

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Carlo Sotis

SOMMARIO: 1. Dalla struttura alle funzioni della legalità penale. – 1.1. La struttura: il principio di legalità ed i suoi sottoprincipi. – 1.2. La duplice funzione del principio di legalità. – 1.2.1. La funzione di garanzia dagli abusi di potere. – 1.2.2. La funzione di certezza. – 1.3. La corrispondenza biunivoca tra tipo di diritto penale e tipo di Stato: il ruolo costitutivo del principio di legalità. – 1.3.1. Le conferme storiche della corrispondenza tra tipo di Stato e tipo di diritto penale: la perdita di legalità del diritto penale negli Stati autoritari. – 2. La riserva di legge. – 2.1. Decreti legge e decreti legislativi. – 2.2. Riserva di legge e legge regionale. – 2.3. Legge penale e consuetudine. – 2.4. Riserva di legge in materia penale come riserva tendenzialmente assoluta. – 2.5. Tutela penale di provvedimenti individuali e concreti dell'autorità. – 2.6. Legge penale e Unione europea. – 2.6.1. Effetti riduttivi. – 2.6.2. Effetti espansivi. – 2.7. Legge penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). – 2.8. Sentenze della Corte costituzionale. – 2.9. Riserva di legge, fonti di cognizione del diritto penale e il "principio della riserva di codice". – 3. La determinatezza: la formulazione della legge penale. – 3.1. La fattispecie legale come forma vincolata di descrizione delle incriminazioni. – 3.2. Il canone della precisione. – 3.2.1. Elementi descrittivi ed elementi normativi. – 3.3. La determinatezza in senso processuale. – 3.4. La determinatezza in senso empirico. – 3.4.1. Determinatezza e ragionevolezza: le costanti criminologiche del tipo. – 3.4.2. Determinatezza ed effettività. – 3.5. La determinatezza della pena. – 4. La tassatività: l'interpretazione della legge penale. – 4.1.1. Il divieto di analogia in *malam partem*. – 4.2. Le fattispecie ad analogia esplicita. – 4.3. Il divieto di interpretazione letterale estensiva: l'applicazione della fattispecie ai soli fatti corrispondenti sia al significato letterale sia al tipo criminoso legale. – 4.4. Tassatività e inferenze probatorie. – Bibliografia essenziale.

1. Dalla struttura alle funzioni della legalità penale

1.1. La struttura: il principio di legalità ed i suoi sottoprincipi

«La storia del penale può essere pensata come quella di una lunga fuoriuscita dalla vendetta» (così Sbriccoli, 3) perché, specularmente, può essere pensata come la storia di una lunga entrata nel diritto penale di condizioni di limitazione.

Abbiamo già visto come il diritto penale trovi infatti la sua legittimazione nei suoi limiti, poiché sono questi che ci fanno percepire come giusto l'uso della forza pubblica per punire, cioè per infliggere una sofferenza. Sono i limiti a segnare la differenza tra la legittimazione del diritto penale e delle altre tecniche di controllo sociale che infliggono sofferenze quali,

ad esempio, la vendetta, la faida, il linciaggio, la guerra civile, che consideriamo, invece, per sé sommamente ingiuste. Il diritto penale, infliggendo sofferenza, resta pur sempre un male. Ma è un male considerato necessario e quindi giustificato, proprio perché senza di esso l'inflizione di sofferenze si espanderebbe *senza limiti*, come avviene quando i conflitti sociali innescano reazioni di tipo vendicativo.

I limiti entrano nel sistema penale nella veste di principi di garanzia e di funzionamento. Tra questi, un ruolo centrale spetta al principio di legalità che costituisce la pietra miliare del diritto penale liberale ed è sancito all'art. 25, comma 2, Cost.: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Il principio di legalità si compone di una serie di sotto-principi che verranno successivamente analizzati nel dettaglio: la riserva di legge, il principio di determinatezza, il principio di tassatività e il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole (che per esigenze espositive verrà esposto nel capitolo successivo).

Il principio di legalità dei reati e delle pene a livello di fonti ordinarie è stabilito nel Codice penale all'art. 1 e a livello sovra-primario, oltre che in Costituzione, anche in varie fonti sovranazionali. Nella specie all'art. 7 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani (CEDU) nonché all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta Ue o Carta di Nizza), che riprende testualmente il principio così come formulato dalla CEDU con l'aggiunta al comma 3 della specificazione relativa alla proporzione tra reato e pena.

Leggendo questi testi uno accanto all'altro si nota subito come il principio di legalità stabilito dalla CEDU e quello stabilito dalla Costituzione non sono identici. In particolare le differenze più importanti riguardano: (a) la riserva di legge, che è una delle componenti del principio di legalità costituzionale ma non altrettanto nel testo della CEDU, in cui si prevede che nessuno potrà essere condannato per un fatto che, al momento in cui fu commesso, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale; come si vede, la CEDU non menziona espressamente la 'legge'; (b) il campo di applicazione, poiché il principio di legalità costituzionale si applica ai reati e alle pene cioè a ciò che è formalmente definito come penale, quello CEDU anche ad illeciti e sanzioni ritenuti sostanzialmente, ma non formalmente penali (ad es. alcuni illeciti amministrativi, disciplinari, e alcune misure di sicurezza, di esecuzione). Più avanti torneremo su queste due differenze. Tuttavia è bene sin d'ora sapere che queste costituiscono un valore aggiunto. Il diritto penale italiano nell'attuale assetto delle fonti è infatti tenuto all'osservanza *sia* dei principi costituzionali, *sia* di quelli convenzionali ed eurolunitari, con il risultato che in caso di parziale difformità occorre rispettare le indicazioni stabilite non solo da tutte le Carte, ma anche dalle corrispondenti Corti (Corte costituzionale, Corte EDU e Corte di giustizia dell'Unione europea), realizzando, per così dire, un 'massimo comune multiplo' delle garanzie e dei limiti imposti da differenti aspetti del principio di legalità previsti.

1.2. La duplice funzione del principio di legalità

Il principio di legalità è chiamato ad assolvere a due funzioni distinte: (a) per un verso, di *garanzia dagli abusi del potere esecutivo*, perseguita ponendo un *vincolo di*

fonte, cioè riservando al Parlamento la decisione sul se, quando, quanto, cosa e come punire; (b) per altro verso, di *certezza* della norma penale, vale a dire l'obbligo per il legislatore di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali, sì da rendere chiaro il confine tra il lecito e l'illecito; in questo ambito, l'esigenza di certezza mira a 'contenere' gli *abusi del potere giudiziario*.

Tra le due funzioni vi sono delle sovrapposizioni. Basti pensare che meno è certa la legge penale, cioè l'atto approvato dal Parlamento, più si fanno ampi gli spazi di intervento del giudice, della pubblica accusa, dell'esecutivo (es. forze di polizia, regolamenti ministeriali) o anche di altri attori istituzionali e sociali (gruppi sociali egemonici dal punto di vista economico) nello stabilire in concreto quali siano i comportamenti effettivamente puniti.

Tuttavia, è opportuno tenere concettualmente distinte le due funzioni (Bricola, 1997, 1281 s.). Ben può esserci infatti una norma penale rispettosa della separazione dei poteri, ma dal contenuto incerto; ad esempio una legge penale declinata alla stregua dell'art. 2043 c.c.: questa sarebbe stabilita per legge, ma non sarebbe in grado di definire in modo puntuale quali siano le condotte illecite previste. Di contro può ipotizzarsi una norma ragionevolmente prevedibile, ma non rispettosa del principio della separazione dei poteri; ad esempio una norma chiara e precisa, provvista di adeguata pubblicità, ma che fosse stabilita da un atto del Governo o da una sentenza.

Avere chiaro che le due funzioni esprimano ciascuna un proprio autonomo contenuto di garanzia ha ricadute anche sul piano dell'immediata applicazione delle norme. Lo si comprende facilmente ripercorrendo la c.d. vicenda *Taricco*. La Corte di giustizia riteneva fosse compatibile con il principio di legalità allungare attraverso una sua sentenza (che costituisce a tutti gli effetti una norma primaria di diritto Ue) i termini di prescrizione di un fatto di reato già commesso. Nella prospettiva della Corte di Lussemburgo, infatti, il principio di legalità, per come declinato all'art. 49 della Carta dei diritti Ue, sarebbe stato da intendersi come (sola) garanzia di certezza, non anche come vincolo di fonte (ovvero come riserva di legge). Secondo questa lettura, dunque, il principio di legalità avrebbe ad oggetto solamente una ragionevole prevedibilità delle norme. Pertanto, nel caso *Taricco*, riguardo la prescrizione la Corte di Lussemburgo affermava che essa non sarebbe coperta da alcuna garanzia di ragionevole prevedibilità perché non esisterebbe alcun diritto fondamentale a conoscere prima di commettere un fatto costituente reato, in quanto tempo questo si estingua per decorso del tempo. Il che equivarrebbe a dire che non esisterebbe alcun diritto a sapere in anticipo per quanto tempo si debba evitare di essere scoperti. In ultimo – nella prospettiva europea – le norme sulla prescrizione non sarebbero sottoposte al principio di legalità.

Ora, anche se dovessimo ritenere – come la Corte di giustizia e autorevoli voci della dottrina – che il singolo non abbia un diritto fondamentale a che i termini di prescrizione del reato debbano essere ragionevolmente prevedibili, la decisione presa con una sentenza della Corte di giustizia di allungarli violerebbe comunque il principio di legalità *stabilito all'art. 25, comma 2, Cost.* Questo perché tale decisione sarebbe comunque in contrasto con l'*altra funzione* che il principio di legalità è chiamato a garantire, cioè quella del vincolo di fonte. Il senso di questa funzione è, infatti, di riservare alla legge parlamentare l'esercizio dello *ius puniendi*, quindi di riservare alla legge tutte le scelte sul "se punire", anche quelle su cui non vi sia la garanzia che debbano essere ragionevolmente prevedibili. E stabilire i termini di prescrizione vuol dire decidere quale quantità di tempo trascorso dalla commissione di un fatto ne estingue la rilevanza penale; è quindi una scelta sul "se punire" determinati fatti (segnatamente quelli su cui è decorso un determinato lasso di tempo dalla loro commissione). Così, anche se non vi è un diritto fondamentale a sapere, prima che sia commesso, in quanto tempo un reato si prescrive, e quindi non vi è la garanzia a che questa scelta debba essere ragionevolmente prevedibile, è comunque indubbio che questa sia comunque

una scelta sul “se punire”, cioè costituisca esercizio dello *ius puniendi*: *id est* una decisione che può essere presa soltanto da una legge.

1.2.1. La funzione di garanzia

La storia dimostra che più il potere è concentrato nelle mani di una sola persona o di una sola autorità più sarà possibile abusarne. Pertanto il rischio di abusi si riduce se il potere di punire è diviso e a tale scopo vengono distinte le funzioni (legislativa, giudiziaria ed esecutiva) e si fa progressivamente strada l'idea che alla distinzione delle funzioni debba corrispondere la distinzione degli organi (Parlamento, magistratura, governo). La legalità trova quindi la sua cifra essenziale nella progressiva ricerca di pesi e contrappesi. Questa esigenza di compartimentazione è alla base dell'idea della separazione dei poteri formulata da Montesquieu nel 1748 ne “Lo spirito delle Leggi”:

«Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso Parlamento facciano leggi tiranniche per attuarle poi tirannicamente.

Non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito con il potere esecutivo il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore» (Montesquieu, Libro XI, Capo VI).

Ma perché, una volta affermata la separazione dei poteri, il potere di punire deve essere affidato proprio alla *legge*?

La risposta la offre una serie di argomenti avanzati dalla tradizione liberale continentale fatti propri dalla nostra Costituzione e condensata nel brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Anzitutto il se, il cosa, il come, il quanto e il chi punire sono decisioni non giustificabili dal punto di vista tecnico empirico (Paliero, 2006, 577 s.): la pena non è un farmaco di cui si può scientificamente affermare quando, e in quali dosi, i suoi benefici siano superiori ai suoi costi. Il punire, nel suo nucleo essenziale, è una scelta di valore che in uno Stato democratico e liberale deve essere legittimata sul piano *politico*: ed è tale solo se effettuata dal *Parlamento* che è l'organo rappresentativo della volontà popolare. Soltanto le norme contenute nella legge, infatti, a differenza delle sentenze e dei regolamenti, possono essere oggetto di sindacato di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, che è l'unico organo in grado di giudicare sulla manifesta irragionevolezza delle scelte politiche del Parlamento.

La legge inoltre è l'atto normativo maggiormente legittimato sul piano politico perché è adottato dall'organo rappresentativo del popolo, a cui appartiene la sovranità. Nella formazione della legge sono poi coinvolte anche le minoranze (a differenza degli atti del governo), a cui in tal modo è data voce. Per dirla con le parole di Calamandrei la legge generale e astratta è la «*sola forma logica che possa permettere al legislatore di trasformare in diritto, in una sintesi di tutte le correnti politiche che fanno capo a lui, l'interesse collettivo, purificato da ogni considerazione individuale*» (Calamandrei, 83).

La legge, infine, è per sua natura l'atto massimamente generale ed astratto: quindi è quello meno esposto al rischio di abusi e personalismi. Anche qui conviene affidarsi alla lezione di Calamandrei, secondo cui il diritto «*non può essere affermato in me senza essere affermato contemporaneamente in tutti i miei simili*». Di conseguenza, «*nel*

principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini» (Calamandrei, 105).

1.2.2. La funzione di certezza

L'evidente valore civile e morale che sorregge l'esigenza assoluta che i precetti e le pene siano certi deriva dall'indissolubile legame che la funzione di certezza intesse con le tre più accreditate teorie della pena:

(a) con la prevenzione generale. Se, prima di decidere di commettere un fatto, non è chiaro se questo sia o meno vietato, e con quali pene la violazione di questo divieto sia sanzionata, viene meno in radice qualunque possibilità di realizzare l'obiettivo di deterrenza, e quindi di orientamento delle scelte di comportamento;

(b) con la idea della retribuzione (nella sua moderna lettura di necessaria proporzionalità tra la rispettiva cifra dell'illecito e della sanzione). Rimproverare la commissione di un comportamento la cui penale rilevanza non sia 'determinata' impedisce vi sia un comportamento personalmente rimproverabile e perciò meritevole di retribuzione;

(c) con la prevenzione speciale. Come ha chiarito la Corte costituzionale (sentenza n. 364 del 1988), la funzione tendenzialmente rieducativa della pena posta all'art. 27, comma 3, Cost. non può mai essere raggiunta se non è chiaro al destinatario cosa è lecito e cosa è vietato: se così non fosse, la pena inferta sarebbe a buon diritto percepita come ingiusta e quindi sprovista in radice di qualunque capacità rieducativa.

La funzione di certezza assolve inoltre altri fondamentali scopi sociali. Quello penale è infatti un potente apparato di pressione sociale e meno risulta chiaro cosa sia penalmente vietato più il c.d. rischio da sanzione penale sarà ingestibile, con il risultato di frustrare la capacità del sistema punitivo di orientare le scelte. Quando infatti la pena diviene una casualità la cui applicazione dipende da condizioni aleatorie e mutevoli si finisce o per non osservare i rispettivi precetti che hanno perso così di credibilità o – all'opposto – per adottare comportamenti tanto cautelativi da inibire anche condotte socialmente utili o comunque lecite. Se infatti non è chiaro cosa sia lecito e cosa sia penalmente vietato si crea una zona grigia di condotte che il destinatario, in via prudenziale, non tiene nel timore di incorrere in un processo penale e, di conseguenza, in una pena. Se questo timore, dovuto alla scarsa chiarezza di una norma penale, induce a non compiere delle azioni che sono tutelate come diritti di rilievo costituzionale, il danno prodotto dall'incertezza è ancor più rilevante. Si pensi, ad esempio, a un intervento chirurgico ad alto rischio che costituisca però l'unica opzione possibile per provare a salvare la vita di una persona; a un permesso a costruire da cui dipende il futuro di una azienda, dei suoi lavoratori e del territorio interessato; a un intervento di salvataggio in mare di migranti in pericolo di vita da parte di una ONG; a una inchiesta giornalistica sulla *mala gestio* di un pubblico amministratore; a un gesto di affetto da parte di un insegnante ad un bambino che si è fatto male giocando. Ora, se rispettivamente non fossero certi i confini della responsabilità del medico per omicidio colposo (art. 590-*sexies* c.p.), dell'abuso di ufficio (art. 323 c.p.), del favoreggiamento all'immigrazione clandestina (art. 12, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), della diffamazione a mezzo stampa (art. 590, comma 3, c.p.), della violenza sessuale sui minori (art. 609-*quater*, comma 4, c.p.) da parte di chi ha una posizione di autorità nei suoi confronti, tutti questi comportamenti che costituiscono dei diritti e dei doveri di rilievo costituzionale potrebbero essere inibiti, 'congelati' (si parla

infatti in questi casi di *chilling effect*, ossia di “effetto di congelamento” (Recchia, 73 s.) e con essi ad essere inibita tutta la loro utilità sociale.

1.3. La corrispondenza biunivoca tra tipo di diritto penale e tipo di Stato: il ruolo costituyente del principio di legalità

Prima di analizzare nel dettaglio l'articolazione della legalità penale nei suoi sotto-principi è essenziale avere chiaro che la partita sulla sua tenuta è una cruciale questione di democrazia e di civiltà sociale: quando è in gioco la giustezza del diritto penale di uno Stato è – per ciò solo – in gioco la giustizia e civiltà di quello Stato.

La potestà punitiva è, infatti, tra le forme di espressione più invasive del potere pubblico nei confronti degli individui. E poiché il principio di legalità stabilisce i limiti di garanzia e di funzionamento nell'esercizio di questo potere, dal suo rispetto non dipende “solo” il tipo di diritto penale che ne risulta ma, più in generale, da esso dipende il rapporto tra individuo e Autorità nel suo complesso, quindi il tipo di Stato che abbiamo di fronte.

Se il principio di legalità si affievolisce, o addirittura scompare, a venire meno sono i limiti che incontra uno Stato nel punire. Il diritto penale da strumento di garanzia dell'accusato diviene esclusivamente strumento di lotta alla pericolosità sociale e di difesa delle ragioni di Stato. Di conseguenza, quello Stato avrà, irrimediabilmente, un volto autoritario. E si badi che vale anche l'inverso: uno Stato autoritario presenterà sempre un diritto penale che nega o perverte il principio di legalità.

Questa corrispondenza biunivoca tra tipo di Stato e tipo di diritto penale è così forte da costituire la *premessa maggiore* di un sillogismo che vede come *premessa minore* la corrispondenza tra tipo di diritto penale e rispetto dei limiti posti dal principio di legalità (abbiamo già detto che il volto del diritto penale dipende anzitutto dalla tenuta del vincolo alla legalità). La *conclusione* del sillogismo è che dall'osservanza o meno del principio di legalità dipende il tipo di Stato che abbiamo di fronte. Da qui, come sancito dalla CEDU all'art. 15, il carattere inderogabile del principio di legalità persino in presenza di situazioni eccezionali (ad es. guerre, calamità naturali, crisi, epidemie): nulla può giustificare una contrazione della legalità, che, anzi, è chiamata a garantire la tenuta democratica di uno Stato proprio in quelle situazioni che presentano un elevato allarme sociale.

Questa premessa è fondamentale per comprendere anche che nel diritto penale l'idea di ingiustizia ha una sua dimensione peculiare. Chi si avvicina allo studio del diritto penale generalmente ha già incontrato il diritto privato e associa il sentimento di ingiustizia ai vuoti normativi, a ragioni sostanziali ed anche per questo nel diritto civile sono centrali clausole e principi generali che permettono di oltrepassare i limiti delle regole poste (come il principio di correttezza e di buona fede, l'analogia, l'equità, l'abuso del diritto). Un esempio notissimo è l'art. 4 del Codice civile napoleonico del 1805 che puniva il giudice che si fosse reso colpevole di “diniego di giustizia” (*deni de justice*). L'idea è che il diritto (civile) trova la sua legittimazione nell'offrire una qualificazione per tutti i casi possibili che si possono o si potranno presentare.

Così quando si affronta lo studio del diritto penale si potrebbe essere propensi a credere che anche qui eventuali lacune di tutela, o l'esistenza di ostacoli formali comportino altrettante ingiustizie che delegittimano il diritto penale. Non è così: il diritto penale

punisce, non risarcisce né ingiunge. Perciò l'ingiustizia massima in diritto penale sarebbe quella di punire in assenza di quei limiti che ne segnano la legittimità, perché questo vorrebbe dire che lo Stato si arroga delle pretese punitive di matrice autoritaria. Insomma: nel pensare di lottare contro l'apparente "ingiustizia" rappresentata dal subire un vuoto di tutela – cioè di un "vuoto di pena" – in realtà si avalla la somma ingiustizia di assegnare allo Stato la possibilità di esercitare il potere punitivo in modo autoritario e in spregio ai diritti fondamentali delle persone.

1.3.1. *Le conferme storiche della corrispondenza tra tipo di Stato e tipo di diritto penale: la perdita di legalità del diritto penale negli Stati autoritari*

Questa relazione tra tipo di Stato e osservanza alla legalità penale è così storicamente consolidata che nel 1982 presso le Nazioni Unite, quando venne richiesto a un gruppo di Studio di elaborare una mappatura dei tratti autoritari di uno Stato, venne elaborato un *Rapporto (Rapport Questiaux)* che individuava come sintomi univocamente significativi della deriva autoritaria proprio la marginalizzazione di una o più componenti della legalità penale. Questo *Rapporto* è stato poi ripreso in un testo fondamentale sui sistemi di politica criminale (Delmas-Marty, 198 s.) dove, per questa via, si sono individuati i tratti caratterizzanti dei modelli di stato liberale, autoritario e totalitario.

Anzitutto viene in rilievo l'essenzialità della distinzione tra la sfera della *criminalità* (da intendersi come comportamento contrario alla deontica penale perché espressivo di fatti previsti formalmente come reato) e quella della – pura e semplice – *devianza* (da intendersi come comportamento contrario alla normalità sociale perché espressivo di comportamenti o modi di vivere non condivisi dalla maggioranza dei consociati). Per gli Stati liberali il conflitto e il dissenso sono componenti fisiologiche, energie vitali che permettono loro di mettersi in discussione e di evolvere. Non reprimere la devianza *implementa* infatti le dinamiche del vivere democratico perché *alimenta* le differenze nei modi di pensare e di vivere, nutrendo così il dibattito politico dal quale scaturiscono quelle «energie vitali» di cui sopra. In altre parole, gli Stati liberali non reprimono la devianza non solo per ragioni etiche, ma anche per ragioni di efficienza, se non addirittura di sopravvivenza. O per meglio dire: quelle ragioni di giustizia che impediscono di reprimere la devianza sono tali poiché garanzia ed efficienza sono le due facce della stessa medaglia.

La distinzione tende invece a venire meno negli stati autoritari e totalitari che, come è stato acutamente osservato (Arendt), hanno solitamente vita breve, sono entità sociali meno solide e meno efficienti di quelle liberali e democratiche proprio perché non sono in grado di mettersi in discussione e quindi di evolvere. E gli Stati autoritari (cioè quelli in cui la missione dello Stato è di reprimere sia i comportamenti criminali sia quelli meramente devianti, sintomatici di dissenso), e ancor più in quelli totalitari (cioè quelli in cui non vi è nemmeno più la possibilità di distinzione tra il concetto di criminalità e quello di devianza) l'arma della pena viene utilizzata per reprimere comportamenti considerati devianti (gli oppositori politici, le minoranze etniche e religiose, gli omosessuali o che comunque conducono uno stile di vita ritenuto "anormale").

Ora, da notare è che la repressione penale della devianza avviene proprio mediante una serie di sistematiche e progressive violazioni delle varie componenti della legalità penale.

Ad esempio, mediante la previsione di disposizioni del tutto indeterminate, in modo

da permettere o imporre chi è chiamato ad applicarle di farlo in modo arbitrario. Paradigma notissimo è l'art. 58 del Codice penale sovietico del 1927 che puniva le c.d. "attività controrivoluzionarie" in Unione Sovietica. Più di due milioni di persone furono deportate nei Gulag in applicazione di questo articolo descritto da Aleksandr Solženicyn in pagine memorabili:

«(...) grande, possente, abbondante, ramificato, vario, universale Cinquantotto, che esaurisce il mondo neanche tanto nelle formulazioni dei suoi punti quanto nella loro interpretazione latissima e dialettica.

Chi di noi non ha sperimentato su di sé il suo abbraccio amplissimo? In verità non v'è trasgressione, pensiero, azione o inazione sotto il sole che non possa essere punita dalla mano dell'articolo Cinquantotto.

Era impossibile formularlo così ampiamente, ma è risultato invece possibile interpretarlo con tale ampiezza» (Solženicyn, 152).

L'art. 58, al punto 10 ad esempio, puniva non meglio specificate «attività di propaganda rivoluzionaria e agitazione contenenti un appello all'abbattimento, danneggiamento o affievolimento del potere sovietico (...) come pure la diffusione, produzione o custodia di letteratura avente tale contenuto». E per «agitazione contenente un appello» si poteva intendere una conversazione a quattr'occhi tra amici (o anche fra coniugi) o una lettera privata; "appello" un semplice consiglio personale (Solženicyn, 165).

Un altro esempio di norma radicalmente indeterminata utilizzata come strumento di repressione è l'art. 301 del Codice penale turco. Nella versione in vigore fino al 2008 questo reato al suo comma 1 puniva «Chiunque insulta pubblicamente la Turchità, la Repubblica o la Grande Assemblea nazionale di Turchia»; in virtù di esso, segnatamente della straordinaria vaghezza del concetto di «turchità» (Fronza, 99 s.) sono state perseguite e condannate migliaia di persone colpevoli di condotte devianti (oppositori politici e omosessuali *in primis*). In particolare questo reato è stato utilizzato nei confronti delle minoranze armenie e kurde: affermare che nel 1915 è stato compiuto un genocidio nei confronti degli armeni o cantare ad una manifestazione pubblica una canzone in lingua kurda sono statti considerati "oltraggi alla turchità" e quindi repressi in applicazione dell'art. 301; nel 2005 lo scrittore premio Nobel Orhan Pamuk è stato processato ex art. 301 per avere pronunciato "trentamila kurdi ed un milione di armeni uccisi in Turchia e quasi nessuno osa dirlo". Nel 2008, anche a seguito delle richieste dell'Ue e delle condanne da parte della Corte di Strasburgo, l'art. 301 è stato riformato riducendo la pena e sostituendo nel primo comma «turchità» con «Nazione turca» (Bozbayındýr, 223 s.). Le condanne ed i procedimenti si sono effettivamente ridotti, è interessante notare tuttavia che la Corte EDU ha comunque condannato di nuovo la Turchia (Corte EDU, *Altuğ Taner Akçam V. Turkey* del 25 ottobre 2011) sostenendo che questa disposizione, per il solo fatto di esistere, realizza quel "*chilling effect*" (v. *retro*, § 1.2.2.) di diritti fondamentali, come la libertà di espressione a causa della sua perdurante indeterminatezza.

Numerose sono le norme di questo tenore storicamente rilevabili, a lungo si potrebbe quindi continuare con gli esempi. Ciò che è importante sottolineare è che norme indeterminate si trovano in molti ordinamenti giuridici, anche nell'ordinamento italiano. Si pensi al reato di «radunata sediziosa», punito all'art. 655 c.p. dove, in definitiva, l'esercizio del diritto costituzionale di riunione diviene reato sulla base di un aggettivo –

sedizioso – di per sé dotato di una area semantica così ampia e indeterminata da renderlo *non compatibile* con il principio di legalità, e di conseguenza in predicato di essere dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Altro modo di marginalizzare il vincolo alla legge è prevedendo il ricorso all'analogia (su cui v. *postea*, § 4.1.1.). La previsione dell'analogia in diritto penale è rivelatrice di quale sia il fondamento del diritto di punire, quindi quale sia il tipo di Stato. Se, infatti, il fondamento del diritto di punire risiede nelle esigenze di tutela della persona il diritto penale trova allora nei suoi limiti la propria legittimazione e quindi la frammentarietà e la lacuna assumono una dimensione fisiologica (diritto penale liberale); conseguenza inevitabile: l'analogia deve essere vietata. Se, invece, il fondamento del diritto di punire è la lotta contro il disordine sociale e la tutela dello Stato occorre allora che il diritto penale reagisca ad ampio spettro contro tutte le manifestazioni sintomatiche di una pericolosità sociale e quindi la lacuna e la frammentarietà assumono una dimensione patologica (diritto penale autoritario); conseguenza inevitabile: la analogia deve essere ammessa.

Questo nesso tra modello totalitario e analogia in diritto penale è espresso in modo paradigmatico dalla modifica del § 2 del Codice penale del *Reich* hitleriano (Dodaro, 43 s.), operata nel 1935, subito dopo l'ascesa al potere del partito nazista (Vormbaum, 254 s.). Lo scopo di questa novella era infatti proprio di rimarcare la svolta totalitaria della Germania nazionalsocialista. La modifica in particolare prevedeva che «Viene punito chi commette un fatto che la legge dichiara punibile o che merita punizione secondo il pensiero che sta a fondamento di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Qualora nessuna precisa disposizione penale trovi immediata applicazione al fatto, il fatto stesso sarà punito secondo la legge, il cui pensiero fondamentale ad essa si attaglia nel modo migliore».

La rottura con la legalità si fa totale quando alla neutralizzazione del vincolo alla legge si aggiunge quella del vincolo al giudice. Ciò tipicamente avviene negli Stati autoritari, in cui la magistratura si trova, *de facto* o *de jure*, sotto il controllo dell'esecutivo. È quanto avvenuto, ad esempio, in Argentina dove, facendo leva sulla dottrina della sicurezza nazionale, alle gerarchie militari sono state assegnate le competenze della giurisdizione ordinaria (Delmas-Marty, 203 s.). Consapevole di questo, il Costituente italiano ha inserito nel medesimo articolo sia il vincolo alla legge, sia il vincolo al giudice. L'art. 25 Cost. al comma 1 afferma che «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge», assegnando quindi la garanzia del giudice, e affermando che questo debba essere individuato in via generale e astratta da una legge; nel comma 2, poi, come sappiamo, stabilisce che i reati e le pene devono essere stabilite per legge. La Costituzione con questa scelta sistematica rimarca come la legalità penale ponga sul piano della separazione e attribuzione di poteri un doppio vincolo di garanzia: vincolo alla legge, per quanto riguarda la posizione della norma, e vincolo al giudice, precostituito per legge, per quanto riguarda la sua applicazione. Da questo nesso tra primo e secondo comma si ricava l'importante corollario per cui nella dimensione costituzionale la legalità penale *non* si contrappone alla figura del giudice. Quindi, anche se la legalità di matrice illuministica afferma la riserva di legge proprio per limitare gli arbitri del giudice (legalità da intendersi in questa prospettiva come 'legge *versus* giudice') nella sua evoluzione costituzionale, la scelta sistematica della Costituzione di coniugare le due

garanzie in un medesimo articolo è il riflesso di una evoluzione che vuole ribadire come il giudice è sia *sorvegliato* sia *sorvegliante* del principio di legalità (legalità quindi da intendersi in prospettiva costituzionale come ‘legge più giudice’).

Emerge, in conclusione di questa sezione, come i moniti che arrivano dalla Storia sono chiari: uno Stato non può dirsi democratico e liberale se viola il principio di legalità; la legalità in quanto principio di garanzia e requisito di funzionalità del diritto penale è tenuto ad assicurare sia la sicurezza *con* il diritto penale, sia la sicurezza *dal* diritto penale.

Passiamo ora ad esaminare in modo analitico i sottoprincipi di cui si compone il principio di legalità, a partire dalla riserva di legge.

2. La riserva di legge

La riserva di legge è lo strumento con cui la Costituzione attribuisce il potere di disciplinare una determinata materia solo a determinate fonti. È di tipo *formale* quando riserva la produzione all’atto legislativo stabilito attraverso il procedimento parlamentare; è di tipo *materiale* se invece autorizza la produzione anche ad altre fonti, di rango primario o sovranazionale, che non prevedono, per la loro formazione, l’ordinaria procedura stabilita negli artt. 70, 71, 72 Cost. (come ad es. decreti-legge, decreti legislativi, leggi regionali, norme eurounitarie, ecc.). Nella Costituzione il termine “legge” non è utilizzato in modo univoco: quindi, dal punto di vista letterale, non è immediato comprendere quando la Carta fondamentale abbia stabilito una riserva di legge di tipo formale, o una di tipo materiale, quando non abbia, addirittura, fatto un uso del tutto atecnico del termine “legge”, come sinonimo di “diritto”. Saranno di conseguenza argomenti di tipo storico, sistematico e teleologico a dirci che tipo di riserva ha stabilito la Costituzione usando questo termine specifico.

Ad esempio, l’art. 30, comma 1, Cost. nell’affermare che «la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela (...)» fa un riferimento alla legge del tutto generico e non fonda una riserva: possono infatti essere anche fonti secondarie a stabilire le tutele dei figli nati fuori dal matrimonio. Diversamente, l’art. 23 Cost., nello stabilire che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge», stabilisce una riserva di tipo materiale. Infatti, ragioni sistematiche e di tipo teleologico renderebbero del tutto irragionevole escludere che prestazioni patrimoniali non possano essere stabilite da un regolamento dell’Unione europea: cioè da una organizzazione sovranazionale che trova una sua ragion d’essere nella possibilità di stabilire prestazioni patrimoniali comuni.

La riserva di legge può poi distinguersi in *assoluta* se non concede nessuno spazio di integrazione a fonti sublegislative, o *relativa* quando ritiene invece legittimo uno spazio di integrazione (v. *postea*, § 2.4.)

Per le ragioni esposte (v. *retro*, § 1.2.2.), la riserva di legge stabilita all’art. 25, comma 2, Cost. va intesa come *assoluta* e in senso *formale* nel senso in seguito specificato. Essa ha un significato anzitutto politico, di riservare al Parlamento le decisioni sul se, cosa, come e quanto punire. Occorre quindi chiedersi quale sia la capacità di incidere sulle disposizioni penali di quelle fonti che non sono atti legislativi parlamentari, come i decreti-legge e i decreti legislativi (v. *postea*, § 2.1.), la legge regionale (v. *postea*, § 2.2.),

la consuetudine (v. *postea*, § 2.3.). Occorre inoltre comprendere se l'attività legislativa in materia penale possa essere integrata da atti sublegislativi del potere esecutivo (v. *postea*, §§ 2.4. e 2.5.) e infine interrogarsi sulla capacità di incidere sulle disposizioni penali degli atti sovralegislativi, cioè le fonti dell'Unione europea (v. *postea*, § 2.6.) e le sentenze della Corte costituzionale (v. *postea*, § 2.7.). In conclusione, nell'accennare al principio introdotto di recente nell'ordinamento della tendenziale riserva di codice, vedremo se la riserva di legge comporti un vincolo sulle fonti di cognizione del diritto penale, cioè se riservi ad alcune leggi in particolare la previsione di norme penali (v. *postea*, § 2.8.).

2.1. Decreti-legge e decreti legislativi

I decreti-legge ed i decreti legislativi sono ampiamente utilizzati come fonti del diritto penale. La Corte costituzionale non ha censurato questa prassi che, tuttavia, per parte della dottrina, sarebbe costituzionalmente illegittima perché svuoterebbe di significato politico la riserva di legge.

Noi crediamo che la riserva di legge sancita all'art. 25, comma 2, Cost. non precluda una competenza penale né per i decreti-legge, né per i decreti legislativi. La Costituzione, prevede infatti che l'emanazione di questi atti è sempre preceduta o seguita da una legge formale e stabilisce, agli artt. 76 e 77, una serie di stringenti condizioni nell'esercizio di questi strumenti, funzionali proprio a garantire la perdurante centralità del Parlamento che costituisce la *ratio* più profonda della riserva di legge,

Tuttavia, se non vi è incompatibilità con la Costituzione, è innegabile lo svuotamento del significato politico della riserva di legge che questi strumenti determinano nella prassi, a causa degli abusi nel ricorso alla decretazione di urgenza e alla procedura di delegazione legislativa. Tali abusi risultano infatti particolarmente critici in diritto penale, dove la marginalizzazione del Parlamento diviene costituzionalmente non tollerabile.

Per quanto concerne quindi la delegazione legislativa, la legittimità della sua competenza in materia penale è subordinata al mantenimento della centralità della legge delega rispetto ai decreti legislativi in attuazione. Occorre quindi anzitutto che sia la legge delega a indicare principi e criteri direttivi (art. 76 Cost.) che definiscano con esattezza i fatti ritenuti meritevoli di pena, assieme alla natura e all'entità delle pene, senza potere delegare rimettere queste scelte al legislatore delegato. Inoltre, occorre intendere la legge-delega non come mero atto interno al procedimento di delegazione, bensì come atto legislativo a tutti gli effetti: provvista – ove possibile – di diretta capacità normativa in caso di inerzia da parte del legislatore delegato. Ciò garantisce il senso profondo della riserva di legge, cioè che la competenza della legge non possa essere obliterata da una diversa decisione del governo. Si pensi al caso in cui una legge delega stabilisca l'abrogazione di determinati reati, rinviando al decreto legislativo per l'attuazione di questa opera di depenalizzazione. Uno degli abusi che la riserva di legge intende impedire è proprio l'eventuale inerzia del legislatore delegato (cioè del Governo) che, “decidendo” di non attuare la delega, finisce per estromettere il Parlamento dalle sue funzioni. Quindi in caso di non attuazione, le norme di una legge di delega che dispongono l'abrogazione di reati devono intendersi direttamente efficaci qualora, alla scadenza del termine concesso al legislatore delegato, la delega non sia stata attuata (Sotis, 2015).

Ad esempio l'art. 2, comma 3, l. 28 aprile 2014, n. 67 (legge delega) dispone che
 «3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) abrogare i reati previsti dalle seguenti disposizioni del codice penale: 1) delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491; 2) articolo 594; 3) articolo 627; 4) articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-bis; 5) articolo 635, primo comma; 6) articolo 647; b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia; (...).

Ora, se il Governo non avesse attuato la legge-delega che dispone queste abrogazioni, punire per la commissione di questi reati avverrebbe in spregio ad una legge che ha stabilito il contrario, quindi per decisione di un atto governativo contrario alla legge, segnatamente il decreto del Consiglio dei Ministri che avesse stabilito di non attuare la delega.

Per quanto riguarda il decreto-legge, l'osservanza della riserva di legge dipende dal rispetto degli «straordinari requisiti di necessità ed urgenza» (art. 77 Cost.) che soli giustificano il ricorso a questo strumento. A tale scopo, per mantenere il suo ruolo, dovrebbe anzitutto essere il Parlamento in sede di conversione ad esercitare a fondo una valutazione sulla sussistenza di questi requisiti. Di conseguenza, in sede di conversione il Parlamento è chiamato a svolgere una doppia valutazione di necessità: una prima alla luce del principio di necessità di pena, una seconda che imponga di valutare se fosse realmente necessario procedere tramite decreto legge, anche tenendo conto dei peculiari effetti di diritto intertemporale che la decretazione di urgenza pone in diritto penale (su cui v. *postea*, Cap. II, § 6.). Tuttavia, è da segnalare che proprio l'ipotesi della mancata conversione del decreto fa emergere un *vulnus* nella *ratio* garantista della riserva. Poniamo il caso che, con il decreto, venga introdotta una nuova fattispecie penale e che un soggetto sia condannato per tale nuova ipotesi di reato e che stia scontando la correlativa pena. Qualora il decreto non fosse convertito, l'efficacia *ex tunc* della caducazione dell'atto comporta l'immediata remissione in libertà del condannato, la cui restrizione, però, sarebbe, *medio tempore*, intervenuta per opera di un atto del Governo.

2.2. Riserva di legge e legge regionale

L'art. 117 Cost. al comma 1 afferma che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni». Questa potestà legislativa 'comprimaria' delle regioni è compressa, tuttavia, sempre dall'art. 117 che, al comma 2, lett. l), riserva allo Stato (quindi alla sola legge statale) la competenza esclusiva «sull'ordinamento penale», cioè sul sistema dei delitti e delle pene. La limitazione è generale, quindi si riferisce a tutte le attività legislative sull'ordinamento penale: sia a quella ad effetto espansivo, sia a quella ad effetto riduttivo dell'area penalmente rilevante. Ne deriva, quindi, che la riserva di legge in materia penale deve intendersi, *in parte qua*, come 'formale'. Al contempo è una limitazione tassativa e non si estende dunque al potere sanzionatorio amministrativo, su cui le Regioni (come altri enti pubblici) hanno, invece, piena competenza.

La Costituzione, quindi, con il riformato Titolo V, assegna alle Regioni una piena competenza legislativa su determinate materie (ad es. in materia di ambiente, urbanistica,

caccia ecc.), ma al contempo stabilisce che il diritto penale costituisce un limite alla potestà legislativa regionale anche sulle materie di competenza delle Regioni.

Tale riparto di competenze stabilito nel Titolo V della Costituzione è coerente con la riserva di legge sancita all'art. 25, comma 2, Cost. poiché questa, a sua volta, intesse un rapporto inestricabile, di corrispondenza biunivoca, con la forma di Stato a cui si correla. Se per ipotesi l'Italia fosse uno Stato federale, con una diversa storia costituzionale e quindi un diverso patto costituente, la riserva di legge potrebbe essere compatibile con una competenza penale regionale anche qualora il principio di legalità trovasse la medesima formulazione di quella sancita nell'art. 25, comma 2, Cost.

La Costituzione, invece, è il riflesso di una storia e di un patto di fondazione di uno Stato unitario, proprio allo scopo di garantire uniformità su tutto il territorio sulle tematiche essenziali, cioè quelle che incidono sui beni e diritti fondamentali della persona, tra cui indubbiamente si colloca il diritto penale. Produrrebbe infatti una aporia costituzionale sia, per un verso, costituire uno Stato di tipo unitario sul fondamento di esigenze di uniformità sui temi fondamentali, sia, per altro verso, attribuire alle Regioni la competenza penale, cioè proprio su quella tematica su cui le esigenze di uniformità sono più marcate.

Insomma, qui è la dimensione politica e costituzionale di attribuzione del potere penale a venire in gioco. Nel nostro sistema costituzionale, pur a fronte di una potestà legislativa assegnata sia allo Stato sia alle Regioni, è indubbio che la fonte maggiormente legittimata sia la legge parlamentare nazionale, poiché il potere per storia costituzionale e patto costituente – per così dire – dal popolo arriva allo Stato, e solo in seconda battuta alle Regioni. L'ordinamento penale ad ispirazione liberale ed illuministica, inoltre, si legittima per la sua vocazione generale e per essersi frapposto a particolarismi e parcelizzazioni del potere punitivo: la esclusione della competenza penale delle Regioni trova così giustificazione anche nella “legittimazione tramite generalizzazione” (v. *retro*, in questo Capitolo, § 1.2.2.) che caratterizza le norme penali.

In aggiunta la limitazione allo Stato della competenza penale, come affermato dalla Corte costituzionale in una importante sentenza (Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487) è garanzia di maggiore tenuta del principio di *extrema ratio*. L'argomento è persuasivo dal punto di vista pragmatico. Il penale è produttore di consenso (v. *retro*, Parte I, Cap. II, § 6.): pertanto, concentrare il potere di normazione penale nelle sole mani dello Stato lascia intendere un suo uso più limitato di quanto potrebbe avvenire se esso, in aggiunta, fosse attribuito anche ad ogni singola Regione.

Sempre la forma di Stato aiuta a chiarire gli spazi di interferenza possibili. Il nostro infatti è unitario, ma regionale, e ispirato alle esigenze dell'autonomia e del decentramento (art. 5 Cost.). L'attività normativa delinea quindi un processo normativo complesso in cui sono coinvolti sia lo Stato, sia le Regioni secondo un modello *sinergico collaborativo* (Piergallini).

Di conseguenza, le Regioni non possono introdurre nuove incriminazioni, nemmeno richiamando, in caso di violazione di precetti regionali, le pene previste da leggi dello Stato, né possono abrogare figure criminose. Tuttavia, l'attribuzione per un verso alle Regioni di competenze loro proprie, e per altro verso allo Stato della competenza penale, anche su quelle stesse materie, determina degli *inevitabili spazi di sovrapposizione* e, ciò che è peggio, di *interferenza*. Il problema è quindi comprendere entro quali limiti la legge regionale possa interferire indirettamente sull'ambito applicativo dei precetti e delle pene riguardanti queste materie. Nel quadro di una corposa e non sempre lineare

giurisprudenza costituzionale è possibile affermare che in linea generale gli spazi di intersezione possibile tra diritto penale e legge regionale sono quelli corrispondenti al modello collaborativo: nel quale l'attività legislativa regionale interferente non contraddice, bensì esprime una «funzione attuativa» (Piergallini) delle opzioni di tutela penale espresse dal legislatore parlamentare.

Ad esempio la Corte costituzionale (sent. 24 giugno 2004, n. 185) ha dichiarato la illegittimità costituzionale della legge regionale del Friuli-Venezia Giulia istitutiva di case da gioco poiché il gioco d'azzardo è attività penalmente sanzionata (art. 718 ss. c.p.). Netto qui il contrasto tra la scelta nazionale di qualificare come reato una attività e l'opzione regionale che avrebbe viceversa voluto rendere lecita quella stessa attività.

All'opposto, si pensi alla qualifica di un bene come «d'interesse paesaggistico» alla quale consegue l'applicazione della tutela penale riservata alla repressione degli abusi realizzati nelle zone vincolate (art. 181, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Poiché le Regioni hanno competenza primaria in tema di tutela del territorio, ad esse spetta di decidere quali beni siano di interesse paesaggistico anche per quelle porzioni del territorio non contemplate come tali dalla normativa nazionale. Qui non vi è contrasto tra poteri sull'esercizio dell'opzione penale: la opzione nazionale di punire gli abusi edilizi su beni paesaggistici è integrata «in funzione attuativa» da quella regionale che determina quali beni debbano definirsi in questo modo.

Altro esempio: la Corte costituzionale (sent. 20 novembre 1969, n. 142) ha affermato la legittimità costituzionale della legge del Friuli-Venezia Giulia che estendeva alla provincia di Udine il regime giuridico (comprensivo di norme penali) che una legge nazionale aveva stabilito per il regime faunistico delle Alpi. Qui non si è ravvisato conflitto di poteri poiché la scelta del legislatore regionale è ritenuta coerente con quella nazionale: la finalità, qui, è quella di applicare un determinato regime, anche penale, a determinate zone in virtù del loro valore ambientale. Quello che la Regione ha fatto è di applicare siffatta opzione di tutela penale anche a un'altra zona faunistica considerata assimilabile.

Residua la questione, assai dibattuta in dottrina, sulla possibilità per le Regioni di prevedere delle cause di giustificazione, su cui rinviando alla Parte III, Cap. VI. Anticipiamo sin d'ora che analoghe ragioni circa l'attribuzione della competenza penale al solo Stato, e quindi circa l'incapacità delle Regioni di potere contraddire le opzioni penali statali, comportano per le Regioni l'esclusione di competenza anche su questo terreno. Una analoga conclusione si impone anche con riguardo alle *cause di non punibilità*, rispetto alle quali sarebbe illegittimo prefigurare regimi territorialmente frazionati.

2.3. Legge penale e consuetudine

La consuetudine *di per sé* affonda le sue radici nella tradizione e stabilisce che la diffusa reiterazione di un comportamento per un periodo significativamente lungo ingenera nei consociati la convinzione che quel comportamento corrisponda ad una regola, quindi in ultima analisi ad una sottintesa norma giuridica. La possibilità che la consuetudine sia fonte del diritto penale *prima facie* urta decisamente con la *ratio* della riserva di legge: la prima discende da una interpretazione della tradizione ed è irriducibilmente vaga, nel suo momento genetico – che, in ultima analisi, è rimesso alla sua ricostruzione da parte della comunità dei giuristi –, e giocoforza nei suoi contenuti; la seconda è una decisione politica dai contorni ben definiti, sia nel suo momento genetico (l'entrata in

vigore dell'approvazione legislativa) sia nei suoi contenuti. La consuetudine, insomma, si scontra con l'idea che fonda la riserva di legge, cioè che le norme penali debbano essere *tipiche*. Di più: l'idea stessa di legge nasce durante il periodo dell'illuminismo proprio in opposizione al potere amplissimo che era riservato ai giuristi di decidere quali fossero le tradizioni, quindi quale la consuetudine e verificare di conseguenza quali le regole giuridiche vigenti. Basti ricordare in questo senso l'*incipit* dell'atto di nascita dell'illuminismo penale (Papa, 2014), cioè dell'opera "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria del 1764: «(...) è cosa funesta quanto comune al dì d'oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini». Breve. La riserva di legge in una buona misura sorge proprio per contrastare la produzione del diritto per via consuetudinaria. Non stupisce quindi se alla consuetudine è assegnato ruolo del tutto marginale nel sistema delle fonti penali.

Ad essa nessuno spazio è concesso, ovviamente, in funzione incriminatrice, ciò si porrebbe in insanabile contrasto con la riserva di legge formale.

La consuetudine non può inoltre avere nemmeno una portata integratrice per l'insanabile contrasto sussistente tra la funzione di integrazione di norme penali, cioè di norme necessariamente tipiche e quelle consuetudinarie, che norme tipiche non sono.

Ad esempio, con riguardo alla responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, che l'art. 40, comma 2, c.p. subordina alla sussistenza di un «obbligo giuridico di impedire l'evento» (v. *postea*, Parte III, Cap. II, § 2.1.). Poiché per un verso la consuetudine ha l'effetto di rendere un comportamento reiterato nel tempo norma giuridicamente obbligatoria e, per altro verso, l'art. 40 c.p. fa riferimento ad obblighi giuridici, sembrerebbe che questa disposizione contempli anche la consuetudine tra le fonti di questi obblighi. Tuttavia, come detto, ad impedire alla consuetudine di integrare una norma giuridica in diritto penale è proprio la radicale incompatibilità tra le norme di fonte consuetudinaria, che sono necessariamente vaghe e indeterminate, sia nel loro momento genetico, sia nel loro contenuto, e le norme penali che invece debbono essere in grado di definire con esattezza momento e contenuto. In conclusione: la consuetudine non può essere fonte di obblighi giuridici penalmente rilevanti (cfr. Marinucci, 507 s.).

Ma la consuetudine non può svolgere nemmeno una funzione scriminante: non può, cioè, essere la fonte di una causa di giustificazione (su questo si rinvia alla parte relativa alle cause di giustificazione *postea*, Parte III, Cap. VI, sez. IV, § 1.).

La consuetudine non può nemmeno avere una efficacia abrogatrice (c.d. *desuetudine*): la gerarchia delle fonti impedisce l'effetto abrogativo di una legge, per quanto desueta, se non tramite un atto normativo di pari rango.

Se alla consuetudine il diritto penale non concede spazio occorre, tuttavia, chiarire che questo non comporta analoga chiusura all'esperienza, in particolare alle prassi e abitudini.

Si pensi ad esempio all'art. 625, n. 7), c.p. che stabilisce che è aggravato il furto di «cose esposte per consuetudine alla pubblica fede» (come lasciare incustoditi gli abiti e gli oggetti personali su una spiaggia mentre si fa il bagno). Qui la legge ha usato in modo eccentrico il termine «per consuetudine» poiché questa norma a ben vedere fa riferimento alle abitudini e alle prassi, cioè a dei comportamenti costanti e ripetuti su cui non vi sia però la convinzione che essi siano giuridicamente obbligatori.

Se quindi la consuetudine, come detto, non ha margini nel diritto penale, diverso è il

discorso per l'esperienza, che invece intesse un rapporto fecondo con la definizione della regola penale. Le prassi, segnatamente le “buone prassi” (c.d. *best practices*) sono, ad esempio, un fattore importante di definizione della regola cautelare del fatto tipico colposo, come si vedrà più avanti (v. *postea*, Parte III, Cap. V, §§ 7., 16.).

Se poi, come abbiamo detto, la desuetudine di una norma penale non può comportare l'abrogazione formale di un reato, tuttavia ciò non vuol dire che essa non possa avere delle ricadute in diritto penale. Essa consiste infatti nella reiterazione di un determinato comportamento da parte di una collettività, nella ragionevole convinzione che quel comportamento non sia considerato penalmente rilevante: cioè, se l'esperienza dimostra che alla commissione di un comportamento non corrisponde la applicazione della corrispettiva norma penale. Di conseguenza se quella norma dovesse *del tutto occasionalmente* essere applicata ad un fatto, a venire in gioco sarebbe sempre il principio di legalità, ma nella sua diversa funzione di certezza della norma penale. Non sarebbe infatti ragionevolmente prevedibile la penale rilevanza di un comportamento che, se commesso, venisse in concreto perseguito del tutto sporadicamente. Questo renderebbe quella norma penale desueta, quindi aleatoria e occasionale, dunque non ragionevolmente prevedibile.

Ad esempio, l'art. 670 c.p. al comma 1 puniva con l'arresto fino a tre mesi la c.d. mendicizia non invasiva, che era così definita «chiunque mendica in luogo pubblico o aperto al pubblico». La Corte costituzionale (sent. 28 dicembre 1995, n. 519) ha dichiarato la illegittimità costituzionale di questa disposizione per contrasto con una serie di parametri costituzionali (artt. 3 e 27 Cost.). A nostro avviso la questione sarebbe stata fondata anche alla luce dell'art. 25, comma 2, Cost. La norma registrava infatti una applicazione aleatoria e occasionale a fronte di un fatto realizzato migliaia di volte ogni giorno. Ed infatti, la Corte costituzionale stessa in quella sentenza aveva affermato, in un *obiter dictum*, che «l'ipotesi della mendicizia non invasiva integra una figura di reato ormai scarsamente perseguita in concreto»: *ergo*, una condanna in virtù di questa norma sarebbe stata non ragionevolmente prevedibile.

2.4. Riserva di legge in materia penale come riserva assoluta

La riserva di legge – come anticipato – può essere definita come assoluta o relativa. È *assoluta* quando non concede nessuno spazio di integrazione a fonti sublegislative; è *relativa* quando si ritiene legittimo uno spazio di integrazione, ad esempio delegando ad una fonte ministeriale la definizione di elementi essenziali del precetto o della pena.

Risulta evidente che, qualora si optasse per la seconda definizione, sarebbe irrimediabilmente violato il senso della riserva di legge che vuole che la scelta sul se e cosa punire sia rimessa al Parlamento, unico organo politico dotato della necessaria legittimazione a prendere una decisione di valore così gravida di effetti per la persona. Ogni elemento della fattispecie penale è, infatti, necessario per affermare la rilevanza penale di un comportamento: rinviare per la definizione di un elemento del fatto ad una fonte sublegislativa vorrebbe dire autorizzare proprio ciò che l'art. 25, comma 2, Cost. vieta, cioè che una scelta da cui dipende il se punire un determinato fatto possa essere presa *non dalla legge*. Ne deriva, a questa stregua, l'illegittimità costituzionale, per violazione del carattere assoluto della riserva, di eventuali *norme penali in bianco*, in cui il precetto o la sanzione si attualizzino mediante l'emanazione (futura) di un atto normativo di grado inferiore alla legge, che si limita ad indicare lo scheletro della condotta vietata. In questi

casi, la scelta politico-criminale sul che cosa, sul come o sul quanto punire viene rimessa interamente ad una fonte sublegislativa, sì che il Parlamento si spoglia del suo potere definitorio. Diverso è il caso in cui il Parlamento forgi una disposizione, richiamando il contenuto di un atto normativo di fonte inferiore già esistente. In una simile evenienza, la disposizione richiamata integra la condotta tipica e il bene giuridico tutelato, il cui contenuto è però già conosciuto dal legislatore, che decide di farlo proprio. Dunque, non vi sarebbe alcuna violazione del carattere assoluto della riserva, salvo che permanga in capo all'organo sublegislativo il potere di modificarne, nel tempo, il contenuto.

Di quest'ultima ipotesi si è occupata la Corte costituzionale, con riguardo all'art. 5 della l. 818/1984 che prevedeva la sanzione penale per l'inosservanza dell'obbligo di richiedere o di rinnovare il certificato di prevenzione incendi. Questa disposizione di legge rinviava per la definizione di chi fossero i soggetti destinatari di quest'obbligo ad un decreto del Ministro dell'Interno, delegando così ad una fonte sublegislativa la decisione su un elemento essenziale della fattispecie penale (quando alcuni reati possono essere commessi solo da determinati soggetti qualificati si parla di reato proprio, e il possesso di questa qualifica è chiaramente un elemento essenziale del fatto tipico; sul reato proprio v. *postea*, Parte I, Cap. I, § 3.1.) e, di conseguenza, ad essere delegato con questa norma era il potere di punire. La Corte costituzionale con la sent. 282/1990 ha quindi dichiarato la illegittimità costituzionale di questa disposizione per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., sotto il profilo della riserva di legge. Tuttavia, la Corte ha precisato che l'illegittimità discende dalla natura 'mobile' del rinvio, che lasciava all'autorità amministrativa il potere di integrare, *ad libitum*, l'elenco dei soggetti tenuti a munirsi del certificato. Ove il rinvio, per contro, fosse stato 'fisso' (tale da precludere all'autorità il potere di integrare l'elenco), la disposizione non sarebbe stata in contrasto con il principio della riserva di legge, atteso che il Parlamento avrebbe fatto 'proprio' un decreto ministeriale, non modificabile, recependone i contenuti.

Tuttavia, se la riserva di legge in materia penale non può e non deve essere relativa, neppure la si può affermare come perfettamente assoluta. La ragione è che un'opera di integrazione delle disposizioni di legge è ineludibile, e in fondo anche opportuna. La legge non può infatti tutto stabilire, non fosse altro perché alcuni dati di realtà ragionevolmente si assume siano mutevoli (ad esempio quali sostanze debbono considerarsi dopanti a fronte del continuo sviluppo di nuovi principi attivi, quale interesse debba considerarsi usurario a fronte del cambiamento dei tassi di interesse e quindi del costo del denaro, quali organismi viventi debbano considerarsi in via di estinzione a fronte dei cambiamenti che possono avvenire negli ecosistemi). Non accettare nessuna forma di integrazione da parte di atti sublegislativi, quando è la realtà delle cose a presentare dei quadri in mutazione costante, vorrebbe dire, in ultima istanza, non riservare alla legge, bensì delegare al giudice la scelta. Finirebbe dunque per rientrare dalla finestra sotto forma di delega al potere giudiziario ciò che la riserva di legge vorrebbe tenere fuori dalla porta.

Ad esempio, in materia di stupefacenti la previgente normativa (l. 685/1967), all'art. 80 rimetteva la distinzione tra le condotte di "spaccio" da quelle di uso personale al concetto generale di «quantità modica» *versus* «non modica» di sostanza detenuta. Distinzione cruciale perché, se la detenzione ai fini di spaccio era punita molto severamente, quella per uso personale non era invece punibile. Era quindi il giudice a dovere stabilire quando, e sulla base di quali criteri, la quantità detenuta di una sostanza stupefacente dovesse ritenersi «modica» o «non modica» e quindi quale disciplina dovesse applicarsi. Con il sistema attualmente vigente (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) invece la quantità di sostanza detenuta viene individuata da un atto sublegislativo, cioè un decreto

del Ministero della Salute che, in specifiche tabelle, individua per ogni sostanza quale è la dose media giornaliera ed il numero di dosi che mediamente un consumatore detiene e, così facendo, stabilisce la distinzione tra le condotte di detenzione per spaccio da quelle di detenzione per uso personale.

Sbarrata quindi la strada alla riserva relativa dall'art. 25, comma 2, Cost., nell'impraticabilità di quella "in assoluto assoluta", la dottrina definisce la riserva di legge in materia penale come *tendenzialmente assoluta* (Marinucci-Dolcini, 100 ss.). Ora, occorre riconoscere che la formula non è tra le più felici perché il sintagma "tendenzialmente assoluta" è un ossimoro. Chiariamo quindi che con questa formula si vuole rimarcare che la riserva è in linea di principio assoluta, nel senso che assegna in modo *esclusivo e pieno* la competenza penale alla legge, ma che, per realismo pragmatico, devono essere rese possibili (solo) quelle integrazioni da parte di un atto diverso dalla legge che *non* sottraggono al Parlamento la decisione sul *se* e *cosa* punire, ovvero ciò che l'art. 25, comma 2, Cost. intende garantire fissando una riserva di legge, per l'appunto, assoluta. Ma si limitano a intervenire semmai sul *come*, specificando tecnicamente i contenuti del divieto già compiutamente specificati dalla legge.

Una prima distinzione in proposito corre tra integrazione del precetto e integrazione della pena. Per quanto concerne la pena non sono ammesse integrazioni ad opera di fonti diverse dalla legge (cfr. Corte cost., 23 marzo 1966, n. 26). Per quanto concerne il precetto, invece, è *ammessa l'integrazione di tipo tecnico* purché sia la legge ad avere stabilito i *criteri e gli obiettivi* a cui l'attività integratrice di tipo tecnico deve attenersi. Questa, infatti, proprio in virtù della sua natura tecnica (e non discrezionale) e della sufficiente specificazione dei criteri a cui l'organismo tecnico deve attenersi nella sua opera di integrazione, non erode al Parlamento lo spazio suo proprio.

Così avviene come già accennato nell'esempio precedente in materia di sostanze stupefacenti, dove per l'individuazione delle sostanze la legge prevede specifici criteri e poi demanda al Ministero della salute l'elaborazione di specifiche tabelle dentro cui inserire le sostanze che soddisfano i criteri.

Altro esempio. La pesca del c.d. "novellame" è penalmente vietata dagli artt. 24, comma 1 e 15, comma 1, lett. c), della l. 14 luglio 1965, n. 963. Con "novellame" si intendono gli esemplari di una specie ittica che non abbiano raggiunto l'età adulta: per ogni specie è quindi stabilita una misura minima delle dimensioni dell'esemplare che può essere pescato (sulla base della ragionevole inferenza che alle dimensioni corrisponda l'età e il grado di sviluppo). Ora, la misura è un elemento essenziale del fatto tipico, per l'ovvia ragione che è a seconda delle dimensioni dell'esemplare pescato che il fatto sarà o lecito o penalmente rilevante e la definizione di queste misure è rimessa ad un atto diverso dalla legge. Questo tipo di integrazione è legittima (e ragionevole: la determinazione delle misure soglie del novellame per ogni specie dipende da complesse e continue osservazioni di dati biologici, biometrici, oceanografici ed ecologici, e cambia quindi di stagione in stagione e di luogo in luogo) perché è indubbiamente di tipo tecnico e perché il criterio attraverso cui essa deve svolgersi è indicato dalla legge (art. 14, l. 14 luglio 1965, n. 963), segnatamente «la tutela ed il miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare».

2.5. Tutela penale di provvedimenti individuali e concreti dell'autorità

Il rapporto tra legge penale e atti sublegislativi pone poi la questione della legittimità di norme penali che richiamano la violazione di provvedimenti amministrativi emananti dalla pubblica autorità. La legittimità di norme siffatte corre sul filo della distinzione tra atti *individuali e concreti* versus atti *generali ed astratti*.

I primi sono sprovvisti di natura 'normativa', in quanto si concretizzano in provvedimenti, espressivi del concreto provvedere in casi particolari, in attuazione di norme antecedenti: dunque, sono privi di valore di legge, perché essenzialmente *singolari ed irripetibili*, atteso che, una volta adottati, esauriscono i loro effetti (si pensi, in proposito, ad un'ordinanza contingibile e urgente emessa dal Sindaco per ragioni di sicurezza pubblica nei confronti del proprietario di un edificio pericolante: fronteggia una situazione 'singolare' di pericolo e, una volta adottata, produce ed esaurisce i suoi effetti).

Gli atti generali ed astratti, invece, possiedono natura 'normativa' perché si rivolgono alla *generalità dei consociati*, sì da essere 'ripetibili', vale a dire suscettibili di *reiterata applicazione* (si pensi non soltanto alle leggi o ai regolamenti, ma pure ad atti amministrativi 'generali', come i piani regolatori, che, dividendo per aree – edificabili e non – il territorio, rilasciano alcune prescrizioni suscettibili di applicazioni ripetute, come quelle che prevedono, sia pure temporaneamente, divieti di edificabilità in una porzione del territorio).

Se la norma penale fa rinvio a provvedimenti *individuali e concreti*, questo modo di legiferare deve essere ritenuto compatibile con la riserva di legge, in ragione della loro rilevata carenza di normatività.

Ad esempio l'art. 28 dello statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) prevede, ai fini della repressione della condotta antisindacale, che il giudice ordini al datore del lavoro la immediata cessazione degli effetti antisindacali e sempre questa disposizione stabilisce che la non ottemperanza del datore di lavoro al provvedimento del giudice è punita ai sensi dell'art. 650 c.p.

La riserva di legge è rispettata perché l'opzione penale è stata presa dalla legge, che ha deciso "una volta per tutte" che per le violazioni di quella classe di provvedimenti individuali determinati dalla legge (la sentenza del giudice ex art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300) sia necessaria la pena. Il provvedimento individuale non aggiunge quindi nulla alla decisione sul se e cosa punire, che resta saldamente nelle mani del legislatore parlamentare.

L'art. 650 c.p. a sua volta, di per sé punendo le inosservanze ai provvedimenti individuali, non viola la riserva di legge. Questa disposizione non è però immune da rilievi, perché non paiono sufficientemente determinati i tipi di provvedimenti inosservati che fanno scattare la pena. Si parla infatti genericamente di provvedimenti dati per ragioni di giustizia, o di igiene o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico.

Di converso, se la legge penale punisse la violazione di un atto *generale e astratto* posto da un'autorità, la definizione del comportamento penalmente rilevante sarebbe rimessa a questa fonte e, quindi, ad essere delegata sarebbe proprio la scelta sul se e cosa punire.

Se il confine di legittimità di questa tecnica di rinvio in funzione incriminatrice dipende quindi dalla distinzione tra atto individuale e concreto *versus* generale e astratto, la differenza tra le due categorie può tuttavia a volte assottigliarsi.

Ad esempio, l'art. 723 c.p. punisce i gestori di sale da giuoco e da biliardo che tollerino nei

loro locali giuochi non d'azzardo, ma tuttavia vietati dall'Autorità. Questa disposizione a nostro avviso viola la riserva di legge poiché rimette la individuazione di quali siano i «giuochi non d'azzardo vietati» ad un atto, che va qualificato come generale ed astratto, dell'Autorità – segnatamente del questore – a cui, ai sensi dell'artt. 110 TULPS, è rimessa l'individuazione per lo specifico territorio di ogni singola questura. Non ci sembra che questa norma soddisfi infatti le condizioni di legittimità che la riserva di legge tendenzialmente assoluta vuole (cioè che la integrazione sia ammessa solo quando sia di natura tecnica e la legge abbia individuato i criteri). Va peraltro segnalato che in una risalente sentenza (27 giugno 1972, n. 113) la Corte costituzionale ha invece ritenuto compatibile con la riserva di legge questa fattispecie sulla base del criterio della “sufficiente specificazione” degli elementi rinviati. Il criterio della “sufficiente specificazione” tuttavia è oggi sorpassato da quello più tassativo della natura tecnica e dell'individuazione dei criteri ad opera della legge, da considerarsi violato qualora, come abbiamo visto, il rinvio sia fatto a disposizioni che sono generali ed astratte.

2.6. Legge penale e Unione europea

Il punto fermo da cui muovere per questo aspetto della materia penale è che a tutt'oggi l'Unione europea non ha competenza penale: a prevedere, cioè, con un atto suo proprio e direttamente applicabile i precetti e le pene. Questo, sia detto per inciso, dà la misura della tenuta del principio di legalità nella sua componente della riserva di legge: pur avendo l'Unione europea esteso la sua competenza a classiche prerogative nazionali (prima fra tutte quella di battere moneta) il significato politico e costituzionale della riserva di legge in diritto penale lo rende a tutt'oggi un baluardo non oltrepassabile nemmeno dall'Unione europea (Grandi).

Se l'Ue non ha potestà penale diretta, essa, tuttavia, esercita degli incisivi e capillari effetti riflessi sul diritto penale nazionale (Grasso, 255 ss.). Infatti, sempre di più le norme penali registrano delle interferenze con le norme di diritto eurounitario. È stato calcolato che la grande maggioranza delle norme incriminatrici riscontra un fenomeno di interferenza con le fonti Ue. E questo è dovuto sia alle diffuse competenze dell'Unione europea, sia – e soprattutto – alla peculiare capacità di penetrazione (prevalenza e diretta applicabilità) che caratterizza le norme Ue e che trova negli artt. 11 e 117, comma 2, Cost. il suo fondamento costituzionale (Bernardi, 12 s.).

Il campo dei rapporti tra fonti Ue e diritto penale è quindi quello delle interferenze che si creano dall'incontro tra questi due insiemi. Le interferenze sono regolate dalla capacità di incastro tra i due principi qui in gioco: segnatamente il *principio di prevalenza* delle norme Ue sulle norme nazionali e il *principio di riserva di legge*, che impone che le norme penali siano solo quelle emanate attraverso legge nazionale. Ci troviamo dunque all'interno di un campo giuridico paradossale perché composto, per un verso, da norme – quelle di diritto Ue – *prevalenti ma incompetenti* in materia penale e, per altro verso, da norme – quelle penali – *competenti* in via esclusiva *ma subordinate* alle prime in quanto nazionali (Sotis, 2007, XV).

In realtà il paradosso è più apparente che reale perché l'intersezione, e quindi la prevalenza delle norme Ue, potrà esserci a condizione che non violi il principio di legalità, che è principio sia costituzionale sia eurounitario (posto all'art. 49 della Carta dei diritti e al gradino più alto della gerarchia delle fonti di diritto Ue dall'art. 6 del TUE).

Di conseguenza il primo essenziale *test* per valutare se le prevalenti norme Ue possano

condurre, in caso, alla disapplicazione delle norme nazionali consiste nel verificare se l'effetto di questo contrasto produca una *espansione* o una *riduzione* del penalmente rilevante. Si tratta in questo campo di trovare il punto di equilibrio tra fondamentali principi costituzionali: per un verso gli artt. 11 e 117 comma 1 Cost. che fondano il principio di prevalenza delle Norme Ue, in ragione di quelle limitazioni di sovranità funzionali agli obiettivi di pace e giustizia che legittimano l'integrazione europea; per altro verso la riserva di legge. Così, queste opposte esigenze comportano che sia riservata alla legge nazionale la decisione *di punire* («Nessuno può essere punito (...)» recita l'art. 25 Cost.) non anche il contrario, cioè la decisione *di non punire*.

2.6.1. Effetti riduttivi

Se l'interferenza tra diritto Ue e diritto nazionale ha come esito una riduzione del penalmente rilevante (è importante sottolineare che la grande maggioranza dei casi riguarda queste situazioni) ciò vuol dire che non è in gioco la riserva di legge. Il principio di prevalenza della norma Ue potrà dunque esprimersi senza frustrare il principio di legalità: qui, infatti, abbiamo una istanza di libertà espressa da una norma prevalente a cui si contrappone una istanza di repressione penale sancita da una norma subordinata. Ebbene, quando ci si trovi di fronte a queste situazioni, cioè ad un contrasto ad effetto riduttivo tra una norma Ue e una norma penale, la norma Ue è nei fatti *sempre* dotata di effetto diretto.

Il tema si pone poiché le norme di diritto Ue si caratterizzano per essere o delle disposizioni di principio (es. le libertà fondamentali iscritte nei trattati, i principi della carta di Nizza, alcune norme di portata generale, come il principio di non discriminazione, i principi di diritto dell'Unione europea, ecc.) o delle disposizioni (contenute in regolamenti o direttive) non di rado particolarmente dettagliate (elenchi di prodotti, sostanze e specie animali o vegetali, norme a forte componente tecnica, norme procedurali, ecc.). Così, qualora disposizioni di principio fossero contenute in direttive, ci si chiede se queste siano provviste della diretta applicabilità (cioè, della capacità da parte del giudice nazionale di disapplicare direttamente le norme nazionali con esse in contrasto): la risposta è positiva.

La ragione deriva anche qui dal nesso tra funzione e struttura che caratterizza il diritto penale nel suo rapporto tra la regola (libertà) e l'eccezione (pena). La norma penale infatti trovando la sua legittimazione nella *funzione* di garanzia (*Magna Charta del reo*) ha una struttura c.d. "a norma totale", secondo cui se difetta o viene meno anche una sola delle condizioni che possono portare alla condanna, la libertà si "riespande" e occorre assolvere.

Di conseguenza, quando ci si interroga se una norma Ue sia così sufficientemente dettagliata da essere considerata provvista di diretta applicabilità (la sufficiente chiarezza e precisione della norma Ue contenuta in una direttiva sono infatti condizioni della sua diretta applicabilità) dobbiamo avere a mente che il *test* di diretta applicabilità non riguarda una norma Ue *in sé*, bensì una norma Ue nel suo specifico conflitto con una specifica norma nazionale. Il corollario è che una norma Ue potrà essere direttamente applicabile in un conflitto con una norma nazionale (ad esempio una di diritto penale) e non esserlo nel conflitto con un'altra norma nazionale (ad esempio una di diritto civile). Questo perché in diritto civile una norma Ue sarà sufficientemente dettagliata se sarà in grado sia di rendere non applicabile la norma nazionale, sia di regolare il fatto, poiché alla eliminazione della norma nazionale si crea un vuoto normativo e occorre quindi chiedersi se la norma Ue sia in grado di colmare quel vuoto. In diritto penale questo vuoto non si crea perché una volta che la norma Ue

ha reso disapplicabile la norma penale nazionale non c'è alcun vuoto normativo: la regola di giudizio già c'è; segnatamente quella stabilita nell'art. 27, comma 2, Cost. e poi disciplinata nell'art. 129 c.p.p. che dispongono come regola generale l'immediata assoluzione dell'imputato se viene meno una qualunque condizione necessaria alla condanna.

Conviene comunque tenere a mente la differenza che può esserci tra un contrasto di una norma penale nazionale con una *regola* Ue da quello con un *principio* Ue perché questa offre delle indicazioni sulla esigenza da parte del giudice penale di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE. Le norme Ue chiamate a dispiegare effetti riduttivi, infatti, anche se sempre dotate di diretta applicabilità, a seconda che siano principi o regole, renderanno più o meno mandatorio rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia, risultando più vincolante l'opzione del rinvio nel caso in cui si tratti di principi.

E questo per tre ordini di ragioni. Perché:

(a) per esigenze di certezza del diritto; se ogni singolo giudice decide i contrasti tra principi Ue e norme nazionali senza che la Corte di giustizia abbia avuto la possibilità di pronunciarsi viene meno l'applicazione uniforme del diritto Ue nello spazio giudiziario europeo;

(b) questi contrasti riguardano i principi Ue e questi, per loro natura, richiedono di essere interpretati effettuando un bilanciamento, cioè una attività esegetica in cui deve essere coinvolta la Corte di giustizia;

(c) qualora il contrasto riguardi un principio stabilito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) l'applicazione diretta dei principi previsti in questo testo fondamentale da parte del giudice finirebbe nei fatti per trasformare il nostro sistema costituzionale. I principi stabiliti nella Carta di Nizza infatti, per contenuto e funzione, si sovrappongono a quelli stabiliti nella Costituzione, e se ogni giudice applicasse direttamente questi principi senza il coinvolgimento della Corte di giustizia o della Corte costituzionale, in pratica il controllo di legittimità che la Costituzione ha stabilito essere di tipo concentrato (cioè stabilito da una Corte costituzionale) si trasformerebbe in uno a controllo diffuso (cioè deciso e stabilito da ogni singolo giudice). Occorre quindi che il giudice penale, in caso di supposto contrasto tra una norma nazionale ed un principio stabilito nella Carta di Nizza, valuti se rinviare alla Corte di giustizia o alla Corte costituzionale (che può a sua volta rinviare pregiudizialmente alla Corte di giustizia), ma non che sia lui direttamente a non applicare la norma nazionale che ritiene in contrasto, senza il coinvolgimento di nessuna Corte.

Un esempio di contrasto tra *regola* Ue e norma incriminatrice nazionale. Ad una norma *nazionale* che punisce il responsabile degli impianti di trasformazione di anidride solforosa in acido solforico con pressioni superiori a 0,05 Kg/cm² si contrappone una norma Ue che stabilisce in 0,5 Kg/cm² il valore di tolleranza, e quindi di liceità della condotta. Il fatto su cui il giudice era chiamato a decidere riguardava un impianto sottoposto a una pressione di 0,2 Kg/cm², cioè *sotto* il limite eurounitario e *sopra* il limite nazionale; in questo caso il contrasto comporta una ridefinizione del fatto penalmente rilevante nei più ampi limiti consentiti dalla prevalente norma Ue (Mucciarelli).

Un esempio invece di contrasto tra un *principio* Ue (segnatamente una delle quattro libertà fondamentali sancite nel trattato) e una norma penale lo offre il conflitto ventennale tra un *totem* comunitario (la libertà di circolazione delle merci) e un *tabù* nazionale (la pasta di grano tenero)

(Corte di giustizia CE, 14 luglio 1988, C-90-86, *Proc. pen. Zoni*).

Oggetto specifico della vicenda era la compatibilità del divieto (penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 44, l. 4 luglio 1967, n. 580) di importazione sul terreno nazionale di paste asciutte di grano tenero con la libertà di circolazione delle merci (prevista agli artt. 30 ss. del Trattato nella versione allora vigente, ora, disciplinata negli artt. 28 ss. TFUE). In particolare, in questo caso non era in discussione la restrizione o meno della libertà comunitaria da parte della normativa nazionale, risultando questa in modo evidente. Non era in discussione nemmeno la validità di per sé delle ragioni imperative giustificanti il divieto addotte dal Governo italiano (in particolare la tutela dei consumatori e la tutela dei produttori del Mezzogiorno). La vera partita invece, in considerazione dei controinteressi in gioco, si è giocata sulla proporzionalità, adeguatezza e necessità di dover porre un divieto penale a tutela di questi interessi. La Corte di giustizia ha affermato infatti che l'esigenza di tutela dei consumatori può essere raggiunta in modo ugualmente efficace ponendo un obbligo di apporre etichette appropriate che indichino chiaramente le caratteristiche del prodotto, con la conseguenza che, potendo attuare il mezzo "meno restrittivo" dell'etichettamento, risulta non necessaria e non proporzionata la previsione di un divieto penalmente sanzionato. La Corte ha argomentato che la tendenza del mercato della pasta dimostra che la pasta di grano duro, pur avendo un prezzo più elevato, avrebbe conquistato sempre maggiori quote rispetto a quella di più bassa qualità: non è quindi giustificata l'esigenza di tutelare questo mercato con appositi divieti di importazione penalmente sanzionati (la sentenza è del 1988, bisogna dire che la storia le ha dato ragione: il mercato europeo vede oggi in posizione assolutamente dominante la pasta di grano duro nonostante sia necessariamente più costosa). Il risultato è stato la disapplicazione di quel divieto penalmente sanzionato.

2.6.2. Effetti espansivi

L'interferenza tra norme Ue e norme penali nazionali che avesse come effetto una espansione del penalmente rilevante descrive una situazione politico criminale in cui ad una istanza di libertà espressa dal Parlamento nazionale si contrappone una istanza di repressione penale espressa dall'Unione europea, che della competenza penale è sprovvista. Una situazione in cui quindi la *ratio* della riserva di legge è in forte *stress*. La distinzione essenziale in tema è tra possibili effetti espansivi *diretti* ed *indiretti*. Dove con effetti diretti si intende la capacità di una norma eurolunitaria di regolare direttamente un fatto penalmente rilevante e con effetti indiretti invece la capacità di una norma eurolunitaria di incidere sulle norme incriminatrici nazionali che debbono regolare un fatto.

(a) Per quanto concerne gli effetti espansivi di *tipo diretto* la *regola generale* vuole che *nessun effetto espansivo* del diritto penale possa direttamente discendere dal diritto eurolunitario.

Gli unici effetti espansivi diretti, cioè tramite norme Ue direttamente applicabili, compatibili con la riserva di legge sono quelli concessi dalla natura solo tendenzialmente assoluta di questa e quindi i casi in cui la fonte eurolunitaria svolga una funzione di *integrazione di tipo tecnico* della norma penale. Il diritto Ue si caratterizza per essere composto anche da norme molto dettagliate in numerose materie (es. agroalimentare, ambientale finanziaria, ecc.). Il risultato è che nella individuazione degli oggetti e dei limiti quantitativi o qualitativi di tutela che sono caratteristici delle normative di settore (ad esempio la individuazione delle specie protette, delle sostanze pericolose, delle tipologie di rifiuti, ecc.) il diritto eurolunitario ha preso il posto delle norme nazionali anche quando (e succede spesso) la violazione di queste normative è presidiata da norme penali. E come per gli atti sublegislativi che abbiamo visto al § 2.4., anche in questi casi la

compatibilità con la riserva di legge, dipende dalla *natura tecnica* delle norme eurounitarie integratrici del precetto penale.

Per quanto concerne tuttavia l'altro requisito necessario affinché queste forme di integrazione siano compatibili con la riserva di legge, cioè la sufficiente specificazione da parte della legge del criterio e degli obiettivi a cui deve attenersi l'attività normativa integratrice del precetto (v. *retro*, § 2.4.), occorre fare una precisazione. Il diritto eurounitario, anche quello di pura specificazione tecnica, infatti, non viene *mai* emanato 'nel quadro dei criteri e obiettivi indicati dalla legge nazionale'; e ciò per l'ovvia ragione che è un atto sovraordinato e non subordinato alla legge nazionale (semmai avviene il contrario: è la legge nazionale ad essere emanata nel quadro dei criteri indicati dalla normativa eurounitaria). Di conseguenza, per valutare la legittimità delle ipotesi ad effetto espansivo della normativa europea integratrice della norma incriminatrice nazionale, oltre a valutare la natura tecnica della disciplina integratrice, occorre anche verificare che la norma tecnica comunitaria sia stata emanata secondo lo stesso obiettivo e secondo i medesimi criteri tecnici di specificazione posti dalla legge nazionale. La integrazione ad effetto espansivo è quindi legittima solo se vi è *sia* natura tecnica, *sia* conformità nei criteri e negli obiettivi.

Possiamo riprendere l'esempio già citato (v. *retro*, § 2.4.) del divieto di pesca del "novellame". In questo caso, dato che la pesca è materia di diritto Ue, la definizione delle misure soglia delle varie specie nel tempo è stata disciplinata da regolamenti Ue, che hanno preso il posto dei precedenti atti sublegislativi nazionali. Anche questa attività di integrazione è legittima perché questi regolamenti sono sia di natura squisitamente tecnica (sono infatti emanati a seguito di costanti e approfondite indagini biologiche, biometriche, oceanografiche ed ecologiche) sia posti secondo lo stesso criterio e con lo stesso obiettivo della normativa nazionale, cioè quello del miglior rendimento costante delle risorse biologiche del mare, ossia della sostenibilità della pesca (così sia l'art. 14, comma 1, l. 14 luglio 1965, n. 963, sia, tra le altre norme Ue, i *consideranda* del regolamento Ue 51/2006). Di conseguenza se la normativa Ue dovesse stabilire una nuova misura soglia del novellame di una specie ittica in modo più restrittivo (stabilendo che gli esemplari di una specie sono novellame ad esempio non più se lunghi 90 cm, ma 110 cm, come è avvenuto per i tonni rossi) l'integrazione sarà ad effetto espansivo (perché ha vietato la pesa di esemplari che erano invece pescabili secondo la normativa nazionale, segnatamente quelli tra i 80 ed i 110 cm), ma sarà comunque direttamente applicabile.

(b) Per quanto concerne gli *effetti espansivi di tipo indiretto* il diritto eurounitario invece ha una significativa competenza.

L'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) afferma la competenza dell'Unione a stabilire mediante direttive «norme minime sulla definizione dei reati e delle pene» per una serie di fenomenologie criminali (es. terrorismo, riciclaggio, contraffazione mezzi di pagamento, corruzione e altre sfere che possono essere aggiunte a queste). Il comma 2 dell'art. 83 TFUE prevede poi la possibilità di stabilire norme minime anche per altri campi già oggetto di normazione penale da parte degli Stati membri.

Riportiamo di seguito un esempio tra i tanti (assai numerose sono infatti le direttive adottate sulla base dell'art. 83 TFUE che obbligano gli Stati membri a prevedere come reati e a stabilire le cornici delle pene per i comportamenti descritti nel testo delle direttive). La direttiva 2019/713/Ue vincola gli Stati membri ad adattare la disciplina interna in materia di mezzi di pagamento diversi

dai contanti prevedendo che determinati comportamenti debbano essere puniti come reati. In particolare, la direttiva definisce questi strumenti di pagamento in modo aderente alla realtà odierna, cioè non limitati alle carte di credito, ma ricomprendenti anche un «record protetto immateriale o materiale (...) che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali» (art. 2 della direttiva). Ci si riferisce, cioè, a strumenti oggi in uso come Satispay, Paypal, Apple pay ecc.

Sulla base di questa direttiva è quindi intervenuto il legislatore nazionale che, con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 184, ha introdotto un nuovo reato (art. 493-*quater* c.p.) e modificato l'art. 493-*ter* c.p. proprio nel senso di estenderlo anche agli indebiti utilizzi di questi nuovi strumenti di pagamento, e non solo delle carte di credito, come invece era precedentemente previsto dall'art. 493-*ter* c.p.

Così facendo il Trattato ha attribuito alle istituzioni eurounitarie il giudizio sulla necessità di pena, che è una delle componenti dello *ius puniendi*, ponendo quindi con fonti sovraordinate dei veri e propri *obblighi di penalizzazione* rivolti al Parlamento nazionale.

Tuttavia, si ritiene che la riserva di legge penale non sia vulnerata da questo meccanismo essenzialmente per due ragioni. La prima è che il precetto e la pena applicabili sono quelli stabiliti dalla legge penale nazionale chiamata a adempiere a quell'obbligo, non dalla direttiva. Se quindi il Parlamento “non fosse d'accordo” a recepire quell'obbligo, non sarebbe possibile per il diritto Ue imporre all'Italia coercitivamente la penalizzazione di quel comportamento, per il quale ha stabilito la necessità di pena. Certo, l'Italia si esporrebbe ad una procedura di infrazione, ma anche l'esito di questa non potrebbe mai essere la introduzione di quel reato senza una legge interna che lo prevedesse. Peraltro, nella pratica questi obblighi sono sistematicamente adempiuti da parte del legislatore nazionale che quindi risulta, di fatto, messo da parte dalla scelta sul “se punire”, scelta che invece la riserva di legge lo vorrebbe protagonista. Insomma, si è trovato un difficile punto di equilibrio tra due principi supremi dell'ordinamento tra loro in questo caso in attrito, cioè le esigenze della riserva di legge penale da una parte e quelle dell'integrazione europea (artt. 11 e 117 Cost.) dall'altra. In effetti è innegabile che l'armonizzazione degli ordinamenti giuridico penali degli Stati membri agevola le attività europee di cooperazione giudiziaria e la costruzione di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia. La seconda ragione è che i parlamenti nazionali sono coinvolti nella fase c.d. ascendente, cioè quella di formazione di queste direttive, e in questo modo, almeno in parte, recuperano un loro ruolo comprimario su queste scelte di criminalizzazione di derivazione europea.

Un esempio recentissimo della dialettica che si può realizzare in fase ascendente (cioè, nel corso del procedimento di approvazione della normativa eurounitaria) è la proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione (COM/2023/234 *Final*). Questo testo prevede (art. 11) anche l'obbligo di penalizzazione dell'abuso di ufficio. Su di esso si è pronunciata la Camera dei Deputati dal 19 luglio 2023, cioè lo stesso giorno in cui alla Presidenza delle camere è stato comunicato il disegno di legge di iniziativa governativa (A.S. 808 Nordio), che prevede invece l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p. (così l'art. 1, comma 1, lett. b) del disegno di legge Nordio). Il parere motivato espresso dalla Camera su questa proposta di direttiva è stato negativo. Ora, al di là della condivisibilità degli argomenti su cui poggia il parere negativo, una dialettica nel corso della fase ascendente tra Parlamento nazionale che intende abrogare un reato

e la proposta di direttiva che invece prevede un obbligo di conservare quel medesimo reato, è comunque da salutare con favore, proprio nella prospettiva della tenuta del significato politico della riserva di legge. Sarà interessante verificare infatti se il legislatore europeo terrà conto di questa posizione italiana nella elaborazione del testo definitivo della direttiva contro la corruzione perché tanto più lo farà, tanto più potremo dire che la riserva di legge ritrova il suo senso nella fase ascendente di posizione degli obblighi di penalizzazione; tanto meno lo farà, tanto più invece salirà il rischio di violazione di un obbligo di penalizzazione di fonte europea.

2.7. Legge penale e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU)

Il sistema di tutela garantito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) si fonda sulla presentazione di ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo (così denominata per la città presso cui ha sede, e per distinguerla in questo modo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha invece sede a Lussemburgo). In questo modo, il c.d. "dialogo tra Corti" - costituzionali, di Lussemburgo (o Corte Ue), di Strasburgo (o Corte Edu) e di Cassazione - ha raggiunto un diffuso livello di pervasività. Tale sistema, in particolare, non stabilendo un'univoca gerarchia tra le decisioni delle varie Corti coinvolte, permette un fecondo e costante confronto (Sotis, 2012, 55 s.). Ciò ha contribuito, segnatamente in Italia, a sedimentare una diffusa cultura della tutela dei diritti umani, che costituisce oggi uno dei tratti più caratterizzanti del diritto in Europa.

Il diritto penale, in quanto "arma a doppio taglio", rappresenta il campo di azione privilegiato di questo fenomeno. Va però sottolineato come il sistema CEDU non sia limitato al diritto penale: uno dei grandi meriti della Corte di Strasburgo è stato proprio quello di estendere i principi posti a tutela dei diritti umani anche a misure giuridiche afflittive non formalmente definite come penali, quali ad esempio le sanzioni amministrative, disciplinari, di tipo medico sociale, ecc. Nello specifico ambito del diritto penale, come accennato a più riprese, esso ha anzitutto contribuito ad estendere ed approfondire il valore e la portata del principio di legalità nella sua funzione di certezza, segnatamente nel garantire l'esigenza di ragionevole prevedibilità dei reati e delle pene.

Di conseguenza, i limiti che la riserva di legge penale pone all'applicabilità delle c.d. "fonti convenzionali" costituisce una parte del più generale rapporto tra diritto penale e CEDU (per una introduzione Manes - Zagrebelsky). In questa prospettiva la riserva di legge impedisce alle norme CEDU, così come a quelle di diritto dell'Unione europea, di avere una competenza penale. Le norme CEDU si distinguono però dalle norme di diritto Ue perché, a differenza di queste, *non sono dotate di diretta applicabilità*. Il giudice di conseguenza *non può direttamente disapplicare le norme (anche penali) interne in contrasto con le norme Cedu*.

Le norme CEDU esercitano quindi soltanto *per altre vie* la loro incidenza sulle norme penali.

L'art. 117 primo comma della Costituzione, sancisce infatti che «la potestà legislativa è esercitata nel rispetto (oltre che della Costituzione e del diritto dell'Unione europea) degli *obblighi internazionali*».

Così, in caso di contrasto con una norma interna, per il tramite dell'art. 117 Cost. gli

«obblighi internazionali» costituiscono il 'parametro interposto' di un giudizio di legittimità costituzionale. E tra gli obblighi internazionali rientrano a pieno titolo quelli posti dal sistema della CEDU.

Emerge, qui, una caratteristica saliente. Come chiarito dalla Corte costituzionale (sentenze n. 348 e 349 del 2007 e n. 49 del 2015), l'obbligo internazionale di cui parla l'art. 117 Cost. si riferisce alla CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Pertanto, il concetto di "norma CEDU" *fonde assieme* il testo della Convenzione e la sua interpretazione per come è consolidata nella giurisprudenza della Corte. Ed è proprio in quest'accezione che la normativa CEDU ha rango sovrapprimario nella gerarchia delle fonti e funge da "parametro interposto". Le norme CEDU, seppur sprovviste di diretta applicabilità, dispiegano comunque i loro effetti normativi, segnatamente in questi due modi:

a) quando sono possibili più interpretazioni di una norma nazionale il giudice ha l'*obbligo di adottare quella maggiormente conforme alle norme CEDU*.

b) quando invece si registra un conflitto normativo non risolvibile per via interpretativa, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della norma nazionale in contrasto con quella CEDU, che costituirà il parametro interposto dell'art. 117 1° comma Costituzione.

Va rimarcato peraltro che non è sempre chiaro stabilire fino a quando sia possibile percorrere la strada dell'interpretazione conforme e quando invece occorra sollevare questione di legittimità costituzionale. Ed infatti i giudici nazionali sono a volte divisi su questo punto.

Lo dimostra un noto esempio relativo alla "illegittimità convenzionale" del reato oggi previsto all'art. 75 co. 2 d.lgs. 159 del 2011 (c.d. "codice antimafia") che *punisce le violazioni delle prescrizioni* inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale. Tra queste l'articolo 8 comma 4 del "codice antimafia" prevede per la persona sottoposta a misura di prevenzione anche le prescrizioni del «vivere onestamente» e «di rispettare le leggi». La Corte di Strasburgo (23 febbraio 2017, Grande camera *De Tommaso c. Italia*) ha condannato l'Italia ritenendo che le prescrizioni del «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» non siano ragionevolmente prevedibili, in quanto formulate in spregio alla qualità della legge, cioè in modo radicalmente indeterminato.

Successivamente alla sentenza De Tommaso della Corte Edu la Corte di cassazione a Sezioni Unite (27 aprile 2017 n. 40076 *Paternò*) ritiene di interpretare il reato di *violazione delle prescrizioni* inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza in senso conforme alla *Cedu* (come interpretata dalla Corte di Strasburgo da ultimo con la citata sentenza De Tommaso del 2017), cioè senza che potessero rilevare ai fini penali le violazioni di quelle prescrizioni («vivere onestamente» e «rispettare le leggi») formulate in modo del tutto indeterminato.

Subito dopo, tuttavia, la Seconda sezione della Corte di Cassazione chiamata a pronunciarsi su una identica questione, in aperto dissenso con la decisione delle Sezioni Unite Paternò, ritiene che la strada dell'interpretazione conforme non fosse percorribile e quindi solleva questione di legittimità costituzionale (Cass. pen., Seconda sez., ord. 11 ottobre 2017 n. 49194,). La Corte costituzionale con la sentenza n. 25 del 2019 accoglie la questione e dichiara quindi la illegittimità costituzionale del reato previsto all'art. 75 co. 2 del d.lgs. 159 nella parte in cui *punisce anche le violazioni delle prescrizioni* del «vivere onestamente e di rispettare le leggi» inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2 prot. 4 CEDU, interpretati alla luce della *ratio decidendi* espressa dalla

sentenza della Corte EDU, Grande camera, *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017.

Sulla base di queste coordinate di fondo si è sviluppata, come accennato, una copiosa giurisprudenza e attività legislativa sul terreno del diritto penale sostanziale. Ovviamente la funzione di tutela dei diritti umani comporta che gli obblighi internazionali di fonte CEDU producano nella grande maggioranza dei casi *effetti riduttivi* del penalmente rilevante. Tuttavia, sono possibili anche *effetti espansivi* quando la violazione dei diritti umani deriva da una decisione dello Stato di non punire ritenuta in violazione degli obblighi CEDU (Viganò, 2011). Questi effetti espansivi possono coinvolgere sia il legislatore che il giudice.

Se l'effetto espansivo si rivolge al legislatore (come, ad esempio, è avvenuto con l'introduzione nel 2017 in Italia del delitto di tortura, previsto all'art.613 *bis* c.p.) la riserva di legge è rispettata, poiché è tramite una legge parlamentare che l'*input* di tutela penale impresso dalla CEDU viene recepito.

Se l'effetto espansivo invece è indirizzato al giudice, la riserva di legge *impedisce* alle norme CEDU di *essere fonti del diritto*, mentre potranno, al più, assumere il ruolo di *argomenti* a supporto dell'interpretazione.

Questo effetto espansivo del penalmente rilevante in qualità di argomento interpretativo può avvenire limitando il campo di applicazione di una norma che riduce o esclude la responsabilità penale. Ad esempio, la causa di giustificazione dell'uso legittimo delle armi (art. 53 c.p.), senza stabilire un vincolo di proporzionalità e senza indicare con precisione i presupposti che autorizzano l'uso della forza, autorizza il pubblico ufficiale a cagionare anche la morte di una persona, se ciò dovesse essere necessario per vincere una resistenza in atto. Tale causa di giustificazione deve essere interpretata in senso restrittivo e rigoroso dalla giurisprudenza *anche* in virtù dell'*argomento* che il diritto alla vita sancito all'art. 2 della CEDU vieta di non punire il pubblico ufficiale che tramite un indiscriminato uso della forza dovesse cagionare volontariamente la morte di una persona (v. *postea* Parte III, Capitolo IV sezione 2, §. 4).

2.8. Sentenze della Corte costituzionale

Il valore costituzionale della riserva di legge, e di conseguenza il suo elevato grado di resistenza, emerge con nettezza osservando i limiti che da essa discendono anche rispetto alle sentenze della Corte costituzionale. La riserva, prescrivendo che si possa essere puniti solo sul fondamento di una legge, giocoforza esclude che lo si possa essere sulla base di una sentenza della Corte costituzionale. Al contempo, tuttavia, impedire alla Corte costituzionale di pronunciarsi potrebbe comportare la impossibilità di giudicare la illegittimità costituzionale di una norma. Da qui la tensione tra due primarie esigenze costituzionali: evitare per un verso che norme costituzionalmente illegittime possano continuare a dispiegare i loro effetti, e, per altro verso, garantire che nessuno può essere punito se non in forza di una legge.

Il criterio per affrontare la questione è anzitutto quello che distingue tra sentenze *in bonam partem* e *in malam partem*, sull'assunto che solo le seconde, estendendo l'area penalmente rilevante possono collidere con l'esercizio del punire, che è riservato al Parlamento.

Per quelle *in bonam partem* la riserva di legge non è in gioco, e *non vi sono quindi limiti diversi da quelli che normalmente informano la giustizia costituzionale*. Il giudice della legge può quindi dichiarare l'illegittimità costituzionale di un reato, o di un suo elemento, o di una circostanza aggravante; nei periodi in cui la Corte ha adottato questo strumento si sono avute anche sentenze c.d. manipolative di accoglimento, cioè sentenze in cui è dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma nella parte in cui non prevede un elemento di fattispecie ritenuto necessario per rendere la norma incriminatrice costituzionalmente legittima.

Un esempio ne è la sentenza Corte cost., 23 aprile 1974, n. 108 con cui la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p. «nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio deve esser attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Con questa decisione manipolativa di accoglimento la Corte, introducendo un elemento specializzante, ha operato *in bonam partem* circoscrivendo la rilevanza penale alle condotte descritte in fattispecie e che soddisfino anche questo elemento (e viceversa dichiarando non punibili le condotte di istigazione all'odio non pericolose per la pubblica tranquillità).

Per quelle *in malam partem* invece gli spazi sono circoscritti dalla riserva di legge (Scoletta, 108). Sono quindi interdette le sentenze manipolative *in malam partem*, cioè quelle in cui la Corte dovesse dichiarare l'illegittimità di una norma nella parte in cui non prevede – in ipotesi – che una disposizione debba applicarsi anche ad altri casi rispetto a quelli stabiliti dalla legge. In questi casi, infatti, la scelta sul se punire quel determinato fatto dipenderebbe in definitiva dal provvedimento della Corte e non dal Parlamento.

Le sentenze di accoglimento *in malam partem* più problematiche sono così quelle sulle c.d. norme penali di favore (cioè, per le norme che escludono l'applicazione di un reato o prevedono per determinate ipotesi un reato meno grave). La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale di favore comporta infatti l'espansione di una norma incriminatrice ai fatti resi non punibili dalla norma di favore. In altri termini punire questi fatti non in forza di una legge, ma di una sentenza. Al contempo però impedire alla Corte di pronunciarsi vorrebbe dire creare una “zona franca” dal controllo di costituzionalità, e quindi che una norma penale di favore possa continuare a dispiegare i suoi effetti pur se costituzionalmente illegittima.

La Corte costituzionale ha trovato un punto di equilibrio tra queste opposte esigenze – evitare di creare zone franche e rispettare la riserva di legge – con la sent. 394/2006 in tema di falsi elettorali. Il caso aveva ad oggetto una norma speciale che puniva molto meno gravemente (con la pena dell'ammenda) falsi elettorali così gravi – come la falsificazione delle liste elettorali – da essere in grado di compromettere la validità dell'intera competizione democratica, sottraendoli alla più rigorosa disciplina generale dei falsi elettorali riservata a falsi meno gravi (come la falsificazione di una semplice scheda elettorale). Una norma, insomma, in aperta violazione dei principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza (art. 3 Cost.). La Corte in questa sentenza ha affermato che sono ammissibili le sentenze di accoglimento *in malam partem* aventi ad oggetto norme penali di favore che si pongono in rapporto di specialità con una norma generale più severa, la quale, in caso di pronuncia di incostituzionalità, potrebbe applicarsi in loro vece (per gli effetti di diritto intertemporale stabiliti da questa importante sentenza della Corte costituzionale v. *postea*, Cap. II, § 2.).

2.9. Riserva di legge, fonti di cognizione del diritto penale e il “principio della riserva di codice”

L'art. 25, comma 2, Cost. riserva alla legge lo *ius puniendi*, ma non lo riserva ad una legge in particolare. Il diritto penale sostanziale infatti è un modo di disciplina che viene utilizzato nei più disparati ambiti e quindi nei più variegati testi legislativi. Vi è però una legge centrale e questa ovviamente è rappresentata dal Codice penale (r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398), in cui vi sono le norme di parte generale del diritto penale – che in virtù dell'art. 16 c.p. si applicano a *tutte* le leggi penali –, e le norme di “parte speciale” del Codice penale. Fonti di cognizione centrali della c.d. materia penale sono poi il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che contiene sia la parte generale che la parte speciale del diritto punitivo degli enti (su cui v. più avanti capitolo), la l. 24 novembre 1981, n. 689 che contiene la disciplina generale di applicazione della sanzione amministrativa punitiva e la l. 26 luglio 1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario.

Come detto, però, norme incriminatrici si trovano in innumerevoli testi della “legislazione penale complementare”, spesso come clausole sanzionatorie e finali dei più disparati testi di legge e altrettanto spesso come fattispecie incriminatrici inserite in modo disorganico in testi di legge a loro volta disorganici o *omnibus*.

Questa distribuzione disorganica delle fonti di cognizione del diritto penale è il risultato di una lunga evoluzione e delle relative stratificazioni delle varie stagioni legislative che sono intervenute dall'Unità di Italia ad oggi. E che è opportuno, seppur per sommi capi, richiamare.

Con l'illuminismo penale e l'Ottocento giuridico prende piede la codificazione, cioè l'idea di testi normativi coerenti e completi, in grado di contenere tutta una disciplina in modo immanente. L'alba della codificazione può essere fissata nella c.d. Leopoldina, il protocodice del Granducato di Toscana del 1786, che fu il primo testo al mondo ad abrogare la pena di morte. Successivamente, sull'onda della grande codificazione, sia civile (1805), sia penale (1810), della Francia napoleonica di inizio Ottocento, videro la luce nell'Italia preunitaria una serie di codici dei vari Stati e granducati che governavano i vari territori. Ad esempio, il “Codice dei delitti e delle pene per il regno di Italia” del 1811 (che era la copia di quello francese del 1810), il Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819, quello per gli Stati di Parma e Piacenza del 1820, quello sardo piemontese del 1859; il Codice toscano del 1853. Con l'unità di Italia inizia la lunga gestazione che portò nel 1889 all'approvazione del c.d. Codice Zanardelli (dal nome del Guardasigilli), un testo di impronta liberale e di eccellente fattura tecnica.

Il regime fascista sostituì nel 1930 il Codice Zanardelli con il Codice Rocco (anche qui dal nome del Guardasigilli: Alfredo Rocco; inoltre, il principale redattore di questo Codice fu il penalista Arturo Rocco, fratello di Alfredo e massimo esponente del c.d. tecnicismo giuridico, secondo cui il diritto deve coincidere con l'esegesi del diritto positivo e quindi essere impermeabile alle indicazioni provenienti dai saperi extragiuridici). Chiaro, peraltro, che la impermeabilità del diritto alla società era funzionale ad un regime autoritario che in questo modo poteva controllare il diritto in modo monopolistico, privando anche i giuristi del loro spazio di intervento e vigilanza. Il Codice Rocco è un testo di elevata fattura tecnica e, nella sua impostazione originale, è molto abile nell'offrire una impostazione liberale pur autorizzando al contempo regimi differenziati della repressione penale (con la previsione ad esempio del doppio binario sanzionatorio, di molte norme speciali in deroga ai principi generali liberali da esso stesso posti nella parte generale, di una disciplina illiberale delle clausole generali di estensione della responsabilità penale come il concorso di persone nel reato e il reato omissivo improprio). Sempre durante il fascismo vennero approvati dei testi unici di primaria importanza penalistica, tra questi ad esempio il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza-TULPS (r.d. 773/1931), ancora in vigore con numerose

modificazioni.

Il Codice Rocco del 1930 è a tutt'oggi ancora il Codice penale vigente. Tra le molte e complesse ragioni che hanno impedito all'Italia repubblicana, nonostante numerosi tentativi, di approvare un nuovo Codice vi è probabilmente quella che è l'idea stessa di Codice ad essere andata in crisi (Paliero, 1994); l'idea, cioè di elaborare un testo che sia in grado di tutto contenere e prevedere e di farlo in modo immanente. Anche il diritto penale è ormai riconosciuto in modo unanime come un fenomeno sociale collocato in complessi *network* normativi nazionali e sovranazionali e sottoposto a continui mutamenti nel tempo. L'esito paradossale di questa incapacità ad approvare un nuovo Codice penale è che il Codice vigente è ancora quello entrato in vigore durante il regime fascista.

Con il dopoguerra si entra nell'età della decodificazione (Irti) e della massima ipertrofia penalistica (Paliero, 1985, 78 s.) che gonfia a dismisura la "legislazione penale complementare", prevendendo norme penali come clausole sanzionatorie e finali dei più disparati testi di legge. Più di recente stiamo assistendo a dei tentativi di maggiore consolidazione del diritto penale prevedendo le norme incriminatrici in modo più organico nei Testi unici di settore. Così, ad esempio, il Testo unico sulla finanza-T.u.f. (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), il c.d. Codice della crisi di impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), il Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) il *Testo unico* delle leggi in materia di disciplina degli *stupefacenti* e sostanze psicotrope (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), il testo unico sulla sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). Questi testi che consolidano le normative di settore contengono anche le norme incriminatrici di riferimento di quel settore.

Insomma, in quanto modo di disciplina è fisiologico, e financo opportuno, che il diritto penale non sia tutto contenuto nel Codice penale. Se così fosse, infatti, i reati collegati ad una disciplina di settore non si troverebbero nel testo di legge che disciplina questa, ma (solo) nel Codice penale, con i relativi problemi di coordinamento con la normativa extrapenale di riferimento che ciò comporterebbe. Al contempo la frammentazione della "legislazione penale complementare" determina un *deficit* di accessibilità che frustra la funzione di certezza delle norme penali. Per cercare, quindi, di migliorare la visibilità delle norme penali, senza, tuttavia, privare di organicità le normative di settore, nel 2018 è stato introdotto nel Codice penale, all'art. 3-*bis*, il *principio della riserva di codice*, secondo cui le «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Si tratta di una scelta di compromesso, secondo cui le future norme penali debbono essere collocate o nel Codice penale o nelle leggi che regolano in modo organico (i testi unici) una disciplina di settore. Quello che sicuramente il *principio della riserva di codice* intende evitare autorizzando la previsione delle future norme extracodicistiche solo nelle leggi che disciplinano in modo organico una materia è la *proliferazione* di una legislazione penale complementare *frammentata* in innumerevoli testi di legge, disorganici e occasionali. Occorre peraltro segnalare che il principio della riserva di Codice dispone per il futuro, cioè per le norme penali approvate dopo il 2018, non è quindi in grado di eliminare la frammentazione dovuta alle scelte legislative precedenti (che costituiscono la grandissima maggioranza della legislazione penale vigente). Nondimeno, è da segnalare che, con la citata legge, si è provveduto a dare una parziale attuazione alla 'riserva di codice'. Sono state, infatti, trasfuse nel Codice penale alcune disposizioni previste nella legislazione complementare: si pensi, per fare alcuni esempi, alle svariate ipotesi di confisca, ora raggruppate nell'art. 240-*bis* c.p., e al delitto di cui all'art. 512-*bis* c.p., che punisce il trasferimento

fraudolento di valori, dapprima collocato nella legislazione accessoria.

3. La determinatezza: la formulazione della legge penale

Come si è anticipato, la riserva di legge in materia penale impone non soltanto di emarginare le fonti diverse dalla legge ma contempla pure l'obbligo per il legislatore di delineare con *determinatezza/precisione* il fatto di reato e le correlative sanzioni, così da contenere la discrezionalità applicativa del potere giudiziario. Per questa via, si esalta la dimensione 'normotipica' dell'illecito penale, che si salda funzionalmente con la pretesa natura 'frammentaria', 'insulare' del sistema penale.

Quanto alla copertura costituzionale del principio di determinatezza, la si ricava da una lettura 'combinata' dell'art. 25, comma 2, Cost. con altre disposizioni costituzionali (Bricola, 1997, 1308 s.).

La prima è quella dell'art. 13 Cost. Dopo aver sancito l'*inviolabilità della libertà personale*, stabilisce che nessun provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale possa essere adottato *se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge* (c.d. doppia riserva: di legge e di giurisdizione). Si aggiunge, poi, che, *solo nei casi di necessità ed urgenza, tassativamente previsti dalla legge*, l'autorità di pubblica sicurezza possa limitare, con l'arresto, la libertà personale, avendo poi cura di comunicarlo, nelle quarantotto ore, all'autorità giudiziaria, che, entro lo stesso termine, dovrà decidere sulla convalida o la revoca del provvedimento. Come si può apprezzare, i provvedimenti restrittivi cautelari soggiacciono a regole applicative indicate tassativamente dalla legge. È di intuitiva evidenza che l'istanza di certezza, che pervade la norma in commento, non potrà che essere parimenti e, *a fortiori*, proiettata sulla costruzione del precetto penale: ove, infatti, la fattispecie penale venisse licenziata in modo indeterminato e generico, lo stesso potere di intervento cautelare del giudice o dell'autorità di polizia si presterebbe ad arbitrarietà applicative: se è incerto il contenuto dell'illecito, è pressoché impossibile vagliare la legittimità dell'intervento cautelare.

Viene poi in considerazione la norma dell'art. 24 Cost., che garantisce il *diritto di difesa*. È chiaro che l'esercizio di tale diritto sarebbe pregiudicato al cospetto di una norma penale imprecisa, visto che per la difesa tecnica dell'imputato risulterebbe arduo o impossibile fornire elementi idonei a negare l'accusa, proprio a causa della 'vaghezza' di contenuto della previsione incriminatrice.

Correlativamente, l'esigenza di certezza è cofunzionale al principio costituzionale di *obbligatorietà dell'azione penale* (art. 112 Cost.). Se la fattispecie di reato è indeterminata, tutta l'attività di accertamento della polizia giudiziaria e del pubblico ministero verrebbe lasciata al loro arbitrio, sì che la domanda di processo (che integra l'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero) sfuggirebbe a qualsiasi controllo.

Spicca, infine, il *principio di colpevolezza*, di cui all'art. 27, comma 1, Cost. Norme penali imprecise o oscure non permetterebbero di muovere un rimprovero di colpevolezza all'autore. In proposito, la Corte costituzionale, nel dichiarare con la sent. 24 marzo 1988, n. 364 la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. ha riconosciuto la *scusabilità* (e, perciò, la *non rimproverabilità*) dell'*errore inevitabile sulla norma incriminatrice*: tra i casi che possono innescare la non rimproverabilità, la Corte ha significativamente additato quello in cui ci si confronti con un testo legislativo assolutamente oscuro.

Come si può apprezzare, dunque, il principio di determinatezza assume un rilievo costituzionale, che lo issa a principio fondativo e inaggirabile.

3.1. *La fattispecie legale come forma vincolata di descrizione delle incriminazioni*

Il principio di determinatezza vuole che la legge penale esprima con chiarezza cosa sia vietato. Se così non fosse, come detto, oltre a violare la ragionevole prevedibilità (cioè, la funzione di certezza) si violerebbe anche il principio di separazione dei poteri, perché una legge penale indeterminata verrebbe applicata in modo arbitrario, oppure sarebbe la giurisprudenza con la sua attività interpretativa a determinare l'effettivo contenuto della norma. In entrambi i casi sarebbe il giudice, e non il Parlamento, ad assumere la scelta sul *se e quando punire*.

Un esempio di formulazione radicalmente oscura e relativo effetto di violazione della separazione dei poteri è quello già visto nel §2.7. della violazione penalmente sanzionata delle prescrizioni del «vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale. *L'honeste vivre* è una formula ulpianea che troviamo in apertura del Digesto (D. 1.1.10.1) paradigmatica delle norme oleose e aperte, dai confini volutamente incerti, e quindi radicalmente indeterminate. Il diritto penale invece deve comporsi di illeciti che facciano riferimento solo a casi espressamente *tipizzati* dal legislatore e così disegnare un sistema di tipo *frammentario*, composto di precetti *chiusi*. Il rilievo interessante è che la violazione della determinatezza per radicale *imprecisione* del *testo* di legge sia stata in questo caso decisa *addirittura* dalla Corte di Strasburgo (23 febbraio 2017, Grande camera *De Tommaso c. Italia*). La Corte EDU infatti, nel giudicare sull'indeterminatezza di una norma valuta non solo la imprecisione del *testo*, ma anche la successiva opera di specificazione della giurisprudenza. In questo modo ha ritenuto provviste di sufficiente determinatezza anche disposizioni formulate in modo non preciso qualora la giurisprudenza abbia colmato questo *deficit* di partenza per via interpretativa. Ecco, è interessante notare che *nemmeno per la Corte di Strasburgo* la radicale mancanza di qualità del *testo* di legge potrebbe essere sanata dalla giurisprudenza. Ciò perché se il *testo* è del tutto oleoso ed indeterminato la successiva interpretazione non potrà che essere arbitraria, ed infatti la Corte EDU ha rilevato come le prescrizioni del «vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» registrarono una profonda disparità nelle applicazioni imposte dai vari tribunali italiani.

Ora, nella nostra tradizione costituzionale, la legge penale si rivolge sia al destinatario finale, cioè la persona che, qualora tenesse il comportamento vietato, verrebbe punita, sia all'interprete, cioè al giudice (Vassalli, 1994). Questo comporta che una fattispecie legale deve considerarsi determinata se è in grado di indicare al giudice le coordinate che gli permettano di interpretarla, e direttamente al destinatario finale cosa sia lecito e cosa vietato, consentendogli così di orientare le proprie scelte di comportamento.

Questa duplicità di destinatari comporta che le fattispecie incriminatrici debbano avere un senso narrativo, perché solo in questo modo esse sono in grado di comunicare direttamente con i consociati. A tale scopo esse sono concepite come dei «minuscoli racconti» (Palazzo, 2006, 75). Non è scontato sia così. Nei paesi di *Common law*, dove il principio di legalità non prevede la riserva di legge, le disposizioni legislative si rivolgono essenzialmente al giudice, ed hanno lo scopo di indicare lui le coordinate che gli permettano di effettuare una interpretazione coerente e ragionevole. La certezza quindi

in questi sistemi è assicurata facendo leva sulla sedimentazione delle regole tramite la loro applicazione nel tempo da parte della giurisprudenza. Di conseguenza, in questi Paesi le disposizioni penali, non dovendo comunicare direttamente ai consociati ciò che è vietato, non sono necessariamente concepite come dei minuscoli racconti, ma come delle linee guida rivolte all'interprete. Se confrontiamo, ad esempio, il reato di corruzione posto dalla legge – cioè, lo *Statute law* – del Regno Unito e quello stabilito nel Codice penale italiano, ci si avvede subito della differenza di struttura.

Bribery Act del Regno Unito (2010).

«Sezione 1. Corruzione di un'altra persona.

Una persona ("P") è colpevole di un reato se si applica uno qualsiasi dei seguenti casi.

Il caso 1 è il seguente: (a) P offre, promette o fornisce un vantaggio finanziario o di altra natura a un'altra persona, e (b) P ha l'intenzione che il vantaggio sia: (i) per indurre impropriamente una persona a svolgere una funzione o attività rilevante, oppure (ii) per ricompensare una persona per l'esecuzione impropria di tale funzione o attività.

Il caso 2 è il seguente (...)

Nel caso 1 non importa se la persona a cui viene offerto, promesso o fornito il vantaggio è la stessa persona che deve svolgere o ha svolto la funzione o attività in questione.

(...).».

Codice penale italiano.

«Art. 319 Corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio.

Il pubblico ufficiale che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni».

L'esigenza costituzionale, connessa alla riserva di legge, per cui la formulazione delle fattispecie deve essere in grado di comunicare con entrambi i destinatari arricchisce i livelli di valutazione della determinatezza ed aumenta quindi i vincoli sul legislatore. È un punto importante perché con questa doppia funzione della fattispecie legale la Costituzione impone che non possa ritenersi determinata una disposizione incriminatrice solo perché essa contiene gli elementi che le permettono di essere determinabile dal giudice.

In questa prospettiva il principio di determinatezza richiede che la fattispecie soddisfi una serie di qualità. La prima, di più immediata evidenza, è quella della precisione delle parole utilizzate.

3.2. *Il canone della precisione*

Abbiamo già visto nel § 1.3. come norme formulate in modo impreciso siano l'antichera dell'arbitrio applicativo. Per evitare questo occorre anzitutto che il linguaggio della fattispecie sia chiaro e che a tale scopo siano utilizzati termini sufficientemente precisi (Marinucci-Dolcini, 119 ss.). La precisione delle parole utilizzate è infatti la condizione necessaria (benché non sufficiente, come vedremo) della determinatezza.

Apparentemente una tecnica che sembrerebbe garantire un elevato livello di precisione è quella *casistica*, cioè tramite una descrizione analitica di specifici comportamenti o situazioni. Si pensi, in proposito, al regime delle circostanze aggravanti del reato di

lesioni personali (art. 583 c.p.), in cui il legislatore distingue le lesioni in gravi o gravissime, individuando minuziosamente, in base alla durata della malattia o degli effetti invalidanti, le corrispondenti ipotesi. Tuttavia, questa tecnica non può essere sempre utilizzata. In primo luogo, perché le fattispecie assumerebbero la forma di lunghi elenchi casistici in cui si perderebbe il senso narrativo: un elenco, infatti, non è un minuscolo racconto. In secondo luogo, perché la normazione casistica, a fronte delle mutevoli capacità di immaginazione della realtà, finisce sempre per dimenticarsi alcune delle possibili ipotesi, producendo quindi una normazione con irragionevoli vuoti di tutela che metterebbe sotto stress il divieto di analogia *in malam partem* (v. *postea*, § 4.).

Questo fa sì che il legislatore ricorra talvolta all'uso di *clausole generali*. Il fenomeno, sul piano generale, designa i casi in cui il legislatore trasferisce al giudice il compito di individuare i contenuti del precetto. Il ricorso alle clausole generali nel diritto penale così inteso, si porrebbe in insanabile contrasto con il principio di precisione. In realtà, si ricorre alle clausole in modo più circoscritto, in specie quando vi è la necessità di tutelare beni giuridici di rilievo (si pensi alla vita o alla pubblica incolumità) da qualsiasi forma di aggressione. Si pensi all'omicidio, in cui viene punito «chiunque cagiona la morte di un uomo». Se lo si volesse formulare ricorrendo alla tecnica casistica, il legislatore dovrebbe individuare tutte le possibili modalità di condotta destinate a provocare l'evento morte. Una elencazione, questa, che, essendo potenzialmente indefinita, rischia di esporsi al rischio di 'lacune', vale a dire all'evenienza di non indicare una delle tante possibili azioni omicide. Per evitare un simile rischio, il legislatore ha fatto ricorso ad una clausola generale, da identificare nel verbo "*cagiona*": spetta dunque al nesso di causalità la funzione selettiva delle condotte punibili, anche se non previamente descritte nella norma. È sufficiente provare che sussista un nesso di causalità tra una qualsiasi azione e l'evento per ritenere integrata la tipicità oggettiva della condotta del reato di omicidio. Ne deriva, quindi, che, in questo caso, il ricorso alla clausola generale non si espone a censure di illegittimità costituzionale per difetto di precisione.

Una ulteriore tecnica volta a garantire precisione consiste nell'impiego di *norme definitorie*, ossia norme che indicano quale sia «agli effetti della legge penale» il significato di una determinata parola. Tale tecnica ricorre ampiamente nel Codice penale italiano.

Ad esempio il termine «pubblicamente», da cui dipende la tipicità di numerosi reati come l'istigazione a delinquere (art. 414 c.p.) o il danneggiamento della bandiera (art. 292, comma 2) è così definito dall'art. 266, comma 4: «Agli effetti della legge penale, il reato si considera avvenuto pubblicamente quando il fatto è commesso: 1) col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda; 2) in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone 3) in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata».

Le norme definitorie, assegnando in via autoritativa il significato penalmente rilevante di un termine, sono norme penali a tutti gli effetti e quindi incontrano tutti i limiti imposti dal principio di legalità, ivi compreso il canone di precisione, perché a loro volta si compongono di parole.

Occorre allora comprendere quando le parole della legge possano dirsi precise.

3.2.1. *Gli elementi descrittivi e gli elementi normativi della fattispecie*

A tale scopo è utile distinguere tra elementi normativi ed elementi descrittivi (Risicato, Bonini) e per entrambi stilare delle scale di maggiore o minore precisione. La distinzione tra queste due categorie è inoltre rilevante sotto vari profili del diritto penale, segnatamente in tema di successioni di norme (v. *postea*, Cap. II, § 5.) e di errore (Parte III, Cap. IV, § 3.1.1.).

Gli *elementi descrittivi* sono termini il cui significato è attribuito tramite il loro uso sociale, cioè tramite la sedimentazione della esperienza (es. “persona”, “violenza”, “incendio”, “cosa mobile”).

Per gli *elementi normativi*, invece, il significato è attribuito tramite il riferimento ad una norma, giuridica o extragiuridica, sono cioè elementi che per essere rappresentati e compresi *devono* fare riferimento a una norma (es. “straniero”, “delitto”, “rifiuto”).

Ad esempio, l’oggetto materiale del furto (art. 624 c.p.) è una «cosa mobile altrui». Il significato di «cosa mobile» (elemento *descrittivo*) ce lo offre direttamente l’esperienza di uso sociale di questo termine, ma, per comprendere il significato della «altruità» (elemento *normativo*) di quella cosa mobile, dobbiamo avere a mente le norme del diritto civile sulla proprietà. Gli elementi normativi della fattispecie, insomma, sono quelli che per essere compresi fanno rinvio ad un’altra norma, giuridica o extragiuridica.

Una caratteristica del nostro tempo peraltro è quella di trasformare in normativi elementi descrittivi. Si pensi alla «morte», che nell’uso comune a tutt’oggi riteniamo avvenga quando il cuore cessa di battere. Tuttavia, dal 1969 il concetto di morte è stato progressivamente normativizzato ed oggi trova il suo significato nell’art. 1, l. 29 dicembre 1993, n. 578 (Norme per l’accertamento e la definizione di morte), dove è stabilito che «la morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni del cervello». Con la conseguenza, ad esempio, che non si può cagionare la «morte» di una persona (e commettere quindi omicidio *ex art.* 575 c.p.) a cui fosse stata già dichiarata la morte cerebrale, accoltellandola al petto, anche se in quel momento il suo cuore non avesse ancora cessato di battere.

Sia gli elementi descrittivi sia gli elementi normativi possono essere più o meno precisi.

(a) Gli elementi *descrittivi* possono essere ordinati in una scala di precisione decrescente, secondo cui nel punto più alto della scala si trovano gli elementi numerici (ad esempio i limiti di età nei reati sessuali nei confronti di minori, o la soglia di valore che deve essere superata perché il reato sia integrato, come accade ad esempio nei reati fiscali). A seguire abbiamo gli elementi descrittivi con un nucleo concettuale forte, cioè con un’area di significato che individua con nettezza i casi paradigmatici: un esempio è il concetto di «cosa mobile» nel delitto di furto (art. 624 c.p.). Decisamente meno precisi sono gli elementi descrittivi a c.d. zona grigia dominante, dove cioè diviene decisamente più sfumato individuare i comportamenti puniti. Un esempio già visto è rappresentato dal ricorso all’aggettivo «sedizioso» (art. 655 c.p.), in cui peraltro il *deficit* di precisione è acutizzato dal fatto che da questo aggettivo dipende quasi esclusivamente la rilevanza penale del comportamento, gravando su di esso il compito di differenziare un diritto costituzionale (il partecipare ad una radunata) da un divieto penale (il partecipare ad una radunata sediziosa).

Nel punto più basso della scala di precisione troviamo gli elementi descrittivi quantitativi non numerici come ad esempio: “modica”, “rilevante”, “limitato”, “considerevole”, ecc. Ad esempio, l’amnistia edilizia del 18 dicembre 1981 (d.P.R. 744) era

concessa agli abusi edilizi da cui emergesse una «*limitata* entità dei volumi illegittimamente realizzati». Di elementi descrittivi di tipo quantitativo non numerico la legislazione continua a fare largo uso, e gli esempi si potrebbero moltiplicare. In effetti, il legislatore molto spesso “si nasconde” dietro formule vaghe ed imprecise perché in Parlamento non si è raggiunto un accordo politico su ciò che con chiarezza si vuole vietare penalmente e si demanda quindi al giudice la definizione dei comportamenti violati.

Paradigmatica la riforma dei delitti di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) in relazione alla cruciale decisione se attribuire rilevanza penale anche al c.d. falso valutativo, cioè quello sui beni dal valore non certo (ad esempio un immobile o una predizione di crescita commerciale). La disarmante risposta del relatore di maggioranza al Senato alla questione fu: «sarà la nostra Corte di cassazione a dovere valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali *rilevanti*» (D'Alessandro, 2211 s.).

Per comprendere quanto l'imprecisione delle parole della legge penale (e il suo riflesso, cioè il difetto di accordo politico) sia una questione dai rilevanti effetti sociali basti pensare all'elemento descrittivo quantitativo non numerico “particolarmente” da cui la c.d. amnistia Togliatti (d.p.c. 22 giugno 1946, n. 4) pretendeva di trarre una distinzione tra fatti amnestiabili e non. L'atto di clemenza (Caroli, 155 s.) stabiliva infatti che le torture commesse durante il regime fascista dovessero essere comunque punite se qualificabili come «(...) sevizie particolarmente efferate, (...)». Di conseguenza la giurisprudenza (composta di giudici in continuità con il regime fascista) sulla base di un elemento così impreciso, ritenne che stupri di gruppo, bruciature, strappi di unghie, torture con i cavi elettrici, fossero sì “sevizie efferate”, ma non “particolarmente efferate”; con il risultato che gli autori di tali condotte poterono essere amnistiati (Ginsborg, 121 s.). Si può quindi facilmente immaginare la frustrazione e l'aumento della tensione sociale che questa norma produsse.

Questo esempio mostra che le norme penali sono strumenti di gestione dei conflitti sociali, ma basta poco (come un elemento quantitativo non numerico) a trasformarle nel loro opposto, ossia in strumenti che aumentano la conflittualità sociale, confermando – in definitiva – che funzione e struttura del diritto penale imposta dai principi vanno sempre di passo, così come la loro violazione.

(b) Gli elementi *normativi* di fattispecie sono invece più o meno precisi a seconda che siano di tipo giuridico o extragiuridico.

I primi sono quelli il cui significato è rimesso ad una norma *giuridica* penale o extrapenale. Come elemento normativo che fa riferimento ad una norma penale pensiamo all'associazione per delinquere (art. 416 c.p.): «Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più *delitti* (...)» qui lo scopo dell'associazione deve essere la commissione di delitti, un concetto che possiamo “vedere” (*rectius*: a cui è possibile attribuire un significato) solo tramite il riferimento alle norme, segnatamente quelle del diritto penale che stabiliscono quali comportamenti sono così qualificati.

Abbiamo già citato il concetto di “altruità” della cosa mobile nel furto, e per comprendere se una cosa è altrui o meno (ad esempio se è una *res nullius*) occorre fare riferimento al Codice civile; il delitto di bigamia (art. 556 c.p.) punisce «chiunque essendo legato da *un matrimonio avente effetti civili* (...)», concetto che troverà un significato nelle norme di diritto civile sul matrimonio.

Decisamente meno precisi sono invece i concetti normativi di fonte extragiuridica, cioè sociale, tenendo a mente che essi saranno a loro volta più o meno precisi a seconda che la fonte sociale sia di tipo tecnico o di tipo etico. Il livello di precisione dipende

infatti dalla maggiore o minore precisione del contenuto delle norme di riferimento. Se quindi un concetto rinvia a valutazioni di tipo etico sociale esso sarà inevitabilmente, impreciso trovando queste il loro significato in fonti che per definizione sono rimesse alla differente sensibilità di ogni singolo interprete e oltretutto sono mutevoli nel tempo al variare dei costumi, con la conseguenza che aprono maggiormente le porte all'arbitrio. Si pensi a concetti come “morale familiare” (art. 570 c.p.) il cui significato è necessariamente rimesso ad aleatorie valutazioni di tipo etico. Oppure alla definizione di “atti osceni” (art. 529 c.p.), individuati in quegli «atti e oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore»: si tratta, ancora una volta, di una disposizione affetta da disarmante vaghezza, che, priva di un valore fisso ed immutabile, non può che soggiacere ad un'interpretazione ‘storica’, suscettibile, cioè, di modifiche in relazione all'evoluzione storica e sociale di una comunità.

Possono invece ritenersi maggiormente precisi gli elementi normativi che rinviano a conoscenze di tipo tecnico, anche sul presupposto che queste siano dotate di un fondamento tendenzialmente più oggettivo.

Ad esempio, il delitto di «Maltrattamento di animali» (art. 544-ter c.p.) punisce con la reclusione da tre mesi ad un anno o con la multa da 3000 a 15.000 euro «Chiunque, per *crudeltà* o senza necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o a fatiche o a lavori *insopportabili per le sue caratteristiche etologiche*». Dei due elementi normativi di fonte sociale previsti, il primo – la «crudeltà» – evoca un concetto che richiama valutazioni di tipo morale e quindi è decisamente meno preciso del secondo – «l'insopportabilità per le caratteristiche etologiche» – che fa riferimento a conoscenze che trovano il loro significato su un piano più oggettivo.

3.3. *La determinatezza in senso processuale*

Come detto, la precisione è condizione necessaria, ma non sufficiente della determinatezza. Disposizioni che fanno leva su parole di per sé non imprecise possono infatti rivelarsi comunque indeterminate. Ciò avviene anzitutto quando le fattispecie ‘raccontano’ dei fatti che non sono suscettibili di essere provati (Marinucci-Dolcini, 163 s.). Si pensi ai processi per stregoneria o a quelli agli untori, come il processo in cui vennero condannati e torturati a morte Guglielmo Piazza e Giangiacomo Morra Piazza durante la peste di Milano del 1630, ritenuti colpevoli di averla diffusa macchiando con dell'unguento le case.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 96/1980, ha affermato che il principio di legalità impone che le norme debbano anche descrivere fatti suscettibili di essere provati in giudizio. In particolare, con questa decisione la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di Plagio previsto all'art. 603 c.p. («Chiunque sottopone una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni»).

Il giudice della legge ha affermato che non è possibile *accertare* quando una persona sia stata ridotta «in uno stato di soggezione *totale*». Questo, infatti, dovrebbe intendersi come la completa perdita della libertà di autodeterminazione (perdita di coscienza, di decisione, di critica). Di conseguenza diviene impossibile *distinguere* lo stato di soggezione ‘parziale’ o ‘quasi totale’, da quello ‘totale’. Inoltre, la Corte ricorda come per

alcuni stati di soggezione che sono chiaramente tollerati e difesi dall'ordinamento, come i rapporti amorosi, di insegnamento, di fede religiosa, di cura ecc., sia arduo stabilire se essi siano o meno "totali". L'impossibilità quindi di provare il fatto descritto dalla fattispecie si traduce nell'indeterminatezza del confine tra ciò che è lecito e ciò che è vietato. Inoltre, punire per fatti che non sono suscettibili di essere provati finisce per violare il diritto di difesa perché, se i fatti non sono provabili, non è più possibile nemmeno contestarne la prova.

3.4. La determinatezza in senso empirico

La sentenza n. 96/1981 della Corte costituzionale sul delitto di plagio, saldando assieme determinatezza di un fatto tipico e sua possibilità di essere provato, ci fa comprendere come la legge penale sia sottoposta a «un vincolo di realtà» (Pulitanò, 1004 s.). In effetti il plagio risulta indeterminato perché è l'esperienza a non essere in grado di indicarci quando uno stato di soggezione sia totale, e non può quindi essere la "totalità" a tracciare il confine con stati di soggezione, anche intensi, che consideriamo del tutto leciti (basti pensare all'innamoramento).

Nel delitto di omicidio doloso, ad esempio, l'art. 575 c.p. stabilisce che «chiunque cagiona la morte di uomo è punito con la reclusione non inferiore a 21 anni»: ci sta dicendo «non mettere in atto volontariamente tutto ciò che sai essere idoneo a determinare la morte di una persona». La norma non elenca quali azioni possano realizzare la morte, ma è comunque determinata perché è l'esperienza che ci mostra con sufficiente chiarezza quali siano queste azioni. Se questo 'vincolo alla realtà' si allenta con esso si allenta anche la sua capacità di essere provato: perché sono provabili solo i fatti che hanno un *fondamento empirico*. Ergo viene meno la determinatezza del pre-cetto.

Nel delitto di atti persecutori (art. 612-bis c.p., c.d. *Stalking*), ad esempio, è punito «con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura (...)». In questo caso ci si avvede che il messaggio che la norma trasmette è decisamente meno chiaro che quello espresso dalla fattispecie di omicidio doloso (art. 575 c.p.). La comprensione di quali comportamenti volontari possano cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura è meno evidente della comprensione di quali comportamenti possano volontariamente cagionare la morte di un uomo; se non altro perché un effetto di «perdurante e grave stato di ansia o di paura» può dipendere anche dalla sensibilità della vittima, un dato molto soggettivo che può cambiare da persona a persona. La Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale ex art. 25, comma 2 dell'art. 612-bis c.p., ma lo ha fatto sostenendo che il *deficit* di determinatezza può essere colmato aumentando il disvalore di intenzione, ed infatti ha ritenuto che i comportamenti penalmente rilevanti fossero solo quelli da cui emergesse un carattere di persecuzione (così Corte cost. n. 172 del 2014).

La formulazione di una fattispecie in modo che non sia suscettibile di essere provata la rende quindi indeterminata - cioè incapace di dire cosa è lecito e cosa è vietato - per violazione del vincolo di realtà. Questo vincolo peraltro può essere violato anche in altri modi e anche in questi casi la norma sarà indeterminata. Se infatti una fattispecie, pur essendo suscettibile di essere provata e pure facendo leva su elementi sufficientemente precisi, è congegnata in modo da fomentare una interpretazione arbitraria perché non in grado di indicare delle coordinate coerenti e ragionevoli di interpretazione, sarà

comunque indeterminata perché non ragionevolmente prevedibile.

Vediamone due tipologie. Nella prima il parametro della determinatezza si intreccia con quello della ragionevolezza, nella seconda con quello dell'effettività.

3.4.1. *Determinatezza e ragionevolezza: le costanti criminologiche del Tipo*

Una prima tipologia si riscontra quando la fattispecie viola le c.d. costanti criminologiche del Tipo.

Come abbiamo detto, il combinarsi della riserva di legge e della determinatezza impongono che il diritto penale si esprima tramite fattispecie, ossia tramite dei minuscoli racconti che siano in grado di comunicare un'univocità di significato. L'univocità di significato delle fattispecie dipende dalla capacità del legislatore di disegnarle in modo tale che esse descrivano e contengano tutti i fatti espressivi di una tendenziale omogeneità di disvalore penale, *ma solo questi* fatti. Tale risultato si ottiene attraverso le c.d. "costanti criminologiche del Tipo".

Ad esempio, la fattispecie di furto (art. 624 c.p.) minaccia con la reclusione da sei mesi a tre anni «Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri». L'intersezione di tutti i suoi elementi contribuisce a definire il Tipo: l'impadronimento, il fine di profitto, la mobilità e altruità della cosa, la sottrazione. Così, chi si impadronisce di un portafoglio trovato a terra potrebbe pure essere apostrofato dal punto di vista sociale con l'epiteto di ladro, ma non realizza un furto perché manca la sottrazione, che è una delle costanti criminologiche del Tipo di furto. Possiamo quindi definire le costanti criminologiche come quegli elementi della fattispecie che, marcandone il disvalore, richiamano certi dati di realtà in quanto corrispondenti ai tratti caratteristici della tipologia di fatti che il legislatore vuole punire.

Ora, alle fattispecie penali è richiesto un compito arduo perché vi è sempre il rischio di utilizzare parole e locuzioni che producono fenomeni di sotto-inclusione (cioè, un numero minore di casi di quelli riconducibili al disvalore che esprime la fattispecie) oppure di sovra-inclusione (cioè, un numero maggiore di casi di quelli riconducibili al disvalore che esprime la fattispecie). Quando ciò accade, il giudice si trova in bilico tra due contrapposte esigenze: applicare la legge o applicare la fattispecie in modo corrispondente alla realtà. I fenomeni di sovra-inclusione pongono problemi di tassatività (v. *postea*, § 4.), quelli di sotto-inclusione sono chiaramente sbarrati dalla riserva di legge: se la legge non può applicarsi, quel caso non è punibile. Tuttavia, quando la costante criminologica è così sconnessa dalla realtà da risultare manifestamente irragionevole, l'interprete sarà tentato di applicarla anche ai casi non contemplati dalla fattispecie. In altri termini, la frattura tra costante criminologica (ciò che marca il disvalore del fatto punibile) e dato empirico (ciò che nella realtà caratterizza i fatti espressivi di quel disvalore) incoraggia una sovraestensione della fattispecie in via interpretativa.

Un esempio di frattura della costante criminologica del Tipo per sotto inclusione è quello che ha riguardato l'art. 416-ter c.p. (scambio elettorale politico-mafioso) che nella sua formulazione originaria prevedeva: «La pena stabilita dal primo comma dell'articolo 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis in cambio dell'erogazione di *denaro*». La realtà però ci mostra che quasi mai il corrispettivo dato dal candidato politico in cambio di voti consiste nella dazione del denaro, bensì in favori o promesse di favori (es. concessione di appalti, assunzione di lavoratori, autorizzazioni, finanziamenti pubblici

qualora venisse eletto in virtù di quei voti che gli sono stati assicurati dall'associazione criminale di tipo mafioso ha garantito, ecc.). La fattispecie insomma raccontava una storia che non esiste, determinando, per l'appunto una frattura della costante criminologica del Tipo; si era, cioè, formalizzato come tratto caratterizzante un elemento (la promessa di denaro) che non trova riscontro nel mondo reale. Così la giurisprudenza, per rendere la norma corrispondente alla realtà criminologica, ha finito progressivamente, fino alla riforma del 2014, per ricomprendere nella nozione di «denaro» anche l'erogazione di «utilità» non immediatamente quantificabili in termine monetari (Cass., sez. I, 31 gennaio 2013, n. 4901), con ciò però realizzando una interpretazione arbitraria perché *contra legem*. Sicuramente non era compito della giurisprudenza integrare un elemento del reato dato che quest'attività le è preclusa dalla riserva di legge. Senz'altro, però, la violazione del canone di determinatezza dipende anche dalla cattiva formulazione di quella fattispecie che non avendo individuato la costante criminologica del Tipo aveva violato il vincolo di realtà.

3.4.2. Determinatezza ed effettività

Se una norma, per ragioni di ordine sociale, non può che essere applicata in modo arbitrario, essa sarà in concreto non ragionevolmente prevedibile, quindi in definitiva indeterminata. Questo avviene in caso di norme che violano manifestamente il principio di effettività (Paliero, 1990) perché descrivendo dei comportamenti statisticamente così diffusi, senza avere apprestato le risorse per reprimerli, finiscono per forza di cose a essere applicate in modo arbitrario.

Ad esempio, nel 2018 il legislatore dell'ennesimo “decreto sicurezza” (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. con l. 1 dicembre 2018, n. 132) ha ritenuto di introdurre il nuovo reato di Esercizio molesto dell'accattonaggio all'art. 669-*bis* c.p. che punisce con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000 «(...) chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà». Questa fattispecie racconta un fatto che si ripete migliaia di volte al giorno sul territorio nazionale; il legislatore però, quando ha introdotto questo reato, non ha stanziato nessuna risorsa aggiuntiva per la sua applicazione. Il risultato è che l'applicazione di questo delitto non può che essere aleatoria e rimessa ad elementi discrezionali ulteriori rispetto a quelli indicati. Saranno in definitiva le forze dell'ordine a stabilire quando contestare il reato e, poiché sarebbe impossibile farlo per tutti i fatti commessi, ciò necessariamente avverrà facendo leva su elementi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dalla fattispecie legale (Paliero, 1985, 313 s.). Una applicazione aleatoria, che avvenga sulla base di criteri occulti, mutevoli nel tempo e nello spazio e stabiliti *extra legem*, rende norme di questo genere indeterminate.

3.5. La determinatezza della pena

Per quanto concerne la pena, le esigenze di determinatezza (Pifferi) devono trovare un punto di equilibrio con quelle di proporzione, tenendo a mente le differenti funzioni che è chiamata a svolgere la pena comminata rispetto a quella commisurata e inflitta in concreto (Paliero, 1981).

Per quella comminata (cioè, quella minacciata dalla norma incriminatrice) sono dominanti le funzioni di prevenzione generale che richiedono il più elevato grado di determinatezza possibile.

Per la pena commisurata e concretamente inflitta sono invece dominanti le esigenze

di prevenzione speciale, in particolare la funzione rieducativa. La pena deve quindi essere proporzionata alla gravità del fatto commesso in concreto, tenendo anche conto di elementi non presi in considerazione dal fatto tipico, come quelli attinenti alla persona del reo. Di conseguenza, le esigenze di determinatezza devono maggiormente contemperarsi a quelle di individualizzazione che per loro natura richiedono duttilità.

Il nostro ordinamento penale trova il suo compromesso tra queste diverse prospettive con il sistema delle comminatorie edittali che prevedono dei minimi e dei massimi e con la previsione per legge di criteri di commisurazione della pena oltre che delle varie vicende di sostituzione e di misure alternative che siano ragionevolmente prevedibili (su cui v. *postea*, Parte VI, Cap. IV, § 4.). Le comminatorie edittali non debbono quindi risultare eccessivamente ampie, altrimenti si violerebbero le esigenze di determinatezza (la Corte costituzionale ha ad esempio dichiarato l'illegittimità costituzionale del reato previsto nell'art. 122 c.p.m.p. che comminava la reclusione da due a ventiquattro anni). Non possono però nemmeno essere troppo rigide altrimenti risulterebbero frustrate le esigenze di proporzione tra pena da infliggersi e gravità del fatto commesso in concreto. Lasciamo qui spazio alle parole della Corte costituzionale (n. 50 del 1980), poi riprese in varie pronunce successive (ad es. n. 68 del 2012 e n. 222 del 2018):

«Lo stesso principio di “legalità delle pene”, sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali come quelli indicati dall’art. 27, primo e terzo comma, Cost. ed in cui l’attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l’uniformità (...) L’adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall’art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell’art. 27, terzo comma, Cost. (...) L’uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale».

4. La tassatività: i criteri di interpretazione della legge penale

Il principio di tassatività agisce sul momento di interpretazione della norma e ne fissa i criteri. La tassatività impone che vengano sussunti nella fattispecie solo i casi da essa espressamente previsti, di conseguenza essa vieta sia l’analogia (v. *postea*, § 4.1.1) sia interpretazioni letterali ma estensive oltre i limiti segnati dal tipo criminoso legale (v. *postea*, § 4.3.). Ora, risulta evidente che la determinatezza della fattispecie è condizione necessaria della tassatività, poiché non potrà essere applicata tassativamente una fattispecie indeterminata (Palazzo, 1979, 303). Molti dei difetti di tassatività quindi derivano da problemi di determinatezza. Se tuttavia la determinatezza è condizione necessaria della tassatività, non ne è anche condizione sufficiente: poiché norme formulate in modo determinato potrebbero comunque essere interpretate in modo non tassativo (Di Giovine, 13 s.)

4.1.1. Il divieto di analogia in malam partem

La tassatività, anzitutto, impone il divieto di analogia delle disposizioni a sfavore del reo.

L'analogia è quel procedimento ermeneutico che, in caso di lacuna involontaria, giustifica, sul fondamento dell'identità di *ratio*, l'applicabilità di una regola ad un fatto ad essa non riconducibile dal punto di vista letterale. Si distingue tra analogia *legis* e *juris*. Nell'analogia *legis* una norma sarà riconducibile ad un fatto esterno all'area semantica tracciata dal punto di vista letterale se vi è identità di *ratio* tra la disposizione ed il fatto. Il procedimento analogico disegna quindi un ideale triangolo: dalla disposizione si risale alla *ratio* e poi dalla *ratio* si discende ad un fatto esterno alla disposizione; se la disposizione ed il fatto hanno identità di *ratio*, allora quel fatto è assimilabile a quelli contemplati dalla disposizione, l'analogia ne permette l'applicazione e dunque il triangolo si chiude. Il risultato dell'interpretazione analogica, come si usa dire, è la creazione di una nuova norma da parte dell'interprete. Un esempio aiuterà a chiarire. Se vi è una norma che vieta di portare in un parco pubblico quadrupedi e qualcuno ha fatto ingresso in quel parco con uno struzzo è innegabile che quel fatto dal punto di vista letterale è esterno al divieto (gli struzzi non potrebbero mai essere qualificati come quadrupedi). La *ratio* del divieto però si lascia agevolmente intuire: si vuole vietare di entrare nel parco con animali che possano recare disturbo agli altri fruitori di quello spazio pubblico. Poiché lo struzzo è più che probabile che possa recare disturbo, vi è quindi identità di *ratio*.

Per l'analogia *juris* il procedimento analogico prevede che si attribuisca al fatto una qualificazione in virtù della *ratio* ricavata da un principio, e poi si regoli quel fatto sulla base di una norma assimilabile a quel principio. Essa affievolisce ancor più recisamente il vincolo alla legge perché la *ratio* si ricava da un principio e non da una disposizione di legge ed i margini di discrezionalità concessi all'interprete si fanno, quindi, ancor più dilatati. Un esempio noto di *analogia juris* in diritto penale lo abbiamo già visto ed è la modifica del Codice penale tedesco del 1935, dove si chiedeva di applicare la norma che più si avvicinava al fatto sulla base del sano istinto del popolo (v. *retro*, § 1.3.1.).

In diritto penale il principio di tassatività vieta *entrambe* queste forme di analogia.

Il divieto è sancito a livello di fonti ordinarie, dall'art. 1 del Codice penale e dall'art. 14 delle disposizioni premesse al Codice civile («Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»). Ha inoltre portata costituzionale, in quanto, pur non essendo espressamente enunciato nella Carta fondamentale, si ritiene pacificamente sia un corollario del principio di legalità (Vassalli, 1987), come ha peraltro confermato di recente la Corte costituzionale (Manes, 79 s.).

Il divieto di analogia, oltre a quanto già abbiamo visto nel paragrafo 1, risponde anche a ragioni di tipo pragmatico e culturale contenute nel valore politico del principio di legalità. Esso vuole infatti rimarcare un rapporto di soggezione del giudice alla legge e quindi i limiti a cui è soggetta l'attività interpretativa. L'analogia, infatti, comunicando al giudice che suo compito è colmare le lacune legislative giocoforza allenta dal punto di vista culturale il vincolo di soggezione alla legge.

Per il divieto di analogia, come per tutte le regole sull'interpretazione, il giudice riveste al tempo stesso il ruolo di sorvegliante e di sorvegliato: è dunque questi a “decidere” se il divieto è da lui osservato. Scopo del divieto di analogia è quindi di ribadire al giudice che

la legittimità del suo operato dipende dai limiti che lui stesso si pone. Inoltre, sempre dal punto di vista pragmatico, l'analogia produce generalmente due effetti. Il primo è che, poiché tramite l'analogia si è creata una nuova norma, successivamente sarà questa nuova norma ad indicare la *ratio* ai fini di ulteriori interpretazioni analogiche. Il secondo è che, se vige la analogia – cioè, diviene compito dell'interprete colmare le lacune – inevitabilmente egli rischia di valorizzare più le somiglianze che le differenze.

Un esempio può aiutare a chiarire. L'art. 57 c.p. stabilisce che il direttore o il vicedirettore di un periodico risponderà anche a titolo di colpa se omette di vigilare sul contenuto del periodico da lui e impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati dolosi. Prevedendo insomma la responsabilità a titolo di colpa per difetto di controllo sulla commissione da parte dei dipendenti di reati dolosi (caso tipico: una diffamazione commessa da un giornalista), questa disposizione ha esteso la responsabilità penale a fatti altrimenti non punibili, perché il criterio generale del Codice penale è che la responsabilità penale per delitti dolosi occorre il dolo e non la colpa (v. *postea*, Parte III, Cap. VII).

Questa disposizione fa espresso riferimento ai direttori dei periodici a stampa, a cui leggi successive hanno aggiunto poi i direttori dei telegiornali e dei radio giornali. Ci si chiede però se essa debba applicarsi anche ai direttori dei periodici esclusivamente *online*. Dal punto di vista letterale è evidente che il sintagma «a mezzo della stampa» non ricomprenda quelli *online*, ma sembrerebbero esserci rilevanti somiglianze tra un direttore *online* ed uno a stampa che il divieto di analogia impedisce di tenere in considerazione. Per comprendere le ragioni pragmatiche del divieto di analogia ipotizziamo però che si possa interpretare questa disposizione in modo analogico. In questo modo, le somiglianze tra direttori di periodici a mezzo della stampa e periodici *online* condurrebbero all'applicazione anche nei confronti di questi ultimi della norma stabilita all'art. 57 c.p.; con il risultato che si sarebbe, quindi, creata una nuova norma.

A questo punto però all'interprete si potrebbe porre un nuovo problema: *quid juris* per il direttore di un canale di informazioni YouTube ad amplissima diffusione con importanti introiti pubblicitari e vari dipendenti? Questo non è un periodico, ma la nuova *ratio* della nuova norma fa emergere una nuova *similitudine* tra il direttore del canale YouTube e quello del periodico *online*; con il risultato che, sempre tramite l'analogia, si sarebbe creata un'altra nuova norma, con una nuova *ratio*. Ancora: e se il fatto è stato commesso su un canale YouTube con una diffusione meno ampia, ma in cui vi sono dei collaboratori con cui l'amministratore divide gli utili? Come ci si rende conto si potrebbe andare avanti (perché no, a questo punto, una pagina Facebook, un profilo Instagram o un blog?), perché nella pratica ad ogni nuova norma corrisponde una *ratio* parzialmente differente da quella originaria e quindi una nuova *similitudine*. Nessuno può infatti ritenere che il direttore di un giornale stampato sia *ictu oculi* assimilabile all'amministratore di una pagina Facebook, ma, di passaggio in passaggio, l'assimilazione diviene possibile.

Inoltre, se torniamo al primo procedimento analogico, ci rendiamo conto che il ragionare per analogia ci ha condotto a evidenziare le similitudini tra direttore di periodico a stampa e direttore di un periodico *on line* e a mettere in ombra le differenze. Ad esempio gli investimenti iniziali e quelli correnti che occorre fare per un periodico (anche) a stampa sono completamente diversi da quelli di uno *online* e questo lascia ragionevolmente inferire una diversa capacità di impatto, di complessità organizzativa e di autorevolezza dei due mezzi, tutte differenze che invece rendono non irragionevole la disparità di disciplina stabilita dalla disposizione vigente che ha previsto questa peculiare forma di responsabilità penale per i direttori di giornali stampati, telegiornali e radio giornali e non per quelli esclusivamente *online*.

4.2. *Le fattispecie ad analogia esplicita*

Al crocevia tra determinatezza e tassatività si pone quella tecnica di formulazione

delle fattispecie in cui, dopo avere elencato alcune ipotesi, la disposizione chiuda con una formula in cui ne afferma l'applicazione anche a "casi simili o analoghi" a quelli espressamente descritti. La Corte costituzionale (sentenza n. 327 del 2008) ha affermato che questa tecnica non è illegittima, a condizione che le ipotesi elencate espressamente siano tra loro *omogenee*, altrimenti la disposizione risulterebbe irrimediabilmente indeterminata e sarebbe quindi impossibile individuare in modo tassativo i casi simili a quelli nominati.

Un macroscopico esempio di fattispecie ad analogia esplicita era costituito dal reato di "riduzione in schiavitù" (art. 600 c.p.), che puniva chiunque riduceva una persona in schiavitù o in una condizione "analogia alla schiavitù". Evidente la difficoltà di comprendere quali fossero le condizioni equiparabili alla schiavitù, tanto che l'art. 1, l. 11 agosto 2003, n. 228 ha sostituito la fattispecie, eliminando il riferimento alla schiavitù o alle condizioni ad essa analoghe. La norma oggi in vigore recita che viene punito chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa. Come si vede, il riferimento al "diritto di proprietà" mira a tramandare l'immagine di un rapporto 'cosale', esercitato alla stregua di un 'diritto reale' nei confronti della vittima.

Un esempio di evidente elencazione *eterogenea* è offerto dall'art. 121 TULPS (abrogato nel 2001), che puniva chi esercitasse senza preventiva registrazione: «il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiuolo, saltimbanco, cantante, suonatore, servitore di piazza, facchino, cocchiere, conduttore di autoveicoli di piazza, barcaiuolo, lustrascarpe e *mestieri analoghi*». In questo caso, infatti, la disomogeneità tra le ipotesi elencate nella lista impedisce di individuare i tratti caratterizzanti comuni, quindi la *ratio*, e dunque rende vana la individuazione dei mestieri non elencati che possano definirsi analoghi a quelli nominati nella lista.

Come esempio di elencazione sufficientemente *omogenea* si può citare invece l'art. 711 c.p., abrogato nel 1999, che puniva chi «esercitando il mestiere di *fabbro, chiavaiuolo, ovvero un altro simile mestiere*, apre serrature o altri *congegni analoghi* apposti a difesa di un luogo o di un oggetto, su domanda di chi non sia da lui conosciuto come proprietario o possessore del luogo o dell'oggetto, o come un loro incaricato».

L'omogeneità di disvalore tra le ipotesi nominate indica il senso e permette quindi di affermare che «i casi simili» sono decisi dalla legge e con sufficiente determinatezza (Bricola, 1964, 303 s.). La Corte costituzionale sempre nella sent. 327/2008 ha ulteriormente sviluppato il ragionamento stabilendo che al fine di garantire la determinatezza di una fattispecie ad analogia esplicita l'interprete dovrà individuare nei casi nominati dall'elenco gli elementi caratterizzanti, poiché sono questi a marcare la omogeneità di disvalore.

Il caso riguardava il delitto di c.d. disastro innominato previsto all'art. 434 c.p., norma "di chiusura" del micro-sistema dei delitti contro la pubblica incolumità, dove si estende la pena a disastri «altri» rispetto a quelli nominati (es. i delitti di inondazione frana, disastro aereo, ferroviario ecc.). La Corte ha affermato che questa disposizione (invero assai scarna, facendo riferimento al concetto di per sé vacuo di «altri disastri») non viola la determinatezza/tassatività «nel senso che "l'altro disastro", cui fa riferimento l'art. 434 c.p., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai «disastri» contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai «delitti di comune pericolo mediante violenza (...)»; per poi proseguire affermando che «al di là delle caratteristiche particolari delle singole figure (inondazione, frana, valanga, disastro aviatorio, disastro ferroviario, ecc.) – l'analisi

d'insieme dei delitti compresi nel capo I del titolo VI consenta, in effetti, di delineare una nozione unitaria di «disastro», i cui tratti qualificanti si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo. Da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie (...). Dall'altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare – in accordo con l'oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la «pubblica incolumità») – un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone (...)).».

4.3. Il divieto di interpretazione letterale estensiva: l'applicazione della fattispecie ai soli fatti corrispondenti sia al significato letterale sia al tipo criminoso legale

Il diritto penale è un diritto composto di regole che tramite, l'uso di parole, hanno il compito di contenere e mettere assieme in ogni singola fattispecie criminosa tutti gli accadimenti dotati di omogeneo disvalore. Nel diritto costruito con regole composte di parole precise può però verificarsi una non piena sovrapposizione tra l'in-sieme degli accadimenti contenuti letteralmente dalla regola e l'insieme di quelli dotati di omogeneo disvalore. Anzitutto la mancata sovrapposizione può comportare dei fenomeni di *sotto-inclusione*, cioè di regole che si riferiscono a meno casi di quelli dotati di omogeneo disvalore. Abbiamo appena visto che questi fenomeni sono interdetti dal divieto di analogia *in malam partem*, che vorrebbe invece colmare la lacuna applicando una fattispecie incriminatrice a casi da essa non riconducibili dal punto di vista letterale. Le fattispecie incriminatrici possono, tuttavia, registrare anche dei fenomeni di *sovra-inclusione*, in cui le parole utilizzate contengano più casi di quelli che debbono essere considerati, in virtù dell'omogeneità di disvalore espressa dai nuclei di disvalore della fattispecie.

Un esempio provocatorio: si pensi all'art. 660 c.p. “Molestia o disturbo alle persone” dove è prescritto che «Chiunque, in un luogo pubblico o aperto al pubblico o col mezzo del telefono, per petulanza o per altro biasimevole motivo, reca a taluno molestia o disturbo è punito, a querela della persona offesa, con l'arresto fino a sei mesi o con l'ammenda fino a euro 516». Ora se qualcuno ad una cena ad un ristorante dovesse con insistenza picchiare con il proprio smartphone sulla spalla di un commensale per richiamarne l'attenzione, commetterebbe una condotta riconducibile dal punto di vista letterale a quelle descritte in fattispecie. Tuttavia, è di immediata evidenza che pretendere di punire con questo reato anche questa condotta appare un'assurdità e che il legislatore con il sintagma “con il mezzo del telefono” ne presuppone un uso molesto *mediante* telefonate o messaggi, non certo utilizzandolo come oggetto contundente (Papa, 2019, 124). Altrimenti, a tacere d'altro non si capirebbe perché dovrebbe essere punita la molestia effettuata picchiando sulla spalla altrui con il telefono e non quella effettuata usando – ad esempio – un cucchiaio di legno o questo manuale di diritto penale.

Per impedire i fenomeni di sovra-inclusione occorre effettuare una lettura *intensionale* della fattispecie, ossia restringerne l'applicazione, tra tutti i fatti riconducibili al suo significato letterale, solo a quelli dotati di *una tendenziale omogeneità di disvalore*.

L'obbligo impresso dalla Corte costituzionale di interpretare le fattispecie ad analogia esplicita in modo che esse abbiano una tendenziale omogeneità di disvalore comporta, in una logica “di più a meno”, che lo stesso vincolo debba, infatti, sussistere *per tutte* le norme incriminatrici. Sarebbe infatti paradossale che solo le fattispecie ad analogia

esplicita debbano essere applicate a casi tra loro omogenei ed invece che tutte le altre fattispecie incriminatrici possano riferirsi a casi che, pur tutti riconducibili al significato letterale, siano però tra loro dotati di una manifesta disomogeneità di disvalore.

Per garantire la stretta interpretazione (Santangelo, 295 ss.) occorre però che la legge permetta di individuare quali fatti, tra tutti quelli che dal punto di vista letterale possono considerarsi ricompresi nel significato letterale degli elementi della fattispecie, siano quelli dotati di tendenziale omogeneità di disvalore. A tale scopo viene in soccorso il concetto di “*tipo criminoso legale*” (Palazzo, 2006, 75 s.). Sono infatti tipici i fatti che soddisfano il significato letterale e che esprimono una tendenziale omogeneità di disvalore con il tipo criminoso legale, dove questo è forgiato dalle caratteristiche essenziali emergenti dai c.d. casi paradigmatici. Le fattispecie legali infatti fanno leva su elementi definitori che corrispondono alle caratteristiche comuni ricorrenti (le costanti criminologiche del Tipo) tra i vari casi che si ritengono paradigmatici.

La legge è in grado di fornire varie informazioni su quali siano i casi paradigmatici; tramite l'interpretazione sistematica, il bene giuridico offeso, la cornice editale, la rubrica; tutti elementi che considerati assieme permettono di individuare il tipo criminoso legale e quindi valutare se fatti che pure soddisfano dal punto di vista letterale gli elementi testuali della fattispecie debbano considerarsi non tipici, perché non posseggono le caratteristiche essenziali che forgiavano il tipo criminoso legale, non rispecchiandone il disvalore.

Un paio di esempi aiuteranno a chiarire.

L'art. 572 c.p. – “Maltrattamenti contro familiari o conviventi” – punisce con la reclusione da tre a sette anni «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte». Ci si chiede allora se la locuzione «maltrattare una persona *sottoposta alla propria autorità*» possa essere interpretata secondo il mero significato letterale che ricomprende quindi tutte le condotte maltrattanti commesse, ad esempio, sui luoghi di lavoro da parte di chi riveste una posizione di autorità (ad esempio quelle che possano risultare da una serie di contatti vessatori con cui il capo di una grande impresa abbia comunicato il demansionamento ad un dipendente che lavora presso i locali di una sede distaccata). Per rispondere al quesito occorre individuare il tipo criminoso legale, e la legge emette una serie di informazioni che ci permettono di individuarlo. Il “minuscolo racconto” che fa l'art. 572 c.p. elenca infatti una serie di situazioni che devono avere un senso narrativo unitario ed essere tra loro tendenzialmente omogenee nei limiti espressi dalla cornice editale; e la prima voce di questo elenco è dedicata ai maltrattamenti di una «persona della famiglia o comunque convivente». In aggiunta, il nome in rubrica del reato è «maltrattamenti contro familiari o conviventi». Inoltre, la fattispecie è collocata nel Capo IV del Titolo XII del libro secondo del Codice penale, dedicato ai delitti contro la assistenza familiare. Tutto questo indica che il caso paradigmatico è quello dei maltrattamenti *in famiglia* e quindi che il tipo criminoso legale è caratterizzato da quel peculiare e omogeneo disvalore che connota le relazioni tra autore maltrattante e vittima maltrattata; relazioni che sono particolarmente intense e soffocanti quando maltrattante e maltrattato condividono lo spazio e il tempo. Questo dato *offre un senso narrativo* alla fattispecie perché è in questa tipologia di relazioni che le vessazioni si fanno particolarmente devastanti sul piano psicologico (Coppi, 213 s.). Di conseguenza, le condotte maltrattanti a detrimento di «una persona sottoposta alla propria autorità» saranno tipiche solo se realizzate in quei contesti, anche lavorativi, in cui si sviluppa questa tipologia di relazioni, come ad esempio quelle tra persone che condividono lo stesso luogo fisico per gran parte della giornata. Quelle relazioni che invece non soddisfano questo requisito *non saranno invece tipiche anche se dal punto di vista letterale corrispondono agli elementi della fattispecie*.

L'art. 73, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 punisce con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000 il c.d. "spaccio" di sostanze stupefacenti: «Chiunque (...) coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella (...)».

L'art. 75, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 stabilisce invece per il consumo la sanzione amministrativa ed è definito consumatore «Chiunque, per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope, (...) e che la quantità di sostanza stupefacente o psicotropa non sia superiore ai limiti massimi indicato con decreto».

Il legislatore in definitiva ha stabilito una pena molto severa per lo spaccio e una sanzione amministrativa per il consumo; ha poi affidato la distinzione tra le due categorie a due criteri: la condotta realizzata e la quantità di principio attivo ritrovata. Il legislatore, insomma, ha ritenuto di formalizzare certe condotte a costanti criminologiche del Tipo anche se concernono quantità inferiori ai limiti indicati dal decreto. Ciò ha senso per «vendere» o «raffinare», ma non per "coltivare", parola che descrive uno spettro di condotte non dotate di una sufficiente univocità di significato: dall'occuparsi della crescita di specie botaniche su larga scala al prendersi cura di una piantina. Così, la condotta di coltivare una piantina di marijuana sul balcone di casa per farne uso personale e in una quantità inferiore a quella stabilita dall'art. 75, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, è una condotta che, dal punto di vista letterale, soddisfa tutti gli elementi del delitto di spaccio; e tuttavia è sempre la legge ad indicarci con l'art. 75 che le attività finalizzate al consumo personale sono penalmente irrilevanti. Il tipo criminoso legale che emerge dal delitto di "spaccio", quindi, ha come caratteristica essenziale quella di attività a sfondo commerciale e non potranno quindi essere considerate condotte tipiche ex art. 53 le attività di coltivazione ad uso personale, ad esempio quando il fatto riguarda una sola piantina coltivata senza che vi siano altri elementi in grado di indicare una attività di spaccio (così Cass., sez. un., 19 dicembre 2019, n. 12348).

4.4. Tassatività e inferenze probatorie

L'esigenza di tassatività, cioè di applicazione solo ai casi espressamente previsti dalla legge, impone che non si possa fare leva su inferenze che abbiano l'effetto di riscrivere il testo della fattispecie.

La norma penale, come detto, è una norma totale, in cui ogni elemento stabilito dalla legge esprime una quota necessaria e autonoma dell'opzione penale assunta dal legislatore: rappresenta, quindi, una condizione necessaria (ma non sufficiente) della sussistenza di una determinata fattispecie. Se il fatto tipico si compone, ad esempio, di quattro elementi (A+B+C+E) e non ne risulta accertato anche uno solo, allora il fatto non sussiste. Se tuttavia si interpreta la fattispecie affermando che la sussistenza di "E" inferisce che è integrato anche "B", nei fatti la fattispecie è stata riscritta ad opera dell'interprete divenendo "A+C+E", in violazione quindi della tassatività e della riserva di legge.

Vediamo un paio di esempi.

Il delitto di "Violenza privata" (art. 610 c.p.) punisce con la reclusione fino a quattro anni «chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa». Il reato, quindi, prevede una violenza o minaccia (A) una costrizione (B) ad altri (C) a fare, tollerare od omettere qualche cosa (D). La giurisprudenza, per la sussistenza di questo reato anche in casi in cui non vi è la prova di una attività violenta in senso stretto (esempi classici: un blocco stradale realizzato con un sit-in o un picchettaggio che impedisce materialmente l'accesso ad una fabbrica o a un'università) ha elaborato la c.d. "teoria della coazione" secondo cui vi è violenza o minaccia

quando si è costretti a fare, tollerare od omettere qualche cosa (in senso critico Viganò, 2002). Nella pratica però questa interpretazione ha riscritto la fattispecie in questo modo: «chiunque costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa lo fa con violenza o minaccia ed è punito (...)», eliminandone in definitiva un suo elemento essenziale.

Il delitto di “Corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio” (art. 319 c.p.) punisce con la reclusione da sei a dieci anni «Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa». Anche qui, una parte della giurisprudenza adotta un’inferenza in base alla quale avere ricevuto del denaro per compiere un atto per ciò solo marchia quell’atto come contrario ai doveri dell’ufficio. Si badi che dal punto di vista logico anche questa inferenza non è implausibile; tuttavia, essa finisce in pratica per eliminare un elemento della fattispecie. La tassatività e la riserva di legge impediscono che l’accertamento di un elemento comporti ‘in automatico’ la sussistenza anche di un altro. Per una fattispecie che presenta come suoi distinti elementi essenziali sia una dazione o promessa, sia un atto contrario ai doveri d’ufficio, la prova della contrarietà di quell’atto ai doveri di ufficio non può essere surrogata dalla prova della dazione (Fidelbo, 45). Di conseguenza senza una autonoma prova della contrarietà quel fatto potrà, se ne ricorrono gli elementi, essere punito ai sensi del meno grave delitto di «Corruzione per l’esercizio della funzione» stabilito nell’art. 318 c.p.

Bibliografia essenziale

- Arendt, *Le origini del totalitarismo*, (1951), trad. it., Torino, 2009.
- Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1973.
- Bernardi, *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004.
- Bonini, *L’elemento normativo della fattispecie penale*, Napoli, 2016.
- Bozbayındır, *Denigrazione della nazione turca, della Repubblica turca, delle istituzioni e degli organi dello Stato: un’incriminazione ingiustificabile?*, in S. Riondato-R. Alagna (a cura di), *Il diritto penale della Turchia*, Padova, 2012.
- Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1964.
- Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70* in Bricola, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997 (1980), p. 1273 ss.
- Calamandrei, *Fede nel diritto*, 1941, II ed., Bari, 2008.
- Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio dell’amnistia Togliatti*, Napoli, 2020.
- Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.
- D’Alessandro, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità. davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, 2211 ss.
- Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, 1992.
- Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- Dodaro, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, 2022.
- Fidelbo, *La corruzione funzionale ed il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in G. Fidelbo (a cura di) *Il contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla “spazzacorrotti” alla riforma dell’abuso di ufficio*, Torino, 2020.
- Fronza, *Memory and Punishment: Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, Springer, 2018.
- Ginsborg, *Storia di Italia dal dopoguerra ad oggi*, Torino, 1989.
- Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
- Grasso, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989.

- Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, (1971) IV ed., 1999.
- Marinucci, voce *Consuetudine* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 502 ss.
- Marinucci-Dolcini, *Corso di diritto penale, 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, III ed., Milano, 2001.
- Manes, Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023.
- Montesquieu, *De l'esprit des Lois* (1748), I, trad. it. Torino, 2015.
- Mucciarelli, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale* (nota a Pretura di Desio 15 gennaio 1980), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 402 ss.
- Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979.
- Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris* in Vassalli, (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2006.
- Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725 ss.
- Paliero, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985.
- Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.
- Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.
- Paliero, *L'economia della pena* (Un work in progress), in Dolcini, Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006 537 ss.
- Papa, «A chi legge»: l'incipit visionario dei delitti e delle pene, in *Criminalia*, 2014, 637 ss.
- Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2019.
- Piergallini, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 457 ss.
- Pifferi, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento*, Milano, 2013.
- Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss.
- Questiaux (Rapp.), *Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as States of siege or emergency. United Nations-Economic and social council*, 27 July 1982 – E/CN.4/Sub.2/1982/15.
- Recchia, *Diritto penale e chilling effect* in Galli, Recchia, *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Napoli, 2023.
- Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.
- Santangelo, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.
- Sbriccoli, *Giustizia criminale* (2002), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009.
- Scoletta, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012.
- Solženicyyn, *Arcipelago Gulag* (1973), trad. it., Milano, 2021.
- Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- Sotis, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato? L'efficacia abrogatrice della legge delega inattuata nelle ipotesi dell'art. 2, terzo comma, lettere a) e b) della legge n. 67 del 2014 (Riforma del sistema sanzionatorio)*, in *Dir. pen. cont.*, 3 novembre 2015.
- Sotis, «Ragionevoli prevedibilità» e giurisprudenza della Corte edu in *Questione Giustizia*, n. 4 del 2018, 68 ss.

Vassalli, voce *Analogia (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987, 157 ss.

Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 278 ss.

Viganò, *La tutela penale della libertà individuale*, Milano, 2002.

Viganò, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali* in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2645 ss.

Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco: una introduzione*, Padova, 2013.