

DIRITTO PENALE

(*parte generale*)

1. INTRODUZIONE

1.1 I PRINCIPI

Il diritto penale ha ad oggetto la disciplina applicabile quando vengono realizzate fattispecie di reato. Esso ha carattere di ***extrema ratio*** (*rimedio estremo*, la inflazione della sanzione penale si giustifica solo se essa risulta necessaria a causa dell'inadeguatezza delle sanzioni civili o amministrative): infatti, all'interno di un moderno Stato di diritto, il ricorso a scelte di criminalizzazione dei comportamenti umani e di inflazione della sanzione penale deve essere limitato alle sole ipotesi in cui, a causa dell'insanabile contrasto creatosi tra l'agente ed il resto della collettività dei consociati, risulterebbe inutile l'applicazione di rimedi di diversa natura (civile o amministrativa). Trattasi del c.d. *principio di residualità* del diritto penale.

Il moderno diritto penale, risultante dall'acquisizione del garantismo di origine illuminista, si caratterizza per il fondamento che esso deve avere, indefettibilmente, in norme di legge: emblematica, al riguardo, l'espressione "***Nullum crimen sine lege***" (*non può sussistere alcun reato in assenza di una previsione legislativa*). È la espressione con la quale si sintetizza il principio di legalità del diritto penale), coniata nel 1800 dal giurista tedesco Feuerbach, sintesi del *principio di legalità* del diritto penale, il cui contenuto è suscettibile di essere decodificato alla luce dei corollari della riserva di legge, della tassatività, del divieto di analogia e del divieto di retroattività (*cf. Cap. 2*). Di diretta discendenza illuministica sono altresì i principi di *materialità* e di *necessaria offensività* del diritto penale. In virtù del *primo*, sono sanzionabili solo i comportamenti concretamente estrinsecatisi nella realtà esterna e non anche gli atteggiamenti lasciati allo stadio di interno volere (***co-gitationis poenam nemo patitur*** - *nessuno può essere punito in virtù della mera intenzione criminosa*). Il *secondo* postula, invece, la sanzionabilità dei soli atti effettivamente idonei a ledere o porre in pericolo beni giuridici meritevoli di tutela: in tal modo gli illeciti bagatellari, caratterizzati da disvalore minimo, sono suscettibili di essere considerati contrastanti col principio *de quo*, tanto che la maggior parte della dottrina invoca interventi di depenalizzazione in ordine ad essi.

1.2 IL CODICE ROCCO

Il codice penale vigente nel nostro ordinamento è il c.d. codice Rocco (dal nome del Guardasigilli che provvide alla sua emanazione), codice penale del 1930. Esso, negli artt. 1-240 detta le norme applicabili tendenzialmente a tutti i fatti oggetto di scelte di criminalizzazione (*parte generale del diritto penale*); nelle disposizioni successive è invece contenuto il catalogo delle fattispecie penalmente rilevanti (*parte speciale del diritto penale*). In realtà, tale catalogo è integrato dai reati contemplati da leggi complementari (*si pensi, a titolo esemplificativo, al D.P.R. 309/90 in materia di droga, alla L. 110/75 in materia di armi ecc...*).

Imprescindibili disposizioni di natura penalistica sono dettate dalla Costituzione, negli artt. 25 e 27: il primo contiene l'enunciazione del principio di legalità (*cf. Cap. 2*); il secondo sancisce i principi di colpevolezza (*cf. Cap. 4*) e del finalismo rieducativo della pena (*cf. Cap. 9*).

Il codice Rocco ha subito, nel corso degli anni, numerose modifiche o integrazioni ad opera di leggi volte a dare attuazione a precise scelte di politica criminale: tra le più recenti, occorre far riferimento alla L. n. 251/2005 (*c.d. Legge ex Cirielli*), che ha innovato in senso spiccatamente repressivo la normativa in materia di recidiva, attenuanti generiche, bilanciamento di circostanze ed ordinamento penitenziario; e al D.L. n. 92/2008 (*c.d. pacchetto sicurezza*), che ha introdotto nell'art. 61 c.p. la circostanza aggravante della clandestinità, operante nei casi in cui il fatto risulta commesso da chi si trovi illegalmente sul territorio nazionale.

2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

2.1 FONTI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Il principio di legalità è sancito dall'art. 1 c.p., che statuisce: *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”* e dall'art. 25 Cost. in base al quale: *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*.

Trattasi di un principio di garanzia, elaborato dal pensiero illuminista, volto a vincolare alla legge il sistema penale e la selezione dei fatti punibili.

Il contenuto di esso è decodificabile nei quattro corollari: della **riserva di legge**, della **tassatività**, del **divieto di retroattività** e del **divieto di analogia**.

2.2 LA RISERVA DI LEGGE

2.2.1 Leggi in senso formale e sostanziale

Le scelte di criminalizzazione dei comportamenti umani possono essere poste in essere esclusivamente attraverso la legge. Detta riserva, comportando il disconoscimento alle fonti secondarie del potere di creare fattispecie incriminatrici, ha la sua *ratio* in ragioni di garanzia, essendo la legge espressione dell'organo rappresentativo della collettività dei consociati, il Parlamento.

Il rinvio contenuto negli artt. 25 Cost. e 1 c.p. è sia alla legge in senso formale ex artt. 70-74 Cost., sia a quella in senso sostanziale ex artt. 76 e 77 Cost., essendo i decreti legislativi ed i decreti-legge dotati di forza di legge e ad essa pienamente equiparati. Pur provenendo tali atti normativi dal Governo, le ragioni di garanzia proprie del principio della riserva di legge sono salvaguardate in quanto trattasi di atti emanati in virtù di un procedimento nel quale il vaglio parlamentare (preliminare nel caso dell'art. 76 Cost. e successivo nel caso dell'art. 77 Cost.) è assicurato.

2.2.2 Legge regionale

Fattispecie incriminatrici, al contrario, non possono essere introdotte con legge regionale in quanto, ex art. 3 Cost., devono sussistere condizioni di uguaglianza in tutto il territorio nazionale nella fruizione della libertà personale e giacché l'art. 120 Cost. vieta alle Regioni di adottare atti limitativi della libertà personale.

2.2.3 Consuetudine

Ugualmente è esclusa dal novero delle fonti del diritto penale la consuetudine. La consuetudine, fondantesi sulla ripetizione generale e costante di un dato comportamento in virtù dell'**opinio iuris ac necessitatis** (*convinzione della giuridica necessità*). Tale brocardo è richiamato in materia di consuetudine ed evidenzia come essa si fondi sulla convinzione generale e costante che l'osservanza di un dato comportamento corrisponda all'osservanza di precetti giuridici di esso (ossia in virtù della convinzione della sua imposizione normativa), è indicata dall'art. 1 delle *“Disposizioni sulla legge in generale”* quale fonte del diritto. Tuttavia è evidente che, essendo il sistema penale basato sul principio della riserva di legge scritta, alcuna funzione incriminatrice potrà essere svolta dagli usi. Né può ritenersi validamente operante la c.d. *desuetudine*. Anche se una norma penale rimane, di fatto, per lungo tempo inattuata, perché essa sia espunta dall'ordinamento è necessario un esplicito intervento del legislatore. Si pensi a quanto accaduto in ordine al reato di mendicizia ex art. 670 c.p.: nonostante la sostanziale disapplicazione di esso, è stata necessaria la espressa abrogazione da parte della L. 205/1999.

2.2.4 Atti normativi dell'Unione Europea

Anche l'Unione Europea è priva di potestà normativa in materia penale in considerazione del fatto che in nessuno dei Trattati si attribuisce ad alcun organo comunitario un'espressa potestà incriminatrice. Senza questa esplicita attribuzione di poteri, con la conseguente cessione di una parte rilevante di *“sovranità”* (art. 11 Cost), spetta solo allo Stato legiferare in materia penale come impone la Costituzione (art. 25 Cost.).

Del resto, si evidenzia che di ostacolo al riconoscimento della potestà incriminatrice all'Unione Europea è altresì il c.d. *deficit democratico comunitario*: essendo il potere di produzione normativa

concentrato nel Consiglio, espressione dei governi degli Stati membri, una eventuale potestà legislativa penale ricadrebbe nelle mani di un organo che è sostanzialmente privo di quella rappresentanza democratica richiesta, come elemento essenziale, per l'adozione di norme incriminatrici. Tuttavia, negli ultimi anni, ha avuto inizio un processo di europeizzazione del diritto penale: a fronte della crescente dimensione transnazionale di molti dei più gravi fenomeni criminali, specie di quelli che si manifestano in forme organizzate (a titolo *esemplificativo*: terrorismo, traffico di stupefacenti, tratta di esseri umani), si sono sviluppate forme di collaborazione ed integrazione in materia. Ha, cioè, avuto inizio un processo di armonizzazione dei diritti penali nazionali, finalizzato a favorire l'adozione di norme incriminatrici di comportamenti lesivi degli interessi comunitari, quanto più uniformi all'interno dell'area comunitaria.

Nel solco tracciato da questa linea evolutiva, ha assunto un ruolo determinante la disciplina contenuta nel Trattato di Maastricht del 1992, che ha introdotto il c.d. terzo pilastro dell'Unione Europea, il quale si avvale dello strumento delle decisioni-quadro al fine di favorire in ambito comunitario la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale⁽¹⁾.

Significativi passi in avanti potevano essere compiuti attraverso l'adozione della Costituzione Europea⁽²⁾, che prevedeva, tra l'altro, proprio il superamento del deficit democratico. Tuttavia l'iter di approvazione di detto testo si è interrotto in seguito alla bocciatura, nel 2005, da parte di francesi ed olandesi.

Redatto per sostituire la Costituzione europea, il Trattato di Lisbona (firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007) recepisce gran parte delle innovazioni contenute nel testo costituzionale e rafforza, rispetto a quello, la partecipazione democratica in Europa, sia attraverso un maggiore coinvolgimento dei parlamenti nazionali, sia attraverso la previsione della c.d. *"iniziativa dei cittadini"*. L'Italia ha provveduto a ratificare detto Trattato nel luglio 2008. Tuttavia il no dell'Irlanda al referendum del 12 giugno 2008 causerà presumibilmente una nuova battuta d'arresto.

2.2.5 Fonti secondarie

Come precisato sopra, in virtù dell'art. 25 Cost. gli atti amministrativi non possono dettare norme aventi ad oggetto l'incriminazione dei comportamenti umani. Tuttavia, si ritiene pacificamente conforme al principio della riserva di legge il fenomeno dell'integrazione del precetto penale da parte di fonti di normazione secondaria le quali si limitino a specificare elementi di natura tecnica della condotta criminosa (*si pensi al decreto ministeriale col quale vengono periodicamente aggiornate le tabelle delle sostanze stupefacenti richiamate dal D.P.R. 309/90*).

Maggiori problemi pone invece il caso delle norme penali in bianco, in cui l'apporto della fonte secondaria è tale da essere rimesso ad essa l'effettiva determinazione del comportamento punito. L'*esempio* paradigmatico è quello dell'art. 650 c.p., che punisce l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità: la disposizione penale provvede solo a connettere l'infrazione della pena alla realizzazione di una condotta sostanzialmente individuata dall'Autorità amministrativa.

Tuttavia la Corte Costituzionale, nel pronunciarsi in ordine alla compatibilità dell'art. 650 c.p. con l'art. 25 Cost. (sent. 168/1971), ha ritenuto legittimo l'articolo in esame e, più in generale, la tecnica della normazione in bianco quando la disposizione penale contenga l'indicazione dei presupposti e dei limiti degli atti secondari.

2.3 LA TASSATIVITÀ

Al sistema aperto ed atipico proprio dell'illecito civile (ex art. 2043 c.c. *qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che l'ha commesso al risarcimento*), corrisponde la peculiare tassatività dell'illecito penale.

In effetti, le norme incriminatrici devono essere formulate in modo sufficientemente determinato, precise sotto il profilo semantico, intelligibili nei termini impiegati, al fine di permettere ai consociati

⁽¹⁾ *Si pensi alla decisione quadro adottata il 13 giugno 2002 sul mandato d'arresto europeo. Il mandato d'arresto europeo, in attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, è lo strumento di cooperazione giudiziaria in materia penale che ha sostituito la tradizionale procedura della estradizione, nell'ottica della semplificazione e della accelerazione delle procedure relative alla consegna delle persone ad autorità giudiziarie estere.*

⁽²⁾ *La Costituzione Europea unifica in un documento organico tutti i precedenti trattati, da quelli più lontani di Roma del 1957 fino ai più recenti di Maastricht e Nizza, ed ha lo scopo di dare all'UE un assetto politico chiaro riguardo le sue istituzioni, le sue competenze, le modalità decisionali.*

di orientare consapevolmente le proprie scelte in senso lecito o in senso illecito.

Nella compilazione delle fattispecie penali, il legislatore può far ricorso ad *elementi descrittivi* o ad *elementi normativi*. Il significato dei *primi* è decodificabile attraverso il rimando a dati della realtà empirica (*si pensi al concetto di "uomo" nel reato di omicidio*); al contrario i *secondi* vanno determinati alla luce del rinvio ad altre disposizioni dell'ordinamento giuridico (*si pensi al concetto di altruità nel furto, per comprendere il quale è necessario fare riferimento agli articoli del codice civile in materia di proprietà*).

La tassatività, tuttavia, non attiene solo alle tecniche di formulazione delle disposizioni penali, ma altresì alla verificabilità in concreto del fatto da esse descritto. Fondamentale, al riguardo, è la sentenza n. 96/1981, con la quale la Corte Costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 603 c.p. incriminante il plagio, proprio in considerazione del fatto che la formulazione astratta di detta norma non ne consentiva una razionale applicazione concreta, per l'impossibilità di individuare le attività che avrebbero potuto nei fatti esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione.

2.4 IL DIVIETO DI RETROATTIVITÀ

2.4.1 Disciplina

Il divieto di retroattività è sancito dall'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale in ordine a tutti i settori dell'ordinamento; tuttavia solo in materia penale, in ossequio al *favor libertatis* (*nel dubbio occorre optare per la soluzione più favorevole al reo e alla di lui libertà*), esso ha riconoscimento costituzionale (art. 25 Cost.).

Una disciplina assai dettagliata del fenomeno è contenuta nell'art. 2 c.p., recentemente novellato dalla L. n. 85/2006 recante modifiche al cod. pen. in materie di reati di opinione, nel quale viene proclamato il principio di irretroattività della legge penale (comma I) ma altresì individuata un'eccezione ad esso: il legislatore precisa, infatti, che hanno carattere retroattivo le leggi penali più favorevoli al reo o perché contemplanti l'eliminazione della rilevanza penale del fatto (è il caso dell'*abolitio criminis* (*abrogazione della fattispecie incriminatrice*)) di cui al comma II dell'art. 2 c.p.) o perché, nell'ambito di un fenomeno successorio, risultano più vantaggiose rispetto alle norme previgenti (ex art. 2 comma IV c.p.), *ad esempio* perché caratterizzate da un trattamento sanzionatorio più mite.

Pertanto, può concludersi che nel nostro ordinamento vige il principio della irretroattività della sola legge penale sfavorevole.

2.4.2 La successione di leggi nel tempo

Si è in presenza di un fenomeno successorio ex art. 2 comma IV c.p. tutte le volte in cui la legge successiva, lungi dall'abolire la rilevanza penale di un dato comportamento, detta in ordine ad esso una differente disciplina.

Il criterio in base al quale individuare un fenomeno successorio e distinguere lo stesso dall'ipotesi dell'*abolitio criminis* è quello che, rifacendosi al concetto di rapporto di continenza, permette di affermare che sussiste una relazione di genere a specie tra la norma anteriore e la posteriore. La disposizione successiva, cioè, deve essere integralmente contenuta nella disposizione precedente e presentare, rispetto a quest'ultima, elementi di specialità.

2.4.3 Leggi eccezionali e temporanee

Il V comma dell'art. 2 c.p. rende inapplicabile alle leggi eccezionali o temporanee il principio della retroattività della legge più favorevole al reo⁽³⁾.

Sono eccezionali gli atti legislativi emanati per fronteggiare situazioni particolari e transeunti (*epidemie, guerre ecc.*); sono, invece, temporanei quelli per i quali è previsto un termine finale di durata. La *ratio* dell'inoperatività, in tali casi, dei commi II e IV dell'art. 2 c.p. risiede nelle caratteristiche intrinseche delle disposizioni eccezionali e temporanee. Queste, infatti, per loro natura, sono destinate a soddisfare esigenze contingenti, le quali verrebbero frustrate se, in ossequio al *favor rei* (*nel dubbio occorre optare per la soluzione più favorevole al reo e alla di lui libertà*), si desse attuazione alla legge successiva più favorevole. Le leggi eccezionali e temporanee, pertanto, so-

⁽³⁾ *Analoga disciplina era dettata in ordine alle leggi finanziarie dalla L. 4/1929, a cagione dell'interesse primario dello Stato alla riscossione dei tributi. Tuttavia la deroga è stata eliminata a mezzo del D.Lgs. 507/1999.*

no rette dal principio del *tempus regit actum* (*l'atto è regolato dalla legge del tempo in cui fu commesso*).

2.4.4 I decreti-legge non convertiti

I decreti-legge necessitano di essere convertiti in legge entro 60 giorni dalla loro pubblicazione, pena la perdita *ex tunc* (*da allora. ex nunc - da ora*). Trattasi di espressioni utilizzate per indicare il momento dal quale un atto produce o perde i suoi effetti) della loro efficacia. Per l'art. 77 Cost., cioè, il decreto-legge non convertito è espunto dall'ordinamento giuridico con effetti retroattivi, è *tamquam non esset* (*come se non esistesse*). Conseguentemente, non apparendo neppure configurabile un fenomeno successorio ex art. 2 c.p. tra una norma anteriore ed un decreto-legge successivo non convertito, sembrerebbe sussistere un grave contrasto tra l'art. 77 Cost. ed il citato art. 2 c.p. che, al VI comma, rende applicabili le disposizioni sulla successione di norme penali anche ai decreti-legge non convertiti⁽⁴⁾.

In realtà, però, il contrasto è solo apparente, in quanto, per unanime opinione le azioni poste in essere durante la vigenza del decreto-legge, poi non convertito, contemplante disposizioni *in bonam partem*, devono essere giudicate alla stregua di esso e non della norma più sfavorevole, che pure torna ad operare. Infatti, se si ritenesse di non dare attuazione al decreto-legge successivo, poi non convertito, volto ad eliminare la rilevanza penale di un fatto o a dettare, in ordine ad esso, una normativa più mite, verrebbe insanabilmente violato il principio del *favor libertatis*, di cui è espressione l'art. 25 Cost.

2.4.5 Leggi dichiarate incostituzionali

La medesima problematica si è posta in relazione alle leggi dichiarate costituzionalmente illegittime, le quali perdono efficacia *ex tunc*⁽⁵⁾. La questione va risolta alla luce degli stessi criteri individuati per il caso dei decreti-legge non convertiti, e cioè in virtù della prevalenza del principio del *favor libertatis*: pertanto, le leggi successive, poi dichiarate costituzionalmente illegittime, volte ad eliminare la rilevanza penale di un fatto ovvero a dettare, in ordine ad esso, una normativa più mite sono applicabili alle azioni poste in essere durante la loro vigenza.

2.5 IL DIVIETO DI ANALOGIA

In ambito penalistico non può farsi ricorso all'analogia, ossia al procedimento ermeneutico in virtù del quale si applica ad un'ipotesi non regolata da alcuna norma di legge la disposizione dettata in ordine ad un caso simile.

Il limite deriva dall'art. 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile nonchè dagli artt. 1 e 199 c.p. ed ha la sua *ratio* in ragioni di garanzia.

Va precisato che il divieto in esame opera solo *in malam partem* (*in senso sfavorevole*). Tale espressione viene utilizzata per connotare l'attività interpretativa), essendo invece consentita l'analogia *in bonam partem* (*in senso favorevole*). Tale espressione viene utilizzata per connotare l'attività interpretativa), volta cioè ad estendere la portata di norme di favore (*ad esempio* di cause di giustificazione).

Diversa dalla interpretazione analogica è l'interpretazione estensiva, il ricorso alla quale è sempre possibile e che comporta l'adozione di un'opzione ermeneutica la quale, pur se tesa all'estremo, rientra tra i significati letterali della disposizione.

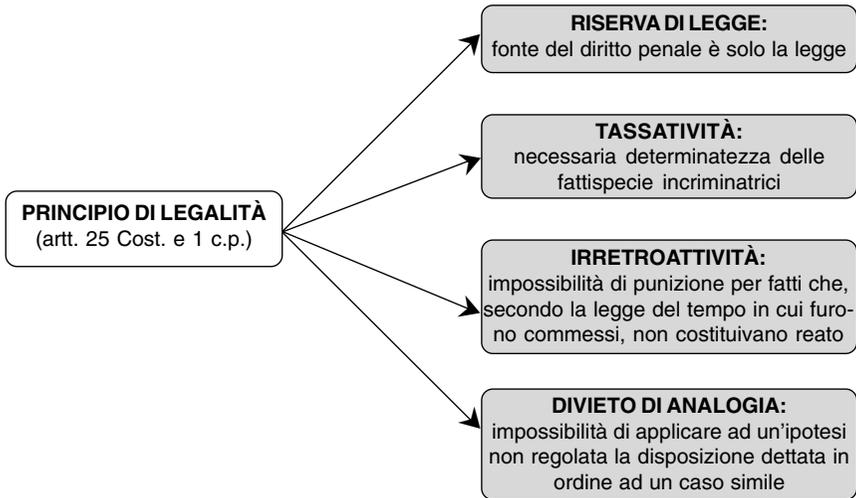
⁽⁴⁾ *L'ultimo comma dell'art. 2 c.p., in realtà, fu dettato con riferimento alla situazione vigente all'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, situazione in virtù della quale il decreto-legge non convertito perdeva efficacia ex nunc. Pertanto ben poteva ipotizzarsi un fenomeno successorio tra una norma anteriore ed un decreto-legge successivo non convertito del quale, appunto, erano fatti salvi gli effetti spiegati nel periodo di sua temporanea vigenza.*

Solo con l'avvento della Costituzione repubblicana è stata inserita nel nostro ordinamento la previsione della perdita di efficacia ex tunc del decreto-legge non convertito.

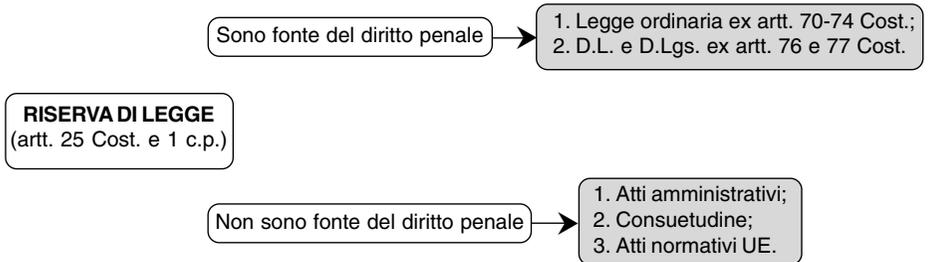
⁽⁵⁾ *In realtà, nella sua originaria formulazione ("le norme dichiarate costituzionalmente illegittime cessano di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"), l'art. 136 Cost., sembrava prevedere la perdita di efficacia ex nunc delle leggi colpite dal sindacato di incostituzionalità. Solo con la L. 87/1953, al fine di rendere rilevante la pronuncia della Consulta anche al giudizio nell'ambito del quale l'eccezione di incostituzionalità veniva sollevata, si provvide a precisare la portata dell'art. 136 Cost. nel senso della "impossibilità di applicazione" delle norme dichiarate incostituzionali (e non di "cessazione dell'efficacia" delle stesse) dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte.*

SCHEMI DI SINTESI

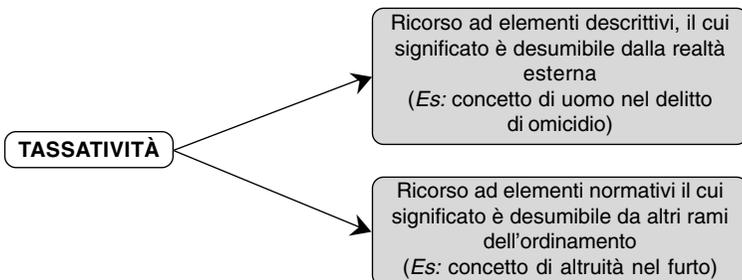
Schema N. 1 - **PRINCIPIO DI LEGALITÀ**



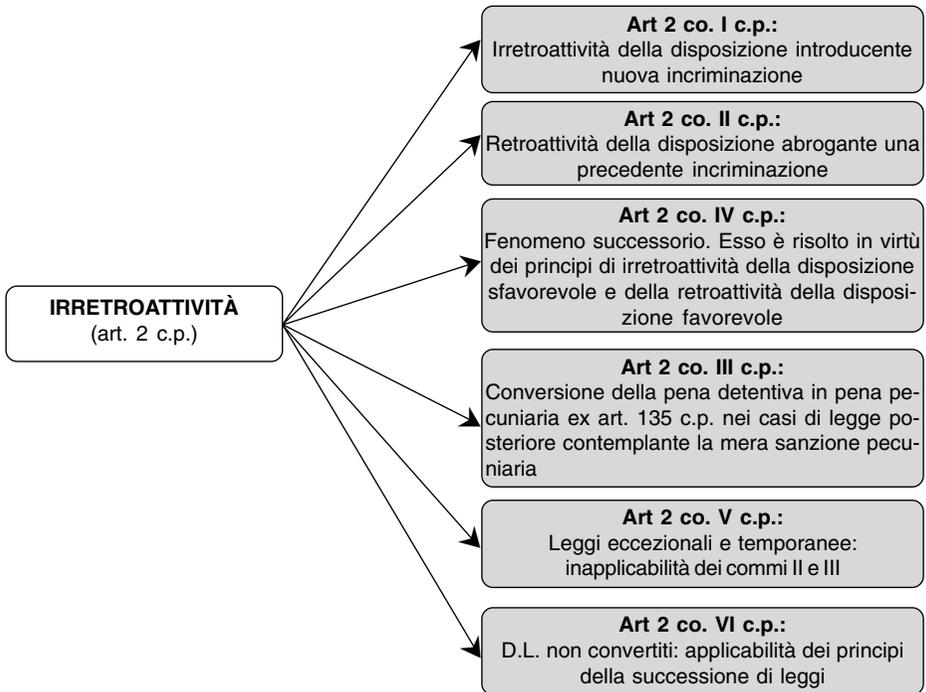
Schema N. 2 - **RISERVA DI LEGGE**



Schema N. 3 - **TASSATIVITÀ**



Schema N. 4 - IRRETROATTIVITÀ



Schema N. 5 - DIVIETO DI ANALOGIA

