

Cristiano Cupelli

**DIVIETO DI ANALOGIA *IN
MALAM PARTEM* E LIMITI
DELL'INTERPRETAZIONE IN
MATERIA PENALE: SPUNTI DALLA
SENTENZA 98 DEL 2021**

Estratto

NOTE E OSSERVAZIONI A DECISIONI DELLA CORTE PUBBLICATE IN PRECEDENTI FASCICOLI

SENTENZA (28 aprile 2021) 14 maggio 2021 n. 98 — Pres. Coraggio — Red. Viganò — Pres. Cons. ministri.

[6136] Procedimento penale - Dibattimento - Riqualificazione giuridica del fatto - Facoltà dell'imputato, allorchando sia invitato dal giudice a instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione, di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato - Omessa previsione - Denunciata disparità di trattamento e violazione del diritto di difesa - Mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale in malam partem - Conseguente lacuna motivazionale sulla rilevanza - Inammissibilità delle questioni.

(Cost., artt. 3, 24 e 111; c.p.p., art. 521).

Sono inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., censurato per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorchando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al medesimo giudice il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato. Nel procedere alla riqualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio — che costituisce il presupposto logico che condiziona l'applicazione nel giudizio a quo della disposizione censurata — il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo, fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. (nullum crimen, nulla poena sine lege stricta), che non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e che costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. Il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale in malam partem in relazione al caso di specie comporta dunque una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate (sentt. nn. 96 del 1981, 364 del 1988, 487 del 1989, 34 del 1995, 447 del 1998, 5 del 2004, 394 del 2006, 327 del 2008, 230 del 2012, 115, 121 del 2018, 57 del 2021; ord. n. 24 del 2017) (1).

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 521 del codice di procedura penale, promosso dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monoeratica, nel procedimento penale a carico di E. L., con ordinanza del 9 giugno 2020, iscritta al n. 168 del registro ordinanze 2020 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 49, prima serie speciale, dell'anno 2020.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;
udito nella camera di consiglio del 14 aprile 2021 il Giudice relatore Francesco Viganò;
deliberato nella camera di consiglio del 28 aprile 2021.

RITENUTO IN FATTO. — 1. Con ordinanza del 9 giugno 2020, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monocratica, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorchando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio», in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

1.1. Il rimettente sta procedendo con rito immediato nei confronti di un imputato rinviato a giudizio per il delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* del codice penale, aggravato ai sensi del secondo comma. All'imputato è contestato di avere, con reiterate condotte di minacce e molestie, cagionato «alla compagna [...] un perdurante e grave stato di ansia e paura», «ingenerandole un fondato motivo [*recte*: timore] per la propria incolumità al punto di costringerla, altresì, ad alterare le abitudini di vita», e in particolare a non uscire più di casa per timore di incontrarlo e a cambiare il proprio numero di telefono. Nel capo di imputazione vengono quindi più analiticamente descritti i contestati episodi di minacce e molestie, queste ultime concretatesi anche in insulti e in atti di aggressione fisica, taluni dei quali produttivi di lesioni personali integranti altresì, nell'ipotesi accusatoria, il delitto di lesioni personali di cui all'art. 582 cod. pen., aggravato ai sensi dell'art. 585 in relazione agli artt. 576, numero 5.1), e 577, numero 1), cod. pen.

Chiusa l'istruttoria dibattimentale, e prima di ritirarsi in camera di consiglio, il rimettente — sulla base di «un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 521 comma 1 c.p.p.» — aveva invitato le parti «a instaurare il contraddittorio in ordine ad un'eventuale riqualificazione giuridica del fatto contestato al capo 1) nell'ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p., reato, tra l'altro, più grave di quello di cui all'art. 612-*bis* c.p., contestato nel decreto di giudizio immediato».

L'imputato aveva chiesto, a questo punto, la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen., in modo da essere rimesso in termini per formulare richiesta di rito abbreviato; in subordine, ove il fatto fosse ritenuto il medesimo già oggetto di contestazione, aveva chiesto di essere comunque giudicato nelle forme del rito abbreviato.

Ritiene il rimettente che il fatto provato in dibattimento sia effettivamente il medesimo contestato dalla pubblica accusa, ma che esso debba ricondursi all'alveo «della diversa e ben più grave ipotesi incriminatrice» dei maltrattamenti in famiglia ai sensi dell'art. 572 cod. pen., anziché a quello degli atti persecutori aggravati *ex art.* 612-*bis*, secondo comma, cod. pen.

Osserva in proposito il giudice che, secondo quanto emerso nell'istruttoria, l'imputato avrebbe commesso i fatti contestatigli in costanza della relazione sentimentale intercorsa con la persona offesa tra l'agosto e il novembre 2019, e che — pur non essendovi stata convivenza tra i due — la loro reciproca relazione sarebbe stata «seria, consolidata e fondata sulla condivisione dei rispettivi affetti»; circostanza questa attestata, tra l'altro, dal fatto che la persona offesa avrebbe «stretto un intenso rapporto affettivo con la madre e la sorella dell'imputato», che con lui convivevano, preparando spesso la cena per tutti i familiari del compagno e fermandosi a dormire a casa loro durante il fine settimana.

La circostanza che i fatti contestati si inserissero nel quadro di una stabile relazione affettiva in corso evocerebbe, allora, «un fatto ascrivibile a pieno titolo alla *ratio* applicativa del reato di cui all'art. 572 c.p., molto più che nel terreno dello

stalking che lascia ipotizzare la presenza di una vittima che fugge e di un carnefice che insegue».

A tale conclusione non osterebbe, secondo il rimettente, la previsione da parte del legislatore di una specifica aggravante per il delitto di atti persecutori, consistente nell'essere stato il fatto commesso, tra l'altro, da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa. In effetti, l'art. 572 cod. pen. si presterebbe ad una «interpretazione estensiva» in grado di attrarre nel suo ambito applicativo le condotte maltrattanti compiute in un «contesto affettivo protetto», caratterizzato come tale da «legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire». «Dal punto di vista della vittima» — osserva il rimettente — «la reazione è inibita perché profondo è il sentimento di dipendenza psicologica, irrinunciabile il progetto di vita intrapreso, pesante il senso di subordinazione o insuperabile il condizionamento materiale ed economico: la vittima ritiene comunque di dover accettare o di non poter o saper rompere il rapporto. Dal punto di vista dell'autore, il legame affettivo — sebbene sfibrato dalle mortificazioni —, in uno con la soggezione psicologica della vittima, la sua dipendenza morale, il suo affetto, il suo condizionamento materiale ed economico, il suo rispetto del valore stesso del rapporto, sono gli elementi che consentono la reiterazione, l'abitualità dei suoi comportamenti di negazione e mortificazione dell'impegno di stabilità, assistenza reciproca e fedeltà».

In presenza di una relazione siffatta, dovrebbe dunque essere ravvisata l'ipotesi della «convivenza» che caratterizza il delitto di maltrattamenti in famiglia. Conseguentemente, le condotte maltrattanti compiute in tale contesto — che cagionino in concreto «uno svilimento della sfera morale ed emotiva della vittima», idoneo a paralizzarne le reazioni — verrebbero sottratte all'ambito applicativo del meno grave delitto di cui all'art. 612-*bis*, secondo comma, cod. pen. Ciò in conformità all'insegnamento di numerose pronunce della Corte di cassazione, puntualmente citate nell'ordinanza di rimessione, che valorizzano «ben più del dato formale della condivisione continuativa di spazi fisici, il dato sostanziale della condivisione di progetti di vita» (sono citate Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 7 febbraio-9 maggio 2019, n. 19922; sezione seconda penale, sentenza 23 gennaio-8 marzo 2019, n. 10222; sezione sesta penale, sentenza 18 marzo-15 luglio 2014, n. 31121; sezione quinta penale, sentenza 17 marzo-30 giugno 2010, n. 24688; sezione terza penale, sentenza 3 luglio-3 ottobre 1997, n. 8953; sezione sesta penale, sentenza 18 dicembre 1970-20 febbraio 1971, n. 1587).

Una tale interpretazione sarebbe, anzi, l'unica compatibile con l'art. 3 Cost., dal momento che sarebbe «irragionevole tutelare la vittima di mortificazioni abituali allorché sia legata da vincoli fondati sul matrimonio, anche in quei casi in cui il rapporto sia ormai sgretolato e indebolito nella sua capacità di condizionare la vittima», e «non tutelare, invece, la vittima di mortificazioni abituali che avvengono in contesti affettivi non suggellati da scelte formali, ma caratterizzati comunque dalla attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima». Del resto, le altre ipotesi previste dall'art. 572 cod. pen. (sottoposizione ad autorità o affidamento per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia, ovvero esercizio di una professione o di un'arte) prescinderebbero tutte dall'elemento della convivenza.

Dal momento che, dunque, nel caso di specie i fatti descritti nel capo di imputazione — produttivi di gravi sofferenze e umiliazione in capo alla persona offesa — sarebbero stati commessi nel quadro di una relazione affettiva stabile, riconducibile al paradigma della «convivenza», essi dovrebbero essere riqualificati, ai

sensi dell'art. 521, primo comma, cod. proc. pen., come integranti l'ipotesi delittuosa di maltrattamenti in famiglia; e, correlativamente, la richiesta dell'imputato di essere giudicato con rito abbreviato dovrebbe essere rigettata, in quanto tardiva.

Tuttavia, il giudice dubita della compatibilità dello stesso art. 521, primo comma, cod. proc. pen. con i parametri costituzionali sopra indicati, giusta l'assenza di una disposizione di legge che attribuisca all'imputato — allorché sia invitato ad instaurare un contraddittorio sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto — il diritto di richiedere al giudice del dibattimento di essere giudicato con rito abbreviato, a fronte di tale nuova situazione.

1.2. Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni prospettate, il rimettente osserva anzitutto che è già oggi possibile una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 521, primo comma, cod. proc. pen., nel senso cioè che tale disposizione «imponga al giudice, prima della deliberazione della sentenza, di instaurare il contraddittorio argomentativo e probatorio della difesa in ordine alla riqualificazione giuridica del fatto». Tuttavia, un simile adempimento non varrebbe a evitare il sacrificio del «diritto di difesa nella declinazione di diritto alla scelta del rito», nonostante esso costituisca una modalità, tra le più qualificanti, del diritto di difesa (sono citate, *ex aliis*, le sentenze n. 131 del 2019, n. 219 del 2004 e n. 70 del 1996), quest'ultimo «da intendersi sia come diritto al riassetto della strategia difensiva nel dibattimento, sia come diritto alla rivisitazione della scelta del dibattimento».

I dubbi di illegittimità costituzionale sollevati, precisa il rimettente, non concernerebbero tanto l'irragionevolezza *ex se* della distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, che avrebbe anzi «una *ratio* costituzionale ben precisa, poiché racconta la fisionomia dei rapporti tra giudice terzo e accusatore: padrone del fatto è solo l'accusa [...], padrone del diritto è solo il giudice». Cionondimeno, l'attuale assetto normativo non si porrebbe in linea né con gli artt. 24 e 111 Cost., né con l'art. 3 Cost., per le ragioni seguenti.

1.2.1. Quanto agli artt. 24 e 111 Cost., il rimettente osserva che la modifica in iure dell'imputazione dovrebbe restituire alla difesa la possibilità di rivisitare la propria strategia anche nella scelta del rito, ben potendo la stessa concludere che sui fatti contestati — alla luce del nuovo *nomen* proposto dal giudice — «non vi siano i medesimi spazi per contraddire nel dibattimento che aveva inizialmente valutato, allorquando aveva, sulla scorta dell'imputazione, operato la scelta del rito».

Di ciò il caso concreto all'esame fornirebbe dimostrazione evidente: la difesa dell'imputato avrebbe, in effetti, mirato a provare in dibattimento l'esistenza di una relazione intensa e solida tra imputato e persona offesa, al fine di dimostrare l'incompatibilità di un tale legame con lo schema tipico del delitto di atti persecutori; e si sarebbe poi trovata sorpresa dalla prospettazione di una qualificazione alternativa — quella di maltrattamenti in famiglia — che proprio nell'intensità e solidità del rapporto troverebbe decisivo fondamento.

Inoltre, la diversa qualificazione prospettata dal giudice potrebbe in concreto determinare «anche e soprattutto uno stravolgimento nella risposta sanzionatoria»: fattore, quest'ultimo, che condizionerebbe in maniera determinante la scelta del rito. Anche sotto questo profilo il caso di specie risulterebbe emblematico, dal momento che la nuova qualificazione prospettata comporta una pena assai più gravosa di quella prevista per il delitto originariamente contestato.

Contro la possibilità di una restituzione dell'imputato nel termine per la scelta del rito in seguito alla prospettazione della possibile riqualificazione dell'imputazione da parte del giudice non potrebbe opporsi che essa frustrerebbe le esigenze deflative

sottese ai riti alternativi. Una simile effetto si produrrebbe, infatti, anche nelle ipotesi in cui la restituzione del termine consegue, per effetto di numerose pronunce di questa Corte, a mutamenti fattuali dell'imputazione. La logica deflattiva propria del rito abbreviato dovrebbe così essere ritenuta subvalente rispetto alla tutela della pienezza del diritto di difesa e del rispetto del principio di eguaglianza, che quelle pronunce hanno mirato ad assicurare.

Né, ancora, alla restituzione nel termine auspicata dal rimettente potrebbe obiettarsi che la modifica della veste giuridica dell'imputazione costituirebbe un rischio del dibattimento, che l'imputato si addossa allorché opti per il rito ordinario. Tale argomento, osserva il rimettente, è stato spesso invocato anche contro l'ammissione tardiva della difesa alla scelta del rito alternativo in conseguenza di mutamenti fattuali dell'imputazione; ma sarebbe stato gradualmente superato dalla giurisprudenza di questa Corte, dapprima con riferimento alle contestazioni cosiddette "patologiche", riconducibili a un errore del pubblico ministero, e poi anche nelle ipotesi di contestazioni "fisiologiche", derivanti da emergenze probatorie imprevedibili *ex ante* per il pubblico ministero.

Non vi sarebbe, d'altra parte, alcuna ragione cogente per ritenere che il mutamento *in iure* dell'imputazione sia sempre prevedibile per l'imputato; né si comprenderebbe «perché la riqualificazione dovrebbe essere prevedibile nei risultati per l'imputato, e non per il pubblico ministero — che infatti, proprio non prevedendola, ha commesso un errore a monte — e ricadere quindi a carico del primo». Ritenere prevedibile il mutamento di *nomen* nella direzione ipotizzata dal giudice — e in tutte le altre possibili — porrebbe anzi la difesa «in una sorta di paradosso: il difensore, infatti, se argomentasse molto, prevedendo diligentemente tutti i possibili esiti riqualificatori, rischierebbe di suggerire egli stesso una via alla quale il giudice non aveva neppure pensato [...]; se mantenesse invece un profilo basso, argomentando nei limiti della fattispecie contestata [...], lascerebbe delle zone inesplorate che, se pur lo conducessero al risultato rispetto alla fattispecie originaria, lo inchioderebbero su una delle altre possibili, tra l'altro con un'anomala inversione dell'onere della prova, perché finirebbe per essere condannato per non essersi difeso su un'ipotesi non argomentata dall'accusa».

La *mutatio in iure* dovrebbe dunque considerarsi come una correzione, operata dal giudice, di un errore originario del pubblico ministero: e dunque parteciperebbe della stessa natura della contestazione "patologica", trattandosi di un «errore di selezione della veste giuridica addebitabile all'accusa», che non potrebbe come tale «risolversi in un nocumento delle prerogative proprie del diritto di difesa».

1.2.2. Per ciò che concerne poi la censura riferita all'art. 3 Cost., il rimettente lamenta anzitutto l'ingiustificata disparità di trattamento esistente tra l'imputato destinatario sin dal principio dell'imputazione corretta — il quale ha accesso al rito abbreviato — e l'imputato nei cui confronti invece il pubblico ministero abbia compiuto un errore nella qualificazione giuridica del fatto. Quest'ultimo infatti, in seguito alla riqualificazione operata dal giudice, perderebbe la possibilità di accedere al rito premiale rispetto al medesimo titolo di reato.

In secondo luogo, anche nell'ipotesi di riqualificazione del fatto da parte del giudice l'imputato potrebbe recuperare la facoltà di accesso ai riti alternativi, per effetto di circostanze del tutto casuali e non prevedibili *ex ante*, in particolare allorché il reato così come riqualificato appartenga alla competenza di un giudice superiore o al tribunale in composizione collegiale. In tal caso, infatti, il giudice dovrebbe restituire gli atti all'organo dell'accusa, a norma dell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen., per un nuovo esercizio dell'azione penale; ciò che consentirebbe all'imputato di

optare, a questo punto, per un rito alternativo, con conseguente irragionevole disparità di trattamento rispetto a tutte le altre ipotesi.

In terzo luogo, la pur innegabile differenza tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* non potrebbe giustificare la difformità di trattamento, quanto alla pena, tra imputati che subiscano, nel corso del procedimento, modifiche in fatto della contestazione e modifiche in diritto. In particolare, non sarebbe chiara la ragione che consente di trattare diversamente l'imputato che, «a fattispecie incriminatrice ferma», si veda contestata una circostanza aggravante quale la recidiva — e che pertanto potrà accedere al rito abbreviato in virtù di tale modifica fattuale —, e l'imputato nei cui confronti muti la sola qualificazione giuridica del fatto contestato — il quale vedrà stravolta la propria prospettiva sanzionatoria, senza poter rivedere le proprie scelte in tema di rito.

Infine, occorrerebbe considerare che il mutamento del *nomen iuris* del fatto contestato potrebbe essere dovuto a una iniziativa, assunta durante il dibattimento, dallo stesso pubblico ministero, il quale a tal fine avrebbe a propria disposizione lo strumento della modifica della imputazione ai sensi dell'art. 516 cod. proc. pen. In tal caso, tuttavia, l'imputato verrebbe rimesso in termini per la scelta del rito alternativo, mentre laddove fosse il giudice ad operare tale mutamento, la scelta in parola sarebbe ormai preclusa. Con conseguente ulteriore profilo di irragionevole disparità di trattamento tra situazioni omogenee.

2. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile ed infondata.

L'Avvocatura generale dello Stato riconosce, anzitutto, che l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. imporrebbe al giudice, prima della deliberazione della sentenza, di instaurare il contraddittorio con le parti, in primis con l'imputato, in ordine alla riqualificazione giuridica del fatto. Tale interlocuzione sarebbe peraltro tesa unicamente a consentire lo svolgimento di ulteriori argomenti difensivi, non già a permettere alla difesa una rivalutazione delle scelte relative al rito ormai già compiute, secondo quanto già ritenuto da questa Corte con la sentenza n. 103 del 2010, che aveva ritenuto non sindacabile la scelta discrezionale compiuta dal legislatore in ordine alla diversità di disciplina tra *immutatio iuris e facti*, contenuta nel primo e nel secondo comma dell'art. 521 cod. proc. pen.

La soluzione auspicata dal rimettente, d'altra parte, svilirebbe la natura stessa del rito abbreviato, consentendo all'imputato di accedere ai benefici da esso derivanti (e segnatamente alla riduzione di un terzo della pena) anche all'esito di un lungo e articolato dibattimento, con conseguente frustrazione della funzione premiale e deflattiva del rito in parola.

Né coglierebbero nel segno i parallelismi invocati dal rimettente tra le ipotesi di nuove contestazioni del pubblico ministero e la riqualificazione in iure dell'imputazione operata dal giudice, rispetto alla quale «l'imputato ha avuto la possibilità di esperire in dibattimento ogni mezzo di difesa in relazione ad un fatto contestato che è rimasto immutato nei suoi elementi costitutivi».

Infine, la diversa qualificazione giuridica adottata dal giudice di primo grado potrebbe comunque essere oggetto di gravame da parte dell'imputato.

Nessuna violazione del diritto di difesa potrebbe dunque profilarsi in riferimento alla norma censurata, anche in ragione della prevedibile diversa qualificazione giuridica di fatti tra loro affini, come — nel caso di specie — gli atti persecutori e i maltrattamenti in famiglia.

3. L'imputato nel giudizio *a quo* non si è costituito avanti a questa Corte.

* * *

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monocratica, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio», in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

2. Le questioni sono inammissibili, per non essersi l'ordinanza di remissione adeguatamente confrontata con gli argomenti contrari alla riqualificazione giuridica del fatto contestato nel giudizio *a quo*, riqualificazione dalla quale dipende la rilevanza delle questioni prospettate.

2.1. L'imputato è chiamato a rispondere del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis*, primo e secondo comma, del codice penale. In esito al dibattimento, il rimettente ritiene di dover riqualificare i fatti contestati — immutati nella loro materialità — nella diversa e più grave fattispecie di maltrattamenti in famiglia, di cui all'art. 572 cod. pen. Avendo prospettato alla difesa dell'imputato tale possibile riqualificazione, e avendo il difensore chiesto — a fronte di tale modifica *in iure* — di essere ammesso al rito abbreviato, il rimettente solleva le questioni di legittimità costituzionale sopra indicate, aventi ad oggetto la disposizione del codice di procedura penale — l'art. 521, comma 1 — che consente al giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, nella parte in cui non prevede la possibilità per l'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto così come diversamente qualificato.

La riqualificazione — da atti persecutori aggravati a maltrattamenti in famiglia — dei fatti contestati all'imputato costituisce dunque il presupposto logico che condiziona l'applicazione nel giudizio *a quo* della disposizione, della cui legittimità costituzionale il giudice dubita.

2.2. Tale riqualificazione riposa sul rilievo, svolto con ricchezza di argomenti dall'ordinanza di remissione, che le condotte — moleste, minacciose, ingiuriose e violente — contestate all'imputato siano state commesse nel quadro di una relazione affettiva stabile tra l'imputato e la persona offesa, pur nella riconosciuta assenza di convivenza.

Secondo quanto riferisce il rimettente, dall'istruttoria dibattimentale è emersa l'esistenza di un rapporto affettivo tra i due, dipanatosi in un arco temporale di circa quattro mesi, nel corso del quale — in particolare — la donna era solita frequentare la casa ove l'uomo viveva con la madre e la sorella, e nella quale lei stessa talvolta si tratteneva.

Il pubblico ministero aveva qualificato le condotte contestate all'imputato come atti persecutori ai sensi dell'art. 612-*bis* cod. pen., con l'aggravante prevista dal secondo comma di tale disposizione, che prevede l'aumento della pena quando il fatto sia commesso, tra l'altro, «da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

Ritiene invece il rimettente che la stabilità della relazione affettiva, desunta in particolare dall'assidua frequentazione da parte della persona offesa della famiglia dell'imputato, imponga di riqualificare le condotte come maltrattamenti in famiglia ai sensi dell'art. 572, primo comma, cod. pen.: disposizione, quest'ultima, applicabile

a chiunque «maltratta», per la parte che qui rileva, «una persona della famiglia o comunque convivente». Ciò in quanto il sintagma «una persona [...] comunque convivente» andrebbe letto come riferito a un «contesto affettivo protetto», caratterizzato da «legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire». In tale ipotesi, dunque, il più grave delitto di maltrattamenti in famiglia assorbirebbe l'ipotesi aggravata di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis*, secondo comma, cod. pen., che verrebbe dunque ad abbracciare le sole ipotesi di relazioni affettive non caratterizzate (o non più caratterizzate) da una «attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima».

Questa lettura troverebbe conforto, osserva il rimettente, in varie pronunce della Corte di cassazione, che hanno ricondotto allo spettro applicativo dell'art. 572 cod. pen. fatti commessi nell'ambito di relazioni caratterizzate dalla «condivisione di progetti di vita», e hanno affermato il principio secondo cui l'art. 572 cod. pen. «è applicabile non solo ai nuclei familiari fondati sul matrimonio, ma a qualunque relazione sentimentale che, per la consuetudine dei rapporti creati, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale». Pertanto, il delitto sarebbe configurabile «anche quando manchi una stabile convivenza e sussista, con la vittima degli abusi, un rapporto familiare di mero fatto, caratterizzato dalla messa in atto di un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà ed assistenza» (Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 7 febbraio-9 maggio 2019, n. 19922, nonché — nello stesso senso — sezione sesta penale, sentenza 18 marzo-15 luglio 2014, n. 31121 e, pur escludendo nel caso di specie il reato *de quo*, sezione sesta penale, sentenza 7 maggio-27 maggio 2013, n. 22915. Si vedano altresì, in epoca successiva all'ordinanza di rimessione, sezione sesta penale, sentenza 21 ottobre-1° dicembre 2020, n. 34086, concernente una coppia che, pur non convivendo, pagava congiuntamente un appartamento utilizzato come base per incontri clandestini; sezione sesta penale, sentenza 6 novembre 2019-11 febbraio 2020, n. 5457, relativa a una coppia non convivente, la cui relazione durava da appena due mesi).

2.3. Tuttavia, tale orientamento risale, come correttamente osserva il rimettente, ad epoca antecedente alla introduzione dell'art. 612-*bis* cod. pen., e si è formato in larga misura con riferimento a ipotesi concrete caratterizzate dal venir meno di una preesistente convivenza (la sentenza n. 19922 del 2019 sopra citata concerneva, ad esempio, una coppia che aveva convissuto per circa dieci anni; e parimenti concernono ex conviventi Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 3 novembre-22 dicembre 2020, n. 37077; sezione terza penale, sentenza 12 giugno-28 ottobre 2019, n. 43701; sezione sesta penale, sentenza 13 dicembre 2017-24 gennaio 2018, n. 3356), specie quando dalla convivenza siano nati anche dei figli (*ex aliis* Corte di cassazione, sezione sesta penale, sentenza 6 ottobre 2020-4 febbraio 2021, n. 4424; sezione sesta penale, sentenza 28 settembre-20 novembre 2017, n. 52723; sezione sesta penale, sentenza 20 aprile-22 maggio 2017, n. 25498).

Non a caso, una recente sentenza della Corte di cassazione — invero successiva all'ordinanza di rimessione — ha escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi assai simile a quella oggetto del processo *a quo*, caratterizzata da una relazione «instaurata da non molto tempo» e da una «coabitazione» consistita soltanto «nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia» (Corte di cassazione, sezione terza penale, sentenza 23 novembre 2020-25 gennaio 2021, n. 2911).

2.4. La giurisprudenza di legittimità, considerata alla luce dei casi di volta di volta esaminati, fornisce dunque indicazioni assai meno univoche di quanto appaia dall'ordinanza di rimessione circa la possibilità di sussumere entro la figura legale descritta dall'art. 572 cod. pen., e non in quella di cui all'art. 612-*bis*, secondo comma, cod. pen., condotte abusive poste in essere nel contesto di una relazione affettiva con le caratteristiche illustrate nell'ordinanza di rimessione, ove si dà atto in particolare dell'assenza di convivenza (presente o passata) tra i due protagonisti della vicenda.

Ma, soprattutto, nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi nonché — implicitamente — dall'art. 1 cod. pen., e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (*nullem crimen, nulla poena sine lege stricta*) (sentenza n. 447 del 1998).

Il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge — non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza — che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ciò vale non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui in materia penale «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice» (BVerfGE 73, 206, (235); in senso conforme, più recentemente, BVerfGE 130, 1 (43); 126, 170 (197); 105, 135 (157); 92, 1 (12)).

Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale (su quest'ultimo profilo, si vedano in particolare le sentenze n. 96 del 1981 e n. 34 del 1995, nonché, con riferimento alle sanzioni amministrative di carattere punitivo, n. 121 del 2018): corollari posti a tutela sia del principio “ordinamentale” della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti (ordinanza n. 24 del 2017), nonché — evidentemente — tra le diverse figure di reato; sia della garanzia “soggettiva”, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988).

È evidente infatti che la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, che assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione — destinata potenzialmente a ripercuotersi in maniera drammatica sul diritto «inviolabile» (art. 13 Cost.) alla libertà personale dei destinatari della norma penale — spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 230 del 2012, n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge.

Per altro verso, il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce l'ovvio pendant dell'imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati» (sentenza n. 96 del 1981). Tale imperativo mira anch'esso a «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito» (sentenza n. 327 del 2008), nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato; ma, al tempo stesso, mira altresì ad assicurare al destinatario della norma «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (così, ancora, la sentenza n. 327 del 2008, nonché la sentenza n. 5 del 2004). Tanto che proprio rispetto al mandato costituzionale di determinatezza della norma incriminatrice questa Corte ha recentemente rammentato che «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura.

E dunque, il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l'interrogativo se il risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali dei requisiti alternativi «persona della famiglia» e «persona comunque [...] convivente» con l'autore del reato; requisiti che circoscrivono — per quanto qui rileva — l'ambito delle relazioni nelle quali le condotte debbono avere luogo, per poter essere considerate penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 572 cod. pen.

Il divieto di analogia *in malam partem* impone, più in particolare, di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo *a quo*, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima “famiglia” dell'imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di “convivenza”.

In difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 cod. pen. in casi siffatti — in luogo dell'art. 612-*bis*, secondo comma, cod. pen., che pure contempla espressamente l'ipotesi di condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente — apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice: una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustrate dal rimettente, ma comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost.

2.5. Il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale *in malam partem* in relazione al caso di specie comporta dunque una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate, che ne determina l'inammissibilità (da ultimo, sentenza n. 57 del 2021).

P.Q.M. LA CORTE COSTITUZIONALE

Dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 del codice di procedura penale, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Torre Annunziata, in composizione monocratica, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

A commento della presente sentenza pubblichiamo un'osservazione del prof. Cristiano Cupelli.

Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021.

1. Il rilievo della sentenza in commento si ricollega non tanto alla specifica doglianza prospettata dal rimettente — la mancata previsione all'art. 521 c.p.p. della facoltà di chiedere al giudice del dibattimento di proseguire nelle forme del rito abbreviato a seguito della riqualificazione giuridica *in peius* del fatto contestato — quanto all'argomentazione posta a sostegno del ravvisato difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, e cioè la violazione del divieto di analogia *in malam partem* dell'indirizzo ermeneutico accolto in sede di modifica peggiorativa dell'imputazione (1), e al segnale lanciato nei rapporti tra potere legislativo e giudiziario in un momento storico nel quale viene messa in discussione, da più parti e con varietà di argomenti, l'attualità di alcuni principi fondamentali di garanzia del sistema penale (2).

2. Andando con ordine, il Tribunale di Torre Annunziata dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorché sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, «di richiedere il giudizio

(1) Sulla sentenza, tra i primi commenti, L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen* 16 luglio 2021; F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 1218 ss.; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio costituzionale* 5/2021, 196 ss.; A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta on line* 10 novembre 2021.

(2) Nella vastissima bibliografia sulla progressiva erosione del principio di legalità penale, si vedano, per tutti e senza pretesa di esaustività, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, Milano 2007, 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *ivi*, 1279 ss.; ID., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1249 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli 2014, 14 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in questa *Rivista* 2015, 181 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2018, 1406 ss.; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli 2020.

abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio». L'asserita illegittimità è stata ravvisata nel momento in cui, celebrando un processo nei confronti di un imputato accusato di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) per una serie di condotte abusive poste in essere nei confronti di una donna con cui intratteneva da qualche mese una relazione affettiva e che frequentava abitualmente la sua casa familiare, il giudice rimettente, al termine del dibattimento, prospettava alle parti la possibilità di una riqualificazione dei fatti contestati nel più grave delitto di maltrattamenti in famiglia; e ciò, sulla scorta di un orientamento della Cassazione che considera integrato l'art. 572 c.p. in presenza di condotte maltrattanti compiute in un '*contesto affettivo protetto*', caratterizzato da '*legami forti e stabili tra i partner*' e dalla '*condivisione di progetti di vita*'. A fronte della conseguente richiesta dell'imputato di essere ammesso al giudizio abbreviato, per beneficiare del relativo sconto di pena in caso di condanna, il giudice aveva ritenuto la preclusione incompatibile, in un caso come quello esaminato, con i principi di eguaglianza, del giusto processo e del diritto di difesa, comportando il prospettato mutamento della qualificazione giuridica del fatto uno stravolgimento dei rischi sanzionatori che l'imputato aveva considerato nella iniziale scelta di affrontare il dibattimento anziché chiedere di essere giudicato con rito abbreviato o di patteggiare la pena.

3. Già sul piano metodologico, la Corte costituzionale offre una plastica dimostrazione di senso pratico. Ritenuta "debole" (in quanto carente di rilevanza) la questione così come prospettata dal Tribunale (la supposta omissione di disciplina dell'art. 521 c.p.p.), decide di raggiungere *per altra via* l'obiettivo di rimuovere la *sostanziale ingiustizia* della denunciata preclusione processuale, attribuendo un ruolo centrale alla sottostante questione interpretativa e ravvisando carenze sul piano della ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali e del rispetto del divieto di analogia *in malam partem* (§§ 2.3 e 2.4).

Dal primo punto di vista, si osserva, l'indirizzo cui accede il giudice *a quo*, che ritiene obliterabile il requisito della coabitazione per la configurabilità del delitto di maltrattamenti in famiglia, è antecedente all'introduzione della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p. e si è formato per lo più con riferimento a ipotesi concrete connotate dal venir meno di una preesistente convivenza, specie quando da essa siano nati anche dei figli; a supporto, si aggiunge, in una recente pronuncia, successiva all'ordinanza di rimessione (3), la stessa Cassazione ha escluso la sussumibilità nel delitto di maltrattamenti di un'ipotesi assai simile a quella oggetto del giudizio *a quo*, caratterizzata da una relazione «instaurata da non molto tempo» e da una coabitazione consistita soltanto «nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia» (§ 2.3.).

Sull'altro versante, la Corte osserva che «nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confron-

(3) Cfr. Cass. pen., sez. III, 23 novembre 2020 (dep. 25 gennaio 2021), n. 2911.

tarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo» (§ 2.4.). Riaffermata la base legale del principio — l'art. 14 delle c.d. preleggi, nonché, implicitamente, l'art. 1 c.p. e l'art. 25, comma 2 Cost. —, si pone l'accento sull'impossibilità di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali: il dato testuale costituisce infatti «un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo», dal momento che «è il testo della legge — non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza — che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore» (§ 2.4.). Il divieto di analogia, del resto, puntualizzano i giudici costituzionali, rappresenta un corollario indefettibile tanto della riserva di legge, quanto della determinatezza della fattispecie penale: assicura il rispetto della separazione dei poteri, da un lato, e la garanzia «soggettiva» della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, dall'altro, garantendo, al contempo, il monopolio delle scelte punitive in capo al Parlamento e «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» nei confronti di ciascun cittadino dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta (§ 2.4.). È palese, si precisa ulteriormente, che, qualora non fosse precluso al giudice di sganciare la propria esegesi dalla *littera legis*, la riserva di legge risulterebbe svuotata di significato: l'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice potrebbe essere stravolto in via interpretativa, vanificando ogni garanzia per il singolo cittadino, che non potrebbe in alcun modo presagire l'*an* e il *quantum* della risposta sanzionatoria alle proprie azioni e dunque orientare le proprie scelte (§ 2.4.).

4. Sulla base di tali premesse, la Corte, pur non disconoscendo il merito dell'intento sotteso alla lettura estensiva compiuta dal Tribunale («assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi»), la reputa disallineata rispetto alle coordinate testuali fissate nell'art. 572 c.p. e al divieto di analogia *in malam partem*. Divieto che, nel caso di specie, impone «di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo *a quo*, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima “famiglia” dell'imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di “convivenza”». In difetto di tale dimostrazione, applicare l'art. 572 c.p. «apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice: una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico (...), ma comunque preclusa dall'art. 25, comma 2 Cost.»; il che, conclude la Corte, comporta «una lacuna motivazionale sulla

rilevanza delle questioni prospettate, che ne determina l'inammissibilità» (§ 2.5).

5. L'importanza dei passaggi argomentativi appena richiamati colloca la pronuncia nel cuore del dibattito sui limiti dell'attività interpretativa in materia penale; dibattito animato dalla diffusa sensazione di una crescente tendenza giurisprudenziale a dilatare l'ambito applicativo di talune fattispecie (4), come attestato, proprio alla vigilia del deposito della sentenza n. 98, da prese di posizione estensive — *recte*: analogiche — tanto a sfavore quanto a favore del reo (5).

Soffermandoci sulle prime, un rilievo peculiare assume il terreno della responsabilità colposa degli operatori sanitari. Come è noto, la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha introdotto, nel codice penale, il nuovo articolo 590-*sexies*, concernente la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario, la cui non felice formulazione ha da subito suscitato interpretazioni difformi nella giurisprudenza di legittimità. Chiamate in causa, le Sezioni unite, pur di fronte a una scelta esplicita posta in essere in sede di riforma (l'obliterazione della gradazione della colpa), hanno ritenuto che la nozione di colpa lieve, ad onta di una «mancata evocazione esplicita da parte del legislatore del 2017», fosse comunque da ritenere

(4) Ravvisa V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.* 2018, 2226 frequenti «eccedenze interpretative sempre più invasive, "populistiche" o "di lotta"».

(5) Sul versante delle operazioni ermeneutiche *in melius*, non può non ricordarsi, per tutte, la recente presa di posizione delle Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. alle famiglie di fatto (Cass. pen., sez. un., 26 novembre 2020 (dep. 17 marzo 2021), n. 10381, in *Sist. pen.*, 18 marzo 2021); in tale pronuncia si fa espresso ricorso all'analogia a fronte della ritenuta impossibilità di risolvere la questione attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di matrimonio. I giudici, nel caso di specie, hanno ritenuto ammissibile l'analogia *in bonam partem* in quanto avente ad oggetto una causa di esclusione della colpevolezza, riducendo contestualmente la platea delle norme favorevoli al reo non estensibili analogicamente alle sole cause di non punibilità in senso stretto, espressione di valutazioni politico-criminali di carattere eccezionale. Anche tale decisione ha destato non poche perplessità: se è vero che parte della dottrina tende a riconoscere uno spazio di operatività alla analogia *in bonam partem* nell'ordinamento penale, è altrettanto innegabile che ciò avviene con riguardo alle sole cause di giustificazione in senso stretto, le quali, come è noto, escludono l'antigiuridicità in quanto norme non penali, ma di carattere generale e produttive di effetti in tutto l'ordinamento giuridico. Critici, rispetto alla soluzione adottata dai giudici di legittimità, G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. it* 2021, 1725 ss. e S. FIORE, *Non aspettare più Godot. Il problema dell'applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *Arch. pen.* 2021; favorevoli, invece, E. GALLUCCI, *Le Sezioni unite risolvono la questione dell'applicabilità dell'art. 384, comma 1 c.p. ai conviventi more uxorio*, in *Cass. pen.* 2021, 1944 ss. e F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sist. pen.* 2021, il quale ritiene sia stata valorizzata l'analogia quale «strumento di giustizia» e reputa la sentenza «un caso prototipico di esercizio della funzione nomofilattica», da intendersi come «funzione para-legislativa» di cui sarebbero comunque garantiti effetti sostanzialmente *erga omnes*.

sottesa alla norma in esame o meglio «intrinseca alla formulazione del nuovo precetto», così di fatto recuperandola quale elemento implicito nel dato normativo (6). In buona sostanza, i giudici si sono mossi alla ricerca di un'interpretazione costituzionalmente conforme attraverso un'attività ermeneutica spintasi dichiaratamente «oltre» la letteralità del testo, attraverso una reinterpretazione del canone dell'art. 12 delle preleggi. A loro avviso, infatti, «la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della intenzione del legislatore», comporta il divieto ricavabile per l'interprete di «andare “contro” il significato delle espressioni usate», non implicando invece quello di andare «“oltre” la letteralità del testo», soprattutto allorquando l'opzione ermeneutica prescelta rappresenti «il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere a un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al “diritto vivente” nella materia in esame» (§ 5). Sulla base di tale premessa, si è ritenuto che esulino dall'area di non punibilità non solo le forme di negligenza e imprudenza ma anche quelle di imperizia grave (nell'atto esecutivo). Resta il dubbio se possa una siffatta “interpretazione”, etichettata come «costituzionalmente conforme», dirsi davvero *conforme a Costituzione*, allorché si arrivi al punto di introdurre nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppure di dubbia costituzionalità), come l'art. 590-*sexies* c.p., un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra gradi di imperizia) e per di più *in malam partem*, con effetti limitativi della non punibilità. In sostanza, occorre chiedersi se davvero possa il giudice, «sperimentando un'interpretazione delle norme che consenta di dare loro concreta attuazione», spingersi oltre un testo, nel quale si è tradotta — seppure con formulazione tecnicamente infelice — la discutibile ma precisa scelta di riconoscere un trattamento di minore severità sanzionatoria alle condotte mediche connotate da imperizia, abbandonando qualsivoglia gradazione (7).

Altre non meno significative esemplificazioni si rinvencono nel campo dei delitti contro il patrimonio. Paradigmatiche talune recenti pronunce dirette ad ampliare la nozione di *cosa mobile*, ad esempio ravvisando la sussistenza del delitto di appropriazione indebita nel caso di impossessamento di *file* informatico (copiato e successivamente cancellato dal computer del proprietario), evidentemente privo del requisito della materialità (8), ovvero qualificando come rapina, anziché violenza privata, l'asportazione di ovociti in assenza di consenso della donna (9), ritenendo una parte del corpo, peraltro dotata di propria potenziale vitalità successiva, *cosa mobilizzabile*.

(6) Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018) n. 8770, in *Cass. pen.* 2018, 1452 ss.

(7) Sul punto, per ulteriori considerazioni, C. CUPELLI, *L'anamorfoosi dell'art. 590-*sexies* c.p. L'interpretazione 'costituzionalmente conforme' e i problemi irrisolti dell'imperizia medica dopo le Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2018, 1969 ss.

(8) Cfr. Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2019 (dep. 10 aprile 2020), n. 11959, in *Sist. pen.* 4 marzo 2021.

(9) Cfr. Cass. pen., sez. II, 25 novembre 2020 (dep. 30 dicembre 2020), n. 37818, in *Giur. it.* 2021, 1732 ss., con nota di A. VALLINI, *La sottrazione violenta di ovociti e le torsioni del «tipo criminoso»*.

Al di là del *travestimento* da interpretazioni estensive, poche incertezze sulla natura para-analogica delle soluzioni prospettate: per quanto ampio (e autonomo), il concetto penalistico di cosa mobile non autorizza la sussunzione al suo interno — a meno di travalicare i confini della *littera legis* — di *files* informatici od ovociti. Nella medesima prospettiva, e sempre nell'ambito patrimoniale, si segnalano i tentativi di “rimodulazione” del concetto di *sottrazione* nel delitto di rapina impropria; da ultimo, quello diretto a riconoscere, quale presupposto del reato di cui all'art. 628, comma 2 c.p., non necessariamente un furto seguito da violenza o minaccia, ma un qualsiasi reato nel quale vi sia stata una sottrazione della cosa da parte dell'autore del reato, intendendo per l'appunto tale sottrazione come qualsiasi atto in base al quale la cosa sia passata dalla vittima all'autore (10).

6. La ricostruzione del contesto consente di apprezzare ancor più l'importanza della decisione in esame, le cui argomentazioni — sulla scia di altre recenti pronunce, rese in relazione al c.d. mutamento giurisprudenziale favorevole, a chiusura della c.d. saga Taricco e in materia di misure di prevenzione (segnatamente le sentenze n. 230 del 2012 (11), n. 115 del 2018 (12) e n. 25 del 2019 (13)) — celebrano l'imprescindibilità degli argini

(10) Cass. pen., sez. II, 28 aprile 2021 (dep. 16 giugno 2021), n. 23779, in *Giur. it.* 2021, 2764 ss., con nota critica di E. MEZZETTI, *Una singolare pronuncia sul concetto di «sottrazione» nel delitto di rapina impropria*.

(11) Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, in questa *Rivista* 2012, 3474 ss.; in tale pronuncia sono stati superati i dubbi di legittimità sulla mancata ricomprensione, all'art. 673 c.p.p., fra le cause di revoca della sentenza di condanna, del mutamento interpretativo favorevole operato dalle Sezioni unite. È stata questa l'occasione per ribadire l'esclusione di ogni equiparazione fra diritto legislativo e formante giurisprudenziale, anche in riferimento alle pronunce delle stesse Sezioni unite; in particolare, si è osservato come l'*overruling* favorevole non possa mai parificarsi agli altri due casi di revoca contemplati dalla disposizione del codice — l'abrogazione legislativa e la declaratoria d'illegittimità costituzionale — proprio per le peculiarità del nostro ordinamento, nel quale spettano al solo legislatore le scelte di politica criminale, anche di segno favorevole, secondo il principio *eius est abrogare cuius est condere*.

(12) Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in questa *Rivista* 2018, con nota di F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero “rivoluzionaria”*, 1311 ss.; sulle prospettive aperte da tale decisione, cfr. in particolare M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dir. pen. cont.* 11 luglio 2018 e M. LUCIANI, *La dura realtà e il “caso Taricco”*, in *Dir. pen. proc.* 2018, 1284 ss.

(13) Corte cost., 24 gennaio 2019, n. 25, in *Dir. pen. proc.* 2020, con nota di V. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ‘ante delictum’ nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, 107 ss. Alle tre pronunce menzionate nel testo possono aggiungersene altre, più risalenti e altrettanto note, pure richiamate nelle pieghe della motivazione della sentenza in esame, quali la n. 96 del 1981, la n. 364 del 1988 e la n. 327 del 2008. Una completa e aggiornata rassegna degli itinerari della giurisprudenza costituzionale in materia penale in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019 e O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano 2021.

sostanziali di garanzia offerti dal *nullum crimen*. Si tratta di pronunce che muovono tutte dal presupposto che la legalità penale — in ogni suo corollario — rappresenta un tratto identitario del nostro ordinamento costituzionale, non rinunciabile o sostituibile da interpretazioni giurisprudenziali dirette a rimediare a (vere o presunte) carenze originarie del tipo legislativo. In particolare, nella sentenza n. 115 del 2018 (che può essere considerata il referente più immediato della n. 98 (14)), la Corte, riconoscendo alla legalità penale il rango di *principio fondamentale dell'ordinamento*, in grado di arginare financo la primazia del diritto europeo, ha insistito sul deficit di determinatezza delle espressioni contenute nella c.d. *regola Taricco* — *i.e.* frodi tributarie di *rilevante entità* altrimenti impunte in un *numero considerevole* di casi — per bloccarne in via definitiva l'ingresso nel nostro ordinamento, esaltandone il ruolo a garanzia della separazione dei poteri; se è vero, infatti, che la precisione linguistica s'impone, a un tempo, come vincolo di produzione di regole chiare e garanzia di una percezione sufficientemente determinata delle stesse da parte dei consociati, è altrettanto evidente — e consequenziale — che finisce per ridurre anche lo spazio di manovra riconosciuto all'interprete, spettando (solo) al legislatore il compito di stabilire, per il tramite della legge scritta, quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale, residuando al giudice una funzione ausiliaria, quella di interpretare la disposizione, trarne il suo significato proprio e «scrutare nelle eventuali zone d'ombra» (15).

7. Alla sentenza in commento, debitamente contestualizzata, va in definitiva riconosciuto il merito non solo di avere rivendicato il peso della *testualità* della legge ma anche, e soprattutto, di avere riaffermato la pluralità di funzioni garantiste ascrivibili al divieto di analogia e al correlato principio di tassatività, e cioè: *i*) limitare gli spazi di azione del potere giudiziario, ribadendo il monopolio del legislatore nella materia penale e la concentrazione della potestà punitiva nelle mani dell'unico soggetto legittimato a compiere — nella garanzia procedimentale della dialettica parlamentare — scelte politico criminali idonee a incidere sulla libertà personale dei consociati; *ii*) assicurare l'accessibilità e la conoscibilità delle norme incrim-

(14) Valorizza il rapporto fra le due pronunce, in particolare, L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività*, cit., 4 ss.

(15) Osserva come questa sentenza abbia riaffermato «i cardini culturali della nostra tradizione giuridica» ed evitato «l'introduzione, per mano eurogiudiziaria, di una lettura palindroma dell'art. 101, comma 2, Cost., secondo la quale, all'occorrenza, è la legge (compresa quella penale) che andrebbe assoggettata alla volontà del giudice ete(u)rodiretto», F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale*, cit., 1311. Sull'intento perseguito dalla Corte costituzionale nella vicenda *Taricco* — quello di impedire, cioè, la trasformazione del giudice comune in un 'giudice di scopo', cui possano rimettersi obiettivi di politica criminale da perseguire —, cfr. anche D. PULTANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.* — *Riv. trim.* 1/2016, 228 ss. nonché, volendo, C. CUPELLI, *La pareidòlia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione 'indiretta' dei controlimiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2020, 1821 ss.

minatrici e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e dunque la libertà delle scelte d'azione, la capacità di autodeterminarsi e la motivabilità dei consociati attraverso le norme penali; *iii*) tutelare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, evitando che casi identici siano valutati difformemente da parte dei singoli giudici che li scrutinano; *iv*) salvaguardare la funzione rieducativa della pena, che rischierebbe di essere frustrata laddove si legittimasse l'applicazione di una pena per un fatto non espressamente previsto dalla legge come reato, ma valutato penalmente rilevante dal giudice sulla base di una *eadem ratio*; *v*) garantire la frammentarietà del diritto penale, che si traduce non solo nel delimitare in maniera selettiva e chiara i fatti di rilievo penale ma anche (come nel caso di specie) nel rispettare i confini punitivi tra le diverse ipotesi criminose e la relativa gradualità offensiva indicata dalla legge.

Gli effetti che ne possono discendere, sul piano dei rapporti istituzionali, paiono tutt'altro che irrilevanti e sono calibrati sui diversi destinatari della sentenza: nei confronti dei *giudici*, di merito e di legittimità (16), si coglie un monito affinché, quand'anche riscontrino lacune normative o esigenze di tutela che il legislatore pare non avere colto, non si cimentino in interpretazioni sganciate dal tipo criminoso predeterminato nella fattispecie; al *legislatore*, poi, è rivolto l'invito a formulare incriminazioni chiare e precise, che riducano ambiguità e pluralità di significati a disposizione della giurisprudenza.

Ma non è tutto. Letta in filigrana, e con una buona dose di ottimismo, si scorge lo spazio per una virtuosa ricaduta sul sindacato stesso della Corte costituzionale, ricavando dalle parole, nette e inequivoche, sul principio di tassatività una sorta di *auto-monito*, al quale ricollegare risvolti, *pro futuro*, in termini di rinnovato vigore nel vaglio di costituzionalità sulle norme penali: controllare in maniera più rigida che siano prodotte regole non solo adeguatamente definite *a priori* per essere applicate da parte del giudice, ma anche realmente idonee ad assicurare a ciascuno una percezione chiara e immediata dei risvolti penalistici della propria condotta e una interpretazione coerente con il tenore letterale (17).

A ben vedere, si può anche rintracciare un segnale in relazione alla giustiziabilità dello stesso divieto di analogia, il quale — non va dimenticato — ha scontato a lungo proprio i limiti processuali di azionabilità di sue eventuali violazioni (18); trattandosi di un principio rivolto al giudice in sede

(16) Ritiene che il monito sia rivolto *ai soli giudici di merito*, affinché non omettano di vagliare la correttezza dei pur stabili orientamenti ermeneutici della Cassazione, F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., 1222.

(17) Anche su questo profilo possono cogliersi punti di contatto con la sentenza n. 115 del 2018, pur con una rilevante differenza: se è vero che un vaglio circa la compatibilità con il *nullum crimen* era stato richiesto dai giudici *a quibus* nelle ordinanze di remissione relative alla vicenda Taricco, lo stesso non può dirsi nel caso che occupa, in cui il rimettente poneva alla Corte un interrogativo diverso, non vagliato nel merito in sentenza.

(18) Per ovviare a questi e altri inconvenienti dell'attuale conformazione del giudizio di costituzionalità con riferimento alle violazioni *in malam partem* della legalità, riprende e sviluppa la proposta di introdurre nel nostro ordinamento una

di interpretazione e applicazione delle norme incriminatrici, questi, come è stato messo in luce, «dinanzi ad un'eccezione di analogia sfavorevole, qualora fosse convinto che invece si tratti di semplice interpretazione estensiva, non aprirebbe mai i cancelli della Corte costituzionale dichiarando la questione manifestamente infondata. Se, invece, si convincesse che l'opzione interpretativa contestata è realmente analogica, avrebbe il dovere di scegliere un'altra possibile soluzione ermeneutica all'interno dei confini dell'interpretazione consentita, senza bisogno dunque di adire la Corte costituzionale» (19).

Ebbene, nella sentenza n. 98 la Corte sembra aprire un nuovo canale per sindacare possibili forzature interpretative del diritto vivente, proseguendo nella strada di ampliamento dei limiti di ammissibilità, già intrapresa allorquando, in precedenza, si è riconosciuto che «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* — se pure è libero di non uniformarvisi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la “vivenza” di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali — ha alternativamente, comunque, la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di “diritto vivente” e di richiederne, su tale presupposto, il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali» (20).

Non può celarsi, in conclusione, un timore: che questa nuova stagione di ossequio al presidio di garanzia della legalità penale promossa dalla Corte costituzionale possa recare con sé, quale *prezzo da pagare*, la definitiva equiparazione del diritto vivente al diritto legislativo, entrambi sottoponibili — in una prospettiva evolutiva del giudizio di costituzionalità — al sindacato della Corte (21).

CRISTIANO CUPELLI

forma di *recurso de amparo* alla Corte costituzionale (o ad «altro organo *ad hoc*, formato da giudici, avvocati e professori universitari, di comprovata esperienza e capacità nella materia penale») V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., 50 ss., ad avviso del quale tale strumento, «al di là degli effetti di rafforzamento pratico della tutela della matrice legislativa delle norme e di difesa dei diritti fondamentali coinvolti», potrebbe svolgere «un'opportuna funzione di *richiamo* e *appello*, concorrendo a consolidare la condivisione della cultura della separazione dei poteri in campo penale».

(19) Così F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., 1223, il quale ritiene perciò che il divieto di analogia *in malam partem* sconti il difetto congenito di una «*giustiziabilità debole*».

(20) Corte cost., 9 gennaio 2020, n. 12, in questa *Rivista* 2020, 146 ss.; nello stesso senso, in precedenza, anche le sentt. n. 75 del 2019, n. 39 del 2018, n. 259 del 2017, n. 122 del 2017, n. 200 del 2016 e n. 11 del 2015.

(21) Sui limiti del ruolo creativo assegnato alla giurisprudenza e del suo riconoscimento quale fonte del diritto, si rinvia, per tutti ed esaustivamente, a M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano 2016, 391 ss.

ABSTRACT

Con la sentenza n. 98 del 2021 la Corte costituzionale ha riaffermato la centralità del divieto di analogia *in malam partem*, valorizzandone la *ratio* politico-istituzionale di garanzia della separazione dei poteri e quella individual-garantista di presidio della calcolabilità delle conseguenze giuridiche. Il contributo mette in evidenza il contesto in cui la decisione è maturata, il filo rosso che la unisce ad altre note pronunce della Corte in materia di legalità penale e il suo valore di monito alla giurisprudenza, al legislatore e alla Corte stessa.

The Italian Constitutional Court, with its 98th ruling of 2021, reaffirmed the value of the prohibition of analogy in malam partem, remarking that it derives directly from the fundamental principles of separation of powers and foreseeability of legal consequences. The article underlines the context in which the ruling was adopted, the common thread with other rulings about the principle of nullum crimen sine lege, and its value as a warning to the judges, to the Parliament, and to the Court itself.