

INDICE – LEZIONE n. 1 – DIRITTO PENALE

1. PRINCIPIO DI LEGALITÀ.....	Pag. 2
1.1 Principio di riserva di legge.....	Pag. 3
1.2 Principio di tassatività e divieto di analogia in malam partem.....	Pag. 4
1.3 Successione di leggi penali nel tempo.....	Pag. 6
1.3.1 Tempus commissi delicti.....	Pag. 8

La Giurista Online

## 1. PRINCIPIO DI LEGALITÀ

Il principio di legalità è alla base del diritto penale, ed è quel principio alla stregua del quale *nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge vigente al momento della sua commissione e con pene dalla stessa stabilite (nullum crimen, nulla poena sine lege).*

Tale principio trova fondamento all'interno del nostro ordinamento giuridico:

- a livello costituzionale nell'**art. 25, comma 2 Cost.**, secondo cui "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*";
- nell'**art. 1 c.p.**, a tenore del quale "*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*";
- nell'**art. 199 c.p.**, il quale dispone che "*nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla stessa preveduti*".

Sul piano sopranazionale il fondamento di tale principio è riscontrabile principalmente:

- nell'**art. 49** della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea;
- nell'**art. 7** della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

Il principio di legalità, dunque, risponde alle esigenze di garanzia per il cittadino, alla luce della rilevanza dei beni incisi dalle sanzioni penali quali la libertà personale e la dignità umana.

Dunque, ogni cittadino, prima di porre in essere una determinata azione, deve essere in grado di conoscere se questa è permessa o vietata dalla legge e se la stessa comporti la comminazione di una sanzione penale.

Tradizionalmente si ritiene che il principio di legalità si articoli in tre sottostanti corollari tutti orientati alla medesima funzione garantista:

- 1) Il principio della **riserva di legge**;
- 2) Il principio di **tassatività**;
- 3) Il principio di **irretroattività** della legge penale.

## 1.1 IL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE

Il principio della **riserva di legge** (*nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*), vieta di punire un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato.

Con tale principio si è inteso riservare il monopolio normativo penale al potere legislativo, con la duplice conseguenza di escludere dalle fonti del diritto penale: le fonti non scritte; le fonti scritte diverse dalla legge e dagli atti con forza di legge, cioè ogni altro atto normativo del potere esecutivo o della pubblica amministrazione (MANTOVANI).

Tale riserva è volta ad evitare possibili arbitri del potere giudiziario ed esecutivo, riservando così l'intera materia penale al Parlamento, quale migliore espressione della volontà popolare.

La natura della riserva di legge penale è stata oggetto di lunga e vivace discussione sia in dottrina che in giurisprudenza.

In particolare, si è discusso sul fatto che essa vada intesa quale **riserva assoluta** (con la conseguenza che solo il legislatore potrebbe disciplinare la materia, con esclusione di qualsiasi intervento integrativo da parte di fonti sublegislative) o **relativa** (con la conseguenza che il legislatore sarebbe tenuto a fissare solo le linee fondamentali della materia, potendo affidarne il completamento all'organo esecutivo).

Tra le varie tesi, quella più accreditata in dottrina sostiene la natura "*tendenzialmente assoluta*" della riserva di legge in questione, ammettendo il rinvio a norme regolamentari abilitate a introdurre mere "*specificazioni tecniche*" di uno o più elementi già enucleati dalla norma primaria e sulla base di un "*criterio tecnico dalla stessa indicato*" (GAROFOLI).

Sul punto si era pronunciata anche la Corte Costituzionale, secondo cui "*la normazione sulle pene deve considerarsi propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali; il precetto, invece, può essere contenuto in una norma emanata da un'autorità amministrativa, o comunque contenuto in un atto non proveniente dal potere legislativo dello Stato. In tal caso, però, occorre – perché il principio di legalità della pena sia soddisfatto – che sia*

*sempre una legge dello Stato ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena. Ne deriva che è costituzionalmente legittima la legge che, nel comminare una sanzione penale, si rimette per la specificazione dei singoli elementi della fattispecie ad atti non dotati di valore di legge.*" (Corte Cost., sent. n. 26/1996).

Il criterio così delineato dalla giurisprudenza (c.d. **criterio della sufficiente specificazione**) è stato altresì utilizzato per riconoscere la compatibilità con il principio della riserva di legge delle cc.dd. **norme penali in bianco**.

Si parla di **norma penale in bianco** quando la norma individua in maniera specifica la sanzione ma solo genericamente il precetto, rinviando per la sua specificazione a fonti secondarie.

## **1.2 PRINCIPIO DI TASSATIVITA' E DIVIETO DI ANALOGIA IN MALAM PARTEM**

Ulteriore corollario del principio di legalità è quello del **principio di tassatività**, in virtù del quale incombe sul legislatore l'obbligo di delineare con sufficiente precisione il contenuto della norma penale così da fornire ai consociati un quadro normativo certo e ben delineato.

Tale principio è diretto altresì ad evitare che, in sussistenza di una norma incriminatrice incerta e non precisamente delineata, il giudice possa arbitrariamente applicare la stessa anche a casi da essa non espressamente disciplinati, in violazione del principio penalistico di **divieto di analogia in malam partem**. Sebbene non esplicitamente enunciato, anche il principio in esame trova implicito fondamento nell' **art. 25 Cost.**

Per comprendere l'importanza del principio di tassatività va richiamata la questione relativa alla formulazione del reato di cui all'art. 612 bis c.p. (c.d. *stalking*). Nello specifico, si è discusso in merito alla compatibilità con il principio di tassatività della scelta del legislatore di non indicare in maniera precisa il *minimum* temporalmente necessario e sufficiente affinché possa dirsi integrata la condotta persecutoria penalmente rilevante ("condotte reiterate").

La Corte Costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla questione, con la sentenza interpretativa di rigetto n. 172/2014, ha dichiarato la manifesta **infondatezza** della questione di legittimità costituzionale dell'art. 612 bis c.p. per violazione dell'art. 25, comma 2 Cost., osservando che "*l'esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma*

*incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa, oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi, ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica".*

Il **principio di determinatezza** non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali spesso il legislatore deve ricorrere stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a "giustificare" l'inosservanza del precetto.

Strettamente connesso al principio di tassatività è quello del **divieto di analogia** in materia penale.

Il procedimento per **analogia** consiste *nell'estensione al caso non disciplinato dalla legge la regolamentazione di un caso simile, che invece è regolato.*

Da tale processo va tenuto distinto quello di interpretazione estensiva delle norme. Tale interpretazione si limita a rendere esplicito ciò che è contenuto comunque nel dettato legislativo. Si fuoriesce dall'interpretazione passando a mettere in atto un meccanismo analogico, invece, nell'ipotesi in cui si tenti di applicare una disposizione a casi dalla stessa non disciplinati e in alcun modo riconducibili a nessuno dei suoi possibili significati letterali.

Si deve comunque tenere presente che per parlare di vera e proprio analogia è indispensabile che il caso non contemplato abbia in comune con quello previsto la *ratio legis*.

L'utilizzo da parte del giudice del procedimento analogico finora illustrato (**analogia legis**) è consentito dall' **art. 12, comma 2** delle disposizioni preliminari al codice civile (**preleggi**), in virtù del quale *"se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe"*.

Lo stesso **art. 12** nel capoverso introduce altresì il differente meccanismo di c.d. **analogia iuris** prevedendo che *"se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato"*.

L'applicazione dell'analogia nell'ambito del diritto penale è però sottoposta alla peculiare disciplina posta dall' **art. 14 delle preleggi**, secondo cui *"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."* Da tale norma si desume, dunque, il **divieto di analogia in materia penale**.

Tale divieto trova altresì implicito fondamento negli **artt. 1 e 199 c.p.**, i quali escludono la punibilità per fatti che non siano *"espressamente preveduti come reato dalla legge"*.

In dottrina e in giurisprudenza si è discusso sulla possibilità che tale divieto di analogia sia assoluto o relativo e, quindi, se limitato alle sole norme a sfavore del reo – ad esempio, alle norme incriminatrici – (**analogia in malam partem**) o di estenda anche le norme che vanno a favore del reo – prime tra tutte le norme che prevedono cause di giustificazione o cause di esclusione della punibilità – (**analogia in bonam partem**).

L'orientamento prevalente considera vietata la sola analogia in malam partem, individuando però anche dei **limiti** alla ammissibilità della **analogia in bonam partem**, che non risulterebbe consentita:

- per le norme eccezionali che vanno a favore del reo, in applicazione dell' **art. 14 delle preleggi**.

Esempio: art. 649 c.p. (*Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti*), che non può essere ancora esteso ai conviventi more uxorio nonostante l'introduzione nell'ambito di detta norma di un comma 1 bis, che, per armonizzare l'ordinamento penale con la disciplina sulle unioni civili, esclude la punibilità nei casi in cui i fatti di cui alla norma siano stati commessi "in danno dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" (MANTOVANI);

- in caso di impossibilità di desumere dalla disposizione scritta *l'eadem ratio*;
- nel caso di lacuna intenzionale (MARINUCCI-DOLCINI).

### 1.3 SUCCESSIONE DELLE LEGGI PENALI NEL TEMPO

Ultimo corollario del principio di legalità, nonché principio cardine dell'ordinamento è quello di **irretroattività della legge penale**.

Tale principio, operante nel diritto penale in virtù dell' **art. 2, comma 1 c.p.**, alla stregua del quale "*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*", trova la sua copertura costituzionale nell' **art. 25, comma 2 Cost.** e quella internazionale nell' **art. 7, comma 1 CEDU**.

La *ratio* di garanzia sottesa al principio di **irretroattività** impone di includere nell'ambito applicativo dell'art. 2 c.p. qualsiasi norma di diritto sostanziale da cui possa derivare un **effetto penale sfavorevole** a livello di pene principali, pene accessorie o effetti penali della condanna.

Altrettanto pacificamente si ritiene, invece, che debbano essere **escluse** dall'ambito applicativo della suddetta norma le norme processuali, alle quale si applica il *principio del tempus regit actum*, secondo cui trova applicazione la legge vigente al momento del compimento dell'atto.

L'illustrato principio di irretroattività della legge penale, circoscritto alle sole norme sfavorevoli al reo, è integrato dalla disciplina contenuta nell'art. 2, commi 2 e 4 c.p., ispirati al diverso principio della retroattività della norma più favorevole al reo.

In particolare, l'**art. 2 c.p.** sancisce tre diverse ipotesi di successione di norme penali:

**comma 1:** ipotesi di **nuova incriminazione**, nella quale rientrano tutte quelle ipotesi in cui una nuova norma introduca una sanzione penale per un fatto sino a quel momento valutato in termini di liceità da parte dell'ordinamento penale. Ne è un esempio l'incriminazione dell'autoriciclaggio da parte della l. 186/2014, che ha introdotto nel codice penale l'art. 648 ter.1. Si applica il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole;

**comma 2:** ipotesi di *abolitio criminis* (parziale o totale), nella quale rientrano tutti quei casi in cui per effetto di una legge posteriore non si considera più come reato un fatto che in precedenza era punito come tale oppure si restringe l'ambito di applicazione di una preesistente fattispecie criminosa (ad es. abolitio criminis del reato di ingiuria di cui all'art. 594 c.p. da parte del D.Lgs. n. 7/2016). In queste ipotesi trova applicazione il principio di retroattività della legge più favorevole, anche se sul fatto si è formato il giudicato;

**comma 3:** si occupa, invece, delle ipotesi in cui vi sia stata condanna ad una *pena detentiva* e intervenga una successiva legge che prevede esclusivamente una *pena pecuniaria*. In questi casi "*la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'art. 135 c.p.*".

**comma 4:** ipotesi di successione di leggi modificative, in cui le nuove norme penali si limitano a disciplinare diversamente fatti già costituenti reato. Se la *modificazione* è più *sfavorevole* al reo si applica il principio della *irretroattività* della stessa, mentre nel caso di modificazione *favorevole* si applica il principio della *retroattività*, salvo che sia stata già pronunciata sentenza di condanna irrevocabile. Per stabilire quale sia la disposizione più favorevole al reo ai sensi dell'art. 2, comma 4 c.p., il confronto dovrà essere effettuato "in concreto", in considerazione di tutte le circostanze del caso, alle quali il giudicante dovrà applicare idealmente le discipline succedutesi nel tempo confrontando i risultati e privilegiando quello nel complesso più favorevole al reo;

**comma 5:** per effetto del quale il **principio di retroattività** della disciplina più favorevole non si applica alle leggi *temporanee*, aventi durata predeterminata, e a quelle *eccezionali*, vigenti soltanto al permanere di situazioni oggettive a carattere straordinario (guerra, missioni all'estero, epidemie).

### 1.3.1 TEMPUS COMMISSI DELICTI

Per stabilire quale sia la legge penale applicabile ai sensi dell'art. 2 c.p. si rende necessario individuare il momento in cui il reato si può considerare commesso, ossia il **tempus commissi delicti**.

In assenza di un'espressa previsione legislativa, tra le varie tesi emerse in dottrina e in giurisprudenza, si è affermata in maniera ormai consolidata la c.d. **teoria dell'azione**: il reato deve dunque ritenersi commesso nel tempo in cui il soggetto ha realizzato la condotta vietata dalla norma (ANTOLISEI).

Il momento di realizzazione della condotta è diverso, però, a seconda della tipologia di reato che viene in considerazione:

- Nei **reati istantanei** tale momento coincide con quello del compimento dell'azione tipica;
- Nei **reati omissivi**, invece, avrà rilievo il momento in cui scade il termine per il compimento dell'azione doverosa (AMBROSETTI) o, secondo altro autorevole orientamento, il momento in cui il soggetto si è posto nella condizione di non poter adempiere l'obbligo prescritto (GALLO);
- Nei **reati permanenti** e in quelli **abituati**, secondo il prevalente orientamento, si deve guardare all'ultimo atto compiuto dal soggetto. Nel caso in cui, dunque, la condotta sia iniziata prima dell'entrata in vigore di una nuova legge ma continui a protrarsi anche sotto la vigenza della stessa, essa dovrà essere assoggettata alla nuova disciplina – anche se sfavorevole al reo. Fino al compimento dell'ultimo atto, infatti, la norma penale può esplicare la sua efficacia deterrente.

In tal senso si è espressa la Corte di Cassazione con riferimento al delitto di atti persecutori, di cui all'art. 612 bis c.p., statuendo che *"ai fini della prescrizione del delitto di "stalking", che è reato abituale, il termine decorre dal compimento dell'ultimo atto anti-giuridico, coincidendo il momento della consumazione delittuosa con la cessazione dell'abitualità."* (Cass. pen., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588).