

Manuale di diritto penale – Parte generale di C.F.Grosso, M.Pelissero, D.Petrini, P.Pisa, 3a edizione

Sezione III - Principi generali di politica criminale

Cap.1 Diritto penale e politica criminale

1. **Politica penale:** il problema della criminalità viene affrontato attraverso l'uso di strumenti strettamente penali, quindi è di fatto una *sottocategoria della politica criminale*
2. **Politica criminale:** è l'insieme degli strumenti volti a contrastare la criminalità e la ricerca di questi stessi strumenti che risultano più efficaci
3. **Politica sociale:** ha come oggetto qualunque fenomeno sociale, la *politica criminale* ne è una *sottocategoria* perché prende, tra i fenomeni sociali, uno in particolare cioè la devianza sociale del reato. Il ruolo della politica sociale è fondamentale in quanto interviene in via preventiva per contrastare i fattori criminogeni.

Le norme del diritto penale costituiscono il **limite** alla *politica criminale* perché le prime garantiscono dei diritti, che pongono così dei limiti alla **logica puramente preventiva** della politica criminale, garantendo in particolare la **tutela degli abusi dell'autodifesa privata** e la **tutela degli abusi del potere punitivo** (perché il reato perché sia tale deve essere previsto da una norma).

Cap.2 Politica criminale e garanzie sostanziali

La politica criminale, oltre a ricercare gli strumenti più efficaci per contrastare il fenomeno della devianza sociale, si occupa di definire l'oggetto dell'intervento penale.

Non tutti i fatti possono essere qualificati come reati: se infatti il **reato è tale solo quando una norma identifica la condotta come reato**, allora bisogna chiedersi quali siano i limiti che il legislatore incontra nell'individuazione di queste condotte criminose. I primi **limiti** che incontriamo di natura **sostanziale** sono quelli presenti nella Costituzione, a partire dall'art.25 che postula il principio di legalità, l'art.27 col principio di responsabilità penale personale, gli artt.10 e 26 sull'estradizione, art.90 sull'immunità del Presidente della Repubblica, ma oltre agli articoli specifici rilevano in generale i **principi costituzionali** che condizionano le interpretazioni in modo che siano costituzionalmente orientate (es. la sentenza della Corte Costituzionale che dichiarava legittima l'interruzione della gravidanza al fine di tutelare la salute della madre).

Più in particolare i **limiti costituzionali** alle scelte di politica criminale sono:

- Divieti di incriminazione
- Limiti di incriminazione
- Obblighi di incriminazione

Cap.3 I divieti di incriminazione

Il legislatore **non** può incriminare le condotte che costituiscono esercizio dei diritti di libertà costituzionali. Il divieto ovviamente si rivolge sia al legislatore che all'interprete, infatti l'interprete ha il dovere di formulare interpretazioni costituzionalmente orientate (un esempio di questo tipo è dato dal caso di *apologia di delitto*, interpretato restrittivamente dalla Corte Costituzionale in modo che costituisca reato solo nel caso in cui il comportamento sia idoneo a provocare concretamente la commissione di delitti).

Un **divieto di incriminazione di carattere generale** è costituito dal *principio di uguaglianza*, applicato ad esempio notoriamente nel caso di *delitto di adulterio*, prima punito solo se commesso dalla moglie.

Cap.4 I limiti di incriminazione

Sono **limiti di incriminazione** il *principio di determinatezza*, *materialità*, *offensività*, *proporzionalità*, *sussidiarietà*, *efficacia della tutela penale* e il *principio di colpevolezza*.

Cap.4.1 Il principio di determinatezza (o principio di precisione, vedi anche cap.VI)

Pone un importante limite al legislatore, legislatore che non solo deve curarsi di *descrivere in modo chiaro e preciso i fatti che costituiscono reato*, ma anche in modo che *tali reati siano concretamente riscontrabili nella realtà*.

Cap.4.2 Il principio di materialità (*cogitationis poenam nemo tenetur*)

Impone al legislatore di incriminare solo *comportamenti umani esteriormente percepibili*, principio che si rinvia anche all'art.25,2 Costituzione ("*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del **fatto commesso***"). Non contrastano col principio di materialità i *reati omissivi*, perché dalla norma è imposto un obbligo (come ad esempio quello di soccorso). Sono **contrari** al principio il *cd diritto penale della volontà*, *il diritto penale dell'atteggiamento interiore* e *quello della pericolosità*.

Cap.4.3 Il principio di offensività

Il principio si basa sugli artt.25,2 e 27,3 Cost. E implica che *la pena debba essere rivolta nei confronti di **fatti offensivi** di beni giuridici*. Il principio si suole distinguere nel principio di offensività **in astratto** e **in concreto**, rivolti cioè rispettivamente al legislatore e al giudice. La *Corte Costituzionale* si riserva la facoltà di giudicare la coerenza con le scelte di politica criminale compiute dal legislatore e il principio stesso, sebbene una pronuncia in tal senso sia avvenuta una sola volta.

L'idea che il reato potesse configurarsi nei soli confronti di una lesione di un bene giuridico ha avuto momenti storici più o meno fortunati. Più recentemente (anni '70) ha fatto discutere la teoria proposta da **Franco Bricola** basata sull'assunto per cui i beni giuridici tutelabili con la sanzione penale sarebbero tutti individuabili nella costituzione, sia in modo *implicito* che *esplicito*. La più importante novità che tale teoria introdurrebbe sarebbe proprio il fatto che in tal modo la costituzione si porrebbe come *metro di giudizio sulla legittimità costituzionale delle scelte di incriminazione* fatte dal legislatore.

Tuttavia a riguardo non sono mancate le **critiche**, prima fra tutte la possibilità che il testo costituzionale diventi rapidamente *obsoleto* nell'ottica di salvaguardare le nuove esigenze di tutela che si presenterebbero, inoltre l'art.13 sul quale si basa di fatto l'argomentazione, presenta proprio al suo interno una deroga all'inviolabilità della libertà personale, rendendo quindi l'argomentazione poco convincente.

Il principio di ragionevolezza

Spesso il principio di offensività si è espresso più come **principio di ragionevolezza**, principio per il quale *una fattispecie non lesiva di un bene giuridico è da ritenersi irragionevole*; così a riguardo la Corte Costituzionale ha ritenuto irragionevole il *reato di mendicizia e di possesso ingiustificato di valori*.

Il diritto penale d'autore, diritto penale e morale

Sono entrambe categorie che **si escludono** per via dell'applicazione del principio di offensività: la prima riguarda il cd. **Diritto penale d'autore** per cui non si ritiene ammissibile che ciò che rilevi non sia il fatto ma le qualità personali dell'autore del fatto. La seconda riguarda i fatti che vengono considerati *moralmente riprovevoli*: questi infatti non possono considerarsi a prescindere costituenti reati in ragione del pluralismo delle società contemporanee. **A riguardo vi è un acceso dibattito tra due scuole:**

- Il **paternalismo penale** afferma che ciò che rileva è il bene della persona stessa, e che quindi deve essere tutelato a prescindere, anche qualora sia lo stesso proprietario a lederlo
- Il **liberalismo penale** invece ritiene che l'ordinamento deve limitarsi a tutelare i terzi.

Al di là di questi limiti, non v'è dubbio che la nozione di bene giuridico abbia permesso un'interpretazione evolutiva degli interessi tutelati, interpretazione favorita dall'influenza della Costituzione e dal mutamento continuo del contesto socio-culturale.

I beni strumentali e la tutela di funzioni

L'individuazione del bene giuridico è rimessa di volta in volta all'interprete che al fine di tutelare ulteriori posizioni spesso di interesse pubblico ha elaborato la categoria dei beni strumentali, cioè di beni da tutelare per garantire i beni finali. Oltre a questi, parte della dottrina ha anche evidenziato la fattispecie posta a **tutela di funzioni** (non di beni), che si verifica nelle attività sottoposte ad autorizzazione, come ad esempio l'attività bancaria; la distinzione è stata elaborata al fine di restringere il campo di applicazione del diritto penale, ma su questo punto non tutti sono d'accordo nel ritenere corretto escludere dal campo del diritto penale questi ambiti, anche perché le autorizzazioni esistono a garanzia di interessi in linea di massima rilevanti.

Rapporto tra offensività in astratto e in concreto

La Corte Costituzionale ha evidenziato la possibilità che *l'offensività di un bene giuridico sia valutata in concreto dal giudice*, e questo ricorre ad esempio nel caso di possesso ingiustificato di chiavi alterate o di un grimaldello da parte di una persona che era già stata sanzionata penalmente: il reato deve essere valutato in concreto dal giudice in ragione della pericolosità della fattispecie, e quindi la norma in questione non è incostituzionale per violazione del divieto di diritto penale d'autore.

Cap.4.4 Il principio di proporzionalità (o di meritevolezza)

Principio che esprime la necessità che *la sanzione penale* (la più grave delle sanzioni dell'ordinamento) *sia proporzionale alla tutela del bene*. Nel giudicare la proporzionalità della reazione penale va tenuto in considerazione il **tipo di bene offeso** e le **modalità di aggressione**.

Il principio di proporzionalità trova fondamento costituzionale all'art.27, perché una pena non può dirsi proporzionata se ricorre alla detenzione e quindi alla privazione della libertà personale sancita come inviolabile all'art.13. Un bene **può** quindi essere meritevole di tutela penale qualora sia ad esempio *garantito nella costituzione*, oppure lo possono essere *gli interessi che godono di riconoscimento nel contesto sociale*: in particolare questo implica che tali interessi devono essere sempre valutati alla luce dei rapporti sociali nei quali si inseriscono (e il legislatore in questo caso si pone come ruolo di filtro al fine di razionalizzare le istanze punitive) e implica inoltre che il legislatore non può inculcare il rispetto di valori nei quali la comunità non crede attraverso la sanzione penale.

Il principio di sussidiarietà (o di bisogno della pena)

Principio secondo cui *la sanzione penale va applicata solo qualora ci sia un effettivo bisogno di pena*, cioè quando gli altri strumenti dell'ordinamento risultano non idonei: in tal senso quindi la sanzione penale è l'*extrema ratio* a disposizione dell'ordinamento). Sia il **principio di meritevolezza** (o di proporzionalità) che quello di **bisogno della pena** (o sussidiarietà) servono come *direttive di politica criminale per il legislatore* al fine di andare verso un **diritto penale tendenzialmente minimo** che agisca in modo **frammentario**, cioè solo per le offese che paiono più gravi.

Il principio di efficacia della tutela

Principio per cui *la pena deve essere uno strumento efficace per la tutela del bene e non un puro intervento simbolico*. Anche questo principio ha copertura costituzionale agli artt.13 e 27,3. Nella prassi il principio è stato spesso poco considerato, emblematico l'introduzione del *reato di immigrazione clandestina* (art.10-bis del testo unico sull'immigrazione introdotto con l.94/2009) che non ha in alcun modo tutelato i flussi migratori né ha affrontato in modo efficace il problema delle migrazioni, ma al massimo ha fomentato il clima di intolleranza verso la "diversità" dell'immigrato.

Cap.5 Obblighi di tutela penale

- **Obblighi espliciti:** art.13,4, è **punita** ogni violenza sulle persone sottoposte a restrizione di libertà
- **Obblighi impliciti:** la Costituzione non prevede obblighi impliciti di tutela penale, al massimo stabilisce alcuni limiti (come abbiamo appena visto)
- **Obblighi sovranazionali:** tali obblighi possono derivare sia da fonti europee (**direttive**), sia dalla *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo* e sono tradotte in un vincolo costituzionale con l'art.117 Cost. La **giustiziabilità** davanti alla Corte Costituzionale di un obbligo di incriminazione è giustificato nel solo caso in cui il reato sia stato codificato e successivamente depenalizzato, mentre una *mancata recezione* costituisce piuttosto la possibilità di ricorso alla procedura di infrazione presso gli organi UE.

Cap.6 Il principio di colpevolezza

Principio per il quale *non si accetta che la responsabilità penale si basi esclusivamente in modo oggettivo, bisogna piuttosto che dolo e colpa* rivestano gli elementi più significativi della fattispecie incriminatrice.

Cap.7 Tendenze: ipertrofia penale, populismo penale e diritto penale della prevenzione

L'ordinamento italiano ha tentato a più riprese di adeguare e diminuire gli ambiti della repressione penale: un primo, se vogliamo "ostacolo" è rappresentato dall'art.112 Cost., per il quale si sancisce l'obbligo di esercitare l'azione penale, obbligo necessario per completare il principio di legalità sostanziale. Il primo filtro operato dal legislatore è la **depenalizzazione** dei cd **reati bagatellari**, cioè le fattispecie che risultano del tutto marginali per qualsivoglia motivo. Alcuni reati sono stati quindi depenalizzati in quanto minori, trasformando delitti e contravvenzioni in illeciti amministrativi. In generale però gli interventi sono stati tutti alquanto timidi perché hanno solo toccato reati che già prevedevano una sola pena pecuniaria, mentre sono stati più efficaci gli istituti introdotti nel 2014 (l.67/2014) per cui alcuni casi, pur costituendo reato, non sono puniti se sussistono particolari condizioni.

È allo stesso tempo vero però che il legislatore ha anche perseguito una politica criminale basata sulla **prevenzione**, permettendo la proliferazione de *reati di pericolo*, l'introduzione di *beni giuridici strumentali e di misure di sicurezza*. Ciò che preoccupa inoltre è il cd **populismo penale**, cioè l'utilizzo dello strumento penale al fine di favorire la propria comunicazione politica, portando anche a risulti controproducenti o del tutto inutili (esempio è la "legge sulla legittima difesa" 2019 e i "decreti sicurezza" 2018 e 2019).

Sezione IV

Cap.1 Il principio di legalità e i suoi sotto principi (art.25 Cost.)

Principio di legalità dell'ordinamento si basa sull'assunto per cui *le leggi penali devono essere emanate da un Parlamento democraticamente eletto*.

- 1° corollario, la **riserva di legge**: la potestà punitiva dello stato è legittimata solo da una legge emanata dal Parlamento, che al suo interno rappresenta anche le minoranze.
- 2° corollario, il **principio di irretroattività**: impedisce che lo strumento penale venga utilizzato per eliminare avversari politici, ma soprattutto permette ai cittadini di essere a conoscenza delle condotte lecite.
- 3° corollario, il **principio di determinatezza**: tutti i precetti penali devono essere chiari e precisi
- 4° corollario, il **principio di tassatività**: il giudice deve limitare l'ambito di operatività della norma penale ai soli fatti descritti.

Cap.2 La riserva di legge

Il principio della riserva di legge è espresso anche all'art.1 del codice penale, ed esprime un principio consolidato nel modello di **legalità formale** al quale l'ordinamento italiano si ispira, si impone cioè che il giudice consideri **reato solo ciò che è previsto come tale dalla legge**. Più precisamente ad oggi si considera "*legge*" in tal senso le leggi costituzionali, le leggi ordinarie, i decreti governativi in tempo di guerra e, secondo l'opinione dominante, anche i decreti legge e i decreti governativi.

Cap.3 Diritto penale e leggi regionali

Storicamente, sulla base del *principio di uguaglianza formale* (art.3) è stata negata alle regioni la possibilità di costituire nuove fattispecie criminose. Oggi il problema in realtà non si pone, alla luce del "nuovo" art.117 che attribuisce la materia penale alla competenza esclusiva dello Stato. Rimane però un **ambito marginale lasciato alle Regioni**, cioè la facoltà di intervenire sugli elementi normativi della fattispecie penale e di incidere sull'ambito dell'cause di giustificazione. Caso a parte invece è il **Trentino-Alto Adige** che può prevedere sanzioni penali per fattispecie simili a quelle stabilite dallo Stato.

Cap.4 La consuetudine

In ambito penale la consuetudine deve essere distinta su **4 piani**:

- La **consuetudine incriminatrice** non è ammessa ai sensi dell'art.25,2-3 che esprime il principio di legalità e che non accetta quindi che un comportamento sia considerato criminoso per consuetudine.
- Anche la **consuetudine abrogatrice** non è accettata, cioè il caso in cui una norma penale si abroghi per desuetudine.
- Un'ulteriore ipotesi invece è la **funzione integratrice**, cioè la possibilità che la consuetudine integri una fattispecie. Anche in questo caso la dottrina sembra concorde nel non accettare

questa consuetudine perché rischierebbe di compromettere il principio di riserva di legge. Rimangono comunque separati gli elementi normativi di carattere extragiuridico che vanno interpretati alla luce del contesto sociale (come il concetto di "Osceno").

- Infine vi è il caso della **consuetudine scriminante**, cioè il caso in cui i consociati ritengono valida una causa di giustificazione pur tuttavia non codificata. Ad oggi prevale la tesi che non ammette tali ipotesi, come espresso ad esempio dalla giurisprudenza in tema di accattonaggio esercitato dai minori, come di consuetudine, fra le popolazioni zingare. In questo caso quindi non è ammessa la causa di giustificazione pur essendo una consuetudine, perché la norma in questione non richiama le consuetudini e bisogna perciò rispettare il principio di gerarchia delle fonti.

Cap.5 Riserva assoluta o relativa

Oggi si ritiene che la riserva di legge sulla materia penale sia da intendersi **assoluta**. È però accettato il cd **rinvio recettizio**, cioè il rinvio da parte di una norma ad un precedente regolamento *non più modificabile*, mentre non è ammissibile il **rinvio mobile**, cioè un rinvio ad un regolamento modificabile. Diversa invece è il caso di **integrazione di carattere tecnico**, cioè l'ipotesi in cui una norma venga integrata da una fonte subordinata in ragione del *carattere tecnico della materia*, come è il caso dell'individuazione delle sostanze psicotrope, periodicamente aggiornata dal Ministero della Salute mediante decreto ministeriale.

Ulteriore questione sono le **norme penali in bianco**, cioè le fattispecie che richiamano un provvedimento amministrativo. Tipico esempio è la contravvenzione prevista per chi non osserva un provvedimento dato dall'autorità per ragioni di sicurezza pubblica (art.650 c.p.). Perché una norma del genere risulti costituzionalmente legittima, è necessario che vi sia una **sufficiente specificazione** del precetto da parte della norma di legge e che si riferisca in ogni caso ad un provvedimento amministrativo di carattere **specifico** e non generale.

Cap.6.1 Incidenza delle fonti comunitarie

Poiché il nostro sistema si fonda su un **rigido principio di legalità**, gli organi sovranazionali **non** possono avere potestà normativa in materia penale (cd *potestà normativa diretta*).

Cap.6.2 La potestà normativa indiretta

Di crescente rilevanza nell'ambito penale sono le **direttive UE**, che mantengono la facoltà di introdurre nuove fattispecie incriminatrici a tutela di interessi comunitari, in particolare a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il Consiglio si riserva la facoltà di stabilire regole minime su alcune materie, tra le quali il traffico di armi illecite e la corruzione. Già prima del Trattato di Lisbona l'UE con riguardo alla lotta alla criminalità aveva emanato direttive che chiedevano agli Stati membri che questa venisse combattuta con *sanzioni efficaci e dissuasive*. Col tempo l'influenza dell'UE si è fatta sempre più pressante fino ad **imporre** la sanzione penale su talune fattispecie.

Preminenza del diritto comunitario

Ruolo fondamentale ha svolto la *Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, che ha affermato il **principio di preminenza del diritto comunitario su quello nazionale**. Per attuarlo si utilizzano 3 diversi modelli:

- **Unificazione**: in questo modello si cerca di identificare un unico strumento penale vigente in tutti gli Stati membri, tuttavia giustamente non tutti sono disposti a rinunciare alla propria tradizione penalistica.

- **Assimilazione:** l'UE invita i paesi membri ad estendere la tutela penale a specifici interessi rilevanti per tutta l'UE.
- **Armonizzazione:** gli Stati membri introducono nuove fattispecie incriminatrici sulla base delle indicazioni delle direttive dell'UE.

L'*unificazione* è sicuramente il modello meno utilizzato perché può condurre a sostanziali disparità di trattamento tra i diversi paesi, infatti le fattispecie penali sono ricalcate su ipotesi delittuose già esistenti nei diversi codici penali, e quindi potenzialmente molto differenti tra loro. Anche per questo motivo si tende ad utilizzare il modello dell'*armonizzazione*, che però ha come difetto la possibilità che un paese non recepisca la direttiva: un'ipotesi tuttavia che deve fare i conti con lo strumento che l'Unione Europea ha a disposizione per contrastarla, cioè la **procedura di infrazione**, che può portare al pagamento di ingenti somme di denaro. Bisogna precisare che il nostro ordinamento mantiene comunque un'**ampia autonomia** lasciata dallo strumento delle direttive europee, autonomia che però non sempre è stata a pieno sfruttata (emblematico il *reato di pedopornografia virtuale*, cioè che ha come oggetto minori interamente ricreati al computer, e che quindi la dottrina ha criticato per mancanza di lesione di un bene giuridico; perciò il legislatore avrebbe potuto benissimo decidere di non usare la sanzione penale, cosa che non ha fatto).

Contrasti tra norma penale interna e normativa comunitaria

Ai sensi degli artt.11 e 117 Cost., la Corte Costituzionale ha ribadito il principio di preminenza del diritto comunitario su quello nazionale, e perciò il giudice italiano deve tenere conto della disciplina europea in caso di contrasto tra le due.

- **Disapplicazione della norma penale interna:** se il contrasto avviene tra l'ordinamento interno e una norma di un Trattato, un regolamento o una direttiva, il giudice è tenuto a **disapplicare** la normativa interna (caso avvenuto ad esempio nel 2012, quando la Corte di Giustizia delle Comunità Europee dichiarò che la pena detentiva nei confronti dello straniero che non ha ottemperato all'obbligo espresso dal giudice di lasciare il suolo italiano fosse contraria ai principi dettati da una direttiva comunitaria (2008/115/CE)).
- **Disapplicazione di norme penali interne di favore:** anche nel caso di norme penali di favore deve avvenire la contestuale disapplicazione da parte del giudice. L'aspetto più problematico è rappresentato dal dovere di disapplicazione da parte del giudice italiano delle norme penali interne di favore a seguito di una pronuncia della Corte europea di giustizia, questione che è stata oggetto nella vicenda **Taricco**, un caso di gravi frodi fiscali in materia di IVA. Il problema è sorto riguardo ai termini di *prescrizione del reato* (artt.160-161 cp), che secondo la Corte di Lussemburgo sarebbero andati contro il dovere di tutelare l'interesse economico dell'UE, e pertanto il giudice interno avrebbe dovuto disapplicare la legge italiana in favore di quella UE (art.325 TFUE). Questa soluzione però violerebbe su *due aspetti* il principio di legalità: innanzitutto vi sarebbe un *illegittimo rovesciamento* dei rapporti tra legge e giudice penale, perché quest'ultimo dovrebbe applicare una norma sfavorevole di creazione giurisprudenziale, inoltre sarebbe violato il *principio di irretroattività* della legge penale, perché si applicherebbe una disciplina più sfavorevole che non era in vigore al momento del compimento del fatto. Il problema è stato infine **risolto** dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sent.115/2018), che ha ritenuto che il giudice non dovesse disapplicare la normativa interna in favore di quella comunitaria qualora questo significhi andare contro il principio di legalità.
- **Norme europee e interpretazione:** tra le diverse interpretazioni il giudice deve scegliere quella più conforme ai principi del diritto comunitario. Vi sono però 2 limiti:

- Permane il **divieto di analogia in malam partem**, cioè il giudice non può legittimare l'integrazione della norma penale interna con quella comunitaria quando questa si traduce in una interpretazione sfavorevole.
- Inoltre (secondo la giurisprudenza della Corte europea di giustizia) l'interpretazione del diritto nazionale, alla luce del diritto comunitario, **non** può in ogni caso derogare al principio di legalità.

Cap.6.3 Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale

La convenzione Europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentale riveste un ruolo centrale nell'ambito penale. Nell'ordinamento italiano nessuna fattispecie penale può essere introdotta **direttamente** nell'ordinamento mediante atti sovranazionali, coerentemente con quanto espresso dall'art.25 Cost., tuttavia nel rispetto dell'art.117 la potestà legislativa dello Stato non può essere esercitata **in contrasto** coi vincoli dell'ordinamento comunitario e con gli obblighi internazionali, pertanto in questo quadro il *Parlamento non può emanare norme penali in contrasto con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.*

Per sollevare una **questione di legittimità costituzionale**, il giudice deve prima tentare di dare alla norma un significato compatibile con le previsioni della Convenzione, e inoltre deve sottostare all'interpretazione delle norme alla luce della giurisprudenza della Corte Europea che, a proposito, ha recentemente inciso sulla struttura dell'ergastolo ostativo (che non permette l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati di mafia che non hanno collaborato con la giustizia). A riguardo la Corte Costituzionale e la Corte Europea hanno ritenuto illegittimo l'articolo 4-bis che non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia.

Sezione V – Successione di leggi penali nel tempo

Cap.1 Il principio di irretroattività

Secondo corollario del principio di legalità, *il divieto di retroattività della legge penale esprime il principio per cui nessuno può essere punito per un fatto che non fosse già previsto come reato al momento del compimento del fatto stesso.* Il principio è chiaramente da intendersi in prospettiva di **garanzia** e in funzione di **certezza** nei confronti dei cittadini.

Il principio di irretroattività è espresso per ben 4 volte nell'ordinamento giuridico italiano:

- Art.11 delle Disposizioni sulle leggi in generale
- Art.2,1 del Codice penale
- Art.25,2 Costituzione
- Art.7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo
 - Quest'ultimo è di particolare interesse, dal momento che la Corte Europea ha precisato che il divieto di applicare retroattivamente si esercita sia nei confronti della legge che nei **nuovi orientamenti giurisprudenziali**, perché anche questi non prevedibili dall'imputato al momento del compimento dei fatti.

Cap.2 Il principio di retroattività della legge penale più favorevole – legge più favorevole – norma più favorevole

L'art.2 del codice penale (nei commi successivi al primo) introduce anche la **regola dell'applicazione retroattiva di una legge più favorevole al reo**. La giurisprudenza costituzionale ha individuato nel principio di uguaglianza (art.3, più in particolare sul profilo della ragionevolezza) la copertura costituzionale di questa norma, e allo stesso modo la Corte Europea dei diritti dell'uomo (art.7,1) si è pronunciata a favore.

Bisogna precisare però che, sebbene la Costituzione ammetta la retroattività della legge penale più favorevole, non è escluso che non vi possano essere delle **deroghe** imposte dal legislatore, ma queste devono essere in ogni caso giustificate da una qualche *ragionevolezza*, ad esempio un motivo potrebbe essere costituito dalla necessità di bilanciare due interessi contrapposti.

- La *Corte di Cassazione* ha ammesso, ad esempio, che l'applicazione retroattiva di una norma sia ammissibile per un più favorevole termine di prescrizione, coerentemente con la *ratio* sottesa alla disciplina (cioè quella di soddisfare l'efficienza del processo e la salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale)

La successione di leggi penali nel tempo, *l'abolitio criminis* (art.2 c.p.)

- In primo luogo consideriamo **l'abolitio criminis** (art.2,2 cp), cioè l'abrogazione di una fattispecie incriminatrice attraverso una legge successiva: in questo caso l'ordinamento prevede che siano *cessati tutti gli effetti delle sentenze di condanne*, perché non avrebbe senso continuare a far espiare una sanzione detentiva a colui il quale ha commesso un fatto che non viene più considerato meritevole di pena.
- Al comma 4 del medesimo articolo (art.2,4 cp) l'ordinamento considera l'ipotesi in cui una stessa fattispecie venga regolata attraverso 2 leggi penali succedutesi nel tempo, e in tal caso si prevede che venga applicata quella *più favorevole* al reo.

Dal momento che non è sempre agevole distinguere fra le due ipotesi, si suole dire che *l'abolitio criminis sussista quando il fatto incriminato nella norma previgente non sia previsto in concreto nella nuova fattispecie*. Se però il *raffronto strutturale* fra le due norme mostra che il fatto in concreto si ritrova in entrambe le discipline, allora si dovrà ritenere che vi sia una **successione di leggi** (è il cd. **Criterio strutturale**). Bisogna però specificare ulteriori questioni:

- Innanzitutto il *criterio strutturale* non si applica qualora la volontà del legislatore sia da intendersi nel senso dell'*abolitio criminis* (come ad esempio è stato sulla legge in materia di gravidanza 194/1984, nel quale si abrogava esplicitamente la disciplina previgente, art.552 cp)
- Può esservi il caso di **abolitio criminis parziale**, cioè la possibilità solo alcune delle condotte precedentemente incriminate abbiano mantenuto rilevanza penale.
- Nel caso di **successione di più leggi penali** nel trascorrere del tempo fra il fatto e la sentenza del giudice, il giudice è tenuto ad applicare la *disciplina più favorevole* che si è succeduta.
 - Quale sia la norma "*più favorevole al reo*" dovrà valutarlo in concreto il giudice, che tuttavia non potrà per nessun motivo prendere parte di una norma e parte di un'altra (perché violerebbe il principio di legalità)
- Vi è un importante **differenza** fra *abolitio criminis* e successione di legge, che consiste nel fatto che la prima spiega i suoi effetti positivi anche se vi è stata una *sentenza definitiva di condanna*, mentre la legge penale successiva più favorevole trova un **limite** nel giudicato.
 - C'è però un'**eccezione** (art.2,3) in virtù della quale quando la modifica legislativa prevede la sostituzione di una *pena detentiva* con una *pena pecuniaria*, la pena detentiva cessa immediatamente e viene convertita nella corrispondente pena pecuniaria, anche per coloro già giudicati con sentenza definitiva.

Cap.3 Leggi eccezionali e temporanee (art.2,5 c.p.)

La disciplina dell'*abolitio criminis* e della *successione delle leggi penali nel tempo* non si applica alle **leggi eccezionali** e alle **leggi temporanee**, cioè rispettivamente leggi dettate dalla necessità di

affrontare un evento straordinario (come un terremoto) e leggi che prevedono *ab origine* una durata (entrambe quindi hanno come caratteristica di essere leggi a tempo). Le eventuali previsioni penali contenute in questo tipo di legge si applicano **ultrattivamente**, cioè anche quando sarà venuta meno la situazione di eccezionalità o sarà scaduto il tempo previsto (un esempio può essere una legge che punisca gli atti di sciacallaggio post terremoto, in modo che sia prevista una pena più severa per chi compie furti: in tal caso l'inasprimento della pena sarà sempre valido).

Cap.4 Successione di leggi penali e decreti legge

Se un decreto legge non viene convertito entro 60gg (art.77 Cost.) perde efficacia *ex tunc*; qualora questo avvenga con una norma penale, la Corte Costituzionale ha ritenuto (sent.51/1985) che i fatti compiuti prima dell'entrata in vigore del decreto legge non convertito non possono essere valutati alla luce della disciplina introdotta da quel decreto legge.

Tuttavia vi è un'ipotesi più complessa che si verifica nel caso in cui il decreto legge non convertito sia *favorevole al reo* e il fatto sia **concomitante** alla vigenza del decreto stesso: in questo caso la dottrina ritiene che si debba operare un raffronto tra l'art.77 e l'art.25 Cost e preferire quindi la libertà personale dei cittadini alla previsione dell'art.77, sulla base del fatto che il soggetto aveva l'aspettativa di tenere un comportamento penalmente irrilevante.

Anche nel caso di decreto legge *sfavorevole* in ipotesi di fatto **concomitante** si ritiene che l'agente non sarà punibile perché la mancata conversione esclude qualsiasi effetto penale sfavorevole nella sfera di libertà dei cittadini.

Cap.5 Successione di leggi penali e norme integrative extrapenali

Se la modifica normativa favorevole al reo riguarda un elemento normativo della fattispecie legale (e non della fattispecie incriminatrice), allora la retroattività della legge successiva non si applica a tali elementi, muovendo dall'idea che il disvalore del fatto permane anche a seguito del mutato quadro normativo di riferimento.

Cap.6 Gli effetti delle sentenze di illegittimità costituzionale

In virtù del principio della riserva di legge *non è mai consentito alla Corte estendere l'incriminazione oltre i limiti previsti dalla fattispecie*, né inasprirne il regime sanzionatorio, questo perché è un ruolo che spetta al legislatore. Per questo motivo se l'incriminazione di un fatto risulta irragionevole la Corte non può estendere la punibilità ai fatti non previsti, ma al massimo può dichiarare illegittima la norma che limita *irragionevolmente* la punibilità (cosa che è avvenuta con il reato che puniva la bestemmia nei confronti della religione dello stato, art.724 cp, norma dichiarata parzialmente incostituzionale perché avversa al principio di uguaglianza, ma permane nella parte in cui punisce le invettive contro qualsiasi divinità).

Inoltre quando la Corte dichiara l'**illegittimità costituzionale** di una norma, la norma cessa di avere efficacia *ex tunc* (e non *ex nunc*, perché sarebbe insensata una sentenza che dichiara illegittima una norma attraverso la quale il reo è già stato condannato) e cessano quindi tutti gli effetti della sentenza. **Se** però gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale renderebbe *meno favorevole* la situazione del reo, allora si continuerà ad applicare il regime più favorevole (ai sensi dell'art.25,2 Cost.)

Cap.6.1 Ammissibilità del sindacato sulle leggi penali di favore

Come detto prima, la Corte costituzionale non può estendere l'ambito di operatività di una fattispecie incriminatrice, ma *non per questo è sempre precluso il sindacato di legittimità sulle leggi penali di favore*. Il sindacato può avvenire **solo** qualora la norma di favore sottragga una certa