

Con sentenza n. 713 del 20 settembre 2022 (dep. 12 gennaio 2023), la terza sezione penale della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di analogia *in malam partem*.

Costituisce patrimonio elementare di ogni sapienza giuridica, oltre che fattore fondante di una moderna civiltà giuridica in materia sanzionatoria, il rilievo secondo il quale lo strumento di riempimento delle lacune legislative offerto dal ricorso alla "applicazione analogica" *in malam partem* è inibito in relazione alle norme penali incriminatrici.

È altrettanto pacifico che si debba ricorrere alla analogia - che piuttosto che strumento della ermeneutica giuridica è mezzo, eccezionale, di nomopoiesi, essendo destinato al colmare le lacune dell'ordinamento, di tal che appare contraddittorio attribuire ad esso una funzione interpretativa, posto che esso entra in giuoco proprio laddove non vi è disposizione suscettibile di essere applicata e, quindi, previamente interpretata - allorchè la disciplina di una determinata figura giuridica presenti delle lacune, incolmabili con gli altri ordinari strumenti posti a disposizione dell'interprete, di tal che, onde dirimere una determinata controversia, ovviamente anche in sede non strettamente giudiziaria, (l'analogia è, infatti, strumento la cui attualità applicativa sorge, si direbbe, esclusivamente nella pratica giuridica, atteso che in sede meramente teoretica il rilevamento di lacune nell'ordinamento non è fattore che presenti problemi da risolvere), si deve ricorrere alla disciplina positiva di altra figura giuridica che, per avere profili - funzionali o strutturali - prossimi a quella in questione, si presta a consentirne, attraverso il travaso di una parte del suo meccanismo applicativo, la funzionalità quanto all'aspetto, diversamente, lacunoso e, pertanto, inutilizzabile della disciplina dell'istituto in discorso.

È evidente che un tale meccanismo, laddove applicato al diritto penale precettivo, può comportare la estensione *in malam partem* di fattispecie che, altrimenti, per effetto della lacuna legislativa, sarebbero situate al di fuori del fuoco della norma incriminatrice.

Cosa che, per motivi facilmente intuibili - riconducibili quanto meno alla necessità che l'inserimento di una determinata condotta nel novero di quelle penalmente rilevanti, acciocché la sua violazione costituisca consapevole espressione di un atteggiamento antidoveroso dell'individuo agente, debba essere preesistente rispetto alla violazione stessa - ripugna alla comune coscienza giuridica ed è, pertanto, come accennato, sotto più profili espressamente vietato.

A tale riguardo si richiama dettato di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, il quale, in tal modo, costituendo un insuperabile ostacolo all'utilizzo dello strumento della analogia in materia penale (ostacolo, per altro, ribadito, sebbene non con la stessa forza didascalica, ma con pari efficacia sia a livello codicistico dall'art. 1 c.p. ove si legge che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite", sia a livello di Carta costituzionale, ove si rifletta, tenuto conto anche della ricordata funzione nomopoietica della analogia, che il divieto in questione è, di fatto, espressione del primato in materia penale, rispetto alle altre fonti del diritto, della legge formale, presidiato dall'art. 25, cpv., della Costituzione) prevede che "le leggi penali (...) non si applicano oltre i casi ed i tempi in esse considerati".

Diversamente dalla analogia, l'interpretazione estensiva, la quale non amplia ma discopre interamente il contenuto della norma, è pratica ermeneutica consentita, laddove non si tratti di leggi eccezionali o derogatorie, anche nella materia penale (Cass. pen., sezione V, 3 settembre 2018, n. 39517).

## Riferimenti Normativi:

- art. 2 c.p.
- art. 25 Cost.
- art. 14 Preleggi