge, è legato a diversi parametri non ben definiti: a quello che si usa dire "spirito" della legge, che piuttosto che la volontà spesso significa sue finalità più o meno remote, alle esigenze politiche e alle ideologie che ispirano la legislazione, alla coscienza sociale, alla tradizione giuridica e via dicendo.

³ Ma occorre prudenza nell'ipotizzare la *ratio* della norma, che va sempre valutata confrontandola con le possibili ipotesi alternative. In particolare, si può sempre ipotizzare una *ratio* più ristretta e una più ampia e più generale. La logica delle ipotesi (di cui qui non è il caso di dare una dettagliata dimostrazione) e in fondo lo stesso buon senso accreditano come più plausibile quella ristretta, a meno che ulteriori considerazioni non consentano l'assunzione della *ratio* più ampia.

⁴ Può accadere che, pur dopo l'uso dei criteri letterale e sistematico, la volontà della legge rimanga indeterminata. Allora il ricorso alla *ratio legis* diventa indispensabile a fini interpretativi e verosimilmente legittimo anche in sede penale: in tale caso la *ratio* non sta oltre la, ma è costitutiva della, stessa *voluntas*. Discute questo punto la mia voce *Analogia, I) Teoria generale*, in "Enciclopedia giuridica", Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, § 4.1.

Tuttavia questi inconvenienti pratici non chiudono il problema nello scetticismo di una soluzione. Si può infatti osservare che se da un lato il concetto di *ratio legis* e il criterio teleologico appaiono vaghi, dall'altro lato invece il concetto di *voluntas legis*, quale risulta definito alla stregua del criterio sistematico, ha confini concettuali più precisi e tecnici, perché ha un punto di riferimento meglio definito e più certo nella testualità del corpo legislativo. Esigenza di maggiore certezza che in congiunzione col principio del *favor libertatis* è, credo, alla radice del divieto di analogia in sede penale. Se è così, allora una prudente metodologia può essere, a mio avviso, quella di assumere il criterio sistematico, più certo, come misura di quanto il significato letterale possa essere legittimamente esteso *in malam partem* nell'ambito del diritto penale: all'interno del criterio sistematico si avrà l'interpretazione estensiva, al di là l'estensione analogica.

Diciamo più dettagliatamente. Premesso che, nella interpretazione estensiva e in genere nella estensione per analogia, ciò che si amplia è il significato letterale "proprio" o prevalente dei termini della disposizione legislativa (considerati nella loro connessione), e che di conseguenza si allarga la stessa fattispecie incriminatrice denotata da tali termini, si potrà ritenere che:

i) non si ha interpretazione estensiva affatto, ma interpretazione meramente *dichiarativa*, quando il significato letterale proprio e prevalente, passato al vaglio del criterio sistematico, trova conferma nel, o è compatibile con il, contesto legislativo, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare ricade sotto la fattispecie denotata dal significato letterale stesso così confermato;

ii) si ha *interpretazione estensiva* quando il significato letterale proprio e prevalente, passato al vaglio del criterio sistematico, per coerenza col contesto legislativo deve essere ampliato, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare ricade sotto la fattispecie denotata dal significato letterale così ampliato;

iii) si ha *estensione per analogia*, o comunque *illegittima* in sede penale, quando il significato letterale proprio e prevalente viene ampliato al di là di quanto è contenuto dal criterio sistematico: quando cioè viene ampliato senza riscontri nel contesto legislativo, di solito in virtù di generalizzazioni non confortate dal criterio sistematico, e la fattispecie concreta che si tratta di valutare viene attratta sotto la fattispecie denotata da un siffatto ampliamento di significato⁵.

⁵ È nel quadro di queste considerazioni che può accettarsi il diffuso principio secondo cui l'interpretazione si estende fino alla massima possibilità di espansione della lettera della legge. Principio che tuttavia in sede penale va precisato nel senso che la massima espansione oltre il significato letterale prevalente è sì possibile, ma deve trovare conferma nel contesto legislativo.

3. Esaminerò ora alla luce di questi criteri le prospettate sentenze della Corte di Cassazione.

È del tutto corretta, a mio parere, la sentenza della S.C. che include nella fattispecie del “getto” (pericoloso) di “cose”, di cui all’art. 674 c.p., l’emissione di onde elettromagnetiche. Della sentenza, che affronta dettagliatamente la questione sotto molti aspetti, prenderò in considerazione soltanto la parte che concerne la problematica dei limiti della interpretazione estensiva. Secondo me, qui siamo di fronte ad una semplice interpretazione dichiarativa (di cui sub *i*) e non ad una forma di interpretazione estensiva come ritiene la Corte, perché già in senso proprio, nel suo significato letterale, la parola “cosa” è termine generico come osserva la stessa Corte, e meglio si direbbe generale: nella lingua italiana è appunto la parola “cosa” che designa di per se *ogni* possibile oggetto (equivale al *quid* o *quidquid* latino, all’*x* della logica), tanto che normalmente occorre un aggettivo (“mobile”, “immobile”, “tangibile”, ecc.) per delimitarne l’originaria generalità. A ben guardare, perciò, non si tratta di interpretazione estensiva, essendo le onde elettromagnetiche semplicemente incluse nello stesso significato letterale di “cosa”, compatibile col resto della legislazione. Ma anche ammettendo che la parola “cosa” nel suo significato letterale designi al contrario oggetti tangibili, la sua estensione fino a ricomprendervi le onde elettromagnetiche trova conferma nel criterio sistematico e perciò (secondo il principio *ii*) sta al di qua dell’estensione analogica: e la Corte non manca di avvalorare la propria tesi con diversi e argomentati riferimenti, oltre che alla giurisprudenza, ad un largo contesto legislativo (all’art. 674 nel suo insieme, al 2° comma dell’art. 624 c.p., alle norme civilistiche relative alla tutela possessoria, alla legislazione speciale). Quanto al termine “getto”, è per semplice coerenza contestuale che anch’esso deve conseguenzialmente ampliarsi venendo a significare “emanazione” ed “emissione”.

Corretta è pure la sentenza con cui la Corte di Cassazione esclude che il disturbo recato “per mezzo del telefono”, previsto dall’art. 660 c.p., possa estendersi all’ipotesi del disturbo a mezzo di corrispondenza elettronica, estensione che invece era stata operata dal giudice *a quo*. Infatti l’espressione “telefono” nel suo significato proprio si riferisce ad un preciso strumento di comunicazione che, dal punto di vista tecnico, osserva la Corte (e, si può aggiungere, anche in base alle ormai comuni conoscenze), è ben differente dallo strumento di cui si serve la posta elettronica, che utilizza non il telefono bensì solo la rete telefonica e cellulare. Inoltre, lo stesso “disturbo” che può recare il telefono, disturbo che si è costretti a subire non potendosi difendere se non tardivamente dopo aver risposto e ascoltato, spesso senza poter iden-

tificare l'interlocutore, è diverso dal disturbo recato dalla posta elettronica, che consente una preventiva selezione e permette generalmente di conoscere il mittente. Ne segue che l'espressione testuale "chiunque... col mezzo del telefono... reca... molestia o disturbo", considerata nel significato proprio delle parole nella loro connessione, cioè nel suo senso letterale, non include la molestia o il disturbo procurati via e-mail. Naturalmente questo significato letterale potrebbe essere suscettibile di interpretazione estensiva alla luce del criterio sistematico (come indicato nel punto *ii*), ma nel caso di specie nessuna considerazione tratta dal contesto normativo, *tota lege perspecta*, conforta una simile interpretazione. L'estensione compiuta dal giudice *a quo* eccede dunque il livello della semplice interpretazione e si configura piuttosto come un caso di estensione analogica: si è tacitamente assunta quale *ratio* l'idea generalizzata della punibilità, ai sensi dell'art. 660 c.p., della molestia o disturbo recati con *qualunque* modalità di comunicazione, generalizzazione priva di riscontri nel sistema legislativo (punto *iii*).

Suscita viceversa perplessità (e sembra configurare appunto l'ipotesi *iii*) la sentenza della S.C. che allarga la fattispecie della Legge 75 del 1958 relativa allo sfruttamento della "prostituzione", estendendo quest'ultimo termine fino a significare anche la esibizione *on line*, dietro compenso, di atteggiamenti sessuali "espliciti". Ora, anche qui è da dire che il significato letterale di base può ben subire simili estensioni, ma alla condizione (di cui sub *ii*) che a ciò induca il criterio sistematico, ossia la rilettura del significato letterale alla luce dell'intero contesto legislativo, senza ulteriori sconfinamenti che spingerebbero l'estensione nell'ambito dell'analogia. In verità, la sentenza della Corte in un primo momento sembra volersi attenere a questo principio: quando afferma che quello di prostituzione è concetto squisitamente "tecnico" ed esclude che esso possa essere attinto a criteri di valutazione sociale. Ma poi non adduce alcuna argomentazione che mostri come siffatta nozione tecnicamente estesa alla "prostituzione" *on line* trovi sostegno nella realtà testuale, contestuale e logica della legislazione. Si limita a richiamare una conforme opinione giurisprudenziale di cui non chiarisce il fondamento. Non solo: poco appresso cerca lo "spirito" della legge e lo desume dal "comune sentire" secondo cui è un disvalore ogni uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo. Questa è una evidente generalizzazione (v. sopra punto *iii*) del significato letterale e sistematico di "prostituzione", generalizzazione che, con l'appello al comune sentire (ben diverso dal senso comune del pudore che non deriva da una estensione ma è testualmente richiamato dall'art. 529 c.p.) conferisce allo "spirito" della legge piuttosto il senso di una *ratio* e finalità che va

oltre la *voluntas legis* (cfr. sopra, § 2). Di più: da un lato questo richiamo al comune sentire è in aperto contrasto con la precedentemente esclusa rilevanza dei criteri di valutazione sociale, e dall'altro la generalizzazione che su simile base opera la sentenza ha un'ampiezza⁶ che sorpassa anche la sessualità *on line* e giunge alla non plausibile incriminazione di molte altre ipotesi. Perché restano certamente forme di "uso strumentale della propria sessualità", anche quando non sono oscene, p.e. i comuni spettacoli di spogliarello, più in generale tutti i numerosi casi in cui una persona si esibisce, direttamente in pubblico o con fotografie e filmati, in atteggiamenti diretti a destare, per l'altrui divertimento o per pubblicità, emozioni d'indole sessuale, e persino i casi di donne che si concedono in vista di non pattuiti ma presumibili futuri vantaggi (casi in cui sono immaginabili almeno forme di favoreggiamento). Tutte ipotesi, queste ed altre simili, che lo stesso evocato comune sentire, che spesso ne è normale fruitore, difficilmente riterrebbe meritevoli di sanzione per i protagonisti o per coloro che con ovvio compenso per sé organizzino tali spettacoli o agevolino con qualche profitto situazioni del genere. L'estensione del significato di "prostituzione" al caso delle esibizioni sessuali *on line* appare, dal mio punto di vista, distante dal significato proprio e prevalente del termine, non documentata nel contesto legislativo, non coerente nei parametri di riferimento e fondata su una generalizzazione di eccessiva latitudine: cosicché rimane non vinto, a mio avviso, il dubbio che si tratti di una estensione non compiuta per via di interpretazione ma di natura sostanzialmente analogica.

Ombretta Di Giovine

1. *Premessa deontica*. – All'interno della teoria generale del diritto, l'analogia è stata tradizionalmente considerata un *canone di interpretazione* oppure un *canone di integrazione* dell'ordinamento. La prima opzione presuppone l'esistenza di un sistema completo ed autosufficiente al cui interno l'interprete si limiterebbe a reperire, attraverso l'analogia, una norma già esistente; la seconda ipotizza l'analogia come strumento utile a colmare le lacune dell'ordinamento attraverso la creazione di norme nuove. Entrambe le concezioni dell'ordinamento giuridico sono assiologicamente orientate e dipendono dalla personale visione di chi le propone; di conseguenza, anche le due qualificazioni dell'analogia si sottraggono all'alternativa "vero o falso", prestandosi, più

⁶ Circa l'ampiezza delle ipotesi non è inutile tenere presente qui quanto detto sopra, nota 3.

modestamente, ad essere contrassegnate come coerenti o incoerenti rispetto alla premessa di partenza.

Ebbene, lo specifico del diritto penale consisterebbe nel fatto di sfuggire a tale dilemma, grazie ad una puntuale presa di posizione della Costituzione. La tassatività di cui all'art. 25 Cost. avrebbe delineato questo come un sistema a tutela *frammentaria*, nel quale la lacuna sarebbe soltanto apparentemente tale, traducendosi, a ben guardare, in una scelta a favore della *libertà* del cittadino. La nota massima per cui *tutto ciò che non è espressamente vietato è lecito* ipostatizzerebbe dunque la materia penale come idealtipo giuridico di stampo squisitamente positivistico, che non concede spazio all'esistenza di *lacune assiologiche*, viste come il portato di visioni giusnaturalistiche storicamente superate. L'opzione sarebbe stata insomma colmata *a monte* e una volta per tutte, assegnando alla conoscibilità del precetto penale (funzionale alla possibilità che il suo destinatario si autodetermini) la preferenza su ogni bisogno, preesistente o sopravvenuto, di tutela.

Esplicitando sul piano della teoria generale implicazioni logiche non sempre tratte dai penalisti, ci si potrebbe spingere a sostenere che il divieto di analogia (*in malam partem*) dipenda, in questa prospettiva, dall'inesistenza di vere lacune e dalla conseguente mancanza di spazio logico per operare integrazioni. Rappresentando ogni disposizione incriminatrice un'eccezione all'aurea regola garantistica della libertà, la prima parte dell'art. 14 disp. prel. c.c. (che richiama le leggi penali) dovrebbe essere ritenuta una ridondante specificazione della seconda (che pone il divieto per le leggi eccezionali). Anzi, a rigore, si dovrebbe ritenere l'analogia nemmeno ipotizzabile, poiché incompatibile sul piano logico con un sistema stipulativamente completo.

Quand'anche le cose stessero in questi termini, saremmo tentati di azzardare un rinvio all'esperienza dei *fratelli* diritto tributario e diritto amministrativo (tutti membri della famiglia giuspubblicistica), dove molte disposizioni le quali rispettivamente affermano la potestà impositiva dello Stato ed attribuiscono ad esso poteri di imperio erano dappprincipio ritenute *eccezioni alla regola della libertà* e come tali insuscettibili di estensione analogica, ma poi, nel tempo, hanno cominciato ad essere considerate (seppure con andamento casistico ed ondivago) necessari strumenti di regolamentazione, finché, ricondotte al modulo della fisiologia, si sono emancipate dal divieto.

Nessun allarme: crediamo che l'incriminazione sia ancora oggi, e debba restare, una deviazione dal principio della libertà e che ciò valga anche in rapporto a quella parte di sistema i cui precetti e le cui sanzioni hanno assunto una dimensione meramente simbolica.

La provocazione voleva, più modestamente, richiamare l'attenzione sulla relatività delle *Weltanschauungen* giuridiche e sulla difficoltà di sospendere il diritto penale in una dimensione atemporale. Come vedremo, d'altronde, esso dispone di mezzi più *sottili* per assicurarsi la sopravvivenza.

2. *Premessa pratica.* – L'idea che l'ordinamento penale sia completo è molto suggestiva, ma è soltanto una favola.

Le scelte confezionate dal legislatore non mostrano la nettezza che si pretende di ascrivere loro, e dunque nemmeno è mai pre-definito il confine tra lecito ed illecito. Sul piano sostanziale, sappiamo poi tutti che il sistema non è perfetto, rappresentando, per contro, il poco riuscito prodotto della caotica interazione di contingenze mutevoli e non controllabili. Le lacune di tutela esistono, eccome. Esse echeggiano, viepiù forti e/o distorte, nelle casse di risonanza mediatica, in grado di amplificare e, all'uopo, di creare bisogni di tutela *ad hoc*, anche contro evidenze scientifico-criminologiche dotate di solida base statistica. Il bene "libertà del cittadino" è ormai, spesso, uno sbiadito simulacro di se stesso: ideale rinnegato dalle politiche legislative di etichettamento criminale dei soggetti socialmente più deboli; locuzione altisonante e stantia in cui ammantare una invero prosaica pretesa di immunità a vantaggio di pochi privilegiati rispetto ad un apparato sanzionatorio peraltro sempre più sproporzionato per difetto alla gravità di alcuni fenomeni (soprattutto economici), quando non meramente declamato e simbolico.

In una situazione che reclama a gran voce un intervento di razionalità, costa crescente affanno continuare ad illudersi che questo debba, nel persistente convincimento che *possa*, essere realizzato dal legislatore senza la mediazione del giudice [sul ruolo di quest'ultimo, vd. da ultimo il confronto fra HASSEMER, HIRSCH e RÜTHERS, in *Criminalia* 2007, 73 ss.]. Al di là delle (manifeste) inadeguatezze dell'attuale sistema politico, e tentando di nobilitare il discorso mediante valutazioni teoriche, aggiungiamo come le fondamenta della riserva di legge si stiano miseramente sgretolando. In particolare, l'impianto teorico del principio è stato messo da ultimo in discussione dal *costituzionalismo multilivello*, che obbliga a prendere atto della giurisprudenza CEDU la quale, a sua volta, compendia la stretta legalità nella *prevedibilità dell'esito giudiziario*, assegnando, in definitiva, alla giurisprudenza un ruolo protagonista quando non esclusivo. La fiducia riposta nella riserva di legge e nel principio di stretta legalità è inoltre minata, ancor più in profondità, dal crescente divario tra il modello idealtipico della democrazia rappresentativa (da sempre più forma pura che realtà attuata) e le sue concrete modalità di funzionamento.

Ci sarebbe dunque quanto basta per cominciare a ripensare il sostrato teorico della legalità come tradizionalmente intesa, essendo francamente dubbio che le ragioni di una sua cieca difesa affondino soltanto nel timore di essere bollati come pericolosi eversivi della legalità penale (cosa che invero talvolta accade!). Più dell'esperienza dei regimi totalitari [scenario peraltro ancora di recente evocato da autorevole nostra dottrina. Per tutti, vd. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in RIDPP 2007, 1254 ss.], dovrebbe infatti allarmare il paradosso, in cui viviamo, di un'*anomia legislativa*: vale a dire, la resa incondizionata alla potestà decisionale di una plutocrazia (nazionale e sovranazionale) evidentemente poco illuminata (ma in compenso molto interessata), che tenta di consolidare il proprio potere rinverdendo il mito della capacità di trinceramento di norme pre-confezionate a livello legislativo. Respinta l'idea, troppo riduttiva, che la dottrina ravvisi oggi la propria missione scientifica nel sottoporre ad analisi critica la giurisprudenza perché la percepisce più vicina e dunque *influenzabile* (a fronte dei processi motivazionali legislativi, che si attuano invece al di fuori di ogni controllo reale da parte della cittadinanza), avanziamo un sospetto.

Azzardiamo che il bisogno di ripensare criticamente la legittimazione del divieto di analogia non sia avvertito in modo pressante per la ragione che tale divieto, pur essendo sancito in via formale, in realtà non esiste. E – aggiungiamo – forse non è mai esistito né potrebbe esistere. Pensiamo inoltre che se nessuno, nemmeno noi, si spinge ad ipotizzarne una formale caducazione, ciò accada in virtù della comunque relevantissima funzione simbolica di monito, di richiamo agli obiettivi di garanzia, che esso è ancora in grado di svolgere.

La nostra tesi è banale nella sua semplicità e si articola in pochi ed ormai notissimi passaggi: (almeno) l'interpretazione è fenomeno di cui non sembra più plausibile negare l'esistenza; non esistendo formule che consentano di definire, a priori ed in astratto, i confini semantici delle parole e quindi delle proposizioni, non ha senso distinguere tra interpretazione *restrittiva* ed interpretazione *estensiva* del testo [per primi, in Italia, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, p.g., II ed., Zanichelli, 1989, 102 ss.]; l'interpretazione – che è, cioè, interpretazione *e basta* – presuppone e nel contempo produce la comprensione del testo; tale comprensione avviene attraverso il confronto (per dissonanza o per assimilazione) con altri elementi, siano essi testuali o extratestuali, eventualmente fattuali: comunque rientranti nel bagaglio di conoscenze dell'interprete. Ove dunque non ci si voglia spingere a concludere che il procedimento interpretativo, in quanto conoscenza, coincide con l'analogia, va perlo-

meno ammesso che di questa si nutre. In tale prospettiva, appare incongruo contrapporre l'analogia all'interpretazione. Si tratta di cose diverse. L'analogia è *funzionale* all'interpretazione, in quanto strumento argomentativo di cui questa si avvale per perseguire un ideale di razionalità – la maggiore possibile e tendenzialmente oggettiva oppure oggettivabile – e non di completezza dell'ordinamento [come, per intenderci, nella prospettiva del giovane Norberto Bobbio, su cui GIUNTA, *Rileggendo Norberto Bobbio. "L'analogia nella logica del diritto"*, *Criminalia* 2007, 447], essendo ormai chiaro, almeno dal nostro punto di vista, che le lacune (che sono sempre assiologiche) possono essere valutate in un'ottica esclusivamente soggettiva.

Tutto ciò premesso, il punto diviene, allora: come distinguere l'analogia e dunque l'interpretazione *buone* da quelle *cattive*?

Bandendo ogni ipocrisia, dichiariamo da subito che a nostro avviso tale distinzione non è realizzabile, per lo meno nel senso che *non può essere irreggimentata entro schemi concettuali predefiniti*. Ciò ovviamente non significa che qualunque interpretazione sia plausibile e che non si possano operare distinguo nei casi concreti.

Le tipologie generiche di casi su cui il prof. Fausto Giunta richiama l'attenzione forniscono un interessante banco per mettere alla prova le nostre convinzioni e consentiranno di trarre brevi (per molti, deludenti) conclusioni sui criteri di valutazione degli esiti giudiziari.

3. *Prima tipologia: getto pericoloso di cose ed inquinamento elettromagnetico*. – Si è al cospetto di una delle casistiche più discusse nell'ambito del diritto penale [la trattazione più approfondita è in L. GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, Jovene, 2008]. E già questo dato dovrebbe indurre a chiedersi se tanto interesse sia destato soltanto dai problemi che essa pone sul piano tecnico oppure anche da considerazioni ulteriori, attinenti alla dimensione della politica criminale, vale a dire, alla rilevanza dei beni in gioco ed all'adeguatezza della risposta sanzionatoria.

Proviamo ad invertire l'approccio solitamente adottato e muoviamo (piuttosto che dal testo dell'art. 674 c.p.) dal *fatto*. Questo consiste nella diffusione di radiazioni elettromagnetiche ad opera di alcune tipologie di impianti. Non sembra affatto irrilevante la circostanza (taciuta invece nei contributi dottrinali come anche nelle pronunce) che la dannosità di tali campi elettromagnetici non sia ancora scientificamente provata. Il che – come tutti sappiamo – non significa che i campi elettromagnetici siano innocui, ma che, allo stato, le evidenze scientifiche raccolte non sono ritenute sufficienti ad incardinare ipotesi

scientifiche (ovviamente formulabili in termini di correlazione statistica). Ciò, presumibilmente, dipende dalla base epidemiologica di tali prove: dal fatto cioè che siano *osservazionali*, fondate sullo studio di *classi di popolazioni* (i cui membri sono esposti a fattori causali concorrenti), non potendosi in questo ambito raccogliere più significative (e veloci) prove sperimentali. Ci muoviamo dunque nello spazio concettuale della *precauzione*.

Ciò premesso, il dibattito giuridico si concentra sulla questione se le radiazioni elettromagnetiche rientrino nel concetto di «cose» (nonostante siano *res qui tangi non possunt*) e se la loro emissione equivalga a «gettarle» (sebbene il termine sembri presupporre la preesistenza della cosa), come richiesto dalla contravvenzione in oggetto.

Francamente, troviamo la discussione non molto appassionante [ad onta dei virtuosismi semiotici, che spesso attingono addirittura alla poesia dantesca, come in Cass., I, 14.10.1999 oppure nella celebre pronuncia su “Radio Vaticana”, Cass., III, 13.5.2008].

Il linguaggio serve ad esprimere la realtà, ma nel contempo la costruisce. Non riteniamo quindi strano e tantomeno preoccupante (quel che è pacifico in qualunque trattazione di filosofia linguistica, e cioè) che le parole possiedano *tutte* (sebbene in diverso grado) i caratteri dell'*ambiguità* e della *vaghezza* e che quindi possano mutar di senso nel corso del tempo, a seconda dell'uso che se ne faccia come anche dell'intenzione che vi si attribuisca. In questa prospettiva, le diverse argomentazioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ci paiono tutte meritevoli, più o meno condivisibili, mai dirimenti.

Siamo invece incuriositi dalle tracce psicologico-motivazionali che percorrono il sottoterra delle pronunce e pensiamo che, per giudicare se una certa interpretazione sia o meno *buona*, possa rivelarsi più utile e corretto cercare di decodificarle apertamente, evitando la finzione di mantenere l'argomentazione su un piano meramente tecnico.

Nel caso di specie, diamo per scontato che la giurisprudenza muova dal proposito di ampliare la tutela della cittadinanza, facendosi carico di un bisogno, dal suo punto di vista (sospendiamo ogni giudizio personale), ancora non compiutamente recepito a livello legislativo. Reputa cioè inadeguata la risposta sanzionatoria, tutta giocata sul piano penale-amministrativo (a nostro avviso in generale sottovalutato), predisposta dalla l. 36/2001 (*Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici*) che, all'art. 15, commina (pesanti) sanzioni pecuniarie per il caso di superamento dei livelli consentiti di inquinamento elettromagnetico. E pensa quindi opportuno rinforzare tale tutela attraverso l'unica disposizione penale fun-

gibile allo scopo, anche se essa prevede una mera contravvenzione, oltretutto miseramente punita: appunto, l'art. 674 c.p.

A questo punto, tuttavia, i giudici si imbattono in un primo scoglio. Una volta sussunta l'emissione di radiazioni all'interno del *getto di cose* di cui alla prima parte dell'art. 674 c.p., devono decidere se, in presenza degli altri elementi richiesti, il reato possa configurarsi anche in relazione ad attività conformi a quanto stabilito nella legge, nei regolamenti o negli atti amministrativi che disciplinano le attività pericolose ma socialmente utili in discorso ovvero se il tipo legislativo presupponga il superamento dei limiti tabellari previsti nella normativa extracodicistica. Premesso che la locuzione «nei casi non consentiti dalla legge» compare nella (sola) parte finale di cui all'art. 674 c.p. (dove è punito chi «provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo»), optare per la prima soluzione, come pure ha fatto un orientamento, sarebbe equivalso a produrre una ingiustificata disparità di trattamento tra due situazioni assimilabili quanto a *ratio* e a tipologia criminosa, dando così luogo ad una irrazionalità interna all'art. 674 c.p. La giurisprudenza oggi dominante [v., da ultima, Cass. III, 9.1.2009] richiede dunque per entrambe le ipotesi la violazione della normativa extracodicistica, ma, per giungere a tale, prima, conclusione, è costretta a ricostruire la prima sottofattispecie come una specificazione della seconda. Ciò, nonostante il dato testuale che, con la disgiuntiva «ovvero», prospetta le due ipotesi come alternative.

Ecco però fraporsi un ulteriore, notevole, ostacolo al già periglioso cammino.

L'art. 674 c.p. è – innegabilmente – descritto in chiave di pericolo. La soluzione più lineare consisterebbe allora nel presumere quest'ultimo in virtù dell'avvenuto superamento delle soglie tabellari. Si noti, incidentalmente, che tale linea interpretativa sarebbe tutt'altro che pacifica, poiché equivarrebbe a riconoscere alle scelte *extra codicem* una consapevolezza riguardo al funzionamento dei meccanismi ed agli effetti dell'inquinamento elettromagnetico che non è realisticamente ipotizzabile sul piano scientifico (come si è detto, la *ratio* di tale normativa sembra piuttosto ricollegarsi ad una situazione di dubbio e risponde quindi alla logica della *precauzione*).

Non è comunque questa la ragione per cui la soluzione del pericolo presunto viene accantonata dalle ultime sentenze della Corte di Cassazione. Il motivo si lega all'espressa clausola di sussidiarietà del citato art. 15 l. 36/01, che censura l'illecito amministrativo laddove il fatto costituisca reato. Una volta stabilito che l'art. 674 c.p. presuppone la violazione dei limiti tabellari, a considerare il pericolo per ciò solo presunto, si produrrebbe una perfetta

coincidenza e dunque si sovrapporrebbe il tipo della contravvenzione e quello dell'illecito penale amministrativo. Il che significherebbe rendere applicabile soltanto la blanda pena del primo a scapito delle sensibili sanzioni del secondo, producendo così l'effetto *boomerang* di indebolire la tutela complessiva, piuttosto che rafforzarla. Per evitare tale effetto, ai fini dell'art. 674 c.p. la giurisprudenza richiede un *quid pluris*, e cioè la verifica *in concreto* di un pericolo ulteriore rispetto a quello insito nel superamento delle soglie massime consentite di inquinamento. Solo che non chiarisce adeguatamente in che cosa debba consistere tale pericolo.

È questo, a nostro avviso, un passaggio delicato, non sempre approfondito nelle trattazioni di questa tipologia generica di casi. Può l'allarme destato nella popolazione dal *sospetto* della dannosità dei campi elettromagnetici integrare l'elemento dell'attitudine ad «offendere» o «molestare persone» ai sensi dell'art. 674 c.p.? La Cassazione (giustamente) lo esclude: «ne deriverebbe che, di fatto, qualsiasi superamento dei limiti potrebbe integrare il reato purché si dimostri che vi sia stato qualcuno che avrebbe potuto essere esposto al campo elettromagnetico» e che perciò fosse preoccupato. «La detta idoneità deve avere natura oggettiva e non meramente soggettiva, deve essere obiettivamente verificabile e [...] di essa deve essere fornita una prova certa e concreta» [così, Cass. III, 13.5.2008, cit.]. Condizioni praticamente impossibili a realizzarsi, considerata la natura dei fenomeni in oggetto: ciò, nonostante la fattispecie sia costruita in chiave di pericolo e non di danno (difficile, allo stato, reperire anche solo semplici regolarità statistiche). D'altro canto, l'impressione che si trae leggendo le pronunce in oggetto è che l'elemento della pericolosità *in concreto* funga da *jolly* nell'economia argomentativa della Cassazione, consentendole, all'uopo, di *scaricare* sui giudici di merito l'onere di una verifica a dir poco impegnativa, senza tuttavia deporre formalmente il prestigioso vessillo della *massima tutela della vittima*.

Torniamo allora alla domanda che ci è stata posta nella nota introduttiva. Abbiamo già esposto le ragioni teoriche che ci impediscono di rispondere al quesito se si tratti di interpretazione (men che meno estensiva) ovvero di analogia: i due concetti non sono dal nostro punto di vista suscettibili di essere paragonati per differenza. Possiamo però (parzialmente) concludere che l'interpretazione della Corte di Cassazione pare arzigogolata (lo riconoscono in molti) ed alla fine, con ogni probabilità, anche inutile poiché, con riferimento a questa tipologia generica di casi, richiede una prova praticamente diabolica. Insomma, essa si rivela poco *coerente* rispetto al contesto – giuridico e non – di tutela, e dunque *non convince*. Per quel che ci riguarda, è insomma dubbio

che sia una *buona* interpretazione. Preme però sottolineare come a tale conclusione riteniamo non si possa pervenire attraverso l'analisi del significato dei lemmi *cosa* e *gettare* (che non si esclude possano comprendere anche le *onde elettromagnetiche* e l'*emissione*), bensì mediante una seppur rozza e sommaria analisi dei passaggi argomentativi del *discorso* svolto dagli organi giudiziari e dei loro possibili esiti.

4. *Seconda tipologia: prostituzione on line.* – Diciamo subito che, nella seconda tipologia generica di casi sottoposta alla nostra attenzione, vale a dire nello sfruttamento di prestazioni sessuali interattive *on line*, la *partita a punti* dell'interpretazione (secondo l'espressione del filosofo Brandom, ripresa in Italia da Damiano Canale) ci sembra invece vinta dalla Corte di Cassazione. Sul punto riteniamo necessarie poche note.

Ribadito una volta ancora come le parole non abbiano un'area semantica predefinita, ma che questa interagisce con la realtà con cui si confrontano (e questa, a sua volta, con le parole che concorrono a comporla), ci sembra che la situazione in oggetto fornisca un buon esempio di tale, positiva, capacità osmotica di autorigenerazione del sistema, illuminando il gioco della c.d. semiosi illimitata e l'inarrestabile, continuo rinvio circolare tra *fatto* e *diritto*.

Il nucleo concettuale della prostituzione consiste infatti da sempre nel *mercimonio* della propria sessualità, e cioè nel sinallagma tra sesso ed utilità economica corrisposta *in suo cambio*. Non ci pare invece sia mai stato costitutivo del senso della parola il contatto fisico tra i soggetti di tale patto, contatto che in passato si atteggiava piuttosto a costante fattuale: insomma, ad accidente in senso aristotelico. Sicché non si vede per quale ragione la lettura tradizionale del tipo non possa essere oggi superata, per effetto del mutamento delle condizioni tecnologiche di contorno (o di contesto, che dir si voglia), le quali rendono ipotizzabili nuove modalità di scambio sesso/denaro.

Fermo restando dunque il detto *Kern* inespugnabile, il confine della locuzione "prostituzione" si dimostra variabile e sfugge al tentativo di definizione in chiave puramente *semantica*, implicando piuttosto un'operazione complessa di natura *pragmatica* al cui interno spicca l'uso che a partire da un certo momento venga fatto delle parole nonché – questo è l'altro punto rilevante – l'intenzione impressa alla proposizione linguistica complessiva: vale a dire, in termini penalistici, la *ratio* dell'incriminazione.

Ebbene, ci sembra che il *resettaggio* della fattispecie di sfruttamento della prostituzione, nel momento in cui ne aggiorna il contenuto, non ne modifichi la *ratio*, che continua ad essere colta nella tutela della persona e della sua libera

determinazione. Né produce effetti negativi in termini di coerenza del sistema.

Certo, è stato manifestato il fondato timore di una progressiva espansione dell'area applicativa del delitto di sfruttamento della prostituzione [C.F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Giuffrè, 2006, 530 ss., che per primo ha richiamato l'attenzione su tale tipologia di casi], ma questo rischio sembra dipendere dalla natura culturale del concetto di *atti sessuali*, piuttosto che dalla presa di posizione giurisprudenziale sulla specifica tipologia di casi in oggetto. Si sarebbe inoltre potuto opporre che il mutamento giurisprudenziale ha intaccato la conoscibilità del precetto. A questa obiezione sarebbe stato tuttavia plausibile replicare che: 1) non si è trattato di un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, dal momento che la situazione fattuale all'attenzione dei giudici era nuova e dunque non precedentemente indagata; 2) le pronunce susseguitesi in un breve volger di tempo, sebbene ancora poche e pertanto insufficienti a disegnare un *diritto vivente*, convergono sulla medesima conclusione e lasciano quindi presagire un veloce consolidamento giurisprudenziale; 3) in generale e comunque, (anche) l'adesione alla CEDU impone un sollecito confronto con l'idea (invero risalente) che la norma costituisca la risultante di diversi formanti e che quello giurisprudenziale rilevi quanto e più di quello legislativo, suggerendo tutt'al più l'urgenza di cominciare a studiare meccanismi che garantiscano l'imputato rispetto ai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* da lui non prevedibili al momento della commissione del fatto (e si sa che le esperienze comparatiste non lesinano modelli ispiratori in questa direzione).

5. *Terza tipologia: molestia o disturbo alle persone ed e-mail.* – Se la *ratio* dello sfruttamento della prostituzione non ci sembra intaccata dall'estensione della sua portata a modalità di realizzazione un tempo inimmaginabili ed oggi invece tecnicamente possibili (oltre che usuali), diversamente accade con riferimento ad alcune applicazioni della *molestia o disturbo alle persone* (art. 660 c.p.).

Anche in questo caso il problema non sembra risolvibile sul piano puramente testuale.

Anche in questo caso i segni linguistici, calati nella realtà delle situazioni fattuali, rivelano potenzialità espressive sulla carta inimmaginabili (il che non è strano come potrebbe sembrare a prima vista; per tentare una spiegazione del fenomeno sarebbe interessante interrogarsi sulla natura e sulla funzione dei *frames* mentali, per definizione essenziali, ma tale indagine è preclusa dalle dimensioni del presente scritto). Siffatte potenzialità hanno consentito ad

alcuni giudici di ritenere che siano inviati «col mezzo del telefono», come richiede il citato art. 660 c.p., gli *sms* (il che è pacifico) ed addirittura le *e-mail* (qui occorre invece un piccolo sforzo argomentativo, ma l'immaginazione non è mai difettata alla giurisprudenza), dal momento che – si dice – la posta elettronica utilizza la rete telefonica ed in alcuni casi quella cellulare. Si potrebbe discutere – e si è (ahinoi) discusso – se la locuzione «col mezzo del telefono» possa comprendere l'uso della rete di telefonia, ma, a nostro avviso, sarebbe tempo sprecato.

Il punto è infatti un altro e, anche in questo caso, chiama in ballo apprezzamenti di sapore squisitamente sostanziale, inerenti alla *ratio* della contravvenzione: vale a dire al *sensu*, piuttosto che al *significato*, della proposizione linguistica [ciò che, a nostro avviso, ne determina la tassatività. Sia consentito un rinvio a DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in RIDPP 2009, in part., 113 ss.].

Il *sensu* della fattispecie si desume in prima battuta dalle condotte di *molestia* e di *disturbo* e consiste nel preservare la *tranquillità* della persona. In presenza di un bene così poco tangibile e soggettivamente apprezzabile (dunque poco determinato), il richiamo legislativo all'uso del telefono serve a selezionare il grado di offesa che il legislatore reputa penalmente rilevante per l'integrazione del tipo. Comprensibilmente, la scelta è ricaduta sui soli turbamenti arrecati mediante comunicazioni in forma *sincronica* (l'unica spiegazione a nostro avviso possibile del perché l'incriminazione non contempli ad esempio l'invio di missive). Se è dunque già poco plausibile ritenere tale *ratio* integrata dall'invio di *sms* [di tale avviso, invece, Cass. 26.3.2004], il requisito della sincronia evapora ulteriormente in quello di messaggi di posta elettronica che, come puntualmente osserva Cass. 17.6.2010, sono, perlomeno all'attuale stadio di diffusione tecnologica, equiparabili alla corrispondenza epistolare cartacea (anche la tipologia in oggetto offre un buon esempio di come il senso del divieto si specifichi nella *circolarità* tra diritto e fatto).

Un'interpretazione diversa da quella proposta dai giudici di legittimità tradirebbe le intenzioni della legge e non potrebbe essere dunque *coerentemente argomentata*. Ma – si noti – neppure qui avrebbe senso di parlare di analogia *vietata*, dal momento che dell'analogia mancherebbe un presupposto concettuale essenziale: vale a dire, l'*eadem ratio*.

6. *Conclusioni*. – Tirando le fila di questa breve rassegna, dall'analisi delle diverse tipologie di casi ci sembra di poter evincere che, finché tra il caso positivamente disciplinato e quello concreto sia rinvenibile un'analogia *ratio*,

possa (non debba) accadere che il senso e quindi l'area semantica delle parole si modifichino (ovviamente non senza limiti) e che ciò avvenga per via pragmatica, vale a dire, attraverso l'interazione, destinata ad attuarsi in modi diversi e a differenti livelli, tra parole e fatto (e viceversa). In questi casi, parleremo di *analogia interna* alla fattispecie, avendo presente che si tratta di un fenomeno fisiologico ad ogni forma di interpretazione e dunque anche a quella giuridica. Quando invece viene meno l'identità di *ratio*, le parole oppongono una insuperabile resistenza al cambiamento di senso. Se, ciò nondimeno, l'interprete non recede dall'applicazione della fattispecie, a rigore, non saremo al cospetto di un'analogia vietata, bensì di una *non-analogia* o di una *falsa analogia*, dell'analogia difettando la componente essenziale dal punto di vista concettuale, prim'ancora che giuridico.

Qualcuno si starà certo a questo punto chiedendo: bene, ma come si determina la *ratio* della fattispecie? Ovviamente, non crediamo esistano risposte certe neppure a tale quesito. Essendo anche l'individuazione della *ratio* una questione di interpretazione, torna in ballo un problema di *stipulazione convenzionale*, che passa attraverso la ricerca di coerenza tra valori e sconta la personale sensibilità di chi è chiamato al giudizio. La prima (la razionalità), a causa del venir meno di punti di riferimento determinato dalla crescente frammentazione culturale e quindi anche giuridica, si rivela un'impresa sempre più difficile ma pur sempre verificabile, entro certi limiti, attraverso l'analisi dei passaggi argomentativi; la seconda (la precomprensione) è invece di norma inespressa e dunque più ardua da individuare e decodificare [*amplius*, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006].

Quel che è certo è che la c.d. (in senso dispregiativo) vena creativa della giurisprudenza (ma molto ed autorevolmente è stato scritto sulla *bellezza* delle varie forme di interpretazione) non risponde semplicisticamente ad una spesso lamentata pulsione general-preventiva; non riflette cioè sempre un'opzione ideologica contrastante con quella del giurista liberale, che avrebbe invece a cuore le garanzie del reo. Essa esprime un'esigenza vitale ineludibile: l'esigenza che – pure qui in nome, guarda caso, della *libertà* – il diritto, anche quello penale, non finisca come l'asino di Buridano, e non perisca di inedia, nell'indecisione se restare al rassicurante palo delle ipostatizzazioni positive o addentrarsi in lande ancora inesplorate, alla ricerca di biada più fresca.

Nicola Mazzacuva

1. Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche) 'interpretativa' dell'intervento punitivo.

Perché di questo anzitutto si tratta: l'attività interpretativa oggetto di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque estende il diritto penale legislativo.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal singolo tipo normativo.

Vecchie istanze riduzioniste del diritto penale vengono, così, contraddette assieme al principio di precisione che deve connotare la norma incriminatrice. Sembra essere davvero fuori tempo la (condivisibile) osservazione che rinvie nel principio di certezza anche l'esigenza che il sistema penale sia preciso e determinato nel suo complesso; che l'area dell'illecito penale sia contenuta e ristretta entro i limiti di fatti legislativamente descritti e rappresentati. Invero, quanto più si infoltisce la gamma degli illeciti penali, anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dall'illecito penale, nonché la tipologia dei comportamenti puniti.

Del tutto inattuale e scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro legittima) ovvero 'estensiva' in *favor rei*: oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite deplorevoli soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'.

Il fenomeno costituito dall'interventismo penale applicativo trova ora un fondamento anche nella 'incertezza' dei nuovi tipi legislativi e nella (sempre più) evidente 'precarietà' della norma incriminatrice.

Si osserva, infatti, che l'idea illuministica della legge come norma stabile, della legge come codificazione dei valori e dei principi sarebbe decisamente tramontata: la norma, anche penale, nasce come un manufatto da elaborare, da verificare. Diventa sì vigente, ma viene poi affidata alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce già come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica [SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193].

Non credo, peraltro, che queste riflessioni possano legittimare una funzione creativa nell'ambito dell'interpretazione.

Se è vero, infatti, che (soltanto) le nuove disposizioni, e non il preesistente

nucleo essenziale e forte del diritto penale, risultano spesso costruite non su dati naturalistici bensì su elementi valutativi e giuridici, la cui tenuta va sperimentata nella prassi, è anche vero che proprio l'attività di verifica applicativa può arrestarsi, in ipotesi, davanti all'accertamento di una lacuna (di un difetto) della norma, senza necessariamente spingersi fino alla creazione di un precetto invero non contemplato.

D'altra parte, l'esigenza di certezza, tipica del diritto penale, sembra inevitabilmente riaffiorare nella società civile. Oggi si sostiene che il compito del cittadino non è tanto quello di informarsi per ottenere chiarezza: la nota impostazione della Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 risulta, invero ed al momento attuale, troppo 'astratta'. La realtà, ben nota, segnala che, qualora si voglia approfondire un problema applicativo, all'esito dello studio la soluzione è sempre più incerta.

Il cittadino è, così, chiamato necessariamente ad una produzione giuridica secondaria, cioè a produrre certezza se la legge non la fornisce. Si tratta di un onere di creazione giuridica per riconquistare, in un certo senso privatisticamente e pattiziamente, la certezza della regola di comportamento.

E, infatti, si sviluppano protocolli di comportamento nei più svariati settori: protocolli o codici di condotta elaborati per sindaci di società, per medici, per banche; comitati etici, comitati deontologici, conferenze in cui gruppi di esperti cercano di raggiungere un accordo circa lo stato attuale della scienza in ordine alla pericolosità o meno di certe sostanze o di certe attività.

Nella ricerca della certezza che viene a mancare sembra riemergere con prepotenza quel diritto pattizio e convenzionale che ha contribuito alla nascita delle società aperte, libere.

Ecco allora un risultato del diritto penale incerto che è, al tempo stesso, un rifiuto dell'interpretazione creativa. Rinvenire altri canali, altri percorsi, altri strumenti per ritrovare certezza; non attendere l'intervento creativo in sede applicativa. Il cittadino è indotto a produrre certezza e a recuperare, tramite formazioni secondarie e settoriali, il necessario livello di prevedibilità operativa.

2. Rimane, peraltro, pur sempre molto delicato il rapporto tra legge (penale) e magistrato/interprete (penale) che non è solo il giudice, ma – per vero – sempre più spesso il pubblico ministero che segnala, già nella fase, divenuta ormai centrale, delle indagini preliminari, i nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si vede trasfuso (presente) nella norma incriminatrice di volta in volta considerata.

Al cospetto di tali tendenze si osserva (in dottrina) che non si dovrebbe

proprio anche solo «*affacciare l'idea di vietare l'interpretazione creativa*». Anzi una tale idea «*preoccupa perché, non essendo concepibile una tale ingenuità ... quel grottesco divieto... rivela un diffuso senso di diffidenza, se non di ostilità, verso il crescente sbilanciamento del rapporto legge/giudice a favore del secondo*».

Soltanto il giudice penale sarebbe, invece, il soggetto *garante* del rispetto di un valore davvero fondamentale: quello «*della "giustizia" – oltre e più di quello della "prevedibilità" – della decisione giudiziale. "Giustizia", nel senso di corrispondenza della decisione alle attese delle parti in causa, della comunità giuridica e della comunità in genere*». Anche «*il rischio che la conseguente esaltazione del momento applicativo della norma degeneri in una incontrollata invasione di campo degli organi giudiziari*» troverebbe «*un almeno parziale antidoto nelle garanzie ordinamentale e procedimentale, rispettivamente, della assoluta imparzialità autonomia e indipendenza dell'organo decidente e del metodo del contraddittorio*».

Così, esplicito è l'invito conclusivo a «*chi non cede all'incantesimo delle vecchie mitologie, a rimanere tuttavia pensoso dinanzi ai nuovi contenuti della legalità e alla nuova complessità del rapporto legge/giudice, senza indulgere a rinnovati misticismi*» [si tratta di osservazioni di PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (a cura di INSOLERA), Bologna, 2005, p. 90].

Gli argomenti di riflessione sono, in effetti, molteplici.

Da un lato, anche gli ultimi strumenti 'normativi' in ambito internazionale [ad es.: lo Statuto di Roma entrato in vigore il 1 luglio 2002 ovvero il Progetto del *Corpus Juris* 2000] sembrano attribuire ancora credito a legalità e tipicità; dall'altro, più lievi e domestici interventi legislativi, che hanno introdotto soglie quantitative di punibilità (in materia tributaria e societaria ovvero in tema di usura), si collocano proprio nella prospettiva di conferire certezza 'anticipata' al diritto penale. Senza, cioè, affidarsi alla buona interpretazione giudiziale, senz'altro necessaria, invece, in presenza di una norma 'aperta' perché costruita su parametri generali ed elastici.

Superfluo osservare, poi, come la dialettica politica (e, cioè, proprio il confronto parlamentare – ma non solo! – tra opzioni di politica criminale anche radicalmente diverse) risulta ancora – forse non tanto per l'ingenuo giurista affetto da 'sudditanza' legislativa, quanto per il vero e proprio 'suddito' – il miglior contraddittorio possibile a fronte dell'amministrazione di un potere: anche di quello giudiziario (e di quello esercitato dagli organi inquirenti).

3. I casi particolari segnalati richiamano all'evidenza il problema (generale) delle 'lacune' normative.

Occorre rammentare, anzitutto, come esse siano talvolta il frutto di scelte ponderate del legislatore, che ha inteso fare un uso 'selettivo' della sanzione penale (si parla in questo caso di *lacune 'originarie'*); altre volte (*lacune 'derivate'*) sono, invece, il riflesso di mutamenti della realtà sociale o di evoluzioni tecnologiche, intervenuti successivamente all'emanazione delle norme incriminatrici: con conseguente emersione di nuovi fenomeni, non previsti, né prevedibili dal legislatore, e che non si lasciano ricondurre a nessuno dei possibili significati delle parole impiegate nella legge.

In ogni caso, qualunque sia l'origine della lacuna, *«il solo potere legittimato a colmare la lacuna, compiendo la scelta politica di reprimere certi fatti con l'arma della pena, è il potere legislativo: il solo legislatore potrà o ripensare la scelta "selettiva" iniziale, ampliando l'ambito di applicabilità della norma, ovvero – come è spesso accaduto nel nostro ordinamento, in tempi lontani e in tempi recenti – potrà coniare nuove incriminazioni da modellare sui nuovi fenomeni»* [si tratta di rilievi, a mio avviso inconfutabili, di MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, III ed., Milano, 2001, 125].

Diversamente opinando e attribuendo al giudice penale un ruolo creativo, i confini tra lecito ed illecito non risultano fissati in via preventiva e astratta dal legislatore, ma sono individuati, *ex post* e caso per caso, dal singolo interprete che contribuisce a formare la giurisprudenza.

Mi sembra, così, tuttora (senz'altro) condivisibile l'osservazione secondo cui *«la violazione del principio di precisione contraddice in definitiva il principio della divisione dei poteri, consentendo al giudice di invadere lo spazio riservato al legislatore»* di modo che *«lo Stato delle leggi rischierebbe di trasformarsi in uno Stato dei giudici»* [così, ancora, MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 119, che si richiamano al passaggio, tra i due tipi di Stato, auspicato già da MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richtersstaat*, 1957].

Con l'ulteriore complicazione che non solo il giudice, ma la stessa polizia giudiziaria (come ormai sempre più spesso accade) diverrebbe protagonista di un'attività creatrice di norme: *«ricercerebbe prove della sussistenza di reati la cui definizione verrebbe lasciata al suo arbitrio; un analogo arbitrio caratterizzerebbe inoltre l'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero»* (MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 122).

Anche e proprio tali (possibili) attività creatrici rendono non convincenti i correttivi che si sono andati delineando nei più diversi ordinamenti. Ad esempio, nella giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo (CorteEDU) ven-

gono comunque valorizzati i contenuti “basici” e “astorici”, ossia l'*accessibilità* (*accessability*) e *prevedibilità* (*predictability*) del comando legale con la conseguenza che anche nell'ipotesi in cui il precetto sia di derivazione giurisprudenziale esso deve essere *foreseeable e predictable*, cioè deve rispettare dei criteri in cui le esigenze di certezza legale si compenetrano con istanze di colpevolezza/conoscibilità da parte dei consociati.

In altri termini, la possibile ‘anomalia’ delle fonti, che si dipanano tra legge (*statutory law*) e giurisprudenza (*judicial law*), viene normalizzata attraverso una sua riconduzione alle (ed un adattamento delle) relative garanzie. Così, quanto ai corollari del *nullum crimen*, e al loro ambito applicativo, è affermazione consueta che la garanzia dell'irretroattività si applica anche al diritto giurisprudenziale e, in particolare, tanto alla nuova interpretazione giurisprudenziale su una normativa oscura, quanto al mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile (il cd. *overruling* con effetti *in malam partem*), perché entrambe le ipotesi possono essere equiparate all'introduzione di un nuovo precetto normativo.

Ed un tale correttivo si profila anche nella nostra giurisprudenza. Secondo una recente pronuncia delle Sezioni Unite [n. 18288, 21 gennaio-13 maggio 2010] i principi generali di garanzia che governano il sistema penale escludono che una diversa e nuova interpretazione di una norma incriminatrice possa operare *contra reum*.

Si vuol far riferimento, in particolare, al concetto di *legalità materiale* che esprimerebbe contenuti garantistici per certi aspetti più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione: concetto che verrebbe ad inglobare sia il diritto di produzione legislativa, sia quello di derivazione giurisprudenziale «*riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo*». Si tratterebbe di una relazione di tipo concorrenziale «*tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dall'analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa*».

Si tratta, appunto, del riconoscimento (anzi di un ulteriore conferma) del cd. ‘diritto vivente’, quale vera e propria fonte ‘normativa’ in materia penale.

Ma non solo.

Si vuol meglio definire la ‘struttura’ della nuova fonte che viene ad acquisire una particolare forza non sul piano quantitativo, ma sotto il profilo «*quali-*

tativo del grado delle funzioni rivestiti dall'Autorità giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa»: venendosi, così a collocare al vertice della gerarchia delle fonti (interpretative) proprio l'orientamento (eventualmente) paleato dalle Sezioni Unite.

4. I casi problematici segnalati nella nota introduttiva non si sottraggono all'odierna riflessione: il diritto positivo manifesta (ad avviso dell'interprete) un vuoto di tutela che *deve* essere colmato in via interpretativa.

Con riguardo al fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico, la norma incriminatrice chiamata a scongiurare la possibile irrilevanza penale del fatto viene individuata, appunto, nell'art. 674 c.p. in tema di getto pericoloso di cose.

Non è certo il caso di esaminare i singoli (e, per vero, molto articolati) passaggi argomentativi che sono addotti a giustificazione della dilatazione interpretativa del precetto criminoso.

Basta osservare come si giunga ad una vera e propria 'lacerazione' del «*limite letterale che le parole, con cui il legislatore ha descritto il fatto tipico, impongono nell'articolazione della proposizione normativa complessivamente considerata*» [così GIZZI, *La rilevanza penale dell'emissione di onde elettromagnetiche ai sensi dell'art. 674 c.p.: interpretazione estensiva o applicazione analogica della norma incriminatrice*, CP, 2009, 983].

Pare, in effetti, evidente come nel fatto descritto ('*getto di cose*') non possano essere sussunte, mediante un'interpretazione solo 'estensiva', la creazione, l'emissione e la propagazione di onde elettromagnetiche.

Tale specifica condotta non sembra, infatti, potersi, in chiave di supplenza giudiziale, ricondurre «*all'ambito semantico della norma, ancorché estensivamente inteso, in quanto il sostantivo 'cosa' interpretato congiuntamente al verbo 'gettare' di cui costituisce il complemento oggetto, indica un'entità ontologicamente diversa dall'energia elettromagnetica, che, per quanto dilatata al massimo delle sue possibilità di espansione, non può giungere a comprenderla*».

L'enunciato normativo, attraverso ciascuno dei termini che lo formano (getto, "versamento" e "cosa"), delimita un certo gruppo di accadimenti, che può considerarsi tipico rispetto alla fattispecie legale, e il caso concreto (emissione di onde elettromagnetiche), che viene ricondotto alla norma incriminatrice tramite la sua interpretazione estensiva, invece, non rientra nell'ipotesi astratta configurata dal legislatore» [così Gizzi, *op. cit.*, 984].

E si va al di là di ogni possibile interpretazione estensiva proprio perché, in effetti, si è costretti a dilatare il concetto di '*getto*' fino ad assicurare ad esso

anche la dispersione, nell'ambiente circostante, di sostanze nè solide, nè liquide; così come il concetto di *'cosa'* viene esteso sino a rendere possibile la sussunzione nel termine legislativo di entità prive di forma tangibile e corporale. Risulta, in definitiva, evidente come si oltrepassino i limiti imposti, dalla lettera della legge, nella descrizione del fatto costituente reato finendo, così, per applicare una norma incriminatrice fuori dai termini *'precisi'* di riferimento così come linguisticamente delineati dal legislatore.

Risulta, poi, davvero peculiare il contrasto di vedute tra *'legislatore'* ed *'interprete'* nella lettura della norma incriminatrice di riferimento (art. 674, prima parte, c.p.). Infatti, già al momento dell'entrata in vigore del codice penale, il legislatore ritenne necessario introdurre un'apposita variante incriminatrice allo scopo di attribuire rilievo alla diffusione, propagazione ovvero emissione di sostanze diverse dai corpi solidi e liquidi. La seconda parte dell'art. 674 c.p. contempla, infatti, una nuova ipotesi di getto pericoloso di cose, costituita dal fatto di colui che provoca emissioni pericolose per l'incolumità delle persone [il codice Zanardelli, all'art. 475, si limitava, invece, a punire il getto e il versamento pericolosi di cose]. La previsione di una nuova norma incriminatrice con riguardo alla condotta consistente nel provocare emissioni denota così, in modo ancora più evidente, che le nozioni di getto e di versamento non possono essere estese fino a ricomprendere la propagazione o la diffusione di determinate sostanze nello spazio aereo circostante.

Il secondo caso segnalato nella nota introduttiva chiama in causa il diritto penale legislativo introdotto (nel 1958) con la legge Merlin, avente ad oggetto *"l'abolizione della regolamentazione della prostituzione e la lotta contro lo sfruttamento della prostituzione"*.

Mi sembra del tutto condivisibile l'opinione che attribuisce alla normativa penale all'epoca lo scopo di contrastare l'attività di prostituzione intesa (unicamente) come *'rapporto sessuale a pagamento'*; come fatto, quindi, che contempla un contatto fisico tra i soggetti coinvolti con l'ovvia necessità della contestuale presenza degli stessi in un medesimo luogo.

Se questo è il *«nucleo»* del concetto di prostituzione – secondo un uso corrente convalidato anche dalla più tradizionale giurisprudenza – nulla sembrerebbe vietare in linea di principio (sulla base di un'interpretazione estensiva) di includervi casi per così dire *«anomali»*, in cui la prestazione – così come ritenuto dalla Cassazione – consista, per esplicita richiesta del cliente presente *in loco* (che pur avrebbe la possibilità di intrattenere un contatto sessuale diretto), nel mero compimento di atti sessuali su se stessa da parte della persona che si prostituisce.

Ad un'ulteriore estensione del termine – tale da ricomprendersi sia le ipotesi in cui, per le stesse modalità con cui la prestazione viene resa, il cliente non è autorizzato o compiere atti sessuali con l'intrattenitrice, sia le ipotesi in cui per la particolare tipologia del mezzo usato o per barriere fisiche eventualmente esistenti, tale possibilità sia materialmente esclusa – sembra opporsi [in questo senso BORGOGNO, *La prostituzione 'a distanza' in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in CP, 2005, 3493) il dato sistematico rappresentato dalla compresenza della fattispecie di cui all'art. 528 c.p. (in tema di spettacoli osceni), la cui applicazione ben potrebbe essere invocata anche nel caso di specie (così come del resto suggerito da nota giurisprudenza di merito).

In effetti, si dovrebbe proprio riflettere «*se, di fronte a casi in cui, più che l'aspetto della «prestazione sessuale» (che richiama appunto – sotto il profilo semantico – la condotta di chi «concede», «mette a disposizione» il proprio corpo per procurare al «cliente» una soddisfazione sessuale), predomina l'elemento «spettacolare» o di «esibizione» del proprio corpo (tanto che viene escluso, in partenza, il compimento di atti sessuali fra prostituta e cliente), l'interprete non debba privilegiare, ragionando sul piano sistematico ed applicando il principio del favor rei, quella lettura restrittiva del concetto di «prostituzione» che è imposta dall'esistenza stessa dell'art. 528 c.p.» (così BORGOGNO, *op. cit.*, 3503).*

L'ultima (più modesta) ipotesi concerne la configurabilità o meno della contravvenzione in tema di molestie telefoniche nell'ipotesi di inoltro di corrispondenza elettronica sgradita e tale da provocare turbamento ovvero fastidio.

In questo caso l'interpretazione giurisprudenziale non ritiene configurabile il tipo punitivo osservandosi che vi è differenza (non colmabile) tra la 'telefonia', che consiste nella teletrasmissione in modalità sincrona di voci e suoni, e la corrispondenza elettronica che si risolve in una modalità di comunicazione asincrona non comportando un'immediata interazione tra il mittente e il destinatario, nè alcuna intrusione del primo nella sfera di attività del secondo. Per tale motivo si afferma espressamente che la norma incriminatrice (appunto l'art. 660 c.p.) deve essere letta restrittivamente.

Soluzione interpretativa del tutto corretta ma che, a mio avviso, dovrebbe essere sempre adottata ogniqualvolta, appunto, si profili un contrasto ermeneutico in grado di determinare un'estensione del precetto punitivo.

Forse (ma solo a mo' di provocazione) il canone del *favor rei* (in tutte le sue possibili manifestazioni) dovrebbe proprio valere anche nella fase interpretativa: il solo fatto che si possano profilare diverse soluzioni applicative

connesse a possibili diverse letture della norma incriminatrice dovrebbe in ogni caso far propendere il giudice verso quella più restrittiva: o, meglio, non verso quella 'estensiva', proprio per evitare all'autore un'applicazione sfavorevole che porta, alla fine, alla pronuncia di una condanna penale.

Vito Velluzzi

1. *Premessa.* – I tre casi sollecitano molteplici considerazioni ed alcune debbono essere premesse alle soluzioni che si intendono proporre, cioè al fine di far comprendere al lettore su quali basi di teoria dell'interpretazione e di lettura del dato positivo poggiano le conclusioni raggiunte. Le considerazioni che fungono da premessa riguardano: a) il modo di intendere l'interpretazione giuridica e il ragionamento analogico nel diritto; b) la configurazione di un criterio utile a distinguere le operazioni schiettamente interpretative da quelle analogiche; c) le differenti valutazioni dei punti precedenti che possono essere fatte a seconda della concezione della legalità penale che si assume.

Delineati i tre punti appena menzionati si dovrà applicarne con coerenza i contenuti ai casi in discussione, bisognerà, cioè, capire a quali soluzioni conduce la messa alla prova sul campo di quanto indicato.

a) È tanto banale quanto necessario ribadire che l'ampiezza del ruolo dell'analogia nel diritto dipende dalla teoria dell'interpretazione che si adotta. Chi scrive sostiene una teoria moderatamente scettica per ciò che concerne l'interpretazione giuridica. Lo scetticismo moderato afferma che per ogni enunciato normativo vi sono più interpretazioni possibili e l'ambito delle soluzioni interpretative è delimitato. L'attività interpretativa è, dunque, discrezionale, si sostanzia in una scelta, ma il prodotto dell'interpretazione di un certo enunciato normativo è tale solo se determinato all'interno di un lotto di significati delimitati¹. Ovviamente vi sono differenze non trascurabili tra i sostenitori dello scetticismo moderato in ragione del criterio che si ritiene idoneo a delimitare l'ambito delle soluzioni interpretative per un dato enunciato normativo. Su questo aspetto si tornerà tra poco. È importante anche segnalare la possibilità di distinguere tra interpretazioni possibili e interpretazioni ammissibili: possono esservi, infatti, risultati interpretativi possibili sul piano linguistico ma inammissibili sul piano giuridico. Non tutti gli esiti interpretati-

¹ Più diffusamente V. VELLUZZI, *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta" (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2588-2598.

vi riconducibili al significato di un enunciato normativo sono per ciò solo accettabili sul piano della loro plausibilità giuridica. Ovviamente la distinzione tra significati possibili e significati ammissibili di un enunciato è sensata soltanto se i criteri di individuazione dei due insiemi sono diversi.

Il ragionamento analogico è così caratterizzato: si assegna ad una classe di casi il medesimo trattamento giuridico stabilito da una norma (cioè da un enunciato interpretato) per una diversa classe di casi. L'equiparazione del trattamento avviene poiché le due classi di casi vengono valutate differenti in maniera irrilevante e simili in maniera rilevante². Lo snodo è costituito dal criterio di apprezzamento delle somiglianze e delle differenze e dalla sua corretta applicazione.

Riassumendo: l'interpretazione determina il significato degli enunciati normativi; l'analogia estende la conseguenza giuridica prevista da una norma (un enunciato normativo previamente interpretato) ad una classe di casi da essa non regolata, bensì differente in maniera irrilevante e simile in maniera rilevante alla classe di casi da essa regolata.

All'interno di questo quadro il sintagma "interpretazione estensiva" designa un prodotto interpretativo, ossia la determinazione per un enunciato normativo di un significato più ampio rispetto al significato determinato in precedenza per il medesimo enunciato normativo³. Seguendo lo scetticismo moderato qui condiviso è possibile distinguere estensioni interpretative ed estensioni *non interpretative*, estensioni, queste ultime, che non costituiscono un esito interpretativo che possa essere considerato un significato di un certo enunciato normativo. In questa direzione è da sottoscrivere l'osservazione di Fausto Giunta contenuta nell'introduzione alla discussione secondo cui la nozione di interpretazione estensiva può apparire "un non senso", perché o ci si trova d'innanzi ad un esito interpretativo ed allora è irrilevante che sia estensivo,

² Questa definizione richiama le tesi sull'analogia giuridica sostenute da L. GIANFORMAGGIO, *Analogia* (1986), ora in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI, V. VELLUZZI, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 131-147; al fine di evitare appesantimenti del discorso si tratta soltanto della cosiddetta analogia *legis*. Per approfondimenti sull'analogia giuridica si rinvia ai materiali raccolti in *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. PELLICCIOLI, V. VELLUZZI, Ets, Pisa, 2011.

³ L'espressione "significato più ampio" è in grado di indicare sia un ampliamento della denotazione, vale a dire della classe (dell'insieme delle cose indicate da un vocabolo), sia un ampliamento della connotazione, vale a dire delle caratteristiche o proprietà comuni a tutte le cose indicate da uno stesso vocabolo. È opportuno rammentare che designando l'interpretazione estensiva un risultato essa muove da una determinazione di significato precedente e l'estensione può essere compiuta per mezzo di svariate tecniche interpretative.

oppure si ha a che fare con un esito non interpretativo ed allora è fuorviante denominarlo interpretazione estensiva.

b) L'adozione dello scetticismo moderato consente, dunque, di distinguere attività e risultati interpretativi da attività ed esiti che interpretativi non sono.

Tuttavia, vi si è già fatto cenno, un certo significato può essere considerato o meno un significato di quel particolare enunciato normativo in virtù del criterio usato per delimitare l'ambito dei possibili significati dell'enunciato normativo stesso. Come si è già avuto modo di scrivere: "Lo scetticismo o realismo interpretativo moderato è, però, più che una teoria, un contenitore di teorie. Guardando dentro il contenitore si scopre che le teorie in esso contenute convergono nel sostenere che per ogni enunciato normativo è determinabile più di un significato, convergono pure nel sostenere che l'ambito dei significati è, per così dire, finito, ma divergono nell'indicazione del criterio capace di determinarlo"⁴. Volendo sintetizzare le posizioni in campo se ne possono delineare due principali: la prima individua l'ambito dei possibili significati per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo; la seconda fissa i paletti degli esiti interpretativi facendo ricorso alle tesi dogmatiche (sovente presupposte dai giuristi) e ai giudizi di valore formulati o sottintesi da chi interpreta. Secondo la prima tesi, ci si muove in ambito interpretativo (delle interpretazioni possibili) se per mezzo delle tecniche, delle tesi dogmatiche e di ogni altro strumento abitualmente usato dagli interpreti si resta all'interno della cornice delimitata dalle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui è formulato l'enunciato normativo sottoposto a interpretazione⁵. Per la seconda tesi, i criteri destinati a tracciare il confine dell'interpretazione sono molteplici ed è solo dalla loro congiunta applicazione che si può distinguere, in un dato momento e per un certo enunciato normativo, un risultato interpretativo da un risultato che interpretativo non è⁶.

Bisogna ora riprendere un'affermazione fatta in apertura, ovvero che non è problematica soltanto la questione della scelta del criterio necessario a tracciare la cornice, ma è altrettanto rilevante la questione dell'applicazione del criterio. Se si scegliesse un criterio che non fosse mai, o quasi mai in grado di

⁴ Cito solo per pigrizia dal mio *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *questa Rivista*, 2008, p. 494.

⁵ Su come questa tesi sia compatibile con la presenza nel lessico del legislatore di termini tecnici e tecnicizzati mi permetto di rinviare ancora al mio saggio di cui alla nota precedente.

⁶ Seguendo questa impostazione v'è coincidenza tra significati possibili e significati giuridicamente ammissibili. Forse giova puntualizzare che tutto il discorso che si sta conducendo nel testo scorre sul piano sincronico.

assolvere il proprio compito, proseguire nel propugnarlo sarebbe del tutto infruttuoso. Tuttavia è ragionevole sostenere, anche se in maniera un po' apodittica visto lo spazio a disposizione, che le regole riguardanti la semantica e la sintassi della lingua, per quanto talvolta di disagiata accertamento, mutevoli e in taluni casi di incerta applicazione, garantiscono una comunicazione efficace e consentono di individuare sovente, se non proprio sempre, situazioni riconducibili nell'ambito di significato di un enunciato e (soprattutto) situazioni che non sono riconducibili nell'alveo di significato di un enunciato. Ciò fa di questo criterio uno strumento spesso utile, per quanto talvolta il suo grado di utilità si affievolisca.

c) Orbene, quale dei due scetticismi moderati meglio si addice a soddisfare le esigenze della legalità penale? Anche in questo caso dipende dal modo di intendere la legalità penale. Se si intende la legalità penale in senso stretto o strettissimo, la norma di chiusura del microsistema penale per cui (si perdoni la semplificazione) "tutto ciò che non è penalmente rilevante è consentito" andrebbe integrata con le seguenti parole: "in caso di dubbio se un comportamento sia riconducibile ai significati possibili, bisogna preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento". La legalità penale così configurata funge da criterio meta-interpretativo per risolvere le questioni interpretative dubbie, ovvero le questioni sul se un certo esito sia interpretativo o non lo sia. Anche da non periti del diritto penale l'adozione della prospettiva della legalità penale in senso stretto o strettissimo pare in sintonia con il dato normativo vigente (in particolare con l'art. 1 c.p. e 25, comma 2, cost.).

Ecco un altro interrogativo che vale la pena porre e risolvere per poter rispondere pure alla domanda posta all'inizio di questo punto: riguardo a quale criterio di demarcazione dell'ambito dei significati possibili può sorgere il dubbio della sua applicazione? Un abbozzo di risposta. Il diritto penale può considerarsi un'impresa sensata solamente se mira a farsi capire dai soggetti dei quali vuole scoraggiare taluni comportamenti. Si sa bene che questo non è l'unico scopo del diritto penale, ma si sa pure che è uno dei suoi scopi irrinunciabili. In ambito penale, dunque, non si può configurare una legalità ad uso e consumo esclusivo o prevalente del ceto dei giuristi (in senso ampio), ma il dato testuale, nella sua articolazione semantica e sintattica, costituisce lo spazio di manovra all'interno del quale gli aspetti tecnici e pragmatici del diritto penale giocano il loro ruolo⁷. In campo penale, dunque, il dato testuale

⁷ Tralascio le pur importanti implicazioni di redazione degli atti normativi che il mio discorso comporta.

non è il solo o necessariamente il più rilevante degli elementi dell'interpretazione, ma non è mai irrilevante, costituisce il campo all'interno del quale l'interprete è tenuto a muoversi. Per queste ragioni il primo tipo di scetticismo interpretativo moderato si rivela preferibile.

Le conseguenze di quanto si è detto sono principalmente quattro: 1) lo scetticismo interpretativo moderato nella sua versione che individua lo strumento idoneo a delimitare le interpretazioni possibili nelle regole semantiche e sintattiche della lingua, ben si presta a soddisfare le esigenze "comunicative" del diritto penale, poiché fa del testo normativo il punto di partenza e il punto di arrivo del processo interpretativo. 2) Se si adotta la concezione della legalità penale in senso stretto o strettissimo d'innanzi a difficoltà o dubbi nell'applicazione del criterio si dovrà concludere per la non tipicità del fatto. 3) Considerazioni di tipo dogmatico, sistematico, teleologico (prima denominati aspetti tecnici e pragmatici del diritto penale) servono ad accreditare o a screditare esiti interpretativi che non oltrepassano la cornice: assolvono il loro compito soltanto se accreditano o screditano interpretazioni possibili giudicandole o meno giuridicamente ammissibili. 4) La nozione di interpretazione estensiva si riferisce ad un esito interpretativo diverso e più ampio rispetto ad una interpretazione precedente dello stesso enunciato normativo, ma non dice nulla più di questo, per cui, sulla scorta di quanto si è scritto sin qui essa potrebbe designare in via alternativa: interpretazioni che restano all'interno di quelle possibili e giuridicamente ammissibili, cioè sostenute da adeguate ragioni giuridiche; interpretazioni possibili ma giuridicamente non ammissibili, cioè non sostenute da adeguate ragioni giuridiche; estensioni che oltrepassano i possibili significati e che quindi non sono interpretative.

2. *Analisi dei casi.* – Dopo questa lunga (ma necessaria) premessa si possono esaminare i tre casi oggetto di discussione.

Per primo il caso delle molestie. Si tratta di un caso nel quale il problema di distinguere analogia e interpretazione estensiva non si pone. Vediamo perché. La Corte di Cassazione ha ritenuto di dover escludere che il fatto criminoso descritto dall'art. 660 c.p. fosse integrato dall'invio di un messaggio di posta elettronica. In particolare i giudici affermano che "... non coglie nel segno l'argomento del giudice di merito secondo il quale la e-mail viene inoltrata col mezzo del telefono... la posta elettronica utilizza la rete telefonica e la rete cellulare delle bande di frequenza, ma non il telefono, né costituisce applicazione della telefonia che consiste, invece, nella teletrasmissione, in modalità sincrona". Ad onor del vero non convince il passaggio che ritiene non

riconducibile l'invio di e-mail nell'ambito dei significati attribuibili all'inciso "col mezzo del telefono" di cui all'art. 660 c.p. Non pare una forzatura e così problematico affermare che il significato della parole "col mezzo del telefono" è in grado di riferirsi pure all'invio di e-mail, il problema è, piuttosto, se l'invio di e-mail col mezzo del telefono leda l'interesse protetto dalla fattispecie penale. La stessa Cassazione, infatti, sottolinea che il comportamento tenuto per poter essere penalmente rilevante deve determinare molestia o disturbo grazie ad una modalità comunicativa realizzata col mezzo del telefono in via sincrona e non asincrona. Per cui siamo d'innanzi ad una interpretazione compiuta sulla base di valutazioni teleologiche riguardanti l'offensività del comportamento tenuto che non sfrutta tutte le potenzialità semantiche e sintattiche del testo. Se si tratti di valutazioni convincenti spetta stabilirlo ai cultori del diritto penale e non ad un filosofo del diritto, in questa veste ricordo che opera qui la tecnica della dissociazione o della riduzione teleologica: all'interno della classe "molestia arrecata col mezzo del telefono" si distinguono due sottoclassi, la molestia sincrona e quella asincrona, associando soltanto alla prima la conseguenza giuridica prevista. Forse non è un caso che una delle massime tratte dalla sentenza in esame esordisca così: "In materia di molestie private l'art. 660 c.p. deve essere interpretato restrittivamente"; in effetti la Cassazione propone una soluzione interpretativa riguardante una classe di casi meno ampia della classe di casi riconducibile all'interpretazione censurata dalla stessa Corte.

Una parola va spesa per la menzione nella sentenza dell'interpretazione estensiva. Su questo versante i giudici di legittimità trattano (inconsapevolmente?) dell'interpretazione estensiva riferendola ad una interpretazione possibile sul piano linguistico ma inammissibile sul piano giuridico. Il ragionamento analogico, quindi, non viene in causa e l'intero discorso è condotto all'interno dei possibili significati del testo normativo.

Per secondo il caso del getto pericoloso di cose. A parere di chi scrive l'emissione di onde elettromagnetiche non è punibile ai sensi dell'art. 674 c.p. Il dizionario della lingua italiana Sabatini-Coletti riporta per la parola "cosa" undici significati. Tra questi undici v'è pure, ovviamente, quello di "cosa materiale". Orbene non v'è dubbio che *prima facie* le onde elettromagnetiche non possano essere considerate materiali alla stessa stregua di ciò che comunemente si ritiene abbia materiale consistenza; è altrettanto vero, però, che se si guardasse agli studi di fisica contemporanea sarebbe possibile attribuire una qualche materialità alle onde elettromagnetiche pur se tale materialità non ne fa una cosa "che può essere toccata". Ma se pure si considerassero le

onde elettromagnetiche immateriali non sarebbe di per sé scorretto assumere che la materialità non sia una caratteristica rilevante ai fini della punibilità del comportamento e che intendendo per cosa un bene, materiale o immateriale, suscettibile di valutazione economica, non vi sarebbe serio ostacolo a ritenere le onde elettromagnetiche una cosa⁸.

I punti delicati sono, però, altri. Il primo è se una cosa siffatta come le onde elettromagnetiche possa essere gettata, o se l'uso del verbo gettare si attagli esclusivamente alle cose *quae tangi possunt*. Il fatto che per sostenere il "getto di onde elettromagnetiche" si sia scomodato il periodare poetico del 1300 è fortemente indicativo della difficoltà di rendere plausibile l'accostamento tra le onde elettromagnetiche e il verbo gettare, almeno alla luce delle regole semantiche e sintattiche che governano l'italiano odierno. Il secondo punto, legato al primo, è se una interpretazione così ampia del termine *cosa* associata alla presenza nel dato testuale del verbo *gettare* conduca ad una lacerazione della trama semantico-sintattica del testo tale da collocare la soluzione interpretativa perlomeno nell'area del dubbio. Se così fosse allora dovrebbe operare il meta-criterio di soluzione delle questioni interpretative dubbie costituito, come si è chiarito in premessa, dalla legalità penale in senso stretto e ciò dovrebbe condurre, di conseguenza, ad escludere che l'emissione di onde elettromagnetiche sia penalmente rilevante ai sensi dell'art. 674 c.p. Si badi bene: le considerazioni appena compiute, se accolte, escludono la necessità del ricorso a ragioni sistematiche e teleologiche.

Resta da esaminare il caso dello sfruttamento della prostituzione. La delicatezza della questione riposa sulla connotazione del vocabolo "prostituzione", ovvero sulle caratteristiche o proprietà comuni a tutte le cose indicate dal vocabolo. V'è da stabilire, quindi, se il contatto fisico sia caratteristica essenziale della prostituzione. Per un verso il caso paradigmatico di prostituzione è quello in cui si realizza pure il contatto fisico; per l'altro verso, però, considerare la prostituzione lo scambio di prestazioni sessuali contro il pagamento di una somma di denaro, un commercio delle prestazioni sessuali (che vi sia o non vi sia contatto fisico) è coerente con gli usi della parola prostituzione diffusi nella comunità di parlanti della lingua italiana. Ritenere che vi sia prostituzione anche in assenza di contatto fisico ove ricorra il mercimonio di prestazioni

⁸ Semmai, ci si potrebbe chiedere se i campi elettromagnetici abbiano di per sé valore economico, posto che l'art. 624, comma 2, c.p. subordina l'equiparazione a questa precisa condizione, disponendo che "Agli effetti della legge penale, si considera *cosa mobile* anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico".

sessuali non conduce l'interpretazione fuori dai possibili significati del testo normativo (art. 3, comma 8 della legge 20. 2. 1958, n. 75) il quale, è bene ricordarlo, sanziona "Chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui". Si tratta, quindi, di stabilire se la punizione di colui che sfrutta le prestazioni "... delle giovani che, a richiesta dell'interlocutore, si esibivano in atteggiamenti sessualmente espliciti e verso un corrispettivo" (dalla motivazione di Cassazione penale, sezione III, 3. 5. 2006) sia non soltanto linguisticamente possibile, bensì giuridicamente ammissibile. Bisogna stabilire, cioè, se sia punibile qualsiasi condotta qualificabile come "prostituzione" o se, ad onta del dato testuale, si possano punire soltanto alcune condotte qualificabili come prostituzione. Gli strumenti spendibili in questa direzione sono ben noti: intenzione del legislatore o *ratio* oggettiva, interpretazione sistematica nelle sue varie articolazioni etc. A questo punto, però, la palla passa agli studiosi di diritto penale, ai quali il filosofo del diritto è tenuto a cedere il passo.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011