



**NUOVE FRONTIERE
DEL
DIRITTO**

GENNAIO 2013

**Le frontiere della legalità -
parte I**

Sito mensile telematico gratuito
a carattere giuridico-scientifico

Anno 2013

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Direttore scientifico: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Coordinatore e Redazione: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche: Federica Federici, Emanuela Loria, Barabra Carrara, Domenico Salvatore Alastra, Luigi Caffaro, Agnese Filomena Chionna, Piero Algieri, Domenico Di Leo, Marianna Sabino, Rosalia Manuela Longobardi, Massimo Marasca, Alberto Eramo, Alessia Canaccini, Carlo Pilia, Donatella Rocco, Giancarlo Trovato, Domenico Arcuri, Valentina d'Aprile, Martino Modica, Aurora Antonella di Mattea, Mario DI Lorenzo.

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Hanno collaborato alla rivista del mese: Valeria Rinaldi - Teresa Giacobelli - Domenico Di Leo - Claudia Zangheri Neviani – Filomena Agnese Chionna - Francesco Di Paolo - Barbara Carrara

Nuove frontiere del diritto è una rivista *on line* fruibile su www.nuovefrontierediritto.it

ISSN 2240 - 726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Nuove frontiere del diritto ha un Gruppo Facebook, una pagina Facebook ed una pagina Twitter (@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it

Le e-mails: info@nuovefrontierediritto.it
friends@nuovefrontierediritto.it

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

Mese di gennaio

S O M M A R I O

- Il concetto della legalità (Dott.ssa Valeria Rinaldi)
- La territorialità, in particolare immigrazione e direttivi rimpatri e l'extraterritorialità (Avv. Teresa Giacobelli)
- Il principio di legalità nel diritto amministrativo (Avv. Domenico Di Leo)
- Il principio di legalità nel diritto civile (Dott.ssa Claudia Zangheri Neviani)
- I reati d'opinione: una proposta di lettura (Avv. Domenico Di Leo)
- L'art. 25 Cost. (D.ssa Filomena Agnese Chionna)
- Il principio di legalità nella recente giurisprudenza penale (Dott. Francesco Di Paolo)
- Brevi note a proposito dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari (Avv. Barbara Carrara)
- Recensioni

Le frontiere della

legalità



Nuove Frontiere del Diritto apre il 2013 con ben tre numeri interamente dedicati ad un solo tema, che mirano ad affrontare, laddove opportuno e possibile con approccio interdisciplinare, alcune delle principali tematiche legate al **principio della legalità**, ancor meglio, alla sua attuazione e al fenomeno dell'evidente crisi in cui esso ad oggi sembrerebbe versare, nel necessario contemperamento di due opposte esigenze: garanzia della certezza delle regole in senso generale ed astratto e equo trattamento del singolo nella fattispecie concreta. Il principio di legalità dovrebbe rappresentare appunto il criterio regolativo del confronto tra queste due esigenze, ma di fatto oggi sembra non rispettare principi fondamentali quali **ragionevolezza** e **proporzionalità** nei rapporti tra privato e pubblica autorità.

Una delle prime nozioni in cui in si imbattono studiosi e curiosi del diritto è proprio la certezza del diritto, quale elemento essenziale al rapporto tra autorità e libertà, nel rispetto delle regole del vivere sociale in un sistema democratico. L'affidamento legittimo e in buona fede da parte dei privati cittadini viene però ad essere continuamente indebolito da un legislatore schizofrenico, frammentario e ondivoco, cui si aggiunge una copiosa giurisprudenza nazionale e comunitaria spesso incerta e disorientata. Ciò comporta inevitabilmente una ricaduta sulla tutela in senso procedurale, risarcitoria e sostanziale della certezza giuridica stessa.

Certeza giuridica e **legittimo affidamento** sono principi che non si rinvencono né nei **Trattati** dell'Unione Europea, né nella nostra Costituzione, sebbene la Corte di Giustizia Europea abbia affermato che il principio di tutela dell'affidamento faccia parte dell'ordinamento giuridico comunitario (Sent. C-12/77 Topfer – maggio 1978) e che nella **Costituzione** si rinvencono principi quali la buona fede e la solidarietà sociale (art. 2), legalità, di certezza del diritto e di uguaglianza (art. 3), comuni a tutti i moderni Stati di diritto nati dopo la Rivoluzione francese. Inoltre lo stesso art. 97, che assicura "il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" si pone a

fondamento dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità e dell'esigenza di tutela del singolo.¹

Questo primo numero vuole offrire una prospettiva storica sul **principio di legalità** in dottrina e giurisprudenza nei tre ordinamenti (civile, penale ed amministrativo), le sue funzioni (tipiche soprattutto del diritto penale) e affrontare alcune problematiche recenti in tema di immigrazione e direttiva rimpatri, stupefacenti, crimini transnazionali. L'**art. 25 Cost.** viene commentato come ancoraggio normativo di riferimento, ma ovviamente non esaustivo dello scenario analizzato. Si inserisce in questa prima trattazione un saggio sul reato politico, una originale rassegna di giurisprudenza relativa ad uno dei tre ordinamenti e qualche segnalazione editoriale di recente pubblicazione.

Buona lettura,

Federica Federici

¹ La Corte Costituzionale ha utilizzato il concetto di legittimo affidamento fin dalla sentenza n. 349 del 1985, che ha riconosciuto la possibilità di variare con legge i trattamenti pensionistici in corso, anche se si tratta di diritti soggettivi perfetti, ed ha poi chiarito che: "dette disposizioni, però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale ed indispensabile dello Stato di diritto". Con la sentenza n. 364 del 1988, la Corte Costituzionale ha inoltre dichiarato illegittima la previsione dell'art. 5 del codice penale, secondo cui "*ignorantia legis non excusat*", nella parte in cui irragionevolmente non ammetta la possibilità di un errore scusabile del singolo. La Corte Costituzionale è intervenuta anche in materia **tributaria**, materia che ha fatto da ponte all'ingresso di tali problematiche nel diritto pubblico ed amministrativo in particolare, più lento rispetto a quello penale, dichiarando la illegittimità di una norma che violava i criteri generali di trasparenza già fissati dalla legge, e quindi l'affidamento del contribuente (Corte Costituzionale, 19 dicembre 2003, n. 360).

Significativa e più precisa la sentenza n. 124 del 1° aprile 2010, che dichiara infondata la censura di incostituzionalità di una legge calabrese che azzera le domande di autorizzazione per fonti rinnovabili pendenti, sulla base della considerazione che le norme non violano il principio dell'affidamento, mancando una posizione consolidata del richiedente. Le sentenze sono tutte pubblicate integralmente sul sito della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it.

Il concetto della legalità

a cura della D.ssa Valeria Rinaldi

Della legge si servivano non solo gli uomini, ma finanche gli dei immortali e potenti.

Se ne servivano per governare e per intimorire i mortali riottosi.

A spiegarlo, con parole ammalianti ed indelebili, è Tucidide ne *“La guerra del Peloponneso”*, ove si scorge che la legge *“esisteva prima di noi e continuerà ad esistere per sempre dopo di noi; tutto ciò che facciamo è servircene (...), sapendo che chiunque altro, avendo lo stesso potere, farebbe altrettanto”*.

Quindi, prosegue lo storico ateniese, non v'è ragione di temere gli dei né di invidiarli: *“non abbiamo alcuna ragione di essere in svantaggio”*.

Ad oggi, la legge rappresenta l'atto tipico delle moderne democrazie rappresentative e, proprio in quanto strumento, funge da veicolo per l'informazione di quei modelli di comportamento ritenuti dannosi dall'ordinamento giuridico *latu sensu* considerato, ergo meritevoli di un giudizio negativo da parte dello Stato.

Venendo alla *pars costruens* della presente trattazione, vien subito da dire come il principio di legalità attraversi trasversalmente tutti gli ambiti del diritto², non solo quello penale.

A compasso allargato, può dirsi che funzione del principio di legalità sia quella di attribuire un ruolo centrale e preminente alla legge in una determinata materia, così imponendo che la disciplina di questa rinvenga la sua genesi nella sola fonte legislativa (*rectius* legge ed atti aventi forza di legge).

² Si vedano gli articoli *“il principio di legalità nel diritto amministrativo”* a cura dell'Avv. Domenico Di Leo pag. 18 e *“il principio di legalità nel diritto civile”* a cura della Dott.ssa Zangheri Neviani Claudia pag. 21.

Nell'ordinamento penale, esso esplica una valenza indefettibile.

Eloquentemente espresso nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, il principio di legalità esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo preveda come reato e ne appresti la relativa sanzione.

Irrinunciabile, quindi, è la necessità che tanto le fattispecie di reato quanto le corrispondenti sanzioni vengano stabilite mediante legge ovvero decreti legge e decreti legislativi entrati in vigore prima del fatto commesso.

Questo spiega perché il principio in esame sia ritenuto uno dei cardini su cui poggia l'intero sistema sanzionatorio.

In particolare, si deve al tedesco Feuerbach la connessione tra le funzioni assolte dal principio di legalità e lo *jus puniendi*.

Giova altresì rilevare come le implicazioni del pluricitato principio non si rivolgano al solo giudice, in sede di esegesi delle norme penali, ma anche e soprattutto al legislatore: operando quest'ultimo in sede di formulazione delle anzidette norme, gli è imposto di osservare, come si argomenterà meglio *infra*, i criteri della prevedibilità della sanzione penale e della accessibilità delle norme di legge.

Il principio di legalità non rappresenta una conquista recente, anzi, sue impronte si rinvengono addirittura nella *Magna Charta Libertatum*, come noto strappata dai baroni inglesi a Giovanni Senza Terra nel lontano 1215.

Al re d'Inghilterra viene fatto divieto di imporre nuove tasse senza il previo consenso del "*commune consilium regni*" nonché di ridurre in prigionia i propri sudditi senza prima aver celebrato un regolare processo da parte di una corte di "pari", in quanto la condizione di libertà dev'essere garantita per tutti gli uomini.

Viene consacrato anche il principio di proporzionalità della pena rispetto al reato e, in ultimo, istituita una commissione, composta da ben venticinque

baroni, pronti ad intentare una guerra al sovrano qualora avesse infranto i suoi solenni impegni, addirittura invocando la partecipazione della totalità dei sudditi.

In questa precipua epoca storica, il principio di legalità funge da limite al potere sovrano, e sul punto gli stessi sottoscrittori della *Magna Charta* furono categorici; tuttavia, la formulazione del principio di legalità, per quanto affidata ai rigorosissimi inglesi, risulta del tutto maldestra e non sortisce l'effetto desiderato.

In realtà, la cd. "questione penale" si pone solo intorno alla metà del XVIII secolo, momento storico in cui si assiste alla nascita del sistema penale moderno, appunto.

Prima di allora, il potere del sovrano di infliggere punizioni indipendentemente dal crimine commesso caratterizzava l'applicazione di tutte le norme e largo spazio era affidato alla tortura ed alla pena di morte.

Certo, nell'ambito di civiltà antiche e medioevali è documentata l'esistenza di protocodici e di strutture di irrogazione delle pene, ma la discontinuità, la barbarie e l'arbitrio che caratterizzavano tale irrogazione non consentono di riconoscere una condizione di civiltà del diritto prima della metà del Settecento nei termini i cui essa viene intesa attualmente: la pena fungeva soprattutto da strumento di mantenimento e consolidamento del potere e dei privilegi, di frantumazione del dissenso e, talvolta, scattava sulla scorta di un mero capriccio; di riflesso, il delinquente era considerato un attentatore malvagio del sovrano, meritevole di biasimo anche religioso, giacchè oltraggiare il sovrano equivaleva a profanare la divinità.

Erano quelli tempi di barbarie giuridica, tempi in cui si prediligevano le punizioni corporali: si ponga mente al rogo, alla gogna, all'impalamento o alla bruciatura della lingua, alla mutilazione degli arti e all'accecamento.

La corrente ideologica dell'Illuminismo sovverte tale stato di cose.

Finalizzato a strappare lo spirito umano dalle tenebre dell'obnubilamento medioevale per riportarlo alla luce tramite la forza della ragione, la filosofia illuminista finalmente eleva la legge a fonte esclusiva e suprema in materia penale, sostituendosi così all'autorità del sovrano.

Il dono più apprezzato dell'Illuminismo è proprio una più precisa e convinta formulazione del principio di legalità

Correlativamente l'*homo delinquens* è ritenuto un soggetto razionale, per l'appunto, quindi libero e capace di scegliere, in autonomia decisionale, tra il comportamento deviante e quello conforme alla legge.

E' in questa congiuntura storica e filosofica che trovano collocazione le riflessioni di Montesquieu e Rousseau in ordine alla separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, soggetti a reciproci limiti di azione e di direzione.

Più nello specifico, l'Età dei lumi vede gli studiosi interrogarsi, oltre che sul fondamento e sulla legittimazione del diritto di punire, sui criteri di selezione dei fatti criminosi e delle sanzioni nonché sui rapporti tra i primi e le seconde.

Le risposte elargite da tali grandi teorizzatori trovano pronto riscontro in Italia nel pensiero del Beccaria, il quale, nella celebre opera "*Dei delitti e delle pene*" definisce le leggi come "*le condizioni con le quali gli uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla*".

Scopo del trattato redatto dal marchese lombardo era quello di sottolineare le lacune e le ingiustizie delle legislazioni giudiziarie a lui contemporanee e, nello stesso tempo, di avanzare delle possibili soluzioni.

Pertanto, certo che al veleno debba risponderci con un antidoto efficace, il Beccaria osserva che il diritto di punire dello Stato rientra nell'ambito di un contratto sociale stipulato con i governati, i quali, sacrificando parte delle

loro libertà, accettano di vivere secondo le regole della comunità, in cambio di una convivenza civile ed il più armoniosa possibile.

Una pena che non risulti giustificata dall'utilità sociale, nasce sotto il segno della tirannia, ragion per cui la determinazione delle sanzioni penali deve soggiacere al criterio della prevenzione sociale e dev'essere rapportata alla gravità del fatto nonché alla natura della lesione arrecata, così estirpando *ab imis* il rischio di un trattamento sanzionatorio inadeguato e sproporzionato.

In prosieguo di tempo, nella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, viene cesellato il principio secondo cui nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge.

Venuta alla luce nel clima ribelle e sanguinario che animava la Rivoluzione francese, la Dichiarazione *de qua*, elenca solennemente i diritti fondamentali dell'individuo e del cittadino, sulla scorta dell'esempio americano rappresentato dalla Dichiarazione d'indipendenza.

Tale documento ha ispirato le carte costituzionali di numerosi Paesi, gran parte del suo contenuto è confluito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (adottata dalle Nazioni Unite nel 1948) e, nel più recente 2003, è stato ricompreso dall'UNESCO nell'Elenco delle Memorie del mondo.

Orbene, premesso che *"la legge è l'espressione della volontà generale"* (art. 6), gli artt. 7 e 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino danno finalmente la stura al principio di legalità in materia penale, al fine di sottrarre quest'ultima alle competenze del potere esecutivo.

Per quanto attiene all'ordinamento giuridico italiano, si evidenzia come il principio della riserva di legge (corollario di quello di legalità) fosse presente già nello Statuto Albertino del 1948.

Nel vigente Codice penale, il principio di legalità è ospitato nell'art. 1, con una formulazione che ricalca *in toto* quella già presente nel Codice Zanardelli del 1889.

Ma è solo con l'avvento della Costituzione repubblicana del 1948 che il principio di cui trattasi acquisisce, all'art. 25 co. 2, dignità e rango superiore

alla legge ordinaria, ponendosi finalmente come vera e propria norma sulla produzione giuridica.

Stabilendo che *"nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*, l'art. 25 co. 2 della *Grundnorm* sancisce, al contempo, il principio di legalità e quello di irretroattività della legge penale; al co. 4, invece, prevede il principio di legalità con riguardo alle misure di sicurezza.

Poco più in là, all'art. 101 co. 2 della stessa Legge Fondamentale, il Legislatore costituente ha consacrato il principio di legalità nella giurisdizione che, assoggettando i giudici alla sola legge, impone che gli tutti gli atti e i provvedimenti da questi adottati risultino pienamente conformi alla legge medesima.

A livello di legislazione ordinaria, è innanzitutto il Codice penale ad esordire, all'art. 1, con il principio di legalità, qui affermato per i reati e per le pene, mentre all'art. 199 C.p. è sancito in relazione alle misure di sicurezza.

Affiora *ictu oculi* la diversa formulazione che del medesimo principio è data in fonti normative di rango diverso, sicchè è dato trarne la conseguenza che esso abbia a livello costituzionale un'estensione minore, posto che la Costituzione non fa uso dell'avverbio *"espressamente"* né tantomeno contempla il riferimento alla *"pene"*.

Senonchè la dottrina, con voce unanime, ha strenuamente ribadito di non lasciarsi trarre in inganno da una discrasia che è meramente apparente: né si può accedere alla tesi secondo cui si sia trattato di una spiacevole disattenzione del Costituente né po' condividersi la diversa tesi per la quale egli sia voluto accontentare di un *quind minus* di tutela rispetto a quanto già assicurato in sede di legislazione ordinaria. Ed allora, posto che la Carta Costituzionale è stata emanata successivamente al Codice Rocco, posto che il Legislatore costituente, stendendo l'art. 25, si proponeva di reintrodurre solennemente tutte le garanzie in ordine ai diritti individuali proprie della

tradizione liberal -democratica, è chiaro che solo esigenze di mera sintesi letterale, proprie di qualsiasi testo costituzionale, imposero la canonizzazione del principio *nullum crimen sine lege* in termini così stringati, demandando alla discrezionalità del legislatore ordinario il compito di apprestarne una disciplina più dettagliata ed egualmente garantista.

Anche l'art. 2 del Codice penale contiene un'implicita asserzione del principio di legalità: nel momento in cui il legislatore si preoccupa di statuire il divieto di irretroattività della legge penale (*rectius*, di norme incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio), così assoggettando il reo alla punizione di un fatto di reato che sia previsto come tale sin dal momento della sua consumazione, intende, in tutta evidenza, assoggettare al maglio della sanzione penale soltanto coloro che abbiano violato consapevolmente le regole dell'ordinamento vigenti al momento in cui l'illecito è perpetrato e che, dunque, abbiano scelto di orientare la propria condotta nel senso della violazione del precetto penale.

A livello internazionale, è l'art. 7 co. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti, CEDU) ad inglobare nella sua "pancia" il principio di legalità, oltre a quello di irretroattività della legge penale e, come di recente sostenuto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, implicitamente anche quello di retroattività *in mitius*.

La summenzionata norma utilizza la nozione di "*law*", cioè "*diritto*", piuttosto che quella di "*legge*", patrocinando così una concezione di legalità di più ampio respiro, che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, comprende anche il diritto di matrice giurisprudenziale, il diritto cd. "*vivente*".

Il risultato pratico sarebbe notevole se si tiene conto della riconosciuta efficacia cogente e diretta che avrebbero le sentenze della Corte Europea di Giustizia nell'ordinamento interno, con l'ulteriore conseguenza che la problematica afferente il rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie nella definizione del fatto di reato neppure si porrebbe.

Secondo un opposto schieramento, il *punctum pruriens* di tale ricostruzione risiederebbe nella attribuzione di un peso troppo elevato alla funzione nomofilattica, il che snaturerebbe la nostra tradizione giuridica di *civil law* per equipararla a quella dei sistemi di *common law*.

Lungo l'arco della sua storia, il diritto penale è stato contrassegnato dalla contrapposizione dialettica di due diversi modi di intendere il principio di legalità, che riflettono, a luce meridiana, i due diversi modi di concepire il reato: in senso formale piuttosto che sostanziale.

Declinare il principio di legalità in senso formale significa qualificare come reato soltanto quel comportamento umano che sia previsto come tale dalla legge, indipendentemente da ogni sua valutazione di carattere sociale (o meglio, antisociale).

A prevalere è il dato puramente esteriore, ergo superficiale, della corrispondenza della singola condotta posta in essere a quella descritta ed incriminata all'interno della fattispecie legalmente data.

Aderire, invece, alla tesi antagonista del principio di legalità sostanziale conduce a non sottovalutare affatto la percezione dei consociati: reato è quel contegno umano che si concreti in un danno o nel pericolo di danno per la società, anche in assenza di un'espressa tipizzazione del legislatore in tal senso.

In altri termini, ad imprimere lo stigma di delitto o contravvenzione ad una data condotta umana non è la sua previsione ad opera del legislatore, bensì la percezione della sua antisocialità da parte dei *cives*.

In tale nozione di legalità, appare subito palese l'estrema mutevolezza e l'assenza di predeterminazione legale delle condotte integranti reato; ciò inevitabilmente comporta abusi del potere esecutivo e giudiziario nonché vulnera l'esigenza di certezza del diritto.

Cionondimeno, un'affermazione assoluta del principio di legalità in senso formale genera problemi in termini di un'efficace politica di difesa sociale contro il crimine, in quanto produce una netta ed insanabile frattura tra cd. criminalità legale e cd. criminalità reale.

Non v'è chi non veda come a tale diverso modo d'intendere il principio di cui all'art. 25 co. 2 Cost., corrisponda un differente *modus* di ricostruire la nozione di "reato".

Sul punto, la dottrina penalistica italiana ha, nel corso degli anni, elaborato una serie principi nel deliberato intento di individuare quali elementi devono ricorrere affinché un dato comportamento umano possa ritenersi reato.

Fra tutti, meritevoli di attenzione sono quelli definiti comunemente di materialità e soggettività.

Il primo, sintetizzabile con il brocardo *nullum crimen sine actione*, storicamente trova la sua genesi nel liberismo penale che, nell'obiettivo di arginare l'intervento dello Stato in funzione repressiva, riserva al diritto penale il compito di punire soltanto quelle condotte che, manifestandosi *in rerum natura*, toccano sensibilmente i rapporti con gli altri consociati, destano allarme sociale e possono porre a repentaglio i significativi valori costituzionali.

Come Giano bifronte, il principio di soggettività considera reato anche solo la nuda *cogitatio*, cioè il semplice, interno ed interiore pensiero del reato.

In quest'ottica, il contegno assunto dall'individuo non rileva *in sé* ed *ex sé*, ma quale indice rilevatore di una personalità deviata, pericolosa, ergo meritevole di sanzione.

E' un principio che nasce in quei sistemi di tipo confessionale che concepiscono il diritto penale come diritto dell'etica, del dover essere.

La differenza tra le ricostruzioni *de quibus* è manifesta: il principio di materialità punisce il soggetto agente per ciò che fa, viceversa quello di soggettività lo punisce per ciò che è.

Manifesta, però, è anche la scelta del nostro ordinamento in favore del principio di materialità del reato, così come si desume da un fascio di disposizioni, tanto costituzionali (si ponga mente all'art. 25 co. 2 o 13 Cost., ove ricorre il lemma "fatto") quanto codicistiche (non solo l'art. 1 del c.p., ma anche le disposizioni di cui agli artt. 115 co. 1 e co. 3, in tema di accordi ed istigazioni a commettere il reato).

Tornando all'oggetto della presente trattazione, pare che la nostra Carta Costituzionale abbia accolto una concezione formal-sostanziale del principio di legalità.

A volo d'uccello, possono scomodarsi le seguenti disposizioni:

- l'art. 25 co. 2, il quale denota un'attenzione del legislatore alla materialità del fatto, oltre che alla sua conformità al modello legale, generale ed astratto, predisposto;
- l'art. 13, che, in tema di inviolabilità personale, ne ammette la compressione solo in presenza di fatti concretamente offensivi dei beni o degli interessi costituzionalmente significativi e tutelati;
- il combinato disposto artt. 25 co. 3 e 27 co. 2, dal quale emerge la diversità di presupposti a base dell'irrogazione di una pena e dell'applicazione di una misura di sicurezza: nell'un caso il fatto offensivo, nell'altro la pericolosità sociale dell'*agens*, accertata dal giudice penale tramite un giudizio prognostico, rivolto all'avvenire.

L'opzione accolta dalla nostra Costituzione, dunque, stempera i rigorismi propri del principio di legalità inteso in senso puramente formale, anche grazie alla presa d'atto che, nell'effettuare le proprie scelte di politica criminale, il legislatore deve ancorarsi ai requisiti di accessibilità delle

disposizioni e di prevedibilità della sanzione penale, come si avrà modo di approfondire *funditus*.

Orbene, individuati i referenti normativi espressi su cui poggia plasticamente il principio *nullum crimen, nullum poena sine lege*, è d'uopo soffermarsi sulla *ratio* che lo contraddistingue ed anima, tenendo a mente sin d'ora, però, che le funzioni cui esso è chiamato ad assolvere sono assai mutate, o meglio, si sono modulate nonchè adattate all'evolversi della società, delle sue istanze ed esigenze, finendo con l'ergersi a motore del politico, dell'economico e del sociale.

Non sembra possano paventarsi dubbi sulla sua *ratio* garantista.

Tanto, sin dal lontano 1215, come innanzi argomentato: un bisogno di legalità di cui l'uomo si è sempre fatto portatore.

Non è un caso che i regimi autoritari, pur senza negarla in via di principio, giustificino l'istanza di legalità sotto un profilo esclusivamente e meramente tecnico, finendo per disancorarla dal suo referente *lato sensu* ideale.

Il risultato è che si giunge a non scandalizzarsi per le sostanziali, gravi e reiterate violazioni del principio di legalità.

Di contro, in ogni ordinamento che si proclami democratico e liberale, il monopolio normativo penale è attribuito al solo e sommo legislatore: a questi e a nessun altro sono riservate le scelte in ordine al fondamento, ai limiti ed alle conseguenze della responsabilità penale.

Trattasi di una corroborazione del principio della separazione dei poteri, volta a riservare una sfera di autonomia inviolabile al potere legislativo e, conseguentemente, a sottrarre la materia penale a (possibili) arbitri dei poteri esecutivo e giudiziario.

Più direttamente, la tutela del *favor libertatis*, che il cardinale principio di legalità eleva a sua irrinunciabile "missione", risulta assicurata demandando al potere legislativo la scelta di criminalizzare determinate condotte umane,

non senza assicurare al cittadino la reale ed effettiva possibilità di prevedere, prim'ancora di compiere una determinata azione od omissione, se questa è vietata, consentita, permessa o tollerata dalla legge, ergo se comporta l'inflizione di una sanzione penale.

Tale precipuo compito del principio di legalità è desumibile anche dal suo collegamento con il "suadente" principio di colpevolezza.

Ad incantare, in verità, sono le suggestive e memorabili argomentazioni spese dalla Consulta nella apicale sentenza n. 368 del 1988.

Non è questa la sede in cui disquisire dell'insieme dei requisiti necessari e sufficienti per poter imputare soggettivamente all'agente un determinato fatto previsto dalla legge come reato, ma non ci si può esimere dall'evidenziare come anche il principio di colpevolezza operi in funzione di tutela della libertà del cittadino, imponendo che sia l'antidoverosità ad azionare l'intervento punitivo dello Stato.

Di talché, in assenza del predetto agire antidoveroso, l'autore dell'illecito non può essere ritenuto rimproverabile, quindi punibile, a meno che non si voglia chiamarlo sotto lo scranno del giudice penale a rispondere dell'evento cagionato a titolo di responsabilità oggettiva (bandita, come risaputo, dall'universo penalistico).

La responsabilità penale deve, pertanto, ancorarsi a congrui elementi soggettivi, arricchiti dall'effettiva possibilità di conoscenza della legge penale.

In apicibus, per "congrui elementi soggettivi" devono intendersi non soltanto l'elemento psicologico *strictu sensu* inteso, ma anche quel segmento della condotta che anticipa il dolo o la colpa, vale a dire la *suitas* della condotta (*id est*, la coscienza e volontà di violare la legge penale).

Pertanto, se a rilevare è anche la *suitas* della condotta, se la possibilità di conoscenza della legge penale deve essere, secondo quanto argomentato

dalla Corte Sovrana, "effettiva", compito primario del legislatore penale è quello di affidare alla legge la selezione dei beni/interessi giuridicamente tutelati, delle modalità di aggressione degli stessi ed, infine, la pena cui devono soggiacere. Invero, risulta ripudiata dalla nostra Costituzione la concezione, tipicamente autoritaria, che vorrebbe lo strumento sanzionatorio a presidio e rimedio della violazione di un generico dovere di ubbidienza, di un *non agere quod debeat*, in vista, invece, di un diritto penale dell'evento e che eleva proprio la rimproverabilità del soggetto agente a presupposto della sua punibilità.

Vien da sé che sarebbe del tutto incoerente esigere, da un lato, una base legale accessibile e prevedibile, e, dall'altro, consentire l'affermazione di un giudizio di colpevolezza nelle ipotesi in cui la persona non sia in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può imputarsi al reo.

A titolo esemplificativo, si pensi ad una recente pronuncia resa dalla Corte di Strasburgo che, occupandosi del noto caso di "Punta Perotti" (causa Sud Fondi srl e altre 2 c/ Italia; ricorso n. 75909/01, sentenza del 20/01/2009), è giunta ad affermare quanto segue: le norme di diritto interno che introducono una pena devono enunciare in modo sufficientemente chiaro e preciso la fattispecie criminosa dalla quale quella pena deriva; devono, altresì, essere accessibili, ragion per cui devono essere raccolte e pubblicate sì da poter essere conosciute; devono, infine, rispondere al requisito della prevedibilità, nel senso che il cittadino deve essere in grado di poter prevedere, con ragionevole approssimazione, quali conseguenze derivano dal proprio comportamento, in modo da orientare consapevolmente la propria condotta. Siffatta condizione può dirsi pienamente soddisfatta allorché la persona sottoposta a giudizio è in grado di conoscere, a partire dal testo della disposizione di legge e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione ad opera dei giudici, quali azioni od omissioni possono implicare la sua responsabilità penale.

L'accessibilità e la prevedibilità, difatti, si riferiscono non alla mera astratta previsione legale esistente, bensì alla norma che vive e respira, quale risulta, cioè, dall'applicazione e dall'interpretazione dei tribunali.

Così, nel caso sottoposto all'esame della Corte Europea, la confisca di cui all'art. 19 della Legge n. 47/85, oggi refluito nell'art. 44 co. 2 del Testo Unico dell'edilizia (d.p.r. n. 380/2001), applicata ai terreni abusivamente lottizzati nonché alle opere abusivamente realizzate, è stata qualificata come pena e, di riflesso, ritenuta del tutto arbitraria in quanto irrogata in aperta violazione dell'art. 7 co. 1 CEDU. Perciò, si è pervenuti al suo conseguente abbattimento giuridico ed all'assoluzione degli imputati (gli acquirenti in buona fede dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva), riconoscendo in capo ad essi un errore inevitabile, ergo scusabile.

Addentrandoci nell'agognata vicenda, a risultare evidente ai giudici europei fu, *in primis*, l'estrema oscurità della legge regionale applicabile alla *vexata quaestio*: si trattava di una normativa mal formulata, poco chiara e che non rispettava affatto i requisiti accessibilità e prevedibilità innanzi menzionati.

In secundis, la giurisprudenza sul tema era ondivaga, talvolta addirittura contraddittoria. I fatti, peraltro, consignavano una realtà contraddistinta da continue rassicurazioni da parte dei responsabili del Comune di Bari, i quali avevano non solo autorizzato la lottizzazione dei suoli, ma più volte ribadito la sua regolarità; e totalmente inerti erano rimaste le autorità preposte alla tutela dell'ambiente.

Sotto il profilo dell'art. 7 CEDU, dunque, un quadro normativo che non permetta ad un imputato di conoscere il senso e la portata della legge penale è da ritenere lacunoso non solo sotto il profilo della "qualità" della legge, ma anche rispetto alle specifiche esigenze della legalità penale, in quanto non consente di ritenere più valida la presunzione di conoscenza della legge penale né ragionevolmente presumibile l'inflizione di una pena.

La funzione di garanzia del principio di legalità si desume anche dal sottile filo che lo lega al principio di rieducazione del condannato, plasticamente scolpito all'art. 27 co. 3 Cost.

La pena, oltre ad una finalità afflittiva, deterrente, di prevenzione, ha soprattutto un intento rieducativo.

E' evidente, però, che non può rieducarsi un soggetto che non si è consapevolmente posto contro le istanze valoriali di cui l'ordinamento si fa portatore in quel dato momento storico: genererebbe insofferenza tra i singoli l'irrogazione di sanzioni che non tenessero nel dovuto conto la comprensione che essi hanno del disvalore delle proprie condotte.

In quest'ottica, solo la legge, quale atto scritto e rivolto alla generalità dei consociati, assolve alla funzione (garantista) di preventiva informazione dei modelli di comportamento ritenuti dannosi per l'ordinamento e, in quanto tali, meritevoli di un giudizio di riprovevolezza da parte dello Stato.

In questo senso, sembra esser vista con maggior favore una legislazione per elementi elastici e clausole generali (integrabile attraverso i contributi *de iure condendo* o il ricorso al linguaggio comune radicato nella collettività), piuttosto che una normazione di tipo casistico, difficilmente suscettibile di favorire un adeguamento costante all'evoluzione della fenomenologia sociale, all'incessante sviluppo tecnico e tecnologico portatore di nuove modalità d'aggressione nonché nuove fonti di pericolo ai beni giuridicamente protetti.

Il pensiero corre al principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, inabdicabile proiezione applicativa del principio di legalità.

Unitamente al principio della riserva di legge ed al divieto di irretroattività della legge penale, quello di tassatività concorre a perimetrare l'area del penalmente illecito, vietando non già l'indeterminatezza che la norma penale necessariamente presenta, attesi i caratteri della generalità ed astrattezza propri di tutte le norme giuridiche, bensì quell'indeterminatezza

che si manifesta già in sede di precetto penale e che non consente di discernere, nell'empireo dei comportamenti umani, ciò che è vietato da ciò che è permesso, ciò che è consentito ovvero tollerato.

Il legislatore viene così onerato (ed onorato) dell'obbligo di formulare norme penali dalle prescrizioni tassative.

Al decidente viene, invece, fatto divieto di applicare la norma penale al di là dei casi da essa espressamente previsti, chiudendo così le porte definitivamente all'analogia (quantomeno *in malam partem*).

Entro tale prospettiva, si è riconosciuto che una formulazione generica della norma penale non stride automaticamente con il principio di legalità né con quello di tassatività, suo corollario, se il significato dell'elemento dubbio della fattispecie criminosa può essere ricostruito attraverso l'attività interpretativa del giudice, non esorbitante dall'ordinario compito affidatogli, purché sorretta da un fondamento ermeneutico controllabile.

Del pari, si è escluso che la sola esistenza di un contrasto giurisprudenziale frustri il parametro evocato.

Intatto rimane anche quando il legislatore adoperi, all'interno della descrizione del fatto tipico, elementi cd. elastici (normativi o descrittivi): a differenza degli elementi cd. vaghi, questi ammettono margini di discrezionalità del giudice, il quale opterà per la soluzione più confacente al caso sottoposto alla sua cognizione tra un ventaglio di alternative possibili.

Anche l'interpretazione estensiva è ritenuta compatibile con il principio di legalità della pena.

E', difatti, interpretazione genuinamente interpretativa, anche quando il risultato dell'esegesi risulti più ampio rispetto a quello riconducibile ai possibili significati letterali del testo; ricorrendo a tal tipo di operazione ermeneutica, l'interprete attribuisce ad un termine o ad un sintagma un significato più ampio di quello che appare *prima facie* dalla dizione letterale della norma,

così facendovi confluire anche fattispecie che si collocano in una “zona di penombra”, *id est* che sono marginali rispetto al nucleo di certezza della norma medesima.

Come già lumeggiato in ordine agli elementi vaghi, vietato, per le stesse ragioni, è il ricorso al procedimento analogico (*in malam partem*), non a caso considerato quale strumento d’integrazione dell’ordinamento giuridico.

Per incidens, s’impongono alcuni rilievi conclusivi.

Nella scelta delle condotte destinate a piegarsi supinamente alla sanzione penale, la potestà legislativa non soltanto risente dei limiti che operano sul piano della tecnica di formulazione della fattispecie criminosa, ma subisce anche l’influsso di principi, di pari rango costituzionale, che sulla tipizzazione e punizione delle condotte costituenti reato giocano un ruolo altrettanto decisivo.

Si ponga mente al principio di necessaria lesività (più sinteticamente, di offensività), il quale, insieme al principio di materialità del reato e di colpevolezza, è cardine della moderna concezione del reato.

Nella sua declinazione astratta, funge da limite alla discrezionalità del legislatore, vietandogli di punire quelle condotte che non offendono e neppure pongono a repentaglio i beni giuridici tutelati dall’ordinamento; invece, più concretamente, impone al giudice di accertare l’effettiva attitudine della condotta umana a ledere o mettere in pericolo i ridetti beni, refluendo la fattispecie, in caso contrario, nel modello di reato impossibile ex art. 49 co. 2 C.p.

Funzione del principio in esame è quella di evitare un’eccessiva ed onnipervasiva espansione del diritto penale: questa genererebbe insofferenza nei confronti dei singoli, che si troverebbero ad essere puniti per fatti in concreto inoffensivi.

Dal principio di offensività il legislatore penale non può prescindere nel momento di individuazione del bene/interesse da tutelare prima di "confezionare" una data fattispecie criminosa, nonostante manchi ad oggi una pronuncia costituzionale che, dissipando ogni residuo dubbio, consacri il rango costituzionale del principio *de quo*.

Fortemente condizionante è pure il principio di necessarietà: se la tutela del bene o dell'interesse esposto a lesione può essere efficacemente assicurata mediante strumenti propri di altri settori dell'ordinamento (civile, amministrativo, tributario), è d'obbligo rinunciare allo strumento della pena.

Peraltro, il diritto penale, o meglio, i suoi strumenti e rimedi hanno carattere sussidiario; difatti, il principio di sussidiarietà porta a considerare lo strumento sanzionatorio quale *extrema ratio*, nel senso che il ricorso ad esso è giustificato solo quando risulti, oltre che necessario, conforme allo scopo.

Anche i principi di uguaglianza e di ragionevolezza affiancano quello di legalità, tant'è che sovente vengono invocati per invalidare fattispecie incriminative ingiustificate od irragionevoli. Pur non avendo natura specificamente penalistica, sono principi di struttura dell'intero ordinamento giuridico.

La disamina fin qui svolta ha riguardato la legalità nelle sue fattezze di principio.

Al di là delle questioni tecnico-giuridiche affrontate, quello che si riscontra è una vera e propria contraddizione in tema di legalità: da una parte si è perso il senso della legalità come principio, come strumento, come valore; dall'altra, si tende a discorrere, ormai con una certa insistenza ed ostentazione, di "cultura della legalità", come se questa potesse instillarsi nelle coscienze collettive attraverso una flebo. Peraltro, siamo abituati, ed ormai assuefatti, a personaggi pubblici che discorrono di legalità in termini di motore del politico, dell'economico e del sociale.

Strano Paese il nostro.

L'amara verità è che la violazione del principio di legalità non ci scandalizza più, non fa più notizia.

Forse bisognerebbe ripartire da chi ha impregnato la propria vita del senso di legalità, pagando tale scelta a caro prezzo.

Il Giudice Giovanni Falcone osservava umilmente come non esista società, non esista Stato senza legalità.

Una legalità oltraggiata oggi come a quei tempi.

Mafie, corruzione, poteri forti, spesso assoluti rispetto alla legge, hanno creato un terreno vastissimo di illegalità nonché una tolleranza da parte dei più.

Ci si dimentica che il successo delle mafie è dovuto al loro essere modelli vincenti per la gente, pertanto è da qui che lo Stato deve ripartire: porsi come modello vincente.

A noi mortali, come spiegava Tucidide, non resta che servirci della legge ma, prim'ancora, apprezzarla.

La territorialità, in particolare immigrazione e direttivi rimpatri e l'extraterritorialità

a cura dell' Avv. Teresa Giacobelli

L'ordinamento giuridico di uno Stato costituisce l'insieme degli imperativi giuridici vigenti in una determinata collettività e sussiste uno stretto legame tra l'assetto ordinamentale precostituito e il gruppo sociale di appartenenza.

Di tal che è necessario evidenziare quali siano gli elementi costitutivi del medesimo, , perché identificando entro precisi confini territoriali uno Stato nazionale, si individua la comunità interessata, la sola concretamente idonea, in quanto destinataria, ad animare le dinamiche giuridico-sociali imposti dalla struttura e dalle finalità dell'ordinamento giuridico nazionale.

Suddetta esigenza è logicamente più incisiva qualora sia necessario individuare i soggetti destinatari di una norma penale incriminatrice in quanto ,prevedendo con la formulazione di un precetto e della relativa sanzione, l'imposizione di un divieto o l'osservanza di un obbligo e le relative conseguenze giuridiche in caso di trasgressione, incide in misura più o meno incisiva sulla portata garantista dei principi costituzionali ed in specie, del principio di libertà personale ex art. 13 Cost.

Tuttavia, in conseguenza dell'apertura inevitabile di ogni ordinamento giuridico alle forme di confronto e integrazione anche oltre i confini di uno Stato , è necessario sindacare in merito alle conseguenze che si realizzano all'interno della comunità nazionale in forza dell'influenza proveniente da fonti e forme ab externe.

Ed infatti,fermo restando che tale fenomeno interessa in modo pressoché unitario l'intero ordinamento giuridico, in tale sede il campo di indagine deve essere necessariamente circoscritto. In particolare, si focalizza l'attenzione su un particolare settore dell'ordinamento giuridico che è costituito dallo specifico sistema giuridico penale, valorizzando il rapporto tra il diritto

penale nazionale e il diritto sopranazionale soffermandosi su una particolare tematica : l'immigrazione clandestina.

Si precisa in merito che notevoli questioni applicative sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza più recenti, hanno interessato dinamiche operative nazionali e sopranazionali al cospetto dei principi cardini che compongono l'ordinamento giuridico penale nazionale.

In particolare, il diritto penale dell'immigrazione clandestina è un settore che ha indotto il legislatore nazionale a valutare l'incidenza di fonti sopranazionali sul principio di legalità in rapporto ai suoi peculiari corollari applicativi: sul piano delle fonti del diritto, la riserva di legge; sul piano della tecnica di formulazione della legge penale il principio di tassatività ed infine, sul piano dell'efficacia della legge penale nel tempo, il principio di irretroattività.

Tanto premesso, entrando nel merito del presente lavoro, si evidenzia la sussistenza in relazione al fenomeno migratorio , di notevoli conseguenze pratiche che coinvolgono non solo l'intervento delle forze dell'ordine e delle principali giurisdizioni civili, penali, amministrative nazionali ma anche l'influenza proveniente dalle dinamiche sopranazionali, la cui legittimità entro i confini statali, è riconosciuta in forza di precisi referenti costituzionali. Ed invero, di recente sono emersi notevoli dibattiti dottrinali e giurisprudenziali e nuovi interventi legislativi che hanno mutato e condizionato taluni aspetti della normativa nazionale dell'immigrazione clandestina. Si precisa che la principale fonte normativa nazionale è il TU. Immigrazione (D.lgs 25 luglio 1998 n. 286) così come modificato dai successivi interventi di natura legislativa e giurisprudenziale.

Da ultimo si fa riferimento , sul fronte normativo ,alla legge n. 94/2009 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica" con rilevanti modifiche apportate al T.U. e sul piano giurisprudenziale, si valuta l'incidenza in ambito nazionale delle pronunce della Corte Di giustizia. In particolare si richiama la sentenza El Dride del 28 aprile 2011 con la quale la Corte, pone fine alla vivace *questio iuris* maturata in seno alla dottrina e alla

giurisprudenza in merito alla compatibilità delle fattispecie delittuose di cui all'art. 14, comma 5 -ter e 5 - quater del D.lgs 25 luglio 1998, n. 286 con la nota direttiva rimpatri 2008/115/Ce approvata il 16 dicembre 2008 e che l'Italia avrebbe dovuto recepire entro il termine di scadenza del 24 dicembre 2010.

Per esigenze di semplificazione, è necessario chiarire che le problematiche connesse al fenomeno migratorio si iscrivono nell'ambito dei fenomeni transazionali che al pari della criminalità organizzata, terrorismo, si caratterizzano per un coarcevo di normative nazionali e sopranazionali. Di tal che, per comprendere l'attuale disciplina nazionale dell'immigrazione clandestina, giova ribadire che sussistono influenze internazionali e comunitarie che hanno addirittura indotto, il legislatore nazionale, ad intervenire su molteplici aspetti della disciplina vigente.

Giova precisare che le riflessioni principali in merito muovono dalla garanzia di un minimo comune denominatore consistente nel trattamento giuridico economico non discriminatorio e riconoscendo, incondizionatamente, una piena tutela dei diritti fondamentali della persona umana anche a coloro che esulano dalla categoria dei cittadini.

Tuttavia, l'integrazione dei soggetti non cittadini all'interno di uno Stato nazionale, richiede inderogabilmente che tali soggetti osservino il rispetto di obblighi e doveri imposti dalla legge nazionale.

Di tal che, sul piano dei diritti e doveri, ciascun ordinamento giuridico deve attivare procedure che siano non solo non discriminatorie ma anche eque. In particolare, sul fronte del diritto penale dell'immigrazione clandestina e dei principali reati connessi al fenomeno migratorio si osserva: da un lato, le esigenze di incriminazione non devono essere indotte dallo status personale della categoria del soggetto bensì dall'effettiva commissione materiale di un illecito ex art. 25 Cost., e dall'altro, devono comunque assolvere alle principali funzioni che il sistema sanzionatorio nazionale prevede come conseguenza dell'inosservanza di un obbligo o divieto penale ex art. 27 Cost.

Detto ciò, occorre chiarire i limiti spaziali all'efficacia della legge penale, la cui disamina muove dal principio di territorialità. Tale passaggio è obbligato al fine di stabilire, a fronte di esigenze di incriminazione, l'atteggiarsi della disciplina nazionale a fronte di destinatari che, per ragioni non discriminatorie, ma di origine sociale ed etimologica, esulano dalla categoria dei cittadini ma rispetto ai quali non si dubita circa la diretta applicabilità della legge penale italiana. Ne consegue che è opportuno a monte definire l'ambito del territorio dello Stato, precisando che il territorio dello Stato è uno degli elementi costitutivi della sovranità e rappresenta il luogo in cui lo Stato esercita tale potere. Inoltre, costituisce il limite tendenziale di efficacia della legge penale nazionale come si evince dagli artt. 3 e 6 c.p. L'art. 3 comma 1, c.p. prevede che la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri si trovano nel territorio dello stato. Dunque, tale norma sancisce il principio di obbligatorietà della legge penale, mentre l'art. 6 comma 1 delimita i limiti di validità della norma penale in relazione allo spazio, prevedendo l'irrogazione della pena in conformità alla legge penale italiana per chiunque commette reato nel territorio dello Stato. Alla luce del combinato disposto di tali disposizioni, si evidenzia che la verifica dell'applicabilità della legge penale si compie secondo il principio di territorialità.

Tuttavia, il problema sorge in tutti i casi in cui la fattispecie illecita sia contaminata da elementi di internazionalità, ovvero consistenti nel luogo del delitto, nella nazionalità del colpevole, della vittima o dell'interesse leso, o nel valore sopranazionale dei beni offesi. Ed infatti, anche se il criterio territoriale si fonda sulla presunzione assoluta dell'interesse statale a disciplinare ogni fatto o rapporto che si realizza nell'area soggetta alla sovranità dello Stato, l'interesse alla protezione da una determinata offesa o pericolo può spingere il legislatore nazionale a perseguire fatti non commessi sul proprio territorio, che altrimenti sarebbero impuniti. Da qui, sono previste deroghe al principio di territorialità che può essere altrimenti rigido, specie riguardo la repressione dei "*crimina iuris gentium*" o dei delitti contro gli

interessi dello Stato commessi all'estero. Alla base quindi dei meccanismi extraterritoriali, si richiama l'ulteriore principio di universalità.

Alla luce di quanto dedotto, è opportuno, limitatamente all'indagine della presente trattazione, considerare in particolare i destinatari della norma penale secondo il disposto dell'art. 3, comma 1 c.p., che si riferisce ai cittadini e stranieri. Riguardo la definizione di straniero, altra fonte normativa è l'art. 1, comma 1, T.U. Immigrazione, che indica come stranieri i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione Europea e gli apolidi.

Inoltre, giova precisare che allo stato vigente, le differenze sostanziali tra il cittadino e lo straniero sono accentuate dalle diverse modifiche legislative ed in specie quelle relative alla condizione giuridica dello straniero e ai presupposti per l'ingresso e la permanenza sul territorio dello Stato. Di tal che, non solo sono previsti nuovi reati, come il reato di clandestinità di cui all'art. 10 bis del T.U. immigrazione, introdotto dalla legge n. 94 del 2009, ma inoltre, non si esclude che la qualifica del soggetto attivo può essere elemento integrativo della condotta.

A tal proposito, si evidenzia un decisivo condizionamento che il legislatore italiano riceve dalla influenza del diritto sopranazionale ed in particolare, del diritto comunitario e delle relative pronunce della Corte di Giustizia.

Emblematica è la sentenza El Dride del 28 aprile 2011, con la quale la Corte si è espressa sulla cd "direttiva rimpatri" stabilendo che "la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, che prevede l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo.

In tale sede, la sentenza citata assume un ruolo decisivo al fine di escludere che, il legislatore di uno Stato nazionale, e nel caso l'Italia, possa prevedere un trattamento giuridico più severo sulla base della mera qualifica del soggetto attivo di una fattispecie criminosa. Ciò in quanto il nostro ordinamento giuridico penale è fondato su un sistema oggettivistico come dedotto dal principio di legalità e materialità del reato di cui all'art. 25 Cost. e non può tramutarsi in un diritto penale soggettivo, che incrimina più o meno severamente, a seconda dello status personale del soggetto.

Ed infatti, la Corte di Giustizia evidenzia che la direttiva rimpatri, persegue l'attuazione di una efficacia politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone interessate siano rimpatriate in maniera umana e nel rispetto dei diritti fondamentali e della dignità.

Precisamente, il quesito pregiudiziale posto al vaglio del Giudice europeo aveva ad oggetto la esatta interpretazione degli artt. 15 e 16 della direttiva, a seguito di un procedimento penale nei confronti di uno straniero entrato illegalmente in Italia e sprovvisto del permesso di soggiorno, raggiunto da un decreto di espulsione emesso dal prefetto di Torino. Dietro esecuzione del decreto prefettizio, il questore di Udine impartiva al medesimo l'ordine di allontanamento dal nostro Paese e, non avendo lo straniero adempiuto all'ordine emesso, il cittadino extracomunitario veniva tratto a giudizio dinanzi al giudice monocratico di Trento e quindi, condannato ad un anno di reclusione per il reato di cui all'art. 14 comma 5 ter del T.U. immigrazione. Proposta impugnazione, la Corte di Appello di Trento si è interrogata circa la compatibilità della irrogazione di una sanzione penale a fronte di una procedura di rimpatrio di matrice amministrativa per inosservanza di una delle fasi della medesima. Di tal che, è stato sollevato quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo se " alla luce dei principi di leale collaborazione all'effetto utile di conseguimento degli scopi della direttiva rimpatri e di proporzionalità, adeguatezza della pena, gli artt. 15 e 16 della direttiva ostino alla commissione di una sanzione penale per violazione di un passaggio intermedio della procedura amministrativa di rimpatrio nonché,

alla possibilità di punire con la reclusione sino a quattro anni la mancata cooperazione del soggetto alla procedura di espulsione ed in specie nel caso di inosservanza al primo ordine di allontanamento emanato dall'autorità amministrativa.

In definitiva la Corte di Giustizia chiarisce che secondo la direttiva rimpatri, gli Stati membri possono derogare alle norme e procedure comuni in merito al rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, ma nei limiti in cui si introducano o mantengano disposizioni più favorevoli rispetto a quelle previste, ma non più severe. Inoltre, non è nella facoltà degli Stati membri applicare una normativa, anche penale, che comprometta la realizzazione degli obiettivi di una direttiva, privandola del suo effetto utile. Specie se, per ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per garantire l'allontanamento coattivo, sia introdotta una pena detentiva come quella prevista dall'art. 14 comma 5 ter e solo nel caso in cui, lo straniero, dopo la notifica di un ordine di lasciare il territorio di uno Stato, vi permanga oltre la relativa scadenza.

Sulla base di tali premesse si è rilevata la incompatibilità della normativa italiana con le regole fissate dalla direttiva rimpatri.

Ed infatti la Corte di Giustizia osserva che, qualora uno Stato membro si astenga dal recepire una direttiva entro i termini o non la abbia correttamente recepita, i singoli sono legittimati ad invocare contro lo Stato inadempiente, le disposizioni della direttiva che siano incondizionate e sufficientemente precise.

Tale evenienza è maggiore nei casi di difformità tra la disciplina nazionale e quanto previsto da una direttiva.

Nella specie, la specifica procedura di allontanamento degli stranieri così come regolata dal T.U. Immigrazione esula dalla portata dei principi sanciti in ambito europeo. Infatti, mentre la direttiva rimpatri prescrive la concessione di un termine per la partenza volontaria compreso tra i sette e i trenta giorni,

la normativa italiana tace in tal senso .Riguardo poi le misure coercitive che gli Stati membri sono liberi di adottare, ed in specie l'accompagnamento coattivo alla frontiera di cui all'art. 13, comma 4, T.U., qualora tali misure pregiudicano il raggiungimento del risultato, ossia l'allontanamento dello straniero dallo Stato, gli Stati membri sono liberi di adottare misure anche penali per dissuadere i cittadini dal soggiorno illegale .Ma nel rispetto dell'autonomia riconosciuta agli Stati, su tale ambito giuridico incide il diritto dell'Unione. Nel caso di contrasto, a livello tecnico e processuale, il giudice nazionale del rinvio dovrà procedere alla disapplicazione di ogni disposizione nazionale che risulti contraria al perseguimento del risultato utile imposto dalla direttiva.

Le osservazioni finora illustrate, evidenziano che nel particolare settore dell'immigrazione clandestina, il legislatore nazionale si è adeguato all'intervento della Corte Di Giustizia.

Ed invero, ha proceduto alla riformulazione dell'art. 14 comma 5 ter, T.U. con l'adozione del D.L. 23 giugno 2011 n. 89 , convertito nella legge 2 agosto 2011 n. 129. Si è introdotto un nuovo reato sostituendo alla pena detentiva quella pecuniaria nel caso di violazione da parte dello straniero, dell'ordine di allontanamento dallo Stato, impartito dal questore. Coticché, il legislatore nazionale si è adeguato alla direttiva rimpatri, assicurandone il raggiungimento dell'effetto utile ma nel rispetto della intangibilità dei diritti fondamentali che spettano a cittadini o stranieri a prescindere dallo status personale.

Tale disciplina evidenzia l'incidenza applicativa che il diritto comunitario esercita sul diritto nazionale anche a fronte di esigenze di incriminazione penale.

Ed infatti, il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost .implica l'obbligatorietà della legge penale che trova applicazione, all'interno di uno Stato, in modo indistinto senza che rilevi la nazionalità o le condizioni personali del reo. La conferma è al citato art. 3, comma 1, cp che include tra

i destinatari del precetto sia i cittadini che gli stranieri nel rispetto della ratio delle norme penali che, perseguendo finalità pubbliche, trovano incondizionata applicazione nello Stato.

Inoltre, per concludere la disamina del rapporto tra i limiti spaziali dell'efficacia della legge penale e l'influenza del diritto sopranazionale ed in specie comunitario in merito alla disciplina nazionale dell'immigrazione clandestina, giova richiamare un ulteriore principio che completa quello di territorialità.

Il riferimento è al principio di universalità che persegue l'abbattimento delle barriere nazionalistiche tra gli Stati e prevede anche una applicazione extraterritoriale della legge penale nazionale. Tale criterio, soccorre anche in ottica solidaristica alle ontologiche lacune del principio di territorialità ma nei limiti in cui l'incriminazione attenga a fatto offensivi di valori umani universali come il terrorismo, genocidio e altri fenomeni di ampio raggio sociale e giuridico. Tali presupposti sono stabiliti sia dal diritto internazionale che comunitario e trovano conferma costituzionale negli artt. 10 e 11 Cost.

In conclusione, è opportuno ribadire che malgrado sia indiscutibile che il nostro ordinamento giuridico nazionale ed in specie, il settore penalistico, poggia su principi cardini e indissolubili come la legalità formale-sostanziale accolta dalla Costituzione, è del pari inevitabile che si realizzino fenomeni sopranazionali di influenza e condizionamento continuo e critico, nelle scelte politico nazionali.

Specie se, a subirne l'influenza ci siano fattispecie di ampia connotazione che, per ragioni ontologiche, storiche, sociali e quindi giuridiche, esulano addirittura dai confini territoriali di uno Stato.

Il principio di legalità nel diritto amministrativo

a cura dell'Avv. Domenico Di Leo

A seguito della novella del 2005, il Capo I della legge 241/90 è stato innovato con nel senso pratico che i principi ivi enunciati trovano immediata applicazione per predisporre un quadro completo e sistematico di norme generali disciplinanti l'azione amministrativa onde consentire alla medesima di rispondere in modo efficiente ed adeguato ai bisogni crescenti dei consociati, in un'epoca tecnologicamente sempre più avanzata e bisognosa di approdi giurisprudenziali capaci di essere al passo con i tempi. L'efficienza e l'adeguatezza delle risposte provenienti dalla giustizia amministrativa risentono necessariamente della modifica del Titolo V della Costituzione, in tema di riparto di competenza.

La novella non è servita a includere tutti i principi generali che presiedono all'azione amministrativa nel citato Capo I della legge sul procedimento amministrativo: ad esempio, il novellato disposto dell'art. 22 co. 2 della l. 241/90 qualifica *expressis verbis* l'accesso agli atti amministrativi come principio generale dell'attività amministrativa, data la sua finalità di pubblico interesse. Altro esempio si rinviene nel Capo IV della stessa legge: ivi, è sancito il principio della semplificazione amministrativa, di portata generale, che tuttavia non è contemplato esplicitamente nel Capo I, anche se altri testi normativi hanno positivizzato tale principio, come le leggi sulla semplificazione, partendo dalla l. 59/1997.

Prima della legge sul procedimento amministrativo, l'art. 97 Cost. era l'unica norma che poneva i principi dell'azione amministrativa, sancendo, da un lato, il principio di buona amministrazione e, dall'altro lato, quello di imparzialità dell'amministrazione stessa. Benchè il dato letterale della norma faccia riferimento specifico soltanto all'organizzazione amministrativa, è

assolutamente fuori discussione che i principi enunciati dalla norma costituzionale siano applicabili all'attività amministrativa dei soggetti pubblici.

Altro principio essenziale di ogni ordinamento moderno – nel senso storico del termine, cioè opposto sia allo Stato assolutista che a quello di Polizia – posto a garanzia dell'attività della P.A. e desumibile implicitamente dalle numerose norme che pongono altrettante riserve di legge nella Carta costituzionale, è il principio di legalità.

L'art. 1 della l. 241/90 pone chiaramente tale principio: esso 'risponde all'esigenza che l'azione della P.A. e di qualsivoglia potere pubblico sia assoggettata alla legge, quale espressione massima della volontà popolare'³. Secondo tale norma, 'l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge'. Da ciò deriva che il primato spetta alla legge e, di conseguenza, l'azione amministrativa deve essere subordinata alla legge, unica e sola capace di individuare i fini e gli interessi pubblici che la P.A. deve perseguire e di indicare i modi e i mezzi attraverso i quali provvedere alla cura di essi.

Il principio di legalità – si è detto – non è sancito in modo esplicito dalla Carta costituzionale ma è desumibile da essa in via interpretativa e sistematica: esso può essere declinato in varie accezioni.

Intanto, esso è stato interpretato nel senso di non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge. Questa tesi, di stampo ottocentesco, afferma l'idea liberale, tipica dell'epoca in cui fu elaborata, secondo cui l'Amministrazione poteva fare tutto ciò che la legge non impediva. Tale impostazione fu superata dalla tesi della legalità in senso formale e in senso sostanziale.

Il principio di legalità inteso in senso formale implica che ogni provvedimento amministrativo abbia il proprio fondamento giuridico nella legge che definisca i limiti entro i quali deve esplicitarsi l'azione della pubblica

³ Caringella F., Manuale di diritto amministrativo, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2010, pp. 929 ss.

amministrazione. Ne deriva l'obbligo per essa di muoversi nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge che attribuisce il relativo potere.

Inteso in senso sostanziale, il principio di legalità – superando la precedente impostazione – assume una connotazione ancor più vincolante per la P.A. in quanto l'azione amministrativa deve rispettare non soltanto i parametri fissati dalla legge ma deve essere conforme anche alla disciplina sostanziale dettata dalla P.A.: tale disciplina incide sulle modalità di esercizio dell'azione e, di conseguenza, penetra all'interno dell'esercizio del potere.

Alla luce di quanto detto, il principio di legalità si pone come parametro di valutazione dell'azione amministrativa e come vincolo di scopo di essa. Intendere la conformità dell'azione amministrativa soltanto rispetto alla legge formale sarebbe come cogliere un aspetto parziale del tutto: infatti, l'azione amministrativa e il provvedimento che da essa scaturisce deve essere conforme, nel duplice significato di legale – in quanto conforme alla legge formale - e di legittimo – perché conforme a regolamenti, statuti etc.

Un vero e proprio fondamento positivo del principio di legalità manca nella Carta costituzionale: tuttavia, alla mancanza di una norma *ad hoc* supplisce l'attività ermeneutica delle norme costituzionali e ordinarie. La dottrina ha desunto il fondamento del principio di legalità dalle numerose riserve di legge – su cui si tornerà fra poco – di cui il testo costituzionale è pieno: così, quel fondamento è stato rinvenuto negli artt. 13 e 23, come nell'art. 97 Cost., laddove, nello stabilire che l'organizzazione degli uffici pubblici è disposto per legge, si pone la legge in posizione dominante rispetto all'attività degli uffici⁴.

Secondo una lettura sistematica, la rilevanza del principio di legalità nel diritto amministrativo va apprezzata alla luce della separazione dei poteri: ne deriva che l'azione amministrativa deve essere sottoposta non soltanto alla Costituzione ma anche alle leggi, considerando che queste, in un sistema di

⁴ Secondo altri autori, il fondamento del principio di legalità si ricava dagli artt. 24 e 113 che sanciscono il controllo del giudice sull'attività della P.A. e la sua sottordinazione rispetto alla legge, nel senso che l'esercizio dell'attività amministrativa non può svolgersi in contrasto con la legge. Cfr. Caringella, *op. cit.*, pp. 931.

tipo parlamentare come quello italiano, rappresentano la volontà del popolo. Da questo derivano due corollari: il primo, per il quale la P.A. non gode di alcuna posizione di supremazia o di privilegio se non nei casi tassativamente previsti dalla legge; il secondo corollario pone il principio di legalità come garanzia per i destinatari dell'azione amministrativa, prevedendo che l'organizzazione amministrativa, le funzioni degli impiegati e ogni esplicazione dell'azione amministrativa sia previste in via generale e preventiva dalla legge e non dal potere amministrativo. In questo senso, l'art. 97 Cost. ribadisce e rafforza la separazione fra i tre poteri, in particolare fra quello legislativo e quello esecutivo, spesso protagonisti di un rapporto troppo 'intimo', considerato il quadro istituzionale generale.

In termini pratici, da un'impostazione siffatta deriva che i provvedimenti amministrativi sono tipici e nominati, non essendo ammessi provvedimenti atipici o innominati; costituiscono un'eccezione i casi in cui i provvedimenti sono esecutivi, come nel caso in cui essi possono essere coattivamente messi in esecuzione, in sede di autotutela della P.A.; eccezionali sono quegli atti forniti di certezza legale privilegiata. Infine, come sottolineato dal Consiglio di Stato, il principio di legalità impone alla P.A. un obbligo in relazione ai provvedimenti destinati ad avere un effetto prolungato nel tempo: in tale ipotesi, la P.A. ha l'obbligo di verificare in ogni momento che l'atto emanato sia adeguato al quadro normativo di riferimento, rimuovendo o modificando il medesimo in sede di autotutela.

La 'dequotazione'⁵ della cogenza del principio di legalità deriva dalla nuova disciplina dei vizi non invalidanti, di cui all'art. 21 - *octies* co.2 della l. 241/90. Intanto è controversa la natura giuridica della norma, contesa fra i processualisti e i sostanzialisti: a prescindere da ciò, dal tenore letterale della norma, si deduce che il mancato rispetto di alcune norme dell'agire amministrativo, ove *palesamente* ininfluenze sul risultato sostanziale dell'azione amministrativa, sia irrilevante ai fini della declaratoria di

⁵ In questi termini si esprime Caringella F., op.cit., pp. 931.

annullabilità del provvedimento amministrativo, così 'dequotandosi' il principio di legalità formale⁶.

Per quanto sin qui detto, il principio di legalità è, tra i principi che presiedono lo svolgimento dall'azione amministrativa, quello destinato ad assumere un ruolo di primaria centralità. Infatti, questo principio è posto a garanzia dei destinatari delle determinazioni amministrative e delle iniziative di cui la P.A. si faccia promotrice e, in tale ottica, esso impone che l'azione amministrativa, in tutte le sue manifestazioni, sia conforme alla norma, tanto quella che riconosca alla P.A. il potere di porre in essere certi tipi di azione quanto quella che di essi ne disciplina le modalità esecutive.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può affermare che il principio di legalità esclude che la norma che attribuisca un potere all'amministrazione possa essere indeterminata in senso assoluto, riconoscendo *ex lege* una libertà assoluta alla P.A., nel senso che questa sia svincolata, nella sua azione, da ogni tipo di parametro legislativamente prefissato, a discapito dei destinatari dell'azione amministrativa. In base al principio di legalità, non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo che esista una seppur minima copertura legislativa dell'azione amministrativa⁷. La *ratio* del principio è schiettamente garantista, nel senso che esso è posto a garanzia dei cittadini in quanto destinatari dell'azione amministrativa i quali trovano un baluardo difensivo nel parametro legislativo, nei confronti di possibili discriminazioni da parte della P.A.⁸.

L'esigenza di garanzia assicurata dal principio di legalità nei riguardi dell'azione amministrativa è avvertita con maggiore preoccupazione quando l'esercizio di essa incide notevolmente sulla sfera giuridica dei destinatari, come accade quando vengono imposte prescrizioni di

⁶ Cfr Caringella, op. cit.

⁷ Si vedano in proposito le sentenze Corte Cost., nn. 150/1982, 307/2003, 32/2009, 115/2011.

⁸ Garofoli R., Le lezioni - Diritto Amministrativo, Nel Diritto Editore, n.1, 2012, pp. 3 ss.

comportamento, divieti, obblighi di fare o di non fare, i quali, considerati nel loro insieme, benchè rivolti alla tutela di beni giuridici che vanno aldilà dei singoli consociati, si traducono in restrizioni – più o meno rilevanti – nei confronti dei destinatari tutti.

Riprendendo il discorso volutamente lasciato in sospeso *supra*, circa le fonti del principio di legalità, occorre osservare che sul piano costituzionale, ai fini della ricostruzione *de qua*, emergono gli art. 97, 23 e 113 Cost.

Ai sensi dell'art. 97 Cost, vige una riserva di legge relativa in base alla quale l'organizzazione amministrativa avviene ad opera del legislatore a mezzo dello strumento legislativo, col quale indica le direttive che devono sovrintendere all'organizzazione medesima, e affidando alle norme di rango secondario la disciplina minuta dei dettagli della medesima. Rispetto al dato normativo, che sembra riferirsi alla sola organizzazione, si ritiene che l'art. 97 Cost. comprende anche l'attività amministrativa in quanto assoggettata alla legge: la riprova dell'assunto sta nel fatto che la legge è sovraordinata all'attività degli uffici, normalmente disciplinata a mezzo di regolamenti e, dunque, in base a una norma di rango inferiore a quella legislativa, prevista dal dettato costituzionale⁹. In tal senso, va precisato che la stessa norma che adempie alla riserva può essere oggetto di vaglio di costituzionalità. Al contrario, se nella norma che attribuisce il potere amministrativo alla P.A. manca l'indicazione di limiti positivamente definiti, l'imparzialità dell'azione amministrativa non trova un fondamento effettivo nella legge, fondamento che sia preventivo e generale.

L'esigenza di garanzia implicita nel principio di legalità è maggiormente avvertita quando l'azione amministrativa si concretizza nell'imposizione di prestazioni di tipo personale e/o patrimoniale¹⁰. Il disposto dell'art. 23 Cost.

⁹ *Ibidem*, pag. 4: così, Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115. La Corte è intervenuta sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 co. 4 d. lgs. 267/2000, in tema di ordinanze di necessità del sindaco, sostenendo che l'art. 97 Cost. istituisce una riserva di legge relativa affinché venga assicurata l'imparzialità della P.A. la quale può soltanto dare attuazione a quanto stabilito dalla legge in generale. Questo limite si pone nei confronti dei cittadini come protezione nei confronti di possibili discriminazioni ad opera della P.A., dato che il parametro normativo è verificabile in sede di controllo giurisdizionale.

¹⁰ Garofoli, op. cit.

evidenzia la necessità che le prestazioni in esso indicate siano imposte attraverso una previsione normativa di rango primario. Anche in questo caso, ricorre l'ipotesi della riserva di legge relativa: la legge permette all'autorità amministrativa – cui è lasciato un ampio margine discrezionale all'uopo – di regolare le fattispecie in tutti gli ambiti non coperti da riserva assoluta di legge¹¹.

In linea con quanto affermato sin qui, merita accoglimento la giurisprudenza della Corte costituzionale¹² secondo la quale l'espressione contenuta nell'art. 23 Cost., 'in base alla legge', va interpretata 'in relazione col fine della libertà e della proprietà individuale, a cui aspira tale fondamentale principio costituzionale': il principio di legalità 'implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione dell'imposizione'. Più di recente, il Giudice delle leggi ha affermato che, al fine di ritenere rispettata la riserva di legge relativa contenuta nell'art. 23 Cost., è necessario e sufficiente che 'la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione'¹³.

Infine, occorre rilevare che, in base ad una comune chiave interpretativa, il combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost., assoggettando l'attività della P.A. al controllo dell'autorità giudiziaria, presuppone che la stessa non possa svolgersi in contrasto con le norme di legge, destinate a rappresentare il parametro del controllo giudiziario.

¹¹ La Corte costituzionale ha chiarito a più riprese che il carattere relativo della riserva di legge non pone la legge sullo sfondo né può ridurla a mero richiamo di tipo formale di una prescrizione normativa 'in bianco', teleologicamente orientata ad un principio/valore, in assenza di una precisazione, non necessariamente dettagliata, dei contenuti e dei modi dell'azione amministrativa, quando essa limita la sfera generale di libertà dei cittadini. Garofoli R., op. cit.

¹² Corte cost., sent. 4/1957.

¹³ Corte cost., sent. 190/2007.

Il principio di legalità nel diritto civile

a cura della Dott.ssa Claudia Zangheri Neviani

Il principio di legalità si afferma nel continente europeo a seguito delle rivoluzioni, e trova la sua completa elaborazione nella teoria degli Stati di diritto, dei quali rappresenta il nucleo e la sostanza. Le sue origini risalgono all'antica Grecia, dove i primi giudici conformavano le loro azioni a norme astratte e generali, poste a tutela dell'eguaglianza, e della certezza, al fine di eliminare eventuali azioni arbitrarie, e dove la disputa tra Platone e Aristotele poneva le basi della distinzione tra governo sub lege e governo per legem.

Nonostante queste origini antiche, nonostante il fatto che il principio di legalità sia uno dei principi cardine di tutti gli ordinamenti moderni, esso non è sempre inteso allo stesso modo.

Non si tratta, però, di una differenza dovuta alla varietà di significati che può avere (si pensi, ad esempio, alla materia penale o alla materia tributaria dove il principio di legalità è sinonimo di riserva di legge), ma dal fatto che essendo principio generale riguarda l'attività di tutti gli organi pubblici.

Il problema dei diversi significati del termine si riscontra non solo nel nostro paese ma anche in Germania, dove non sempre è sinonimo di non contrarietà alla legge. Nell'ordinamento tedesco, infatti, gli atti dell'amministrazione pubblica non possono essere contrari alla legge, ma dove la legge manca, il potere esecutivo ha estrema libertà di scelta.

In Francia, la legalità viene intesa come limite ai poteri che vengono conferiti dalla volontà generale. Non si tratta di intendere la legalità come non contrarietà alla legge, ma come necessità di una base legale che autorizzi l'esercizio del potere.

Spesso questo principio fondamentale viene ridotto al suo senso formale e privato di significato, ciò tutte le volte in cui si ha una legge in bianco che

non fornisce alcuna indicazione all'esercizio dei poteri che conferisce, né, ne disciplina in alcun modo la materia. Si annulla così la garanzia della democrazia, e come spesso succede in Europa¹⁴ la legalità viene intesa solo come tutela contro eventuali abusi dell'esecutivo ma non del legislatore. Ciò nonostante, il principio di legalità è un caposaldo del garantismo, e la sua applicazione implica una garanzia, per i cittadini, nei confronti di abusi e decisioni arbitrarie.

Nel nostro ordinamento il principio di legalità non è disciplinato in un articolo specifico della nostra costituzione, ma vi sono diversi riferimenti ad esso. Questa mancanza di una formulazione espressa ha portato parte della dottrina a sostenere la tesi della costituzionalizzazione implicita del principio, mentre la giurisprudenza ha affermato che si tratti di un principio generale del nostro ordinamento anche se non costituzionalizzato.

Come accennato nei paragrafi precedenti spesso il principio può assumere diversi significati. Se inteso in senso solo formale, l'operato dell'esecutivo è salvo quando si basa su di una legge, non importa se in bianco oppure no; inteso, invece, in senso sostanziale: la legge non può limitarsi ad essere il fondamento normativo di una disciplina, ma deve contenere una disciplina sufficiente a circoscrivere la discrezionalità del potere.

Il grosso problema degli ultimi decenni del secolo scorso e di questo è la crisi della statualità del diritto. Il diritto odierno non è più costituito solo dalle leggi emanate dal legislatore, ma sempre più spesso si fonda su leggi emanate in settori specifici, da specifiche autorità, (giusto per fare un esempio le normative emanate dalle varie *authorities*), nonché dalla sempre più consistente legislazione promulgata a livello comunitario dalla comunità europea. Ne consegue allora un decentramento del potere legislativo e un successivo problema di valutazione delle norme in ordine al principio di legalità. Negli ultimi decenni si è sempre più evoluta una "sovranità diffusa" che non fa più capo allo stato ma si distribuisce tra soggetti diversi. Ne deriva

¹⁴ Diversamente negli Stati Uniti dove la legge è invece soggetta al *judicial review*

che anche la produzione delle fonti di diritto entra in crisi. Da un ordinamento fondato sullo stato e sulla legge si è passati ad un ordinamento dove sono possibili una pluralità di fonti, ciò significa una perdita della centralità del monopolio statale nella produzione delle norme. L'art. 1 delle disposizioni preliminari al c.c., attualmente, altro non è che un elenco descrittivo delle fonti, non adeguato al momento storico attuale dove ad esempio può costituire fonte di diritto anche il codice di disciplina deontologico degli ordini professionale,¹⁵. Oppure, ancora, la prassi concertata, nello specifico i contratti collettivi di lavoro, che nel 2006 con la riforma del codice di procedura civile, hanno visto riconoscersi la valenza di atti aventi forza di legge in senso stretto.

Da tutto ciò si evince che non può più collocarsi il tradizionale sistema delle fonti di diritto in una logica formalistica, a causa dell'ampia produzione della giurisprudenza e dei regolamenti. Ne consegue, ulteriormente, che si deve modificare anche il controllo di validità, che non dovrà più essere rivolto solo alla formazione degli atti normativi, ma anche a tutti quegli atti aventi valenza normativa, ma che non sono emanati dal potere legislativo. Tale controllo dovrà allora essere effettuato mediante il vaglio dei principi normativi e dei valori fondamentali dell'ordinamento, i quali consentono non solo l'esame sulla legalità formale degli atti ma anche su quella sostanziale.

È chiaro quindi che è venuto a mancare il consueto ordinamento di fonti statali, con la conseguenza che ad una pluralità di fonti fa seguito necessariamente una pluralità di controlli e immancabilmente una pluralità di giurisdizioni. Il sistema attuale non può più definirsi italiano, ma italo - europeo. Il controllo di validità degli atti deve essere svolto non solo dalla giurisprudenza italiana, ma anche dalla Corte di Giustizia Europea, duplicandosi così in quello di legittimità comunitaria, e di legittimità costituzionale; con l'ulteriore effetto che tra le due corti occorre che vi sia una leale collaborazione.

¹⁵ Cassazione civile sezioni unite 23 marzo 2004 nr. 5776

Sorge quindi il problema di integrazione tra il diritto comunitario e quello nazionale in base al principio di legalità. Ciò significa che occorre rispettare il principio di legalità inteso non solo come legge, ma come diritto, cioè in termini di ordinamento unico. Il fatto che nell'apparato normativo (comprendente fonti nazionali, sovranazionali, regionali, consuetudinarie etc) confluiscono diverse fonti non implica il fatto che non sia unitario. La pluralità delle fonti aggrava la complessità del sistema, ma non ne intacca l'unitarietà e la continuità. Esse rimangono consacrate nella nostra costituzione. L'effetto ulteriore è che il disposto dell'art. 101 cost. per cui "i giudici sono soggetti solo alla legge" si deve intendere come soggetti non solo alla legislazione nazionale, ma al complesso di principi, di regole nonché di valori riscontrabili nella costituzione.

La legalità non può, quindi, essere dissociata dalla legittimità, si sottolinea come "non ogni legalità è anche legittimità"¹⁶ Con il proliferare degli organi che emanano leggi si ha un proliferare di legislazione, ma tutti questi organi legiferanti rimangono comunque soggetti al rispetto della legalità costituzionale. *"La legittimità non è assorbita dalla legalità, ma la fonda: la legalità è rispetto della legge unicamente se la legge è conforme alla Costituzione"*¹⁷. Ed allora il principio di legalità non è solo rispetto della legge nazionale, ma di tutte le fonti del diritto moderno, come possono essere i regolamenti comunitari. Tutte queste norme però devono essere ricondotte sotto il controllo di legittimità costituzionale.

Non solo la produzione legislativa¹⁸ deve sottostare al vaglio della legittimità costituzionale¹⁹, ma anche l'autonomia negoziale delle parti. Autonomia non significa, infatti, arbitrio, essa si deve sempre e comunque conformare alle norme che compongono l'ordinamento, intese come l'insieme di tutte le

¹⁶ Pietro Perlingieri "il principio di legalità nel diritto civile" rass. Dir. Civ. 2010

¹⁷ P. Perlingieri e P. Femia "nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile" Napoli 2004

¹⁸ In tal senso anche Perlingieri espressamente afferma che "il principio di legalità sintetizza tutti quei principi fondamentali dell'ordinamento che costituiscono lo zoccolo duro della Costituzione, vincolante anche per il legislatore"

¹⁹ All'interno della gerarchia delle fonti, nonostante il cambiamento e l'espandersi delle medesime, la costituzione detiene comunque il primato nella gerarchia delle medesime.

norme derivanti dalle fonti riconosciute. La legalità per l'autonomia privata si risolve, così, nel controllo di meritevolezza del negozio posto in essere. Meritevolezza che si identifica non solo nell'oggetto dell'atto nel caso specifico, ma nell'oggetto dell'atto nel più ampio complesso socio – economico del momento; esigendo una valutazione ispirata al bilanciamento degli interessi e dei valori, sì che il contratto risulti ragionevole²⁰. Anche l'interpretazione dell'art. 1322 c.c. viene modificato, non potendo più essere visto nell'ottica della "depatrimonializzazione", ma in accordo con i principi della dignità della persona, della salute, etc che si ritrovano all'interno della costituzione.

Per concludere, se la prassi e le diverse Authorityies possono sì modificare le norme ma non possono contraddire quelle gerarchicamente a loro superiori; se *"la legalità non è da intendersi in modo assolutamente rigido in quanto soggetta al dinamismo storico, sociale e ordinamentale"*²¹ rimane comunque che la legalità contemporanea è, e deve essere, intesa come legalità costituzionale, interpretata in base al contesto storico vigente e non rigidamente. Il diritto è cultura, e per questo non può farsi a meno dell'opera dell'interprete e per usare le parole di uno stimato giurista *"la teoria delle fonti non appartiene al mondo delle idee, indipendentemente da quello dei fatti"*²². L'interpretazione secondo costituzione non è solo interpretare nel rispetto della legalità costituzionale, ma anche nel rispetto della natura dell'atto. Si tratta, quindi, di una serie di conseguenze tutte collegate tra di loro: la teoria delle fonti è condizionata da quella dell'interpretazione, la quale è condizionata dal sistema delle norme, ecco perché si afferma che la teoria delle fonti e quella dell'interpretazione, *"in quanto connesse, si condizionano reciprocamente"*.²³

²⁰ Pietro Perlingieri *"Il principio di legalità nel diritto civile"* cit.

²¹ P. Perlingieri *"Profili istituzionali di diritto civile"* Napoli 1979

²² P. Perlingieri *"Il principio di legalità"* cit.

²³ P. Perlingieri *"Il principio di legalità"* cit.

I reati d'opinione: una proposta di lettura

a cura dell'Avv. Domenico Di Leo

I delitti contro la personalità dello Stato sono collocati nel Titolo I del Libro II del codice penale, in apertura della parte speciale ovvero di quella parte del codice dedicata alle singole fattispecie criminose. Si tratta di reati politici – come è facile verificare ad una prima lettura – che costituiscono da sempre un punto di vista privilegiato sulla qualità del rapporto fra autorità dello Stato e libertà dei cittadini. La collocazione di queste fattispecie non è casuale ma riflette l'attenta riflessione riservata agli interessi sottesi al tema d'indagine da parte dei compilatori del codice Rocco. Pur non essendo secondaria la collocazione dei reati in esame, è il contenuto di essi il vero obiettivo perseguito dai compilatori del codice i quali, attraverso la categoria dogmatica dei delitti contro la personalità dello Stato, mostrano l'intransigenza della politica criminale del regime fascista nei confronti dei reati politici e dei loro autori, considerati 'nemici' dello Stato in quanto oppositori delle idee di cui si era fatta portavoce la rivoluzione fascista. In realtà, il rigore del codice Rocco era stato anticipato qualche anno prima dalla legge 25 novembre 1926 n. 2008 la quale prevedeva: a) l'ingresso di nuovi reati (per colpire significativamente le associazioni politiche e il c.d. fuoriuscitismo, cioè l'attività antifascista condotta all'estero dagli oppositori del regime: in tal senso, si muoveranno le norme dell'emanando codice penale in tema di competenza territoriale della norma penale italiana); b) la reintroduzione della pena di morte, abolita dal codice del 1889; c) l'attribuzione della competenza a giudicare dei reati politici al Tribunale speciale per la difesa dello Stato – che era organo di giustizia speciale a composizione prevalentemente militare, con una procedura strettamente inquisitoria, che riservava stretti margini di operatività alla difesa. Il codice penale si inserisce all'interno di questa politica criminale di rigore, assicurata attraverso il drastico ridimensionamento dei diritti e degli spazi di libertà dei

cittadini, coerentemente col clima imposto dal regime di soppressione delle garanzie democratiche e di esautoramento del Parlamento²⁴.

L'importanza riconosciuta agli interessi tutelati dai delitti contro la personalità dello Stato emerge non tanto dall'inasprimento delle sanzioni e, segnatamente, dalla reintroduzione della pena di morte ma soprattutto, nell'analisi dei fatti vietati, dall'anticipazione della punibilità: infatti, il legislatore non aspetta che si sia verificato l'evento che con la previsione normativa intende prevenire ma interviene anticipando l'inizio dell'attività punibile, come accade nei delitti di attentato. La tecnica adottata dal legislatore – tradizionalmente utilizzata in materia di reati politici – considera penalmente rilevante il mero compimento di atti diretti a un certo evento o ad attentare ad un certo bene, prima che gli interessi medesimi subiscano un pregiudizio. Alcune volte, l'impiego di questa tecnica è imposta dal tipo di interesse che si intende tutelare: ad esempio, per garantire l'indipendenza dello Stato italiano, non sarebbe sufficiente una norma che punisca chi, con la propria condotta, abbia cagionato la perdita della sovranità dello Stato italiano (art. 241 c.p.) ma è di sicuro più efficace intervenire prima che tale perdita avvenga. Altre volte, la tutela anticipata si spiega col valore simbolico legato al bene o interesse meritevole di tutela: l'art. 575 c.p. punisce chi cagiona la morte di un uomo ma, se la vittima è il Capo dello Stato, l'art. 276 c.p. richiede, ai fini della punibilità, il compimento di atti diretti allo scopo, senza la necessità che il proposito criminoso sia raggiunto.

L'opzione normativa secondo la quale costruire la fattispecie dei delitti contro la personalità dello Stato secondo lo schema tipico dei delitti di attentato²⁵ implica il rischio di anticipare eccessivamente l'intervento penale

²⁴ Pelissero M., voce Personalità dello Stato (delitti contro la), ne *Il Diritto*, Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, pp.150 ss.

²⁵ L'attentato è una tecnica di costruzione della fattispecie penale utilizzata soprattutto nel settore dei delitti contro la personalità dello Stato ed è una categoria ottenuta per astrazione delle categorie comuni alle singole fattispecie disciplinate. Il dubbio principale in ordine a tale figura – data la mancanza di una norma di parte generale – attiene al fatto se il delitto d'attentato punisce l'attività preparatoria oppure condizioni la soglia della rilevanza penalistica alla presenza degli elementi strutturali del tentativo, cioè l'idoneità degli atti medesimi. Il codice Zanardelli, preso atto della omogeneità concettuale e funzionale del tentativo e dell'attentato, affermava che solo gli atti esecutivi potevano configurare l'uno o l'altro tipo di delitto. Il codice rocco, perseguendo una logica repressiva, ha fatto retrocedere la soglia della punibilità ad uno stadio precedente, equiparando, a livello di attività preparatoria, la

perché la norma penale, non indicando di quanto il giudice possa arretrare nella determinazione della condotta penalmente rilevante, consente di punire con sanzioni eccessivamente rigorose semplici atti preparatori, che sono ontologicamente lontani dal rappresentare quel pericolo di pregiudizio per il bene tutelato, pericolo che da solo giustifica l'intervento del diritto penale.

Il codice Rocco disciplina in modo particolarmente severo i reati associativi politici. La spiegazione di tanto rigore è duplice: da un lato, i compilatori sanno che è attraverso le associazioni che si esprime la vita politica che il regime fascista voleva omologare e soffocare; dall'altro lato, la realizzazione di progetti sovversivi richiede una vera e propria organizzazione, cioè un apparato di uomini e mezzi che è fuori dalla portata del singolo. In quest'ottica si spigano le norme di cui agli artt. 270, 304, 305, 306 c.p.²⁶ Il grosso limite di tali previsioni normative sta nella mancata indicazione delle condizioni in presenza delle quali un mero accordo di volontà si trasformi in una associazione, quando cioè il momento organizzativo assume connotati e consistenza tali da rendere necessario l'intervento del diritto penale.

Nell'ambito del progetto politico, inteso in senso lato, presupposto al regime fascista, il codice Rocco fa ampio uso dei c.d. reati di opinione, la cui condotta criminosa consiste e si esaurisce nella manifestazione di un pensiero: gli artt. 302, 303 e 272 c.p. punivano il semplice fatto di istigare a

punibilità del tentativo e dell'attentato. Senonché, mentre per il tentativo si è imposta sin dai primi anni di applicazione del codice un'interpretazione restrittiva che richiede, ai fini della punibilità, un'attività sostanzialmente esecutiva, per l'attentato si è registrato un orientamento diverso che tendeva a conferirgli un'autonoma struttura rispetto al tentativo: con la conseguenza di colpire anche gli atti più lontani dal fatto, purchè espressione di una volontà di ledere il bene protetto. In seguito al recupero del principio di offensività, verso la fine degli anni '70, dottrina e giurisprudenza hanno reagito a tale impostazione, interpretando la locuzione 'fatto diretto a' nel senso di 'fatto idoneo diretto a' e la formulazione 'chiunque attentava a' come equivalente a 'chiunque compie atti idonei diretti a', valorizzando il requisito dell'idoneità, presente nella struttura del tentativo e ritenuto requisito concernente l'intera materia penale. Secondo l'opinione oggi dominante, vi è omogeneità strutturale fra tentativo ed attentato e per la punibilità dell'attentato occorre che vi sia un'attività idonea a ledere il bene protetto, con esclusione delle mere attività preparatorie. Così, Fiandaca-Musco, *Diritto penale*, Quinta edizione, Zanichelli, 2007, pp. 476-477; Gallo E., voce *Attentato (delitto di)* in *Noviss. Dig. It., Appendice I*, Torino, 1978; id., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, 333.

²⁶ Pelissero M., op. cit., pp. 151. L'art. 270 c.p., nella formulazione originaria, stigmatizzava le associazioni comuniste, socialiste e anarchiche che rappresentavano i nemici maggiormente temuti dal regime. Nelle altre norme, si puniva il mero accordo o l'associazione rivolti alla commissione di un delitto contro la personalità dello Stato o, ancora, si puniva il mero fatto di associarsi nel caso della banda armata, nel caso in cui l'organizzazione preveda il ricorso alle armi, indipendentemente dalla realizzazione dei delitti oggetto del programma associativo.

Nuove frontiere del diritto

Sito mensile telematico di diritto

ISSN 2240 - 726X

commettere un delitto contro la personalità dello Stato, l'apologia di un delitto contro la personalità dello Stato o il suo autore e la propaganda e l'apologia sovversiva, finalizzata a distruggere o deprimere il sentimento nazionale. All'interno della categoria dei delitti di opinione, una posizione di primaria importanza occupavano i delitti di vilipendio delle istituzioni, della nazione italiana e della bandiera: sul punto si ritornerà più avanti. Quel che preme evidenziare sta nel fatto che il legislatore dell'epoca ha dato carta bianca all'interprete in quanto soltanto l'attività interpretativa della giurisprudenza successiva ha permesso di comprendere in cosa consista la condotta di vilipendio, data l'assoluta indeterminatezza delle disposizioni normative che vi fanno riferimento²⁷.

Il settore dei delitti contro la personalità dello Stato si completa con le fattispecie che tutelano il segreto di Stato (art. 255 c.p.): le condotte vietate sono tante, tutte connotate dalla nozione di segreto di Stato, quale notizia che, nell'interesse della sicurezza dello Stato o, comunque, nell'interesse politico, interno o internazionale, dello Stato, debbono rimanere segrete. Così formulato, il segreto poteva essere opposto per salvaguardare non soltanto la sicurezza dello Stato (interna o esterna che fosse) ma anche per qualsiasi e non meglio precisato interesse politico: infatti, l'indeterminatezza del concetto di segreto si prestava a sacrificare, sull'altare degli interessi superiori dello Stato, la libera circolazione delle notizie e l'amministrazione della giustizia, che poteva essere paralizzata dall'opposizione del segreto da parte dell'Esecutivo, opposizione sulla cui fondatezza non era possibile esperire alcun controllo e che ben poteva prestarsi all'arbitrio.

L'impostazione politico - criminale del codice Rocco non poteva non essere distonica con il contenuto di libertà apportato dalla Costituzione: il principio di uguaglianza, la libera manifestazione del pensiero, la libertà di associarsi e di riunirsi, la libertà di organizzazione dei partiti politici ponevano le basi del nuovo ordinamento repubblicano e imponeva una seria e approfondita

²⁷ Secondo la giurisprudenza, il vilipendio consiste nel manifestare disprezzo o dileggio nei confronti di determinati simboli o istituzioni. Tuttavia, pur con queste precisazioni, la condotta di vilipendio continua ad essere evanescente, data la notevole imprecisione che la connota, rappresentando un forte rischio di censura della critica alle istituzioni.

riflessione sulla categoria dei delitti politici. Preso atto dell'immobilismo del legislatore, è stata la giurisprudenza a farsi carico dell'opera di adeguamento delle norme penali ai principi costituzionali. E così, in tema di delitti di attentato, la giurisprudenza ha escluso la rilevanza dei meri atti preparatori, richiedendo che le condotte realizzate fossero concretamente in grado di ledere gli interessi dello Stato. In tema di associazione sovversiva, la giurisprudenza ha affermato che non si tratta di una norma da intendere come azionabile nei confronti di alcune associazioni politiche ma essa rappresenta un precetto valido e opponibile a qualsiasi organizzazione che si propone un programma di violenza al fine di sovvertire l'ordine democratico: riletta in tal guisa, la norma trova il proprio addentellato costituzionale nel principio per il quale la libertà dei fini politici deve essere perseguita nel rispetto del metodo democratico, con esclusione del ricorso alla violenza. Meno convincente è stata la rilettura proposta dalla giurisprudenza in tema di delitti di opinione. In tema di istigazione ed apologia, ha prevalso correttamente l'interpretazione restrittiva proposta dalla Corte costituzionale con la sentenza 4 maggio 1970, n. 65, in base alla quale è perseguibile soltanto la condotta che, per il luogo ove è tenuta, per i destinatari cui è rivolta, per il contesto storico – politico in cui si inserisce, determina un concreto pericolo che l'istigazione, ove accolta, possa provocare la commissione di reati. Discutibile appare la scelta di salvare a ogni costo i delitti di vilipendio, sul presupposto che il prestigio delle istituzioni sia un valore costituzionale da salvaguardare²⁸. L'affermazione della libertà di manifestazione del pensiero, ex art. 21 Cost., stride con quanto il delitto di vilipendio vorrebbe tutelare, nel senso che l'incertezza dei confini del vilipendio lascia il dubbio sull'ampiezza della libertà dei cittadini di manifestare liberamente il proprio dissenso nei confronti delle istituzioni, non sapendo fino a che punto tale condotta è lecita e da quale punto in poi, lecita non lo è più. Sul piano normativo, si registra un opportuno intervento in tema di segreto di Stato, con la legge 24 ottobre 1977, n. 801 – ampiamente

²⁸ Questo concetto è espresso da Corte cost., 30 gennaio 1974, n. 20.

sollecitata dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 86 del 24 maggio dello stesso anno – la quale ha limitato l’operatività del segreto soltanto alle notizie e ai documenti la cui diffusione sia idonea ad arrecare danno all’integrità dello Stato, alla difesa delle istituzioni costituzionali e al loro libero funzionamento, all’indipendenza dello Stato e alla difesa militare. Accogliendo i suggerimenti forniti dalla giurisprudenza, l’art. 12 della medesima legge afferma che il segreto non può essere mai opposto quando si tratti di fatti eversivi dell’ordine costituzionale, perché la diffusione di notizie attiva gli strumenti di difesa delle istituzioni democratiche.

L’ambito dei delitti contro la personalità dello Stato è stato interessato non soltanto da una tendenza espansiva dell’intervento penale indotta dalla intensificazione della lotta al terrorismo ma anche da una recente tendenza di segno opposto, in chiave di contrazione del diritto penale politico²⁹. Si tratta della riforma attuata con la legge 85/2006 – su cui *infra* – la quale, nonostante una apparente limitazione nel suo oggetto desumibile dal titolo, ha toccato diverse fattispecie criminose accomunate dall’essere dirette contro la personalità dello Stato e che ben poco hanno a che fare con fatti riguardanti la manifestazione del pensiero. Si tratta di una legge che, muovendosi in tre direzioni, ha novellato un settore ormai bisognoso di uno sfoltoimento di fattispecie penali ma ha apportato nuove questioni interpretative.

Intanto, con riferimento ai ‘reati di opinione’, sono state abrogate alcune fattispecie che rappresentavano ipotesi criminose previste dall’ordinamento penale ma di fatto disapplicate. Nel contempo, è stata mancata l’occasione per riformare *funditus* i delitti di vilipendio: infatti, con la legge, si sarebbe potuto procedere ad espungere dall’ordinamento tutte quelle norme disapplicate e di dubbia compatibilità costituzionale e invece sono state mantenute tali e quali nella struttura, senza peraltro sforzarsi di precisare

²⁹ Pelissero M., op. cit., pp. 159 e ss.
Nuove frontiere del diritto
Sito mensile telematico di diritto
ISSN 2240 - 726X

in cosa consista la condotta di vilipendio³⁰. Unico elemento che è mutato in tutti i delitti di vilipendio è stata la sanzione, sostituendo la pena detentiva con una pena pecuniaria irrisoria, il cui effetto deterrente è discutibile. Si potrebbe sostenere che la previsione di una pena pecuniaria irrisoria equivalga ad una sostanziale depenalizzazione dei delitti di vilipendio: la pena è talmente bassa che è facile prevedere che il reato cada in prescrizione ma, esistendo ancora tali delitti nel sistema penale italiano, non possono che accrescere le difficoltà nel discernere una condotta vilipendiosa penalmente rilevante e la critica verso le istituzioni, costituzionalmente garantita. Dal punto di vista politico – criminale, sarebbe stato più opportuno abolire i delitti di vilipendio piuttosto che prevedere un apparato sanzionatorio inefficace nei confronti di un fatto il cui apporto lesivo è svilito proprio dalla comminazione di una sanzione inadeguata.

Un secondo approccio ha interessato i delitti di attentato: in alcune di queste previsioni normative, come si vedrà più avanti, è stato inserito il requisito dell' idoneità della condotta. Nei delitti previsti e puniti dagli articoli 241 e 283 c.p. non bastano più meri atti diretti a realizzare un certo evento ma si richiede la loro idoneità e il carattere violento, al fine di sanzionare soltanto quelle condotte penalmente rilevanti e pericolose per gli interessi dello Stato. Limite della riforma è stato quello di aver sottoposto solo alcuni delitti di attentato e non tutti al vaglio del principio di concreta offensività.

Ultima parte della riforma ha interessato il delitto di associazione sovversiva, previsto e punito dall' art. 270 c.p. Nella vecchia formulazione, tale norma stigmatizzava una serie di condotte volte a promuovere, costituire, organizzare e dirigere determinate associazioni aventi le caratteristiche indicate nella norma medesima: sul piano interpretativo, essa era già utilizzata per perseguire quelle organizzazioni che perseguivano scopi politici attraverso il ricorso alla violenza. La nuova formulazione del' art. 270 c.p. non

³⁰ Solo nel delitto di vilipendio alla bandiera si è distinto in modo poco chiaro, fra vilipendio verbale e vilipendio materiale: un esempio del primo caso consiste nel proferire espressioni ingiuriose nei confronti della bandiera; il secondo caso ricorre se la bandiera è fatta oggetto di distruzione, imbrattamento, lacerazione etc. Cfr Pelissero, op. cit.

aiuta punto gli interpreti: benchè sia stato eliminato il riferimento a specifiche ideologie e vengano punite le organizzazioni che in forma associativa 'dirette e idonee' a sovvertire gli ordinamenti economici o sociali dello Stato ovvero a sopprimere con il ricorso alla violenza l'ordinamento politico e giuridico dello Stato, resta il fatto che tale norma, così strutturata, è molto simile alla previsione normativa dell'art. 270 bis c.p. Sarebbe stato più opportuno un intervento normativo più organico che avesse rivisto in modo attento tutte le fattispecie di reati di associazione politica.

Il 24 febbraio 2006, è stata approvata in via definitiva la legge n. 85, recante importanti modifiche in tema di reati d'opinione. La nuova normativa ha avuto un notevole impatto sulla struttura del codice penale. La legge n. 85/2006 rappresenta l'esito di un lungo ed elaborato processo culturale, prima ancora che legislativo, le intuizioni del quale già pervadevano da tempo la dottrina penalistica italiana la quale auspicava una riforma che adeguasse la normativa sui reati in esame al mutato contesto sociale e alle nuove esigenze della pubblica opinione. Infatti, la legge in esame è stata accolta dal mondo giuridico italiano come un passo avanti verso l'elevamento del tasso di democrazia del Paese e come segno tangibile e concreto della volontà del legislatore italiano di cancellare – forse per la prima volta nella storia giuridica italiana – una serie di fattispecie penali, scarsamente compatibili con la libertà di pensiero e di opinione così come declinate dalla *Grundnorm* italiana e dal tessuto democratico da quella ispirato e intessuto sin dal 1948.

I temi toccati dall'apporto innovatore della l. 85/2006 sono in parte quelli già interessati dalle pronunce della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione: entrambi i consessi hanno affrontato il delicato tema in riferimento alla normativa interna e a quella internazionale, prima fra tutte la Convenzione di New York sui diritti dell'uomo. L'intervento della legge in esame si muove in due direzioni: da un lato, si occupa dei delitti contro la personalità dello Stato, previsti e puniti nel Libro II, Titolo II, e dall'altro lato, affronta il tema dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti,

di cui al medesimo Libro, Titolo IV. L'intervento della legge in esame ha inciso sui Titoli I e IV del Libro II del codice penale, come si vedrà *infra*.

La categoria dei reati contro la personalità dello Stato rivela un contenuto storico che agli occhi dei cittadini del XXI secolo appare carico di retorica e bisognoso di una profonda riforma. La struttura di questa categoria di reati è storicamente ancorata al concetto di *personalità dello Stato*, intesa quale capacità dell'Ente astratto – identificato a mezzo dei tre elementi indefettibili di esso quali il territorio, la popolazione e la sovranità – di essere portatore di interessi propri suscettibili di essere lesi dall'altrui condotta attiva od omissiva³¹.

Il codice Zanardelli non prevedeva i delitti *contro la personalità dello Stato*, parlando soltanto di delitti *contro la sicurezza dello Stato*, denotando un'attenzione contro fatti che potevano arrecare danno ad almeno uno dei tre pilastri su cui lo Stato – Ente si fondava, a nulla valendo la distinzione fra attacco interno o esterno: il codice Zanardelli perseguiva il preminente interesse della tutela dell'identità e dell'esistenza dello Stato, trascurando forse nemmeno coscientemente, altri aspetti non meno importanti della vita di un Paese³². Ferma restando l'opportunità di una distinzione fra la personalità interna e quella internazionale dello Stato, intendendo la prima come attinente ai rapporti interni ai confini nazionali e la seconda come riguardante i rapporti con gli altri Paesi, l'espressione *delitti contro la personalità dello Stato* andava intesa non più nel senso letterale di 'delitti contro la persona dello Stato' ma nel senso di delitti lesivi degli interessi politici dello Stato, intesi quali interessi che concernono la vita dello Stato, nella sua essenza unitaria. In tale accezione, i reati in esame comprendevano i delitti *oggettivamente politici*, cioè quelle condotte lesive dell'interesse politico I quale, attenendo alla vita dello Stato, nel suo

³¹ Cfr. Sposato T., I nuovi reati di opinione, ne Il Merito, mensile di giurisprudenza de Il Sole 24 Ore, n. 9/2007, pp. 42 ss.

³² La categoria dei delitti contro la sicurezza dello Stato è stata progressivamente abbandonata perché non più rispondente alle esigenze di tutela che emergevano nel corso del tempo: infatti, l'espressione '*sicurezza dello Stato*' esclude tutti quei fatti di reato che sono stati successivamente disciplinati dal codice Rocco che, andando nell'opposta direzione, ha moltiplicato le fattispecie penalmente rilevanti, offrendo una tutela più ampia allo Stato, contemplando fattispecie di reato che proteggevano interessi nuovi ed emersi solo successivamente al 1861, come la prosperità economica e il prestigio nazionale, sino ad allora poco valutati.

complesso, è suscettibile di subire aggressioni meritevoli di tutela, al pari di altri delitti lesivi di altri valori essenziali del sistema giuridico italiano.

Gli scricchiolii di questa struttura hanno infine fatto vacillare negli ultimi anni quel complesso di teoria e di prassi che si era sviluppato attorno a questa categoria di delitti, sino a giungere all'urgenza della riforma della stessa, resasi necessaria non soltanto per le critiche che venivano mosse a quell'impianto normativo di dubbia compatibilità costituzionale ma anche per la mancanza ormai di rispondenza fra quelle norme e la realtà, non soltanto giuridica, dei giorni nostri.

Gli interpreti hanno cominciato a non tollerare più i limiti angusti imposti dal concetto di personalità dello Stato, il quale appariva troppo angusto ed astratto rispetto alle rinnovate esigenze dell'opinione pubblica e alle mutate caratteristiche del contesto sociale. Ampia parte della dottrina riferiva anche l'esigenza di sostituire alla vecchia idea di personalità dello Stato, fortemente personalistica, una visione più moderna e più ampia, volta alla tutela degli elementi cardine dell'ordinamento costituzionale e del metodo democratico, in ossequio ad un accresciuto pluralismo politico e alle nuove forme di manifestazione del pensiero.

La medesima esigenza di rinnovo era stata avvertita anche a livello legislativo e giurisprudenziale. Infatti, la Commissione Grosso, nella relazione sugli orientamenti e le priorità di una riforma del codice penale, aveva proposto l'abrogazione di una serie di fattispecie criminose rientranti nella categoria dei delitti contro la personalità dello Stato sulla base della loro eccessiva intrinseca astrattezza e del venire meno del loro legame con interessi giuridicamente protetti. A livello giurisprudenziale, la Corte costituzionale è stata a più riprese sollecitata per verificare che le norme relative ai delitti contro la personalità dello Stato fossero realmente coerenti con i principi contenuti nella Carta costituzionale e, in particolare, con gli artt. 2, 3 e 21³³. In alcuni casi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle

³³ Sposato T., I nuovi reati d'opinione, cit., pag. 42.

norme penali in esame rispetto ai principi contenuti in queste norme costituzionali³⁴ mentre, in altri casi, essa ha fornito interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme medesime, garantendo in questo modo il fondamento del loro inserimento nell'ordinamento giuridico italiano.

La novella del 2006 ha espunto dal codice penale una serie di fattispecie di delitti contro la personalità dello Stato che, sin dall'entrata in vigore del codice Rocco, non hanno trovato larga applicazione e soprattutto non risultano più rispondenti alle mutate esigenze di tutela: questo è accaduto con gli artt. 269, 279, 292 – *bis* e 293 c.p. L'art. 269 c.p. puniva l'attività antinazionale del cittadino all'estero: l'abrogazione della fattispecie è seguita al mutamento dell'ideologia politica sottesa, ormai incompatibile con i nuovi principi cardine dell'attuale contesto socio – politico. Infatti, il Capo I del Libro II del codice penale in cui era inserita la norma *de qua*, contemplava essenzialmente i reati che offendevano l'esistenza dello Stato, la sua sicurezza e la regolarità ed il prestigio delle relazioni con gli altri Stati; inoltre, in ossequio all'ideologia diffusa all'epoca in cui il codice Rocco vide la luce, tale Capo comprendeva una serie di norme incriminatrici – come la disposizione in esame – dirette a colpire in modo efficace gli avversari politici del regime nei cui comportamenti sovversivi veniva individuata un'offesa alla personalità internazionale dello Stato. Con la caduta del regime e l'avvento del sistema democratico, norme come quella contenuta nell'art. 269 c.p. hanno perso la loro logica intrinseca e la necessità di permanere nel sistema giuridico italiano. L'abrogazione degli artt. 279, 292 – *bis* e 293 c.p. si è resa necessaria perché esse fanno riferimento a una prerogativa del Presidente della Repubblica e a situazioni soggettive ritenute aggravanti a carico dell'agente, ormai ritenute superate rispetto all'evoluzione costituzionale e

³⁴ Basti pensare alla sentenza 6 luglio 1966, n. 87, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 272 c.p., in materia di propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale, in virtù del suo contrasto con l'art. 21 Cost.; ancora, si pensi alla sentenza 28 giugno 1985, n. 193, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo, per contrasto con l'art. 21 Cost., l'art. 273 c.p. in materia di illecita costituzione di associazione a carattere internazionale.

democratica dell'Italia³⁵. Tuttavia, l'azione della legge 85/2006 non è stata esclusivamente *destruens* ma si caratterizza per essere stata *construens*, in relazione ad alcune fattispecie, quali quelle previste e punite negli artt. 241, 283 e 289 c.p. Infatti, queste norme non sono state espunte dal *corpus* normativo ma sono state riformulate allo scopo di conferire alle stesse una connotazione più specifica e costituzionalmente compatibile.

L'art. 241 c.p. continua a prevedere l'ipotesi di attentati contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato ma i 'fatti' richiesti nella formulazione originaria sono stati sostituiti dagli '*atti violenti, diretti e idonei*'. Per realizzare la fattispecie tipica, non è più sufficiente un'azione che, uscendo dalla sfera della semplice attività preparatoria, renda chiaro l'intento cui è rivolta ma è necessaria una molteplicità di atti, quali frammenti separati di un'unica azione, avvinti dal fine teleologico e pratico di raggiungere lo scopo cui essi sono preordinati, usando mezzi violenti e idonei allo scopo. Inoltre, al di là del dato linguistico, l'opportunità di una tale maggior precisione del dato normativo consente la riferibilità al soggetto agente in modo sufficientemente chiaro, in presenza di indizi gravi, precisi e concordanti laddove ve ne siano, senza che l'agente abbia la possibilità di invocare per sé la sussistenza di eventi a lui estranei, al fine di andare esenti da colpa.

I reati contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti costituiscono una delle categorie più discusse del codice penale italiano. Nel codice Zanardelli, questi reati erano previsti e puniti nella categoria dei reati contro la libertà personale, in virtù dei principi di liberalismo e di garantismo che forgiavano il sistema penale italiano post - unitario; invece, nel codice Rocco, queste previsioni normative sono state spostate in un titolo costituito *ad hoc* proprio per evidenziare e maggiormente tutelare non già la libertà religiosa dei cittadini ma per porre in primo piano gli interessi tutelati dalle norme e per difendere '*il sentimento religioso non solo nelle sue manifestazioni esteriori ma anche in ciò che ne costituisce l'origine, cioè la fede religiosa in sé e per*

³⁵ L'art. 279 faceva riferimento alla lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica; l'art. 292 - bis si riferiva alla circostanza aggravante nel caso in cui l'agente fosse un militare in congedo; l'art. 293 c.p. riferiva l'aggravante nel caso in cui l'agente fosse cittadino italiano sul territorio estero.

sé'³⁶. La categoria è stata messa in discussione già molto prima della riforma del 2006, non soltanto ad opera di interventi legislativi ma anche per il mutato assetto sociale, culminando in una società come quella attuale, tendenzialmente multietnica e sempre meno ancorata a valori tradizionali. Prima dell'intervento della Corte costituzionale e della S.C. e, poi, della riforma del 2006, sullo sfondo del contesto sociale e culturale vi era la religione cattolica apostolica romana che godeva di una tutela più energica rispetto alle altre confessioni: la disciplina normativa conferiva ad essa il ruolo primario di religione di Stato, in ossequio a quanto statuito nei Patti Lateranensi del 1929. L'entrata in vigore della Costituzione ha pian piano messo in crisi tale scelta che appariva sempre meno adatta e giustificabile in relazione al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Tuttavia, sia la Corte di Cassazione che la Corte costituzionale hanno sempre respinto ogni istanza volta ad eliminare la religione di Stato, fondando i propri ragionamenti sull'art. 7 Cost., cioè sul principio di indipendenza fra Stato e Chiesa e che opera un rinvio proprio ai Patti del Laterano del 1929³⁷. La svolta si è avuta con la legge 25 marzo 1985, n. 121 la quale, rendendo esecutivo l'accordo di modifica del Concordato Lateranense del 1984 e dell'Allegato n. 1, abrogava il principio della religione di Stato, fino ad allora profondamente radicato nella coscienza sociale – nello *SpiritWolk* – dando così vita ad una tutela estesa a tutte le confessioni religiose, senza disparità di trattamento né discriminazioni di alcun genere.

Nell'ultimo decennio, l'esigenza di riforma è stata avvertita anche a livello giurisprudenziale: chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale ha concentrato la propria attenzione sugli artt. 403,404 e 405 c.p., accogliendo numerose questioni di legittimità costituzionali connesse agli artt. 3 e 8 Cost. Ai fini di un'adeguata tutela costituzionalmente orientata del sentimento religioso, è imprescindibile l'equiparazione delle offese commesse contro la religione cattolica a quelle perpetrate nei confronti delle altre

³⁶ Così si legge nella Relazione Ministeriale sul progetto al codice penale di A. Rocco; cfr, Sposati T., I nuovi reati d'opinione, cit., pag. 44.

³⁷ Basti qui ricordare Cass. civ., sent. 30 novembre 1957, n. 125; Cass. civ., sent. 31 maggio 1965, n.29; Corte cost., sent. 8 luglio 1995, n. 188.

confessioni religiose: questa conclusione discende dall'interpretazione congiunta dell'art. 3 Cost., in ossequio al principio di uguaglianza, e dell'art. 8 Cost., da cui deriva il principio di laicità o, *rectius*, di non confessionalità dello Stato che implica necessariamente la pari dignità e libertà di tutte le confessioni religiose davanti alla legge³⁸. La legge 85/2006 ha recepito i molteplici segnali inviati dalla Consulta in materia di reati contro il sentimento religioso ed ha avvertito come a questioni di legittimità costituzionale frequentemente sollevate – come avvenuto a proposito de reati *de quibus* – dovessero corrispondere nuove esigenze culturali e culturali, meritevoli di tutela costituzionalmente garantita, tenendo presente che intanto nuove confessioni religiose si erano diffuse in Italia, con il loro bisogno di garanzie e di spazi – non solamente fisici – adeguati, pur non annullando il forte legame con la religione cattolica, il cui apporto culturale – oltre che spirituale – permea gran parte del patrimonio artistico, architettonico e storico italiano.

Dovendo procedere a un bilanciamento fra interessi solo apparentemente opposti, resosi necessario per il mutato contesto culturale e sociale del Paese, la riforma è intervenuta essenzialmente a livello sanzionatorio, eliminando o riducendo pesantemente la pena detentiva per i reati contro il sentimento religioso, con l'unica eccezione dei casi in cui le offese vengano arrecate con violenza. La prova della riscoperta equidistanza dello Stato fra le confessioni religiose è dimostrata da due circostanze. Nelle rubriche delle norme contenute negli artt. 403 e 404 c.p., non si parla più di *offese alla religione dello Stato* mediante vilipendio di persone o di cose bensì di *offesa a una confessione religiosa*, secondo una delle due modalità esecutive ivi indicate. La genericità della locuzione adoperata a seguito della riforma indica chiaramente la parificazione raggiunta fra le diverse confessioni religiose presenti sul territorio nazionale, ai fini dell'identico trattamento ambito dal legislatore. La seconda circostanza è rappresentata dall'abrogazione dell'art. 406 c.p. che puniva i delitti contro i culti ammessi nello Stato, con pena diminuita: l'espulsione di tale norma incriminatrice dal

³⁸ Sul tema, si vedano *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 203/1989; 250/1990; 195/1993; 329/1997; 508/2000; 327/2002.

codice penale rivela un'apertura del sistema giuridico italiano al nuovo panorama religioso, caratterizzato da un maggiore pluralismo – che fa da pendant alla multiculturalità della società italiana attuale – e dalla ormai innegabile multiconfessionalità ed esigenza di parità di trattamento fra i culti³⁹. La tendenziale parità fra le confessioni religiose è dimostrata, in tempi recenti, dalla sentenza 29 aprile 2005 n. 168 con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 403 c.p. nella parte in cui prevedeva, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, la pena della reclusione fino a due anni e da uno a tre anni, anziché la pena diminuita stabilita dall'art. 406 c.p. dello stesso codice. Nella stessa direzione, la Corte costituzionale aveva dichiarato con la sentenza 9 luglio 2002, n. 327, l'illegittimità costituzionale dell'art. 405 c.p. nella parte in cui, per i fatti di turbamento di funzioni religiose del culto cattolico, prevede pene più gravi anziché le pene diminuite stabilite dall'art. 406 c.p. per gli stessi fatti commessi contro gli altri culti.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si può affermare che, alla luce di quanto esposto, appare evidente che, nell'idea del legislatore italiano, ci sia un fondo garantista che implica la necessità di ritenere espunta sostanzialmente dall'ordinamento giuridico ogni norma che non si concili con i principi di libertà di pensiero e di opinione, contenuti nella Costituzione italiana. Tuttavia, l'intervento del 2006 non appare soddisfacente: è stato definito come 'eccessivamente timido rispetto ai delitti di opinione, disorganico nei ritocchi ai delitti di attentato e nei reati di associazione politica'⁴⁰. Di sicuro,

³⁹ Del resto, in tempi recenti, la Corte costituzionale aveva mostrato segnali di apertura in tal senso, invertendo l'orientamento giurisprudenziale di segno contrario e che era stato l'indirizzo maggioritario sin dagli anni '60 e che aveva subito i primi scossoni solo nei primi anni '90. Si veda Corte cost., sent. 14 novembre 1997, n. 329. Ancora, Sposati T., op. cit., pag. 45.

⁴⁰ Si veda ancora, Pelissero M., op. cit. pp. 160. Secondo la tradizione italiana, l'intervento appare settoriale e poco organico, nonostante fossero stati già fornite preziose indicazioni nel 1991, con il progetto di legge delega per la riforma del codice penale della Commissione Pagliaro, e nel 1999, nella prima relazione sulle linee di riforma del codice penale della Commissione Grosso. Ad esempio, un limite dell'intervento settoriale è riscontrabile a proposito del segreto di Stato, recentemente novellato con la l. 3 agosto 2007 n. 124, recante nuove disposizioni in tema dei servizi di sicurezza. Infatti, pur restando ferma la struttura, esclude dall'area degli interessi segretabili l'esercizio delle funzioni degli organi costituzionali ed estende l'area delle notizie che non possono essere 'in nessun caso' oggetto di segreto di Stato ad una serie di gravi delitti – associazione di tipo mafioso, accordo elettorale politico-mafioso, strage, sia comune che politica – che, analogamente ai fatti eversivi dell'ordine costituzionale, possono presentare

per effetto delle riforme, recenti e meno recenti, l'impianto dei delitti contro la personalità dello Stato non riflette più in modo marcato l'impronta politica che il regime fascista vi aveva lasciato: e ciò è stato possibile, da un lato, per la sensibilità dimostrata dalla giurisprudenza che, di fronte all'immobilismo del legislatore, ha espunto dall'ordinamento alcune fattispecie e di molte altre ha proposto una lettura costituzionalmente compatibile e, dall'altro lato, alcuni interventi normativi hanno tenuto presente i cambiamenti della criminalità politica la quale, a partire dagli anni '70, ha mostrato il tetro aspetto del terrorismo, indifferentemente di matrice di estrema destra o di estrema sinistra. La stessa intitolazione *delitti contro la personalità dello Stato* appare oggi insufficiente a cogliere il vero oggetto della tutela, cioè l'ordinamento democratico costituzionale. Non è una questione di *nomen* ma di contenuti, in quanto è proprio nella struttura del reato, singolarmente inteso come fattispecie penale, che dovrebbero riflettersi i principi dell'ordinamento costituzionale. In questa ottica, dovrebbe essere privilegiato il principio di libertà nei fini e di controllo nei mezzi, cioè il diritto penale politico deve diventare garante della massima libertà nei fini politici, in coerenza con il principio del pluralismo politico accolto nella Costituzione italiana, ma solo a condizione che siano rispettate le regole della democrazia, in base alle quali non è tollerato il perseguimento di obiettivi politici attraverso la violenza o l'abuso di posizioni di potere all'interno delle istituzioni. A ciò, si accompagna il fatto che la tutela dell'ordinamento democratico costituzionale dovrebbe riflettere il rilievo assunto dalle libertà costituzionali, fino a imporre una contrazione dell'intervento penale, riservandone il ricorso ai casi in cui esso sia indispensabile per la salvaguardia dell'ordinamento costituzionale⁴¹. Il rischio di deriva della democrazia è

rivolti istituzionali. Nel caso in esame, è stata persa la possibilità di una riforma organica di tutte le norme, codicistiche ed extracodicistiche, in tema di segreto di Stato, restando ancora incerto il destino delle c.d. notizie riservate – cioè non segrete ma di limitata divulgazione – che oscillano fra la soluzione dell'abrogazione implicita e la soluzione della loro permanenza nel codice penale.

⁴¹ Occorre segnalare che il profilo che più di ogni altro desta le maggiori preoccupazioni è quello legato al rischio che la tutela delle istituzioni passi attraverso un drastico abbassamento delle garanzie – sostanziali e processuali, compreso l'ambito della prevenzione – come emerso nel dibattito legislativo e politico degli anni '70 e, più recentemente, in tema di terrorismo internazionale, secondo cui, in base alla logica del diritto penale del nemico, è giustificata l'esclusione delle regole dello stato di diritto nei confronti di chi rifiuta quelle regole.

Nuove frontiere del diritto

Sito mensile telematico di diritto

ISSN 2240 - 726X

elevato quando si lascia troppo spazio allo SpiritWolk, spesso rappresentato da paure collettive non sempre razionalmente fondate: quel rischio va invece affrontato attraverso il rispetto delle garanzie proprie del diritto penale, inteso come diritto penale della libertà⁴².

⁴² Ancora, Pelissero M., op. cit., 162.

L' art. 25 Costituzione
a cura della D.ssa Filomena Agnese Chionna

Comma 1: Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

L'art 25 Cost. stabilisce che "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge", ove per "giudice naturale" deve intendersi il giudice più idoneo a trattare la causa. Tale principio è collegato all'art. 102 Cost. che vieta l'istituzione di giudici straordinari o speciali, e alla normativa prevista dall'art. 108 cost in riferimento all'ordinamento giudiziario.

L'art. 25 Cost. pone una tutela rafforzata in quanto la precostituzione del giudice che deve rispettare limiti di natura temporale, non essendo sufficiente che la legge preveda le condizioni, i termini e i modi della costituzione, ma la norma deve stabilire che tale costituzione avvenga in un momento antecedente all'insorgere della controversia.

Il giudice naturale viene delineato in riferimento alla sua natura inteso come ufficio giudiziario attraverso delle regole, leggi e su un sistema tabellare ampliato da circolari del consiglio superiore della magistratura.

Inoltre tale accezione deve essere valutata in riferimento al giudice persona fisica attraverso l'analisi di regole processuali.

A livello europeo il principio del giudice naturale viene ripreso all'art 6 cedu e si identifica in base a criteri certi e determinati, sulla base di un collegamento della controversia con il foro di competenza e si risolve nel giudice maggiormente qualificato a decidere la controversia.

Il giudice naturale precostituito per legge è individuato in base a criteri certi e definiti prima del giudizio, tale concetto va in parallelo con il concetto di competenza.

La Corte costituzionale con sentenza 7 luglio 1962, n. 88, ha ricostruito con estrema chiarezza il significato e la portata del principio del giudice naturale. In essa si sostiene che la precostituzione del giudice per legge consiste «nella previa determinazione della competenza, con riferimento a fattispecie astratte realizzabili in futuro, non già, a posteriori, in relazione, come si dice, a una regiodicanda già insorta (...), una competenza fissata, senza alternative, immediatamente ed esclusivamente dalla legge», con esclusione di un'«alternativa tra un giudice e un altro, preveduta dalla legge, ma risolubile a posteriori, con provvedimento singolo, in relazione ad un dato procedimento», dal momento che «precostituzione del giudice e discrezionalità nella sua concreta designazione sono criteri tra i quali non si ravvisa possibile una conciliazione».

Correlativamente, non si può trascurare l'interdipendenza tra la garanzia del giudice naturale precostituito per legge e il diritto di difesa assieme al giusto processo, nel senso dell'esistenza di un vincolo di discrezionalità del legislatore nel dettare le norme di competenza, oltre che di giurisdizione. La rilevanza dell'equità delle regole di competenza troverebbe comunque fondamento nel diritto d'azione, inteso non solo come diritto alla decisione «giusta», ma anche come diritto a non essere giudicato dinanzi ad un giudice individuato abusivamente.

Riconsiderati questi valori acquista un significato nuovo di matrice processuale, che si può leggere come specificazione del più generale diritto di difesa nonché del giusto processo.

Il principio del giudice naturale può subire delle deroghe, se dettate dalla superiore esigenza dell'imparzialità del giudice. Per questo il codice di procedura penale ha previsto gli istituti dell'incompatibilità, dell'astensione, della ricusazione e dello spostamento del procedimento ad altro giudice, dello stesso o di altro ufficio giudiziario.

Comma II: Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Tale comma dell'art 25 Cost. si presenta corposo andando ad includere diversi principi. A livello interpretativo lo possiamo scindere in due parti:

-Nessuno può essere punito se non in forza di una legge, inteso quale PRINCIPIO DI LEGALITA' nulla crimen sine lege,

-legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, quale espressione del PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITA'

Tale articolo trova le sue radici già nello statuto albertino e nell'art 1 del codice penale, già enunciata nell'art 11 delle preleggi.

Il principio di legalità in materia penale è sancito anche dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Carta infatti afferma che nessuno può essere condannato per azioni o omissioni che non costituivano reato, secondo le disposizioni di legge, al momento in cui esse sono state commesse. L'inciso "nessuno può essere punito" si riferisce alla fattispecie criminosa e alle sue conseguenze sanzionatorie, in definitiva la regola costituzionale sintetizza l'art 1 c.p. andando a privilegiare il momento sanzionatorio, individuando la sanzione criminale nella natura personale della responsabilità così come determinato dell'art. 27 Cost.

È opportuno analizzare il rapporto sussistente tra art 25 cost e art 2 c.p., e rilevare che il dettato costituzionale stabilisce una irretroattività assoluta, che sembrerebbe apparentemente contrastare con l'art 2 c.p.. tuttavia, l'articolo di portata costituzionale esclude l'applicazione retroattiva della legge in forza della quale taluno è punito, al contrario della norma codicistica che dispone l'efficacia retroattiva della regola che assicura la non punibilità del fatto. Il rilievo costituzionale tende a garantire che nessun intervento legislativo possa qualificare illeciti penali comportamenti che al momento della commissione non erano tali. Tale regola è sottesa a una ratio che risponde a criteri di certezza della norma penale. La certezza del diritto rappresenta una garanzia formale per i destinatari delle regole giuridiche. Tuttavia il legislatore si è limitato a garantire l'impossibilità di creare una situazione penale più sfavorevole di quella esistente al momento della commissione del fatto.

In dottrina si è dibattuta la portata della riserva se da intendersi di valore relativo o assoluto. Dottrina e giurisprudenza sono orientate ad escludere la competenza delle regioni a legiferare in materia penale in virtù delle inderogabili condizioni di uguaglianza sancite dall'art 3 Cost. il riferimento al testo costituzionale ci permette di cogliere la natura della riserva. A sostegno di tale tesi si interpreta l'art 1 c.p. e dall'analisi dei lavori preparatori che appaiono orientati nel senso della riserva di carattere assoluto.

Come noto la distinzione delle riserve di legge in assolute e relative è accolta dalla prevalente letteratura ed è fermamente recepita nella pluridecennale giurisprudenza della Corte costituzionale.

Riguardo alla natura della riserva prevista dall'art. 25 comma 2 Cost., l'impostazione maggioritaria e, come si osservava, la stessa giurisprudenza

costituzionale tendono a qualificarla come assoluta. La riserva di legge esclude che possa essere punito un determinato comportamento se non in presenza di una legge che lo configuri come reato: la garanzia per l'individuo è rappresentata dal fatto che è l'organo rappresentativo della volontà popolare, il Parlamento a stabilire quali siano i comportamenti penalmente rilevanti. Del resto solo se il cittadino è in grado di distinguere ciò che è penalmente lecito da quello che non lo è, potrà obbedire con facilità ai comandi dello Stato. Queste sono le ragioni per cui le norme che prevedono reati devono essere sufficientemente determinate (principio di tassatività e determinatezza).

Comma III: nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi stabiliti dalla legge.

Il costituente ha preso atto del carattere sanzionatorio delle misure di sicurezza ed ha cercato di limitare, attraverso la riserva di legge, la discrezionalità del giudice. Ciò perché tali «misure» vengono comminate soltanto in ragione della pericolosità sociale di un soggetto, indipendentemente da una sua eventuale responsabilità penale. Non possono, quindi, trasformarsi in pene arbitrarie, come in concreto si è verificato in epoca fascista, durante la quale si è fatto abuso di tali mezzi di correzione nei confronti degli oppositori del regime. Ancora diverse dalle misure di sicurezza sono le misure di prevenzione, applicabili a soggetti pericolosi sulla base di un giudizio di probabilità circa il compimento in futuro di atti delittuosi. Sono quindi misure applicabili a fattispecie di sospetto, la cui legittimità costituzionale è stata confermata dalla Corte costituzionale sulla base del principio di prevenzione e di sicurezza sociale,

che impone un adeguato sistema di misure preventive contro il pericolo del verificarsi in avvenire di fatti illeciti.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA PENALE ⁴³

a cura del Dott. Francesco Di Paolo

Il diritto Penale italiano, al pari di quanto accade in altri ordinamenti moderni – o meno moderni, – è informato al Principio di Legalità.

In base a questo nessuno può essere punito se non per un delitto e con una pena che siano prestabiliti dalla legge.

Tale assioma può essere riassunto nel brocardo latino già di Ulpiano e caro a Feuerbach “*nullum crimen sine (praevia) lege, nulla poena sine lege*”.

Nel corso dei secoli e delle scuole di pensiero è stato fatto ampio dibattito tra coloro che lo accoglievano da un punto di vista puramente ed apparentemente sostanziale (c.d. legalità sostanziale) e coloro che, di contro, preferivano una sua rilevanza esterna, di carattere formale; preferendosi, in ultimo, nella maggior parte dei casi – così come avviene in Italia – questo secondo criterio, più idoneo a rendere certi il diritto e la sanzione.

Di stretta correlazione e derivanti dal prefato principio sono il principio di riserva di legge, di tassatività, di determinatezza, di irretroattività e di divieto di analogia della legge penale.

I menzionati sottoprincipi (4 o 5 a seconda che si voglia dare o meno rilevanza autonoma al principio di determinatezza rispetto quello di tassatività) completano e meglio definiscono la portata della legalità in materia penale.

Essa, infatti, è volta a garanzia dei consociati, i quali, potendo conoscere con un elevato grado di certezza ciò che è considerato infrazione alla legge penale rispetto ciò che non lo è, sono liberi e consapevoli nelle proprie azioni e non schiavi dell'arbitrio della classe politica o del magistrato.

⁴³ Nei numeri di febbraio e marzo verrà trattata in materia di civile e amministrativo.

Già molti codici (e legislazioni non codificate), sulla scorta delle idee illuministiche, nonché della successiva Rivoluzione francese⁴⁴, lo accolsero al loro interno quale norma e "prenorma" di principio volta a regolamentare il diritto penale.

Scritti come "*l'esprit de lois*" di Montesquieu e, successivamente, il "*dei delitti e delle pene*" di Cesare Beccaria ne favorirono la diffusione, a tal punto che, in quasi tutti i paesi moderni europei, il Principio di Legalità non venisse considerato un'eccezione, bensì, si riteneva, una inciviltà giuridica la soggezione all'arbitrio del re o del giudicante. Si affermò, infatti, che anche il detentore della sovranità ed il magistrato dovessero sottostare alla stretta applicazione delle leggi (secondo Beccaria, in particolare, il magistrato doveva essere il mero portavoce della legge, la quale sarebbe dovuta essere la più chiara possibile poiché non necessitasse di interpretazione⁴⁵).

In Italia, in seguito, tale principio informò anche il previgente codice Zanardelli, e poi è stato ribadito e recepito nel codice del 1930, emanato sotto il regime Fascista.

Di contro, in Germania, negli anni del Nazismo, la legalità - in particolare formale - fu soppressa e il Führer era considerato sia promanatore delle leggi sia l'interprete privilegiato.

Il codice penale del Reich prevedeva, al paragrafo due, che il giudice potesse punire non solo i fatti previsti dalla legge come reati, ma anche quelli che fossero ritenuti "*contrari al sano sentimento del popolo tedesco*", volontà della quale si faceva principale portavoce il Führer.

Si restava, pertanto, in completa assenza di qualunque tipicità precostituita delle fattispecie incriminabili, sottoposti all'arbitrio del giudicante e all'interpretazione normativa (autentica) fornita dal capo del governo.

* * * * *

⁴⁴ Vedasi anche ampia analisi ibi pagg. 2, 3 e 4 nel "Il concetto della legalità" a cura della D.ssa Valeria Rinaldi

⁴⁵ Per una analisi più approfondita del pensiero del Beccaria vedasi ibi Pagina 3 terzultimo rigo " Il Concetto della Legalità " della Dott.ssa Valeria Rinaldi.

Ad oggi, come si è detto, il Principio di Legalità è pacifico negli ordinamenti moderni sia in quelli, come il nostro, nei quali il precedente non è vincolante, sia in quelli di *common law* (ed anzi i due sistemi si stanno avvicinando ed integrando sempre più), nonché è sancito in alcuni trattati internazionali e - per noi - di estremo rilievo è il riferimento che vi viene fatto all'art. 7⁴⁶ della Convenzione EDU⁴⁷.

Di recente la Suprema Corte di Cassazione si è trovata più volte a dover specificare la portata e l'interpretazione del suddetto, nonché a descriverne l'interazione con i citati sottoprincipi correlati.

Per quanto concerne l'irretroattività della norma penale, ad esempio, il Supremo Collegio, già nel 2007, con l'importante sentenza n. 316 della II[^] Sezione, aveva stabilito, con riferimento al delitto di cui all'art. 640 *bis* c.p., l'illegittimità della confisca per equivalente (e quindi del sequestro preventivo), predisposto anche in relazione a somme percepite precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 19 del D.L.vo 231/2001.

In tale occasione hanno ritenuto gli Ermellini che, seppur la fattispecie in concreto analizzata integrava una ipotesi di reato a "consumazione prolungata" - con il consequenziale inizio dell'attività criminosa alla percezione della prima rata e la conclusione con la ricezione dell'ultimo emolumento, - in ossequio al prefato principio, stabilito dall'art. 2 c.p., la confisca non potesse essere disposta anche "su" quanto percepito dal reo prima dell'entrata in vigore della novella legislativa, poiché, così facendo, si sarebbe violato il principio, applicando una sanzione che al *tempus commissi delicti* non sussisteva.

A conclusioni simili è giunta di nuovo la Corte a Sezioni Unite, in merito

⁴⁶art. 7: 1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

⁴⁷ Vedasi anche ibi pag. 5 ultima parte "Il concetto della legalità" a cura della D.ssa Valeria Rinaldi

all'applicabilità della confisca per equivalente ex art. 322 *ter*, co. 1, c.p.⁴⁸ al profitto derivante da reato.

In tal caso, dopo aver evidenziato le note differenze tra il concetto di profitto ("*il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato*") e quello di prezzo ("*compenso dato o promesso ad una determinata persona come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito*"), e vagliato l'iter parlamentare per l'approvazione della Legge 300/2000 (introduttiva della fattispecie), la Cassazione ha specificato che in tema di peculato il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, può essere disposto, visto il tenore testuale della norma, soltanto sul prezzo e non anche per il profitto del reato (Corte Cass. Sezioni Unite n. 38691/2009).

In effetti le Sezioni Unite hanno composto un contrasto sorto all'interno delle diverse sezioni: alcune pronunce ritenevano (per tutte la più esplicita Corte Cass., Sez. VI[^], 11902 del 25.03.2005) – così come alcuni giudici di merito – che il legislatore avesse usato il termine "prezzo" in senso atecnico e che, in realtà, dovesse essere dato rilievo alla *ratio legis*, in conformità con le direttive, gli atti e la giurisprudenza delle corti Europee⁴⁹, per le quali si voleva colpire più severamente il patrimonio di coloro che avevano a che fare con i reati inerenti la corruzione (tanto che qualche pronuncia dava addirittura per scontato tale significato estensivo); di opposto orientamento erano altre pronunce provenienti dal Supremo Consesso, le quali, più ligie alla lettera della legge, ritenevano la non applicabilità della confisca per equivalente al profitto del reato.

Tale ultima soluzione è stata adottata anche dalle Sezioni Unite che l'hanno

⁴⁸ Vecchio testo dell'art. 322-*ter*. co. 1, Confisca.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.

⁴⁹ Cfr. Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 24.02.2005 (2005/212/GAI); Secondo Protocollo della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 19.06.1997 ratificato dall'Italia con legge 4.08.2008 n. 135, nonché altre.

giustamente ritenuta l'unica lettura conforme a Costituzione e, quindi, in accordo con il Principio di Legalità.

Successivamente, poi, è intervenuto il legislatore (o meglio il Governo) che, con l'art. 13, co. 1, lett. o) del Ddl C-4434 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" convertito in legge 190/2012, ha aggiunto alla citata disposizione dopo la parola "prezzo" anche il chiaro riferimento al "profitto", colmando così un vuoto di tutela, probabilmente non voluto dal legislatore, ma che sussisteva, leggendo l'articolo del codice in conformità e nel rispetto dei principi di tassatività e determinatezza del precetto penale.

* * * * *

Nel corso dell'ultimo decennio, a più riprese, si è trattato del Principio di Legalità ed, in particolare, del sottoprincipio della determinatezza, in relazione alle fattispecie di cui agli artt. 73 e 80 T.U. stupefacenti.

Con riferimento alla prima delle disposizioni citate, si è evidenziato come la stessa costituisca una norma penale c.d. "in bianco", con i conseguenti sospetti di illegittimità per contrasto con il Principio Legalità nelle sottospecie della tassatività e della riserva di legge; per quanto afferisce la seconda ipotesi delittuosa, la diatriba è sorta, invece, in merito all'aggravante di cui al comma 2 e sul rispetto (ed il legame) con il principio di determinatezza.

Per quanto concerne il primo dei due aspetti da ultimo evidenziati, in svariate pronunce di merito e di legittimità si è spiegato che, in realtà, la norma è volta solo a specificare ed integrare da un punto di vista tecnico la disciplina penale, già perfetta nel precetto.

La funzione dei Decreti Ministeriali contenenti l'elenco delle sostanze considerate (in difetto di autorizzazione) vietate è volta, quindi, solo a specificare ed integrare la norma del T.U.. Non si riscontra, perciò, violazione

dei principi suesposti e dell'art. 25, co. 2, Cost.⁵⁰.

Al contrario sono da considerarsi illegittime tutte quelle leggi penali che necessitano di fonti secondarie per l'integrazione del precetto espresso, violando così il Principio di Legalità in relazione con la riserva di legge.

Ancora la Suprema Corte ha ritenuto che l'art. 80, co. 2, T.U. stupefacenti, pur non individuando un preciso quantitativo, predeterminato ai fini del configurarsi dell'ipotesi aggravante ivi disciplinata, non comporta una violazione del Principio di Legalità con particolare riferimento alla determinatezza delle fattispecie penali.

A tal proposito si sono venuti a creare due differenti "filoni" giurisprudenziali che hanno ricondotto la disposizione ai principi costituzionali seguendo due approcci abbastanza differenti e con importanti discostamenti nelle conseguenze penali.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, espresso in particolare dalle sentenze della IV[^] Sezione Penale nn. 38794 del 29.09.2011 e 9927 del 01.02.2011 (tesi accolta anche nella sentenza 36360/2011 della V[^] Sezione), i parametri di cui all'art. 80, co. 2, D.P.R. 309/2001 non sono da rintracciarsi in quantitativi numerici discendenti da una indagine statistica svolta dalla S. C., poiché, in tal caso, attribuendo alla norma specifici parametri - però non individuati dal legislatore - si violerebbe il principio di attribuzione e si andrebbe a riconoscere, di fatto, l'indeterminatezza della norma (che per avere portata specifica abbisogna di parametri creati ed aggiunti dalla Corte).

Nelle sentenze citate, ed in particolare nella n. 9927/ 2011, ritiene il Collegio che l'art. 80, co. 2, D.P.R. 309/2001 non sia una disposizione indeterminata nel contenuto, bensì si tratta di una norma "elastica" già individuata in quanto al

⁵⁰ Art. 25.

Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

precetto e che trova applicazione secondo le concrete circostanze.

I parametri a cui pertanto bisogna far riferimento, seppur non riconducibili a soglie quantitative precise, sono comunque riferibili a concrete, oggettive ed esplicite circostanze, quali: l'eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale; il grave pericolo per la salute pubblica che lo smercio di un tale quantitativo comporta e la possibilità di soddisfare le richieste di numerosissimi consumatori per l'elevatissimo numero di dosi ricavabili dalla merce.

Secondo la citata pronuncia, infatti, *"l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali"* non consta di una lesione al principio di determinatezza della fattispecie, allorché, come nel caso *de quo*, la descrizione complessiva del fatto consenta, comunque, di stabilirne il significato mediante un'ermeneutica non proibitiva o esorbitante e che, correlativamente, consenta al destinatario della norma di averne una percezione sufficientemente chiara ed immediata.

A fortiori, viene evidenziato che la legge che non è determinata non è quella c.d. "elastica", di cui peraltro il legislatore fa correntemente ampio uso (per es. art. 61 n. 7 c.p., art. 38 Statuto Lavoratori, art. 73, co. 5, T.U. Stupefacenti, artt. 62, n. 4 e 648, co. 2, c.p.), bensì quella vaga che, in definitiva, risulta priva di concretezza e la cui portata non è efficacemente circoscrivibile secondo criteri logici e d'esperienza e/o regole scientifiche.

Di diverso avviso sono le pronunce dell'altro "filone" tra le quali sono di rilievo le sentenze tutte della Sez. VI[^] n. 20120/2010 42027/2010, 12404/2011, 9029/2011, 31351/2011, 27128/2011, (ma anche Sez. I[^] n. 30288/2011) alle quali, in ultimo, si può ricollegare la sentenza delle Sez. Unite n. 36258/2012.

In base a tale orientamento, successivamente avallato e precisato dalle Sezioni Unite, non possono ritenersi ingenti, quantitativi che siano inferiori ai due chilogrammi, se si tratta di droghe c.d. "pesanti", ed inferiori ai cinquanta

chilogrammi qualora si controverta in materia di droghe leggere.

Anche tale orientamento prende spunto dalla sentenza n. 17 delle Sez. Unite del 21.06.2000 (Primavera), con la quale era stato superato il precedente criterio della "saturazione del mercato", rilevando che doveva considerarsi ingente *"la quantità di sostanza tossica, oggetto della specifica indagine nel dato procedimento [che], superi notevolmente, con accento di eccezionalità, la quantità usualmente trattata in transazioni del genere, nell'ambito territoriale nel quale il giudice del fatto opera"*.

Questo criterio, però, appariva ancora troppo incerto e di scarsa consistenza.

La Sezione VI[^] della Suprema Corte ha, pertanto, ritenuto di doversi riferire ad un'indagine di carattere statistico, abbandonando del tutto il criterio regionale/territoriale che lasciava troppi spazi all'arbitrarietà del giudicante, con profili di violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost..

La VI[^] Sezione, quindi, al fine di colmare l'indeterminatezza della disposizione di legge, aveva riconosciuto alla stessa un suo corrispettivo numerico.

A questo filone interpretativo veniva criticato, come già ricordato, l'insidiosa interferenza della Corte in un ambito che era di esclusiva appartenenza del legislatore e, di fatto, l'implicita ammissione di ritenere la norma del T.U., di per sè - ed in assenza di certi riferimenti quantitativi - di portata indeterminata.

A codesto orientamento si è parzialmente ricollegata, come detto, la pronuncia delle Sezioni Unite del 2012, la quale, ha specificato, che la soluzione della *querelle* debba essere ricercata all'interno del sistema che la legislazione ha approntato in materia di sostanze stupefacenti.

La Corte ritiene, infatti, che al giudice può spettare il potere di dare maggior concretezza alle disposizioni elastiche che, comunque, come nel caso di specie, siano sufficientemente circoscrivibili. Non reputa, però, che così

agendo sia violato il principio di attribuzione, in quanto, ciò che viene fatto dal giudicante, consta di un'operazione d'interpretazione evolutiva del c.d. "diritto vivente" sulla base di parametri statistici e normativi.

Ricordano dunque le Sezioni Unite che la *ratio* dell'art. 80, co. 2, T.U. Stupefacenti⁵¹ è la medesima sottesa a quella di cui agli artt. 73 e 74 del medesimo Decreto (così come i beni giuridici tutelati sono gli stessi); la differenza è meramente quantitativa ("*Se il fatto riguarda quantità ingenti*").

Per comprendere il concetto di "ingenti" bisogna, perciò, fare riferimento – così come interpretato il concetto sin dalla sentenza Primavera – a quantità del tutto eccezionali, valutate in rapporto all'esperienza giuridica concreta. E tale rapporto non può non collegarsi ai criteri di etero-integrazione normativi sviluppati dai decreti ministeriali che individuano le soglie – limite, oltre le quali la detenzione delle sostanze deve essere considerata penalmente

⁵¹ Articolo 80
Aggravanti specifiche

1. Le pene previste per i delitti di cui all'articolo 73 sono aumentate da un terzo alla metà;

a) nei casi in cui le sostanze stupefacenti e psicotrope sono consegnate o comunque destinate a persona di età minore;

b) nei casi previsti dai numeri 2), 3) e 4) del primo comma dell'art. 112 del codice penale;

c) per chi ha indotto a commettere il reato, o a cooperare nella commissione del reato, persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope;

d) se il fatto è stato commesso da persona armata o travisata;

e) se le sostanze stupefacenti o psicotrope sono adulterate o commiste ad altre in modo che ne risulti accentuata la potenzialità lesiva;

f) se l'offerta o la cessione è finalizzata ad ottenere prestazioni sessuali da parte di persona tossicodipendente;

g) se l'offerta o la cessione è effettuata all'interno o in prossimità di scuole di ogni ordine o grado, comunità giovanili, caserme, carceri, ospedali, strutture per la cura e la riabilitazione dei tossicodipendenti.

2. Se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope, le pene sono aumentate dalla metà a due terzi; la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l'aggravante di cui alla lettera e) del comma 1.

3. Lo stesso aumento di pena si applica se il colpevole per commettere il delitto o per conseguirne per sé o per altri il profitto, il prezzo o l'impunità ha fatto uso di armi.

4. Si applica la disposizione del secondo comma dell'art. 112 del codice penale.

5. [Abrogato.]

rilevante.

Dallo sviluppo di tali dati (il valore-soglia) secondo l'indagine statistica elaborata dalla Corte sui casi posti nelle varie sezioni, ha ritenuto che non possano reputarsi di eccezionale rilievo quantità di sostanze che siano inferiori a 2.000 volte il valore massimo in milligrammi determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11.04.2006.

Chiaramente, esplicita il Giudice Supremo, che il "calcolo" deve prendere in esame solo la sostanza drogante o psicotropa e non il materiale inerte privo del principio attivo che vi è aggregato.

I Giudici precisano, infine, che tale soglia così stabilita individua solo il livello minimo al di sotto del quale il quantitativo - non eccezionale - non può essere considerato ingente, con la conseguenza di non potersi configurare l'aggravante.

Questo, quindi, non determina l'automatica comminazione dell'aggravante qualora si tratti di quantità superiori, dovendosi, di converso, verificare tale requisito in concreto dal Giudicante.

* * * * *

Le citate pronunce, facendo corpo ed insieme con molte altre, stanno a significare che il Principio di Legalità, seppur vittima della crisi del diritto che è da imputare, in parte al legislatore ed in parte ad una difficile ed affannosa rincorsa nel tempo delle fattispecie astratte alla casistica concreta, rimane comunque più che mai vivo all'interno del dibattito giurisprudenziale e della dialettica leggi - interpretazione della legge.

Restano perciò - inevitabilmente - da un lato il rischio di avere un diritto penale meramente formalistico, che non sia idoneo a reprimere i delitti ed, in particolare, i nuovi delitti; dall'altro, si teme, che un diritto penale informato ad una legalità prettamente sostanziale possa - com'è già accaduto - trasformare il diritto in strumento di repressione e d'imposizione, nel quale il

cittadino, l'indagato, l'imputato ed il condannato, non potendo conoscere con anticipo l'interpretazione della legge, siano puniti per comportamenti non predeterminati e dei quali disconoscono le conseguenze e la rilevanza penale.

Nell'impossibilità di conoscere e comprendere i moti intimi dell'uomo, al fine di non trasformare lo strumento penale in una giustizia cieca e priva garanzie, è necessario che il diritto sia informato ad una legalità formale e, quindi, predeterminata e tassativa; contemperando, però, questa esigenza con l'uso di "formule elastiche", ma non indeterminate e riconducibili entro stretti confini. Ciò al fine di non lasciare sostanzialmente e completamente impunte condotte, pacificamente riconoscibili, che rivelano chiaramente il proprio carattere di antisocialità e di infrazione alla legge penale.

Ignorantia legis non excusat, di converso - giustamente - viene scusata l'ignoranza inevitabile.

Il legislatore, dunque, per evitare che tale ignoranza diventi, come sempre più spesso purtroppo accade, "inevitabile", deve cercare di svolgere il difficile compito di "muoversi" nel rispetto del Principio di Legalità con l'utilizzo di formule "elastiche", ma sufficientemente predeterminate e facilmente circoscrivibili (e comprensibili) e, nell'impossibilità di ciò, chiaramente, privilegiare il criterio formale.

MASSIME

Cass., Sez. 2, Sentenza n. 316 del 21/12/2006 Cc. (dep. 10/01/2007) Rv. 235363

MISURE DI SICUREZZA - PATRIMONIALI - Confisca "per equivalente" - Somme percepite anteriormente all'entrata in vigore delle norme che la prevedono - Applicabilità della confisca e, conseguentemente, del sequestro preventivo - Esclusione - Fattispecie in tema di truffa aggravata per il conseguimento di

erogazioni pubbliche.

“Non è applicabile la confisca "per equivalente" prevista per le persone fisiche dall'art. 322 ter cod. pen. e, per le persone giuridiche, dall'art. 19 del D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, in relazione a somme che siano state percepite anteriormente all'entrata in vigore di dette norme; il che esclude anche l'operatività, in tale ipotesi, del sequestro preventivo previsto, rispettivamente, dall'art. 321 cod. proc. pen. e dall'art. 53 del cit. D.Lgs. n. 231 del 2001”
(principio affermato, nella specie, in relazione al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, pur essendosi tenuto conto, trattandosi di erogazioni effettuate in più rate, della sua natura di reato a consumazione cosiddetta "prolungata", iniziata con la percezione della prima rata, anteriormente all'entrata in vigore delle norme summenzionate, e conclusasi successivamente).

Cass., Sez. U, Sentenza n. 10280 del 25/10/2007 Cc. (dep. 06/03/2008) Rv. 238700

MISURE CAUTELARI - REALI - SEQUESTRO PREVENTIVO - IN GENERE - Sequestro funzionale alla confisca ex art. 322 ter cod. pen. - Profitto del reato - Nozione - Immobile acquistato con danaro illecitamente conseguito - Legittimità - Condizioni - Fattispecie in tema di concussione.

“In tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322 ter cod. pen., costituisce "profitto" del reato anche il bene immobile acquistato con somme di danaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo.” (Fattispecie in tema di concussione nella quale il danaro era stato richiesto da un ufficiale di P.G. per l'acquisto di un immobile).

Cass., Sez. 6, Sentenza n. 11902 del 27/01/2005 Cc. (dep. 25/03/2005) Rv. 231234

MISURE CAUTELARI (Cod. proc. pen. 1988) - REALI - sequestro preventivo - oggetto - Confisca per equivalente ex art. 322 ter cod. pen. - Accertamento del nesso di pertinenzialità - Necessità - Esclusione - Fattispecie in tema di peculato.

“Ai fini del sequestro preventivo, funzionale alla confisca di cui all'art. 322 ter cod. pen., non occorre provare il nesso di pertinenzialità della res rispetto al reato, essendo assoggettabili a confisca beni nella disponibilità dell'imputato per un valore corrispondente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato”. (Fattispecie in tema di peculato).

Cass., Sez. U, Sentenza n. 38691 del 25/06/2009 Cc. (dep. 06/10/2009) Rv. 244189

MISURE CAUTELARI - REALI - IN GENERE - Sequestro funzionale alla successiva confisca "per equivalente" di cui all'art. 322 ter comma primo cod. pen. - Oggetto - Equivalente del profitto - Legittimità - Esclusione - Fattispecie in tema di peculato.

“In tema di peculato, il sequestro preventivo, funzionale alla confisca "per equivalente" disciplinata dall'art. 322 ter, comma primo cod. pen., può essere disposto, in base al testuale tenore della norma, soltanto per il prezzo e non anche per il profitto”

Cass., Sez. U, Sentenza n. 17 del 21/06/2000 Ud. (dep. 21/09/2000) Rv. 216666

STUPEFACENTI - IN GENERE - Delitti - Circostanze aggravanti - Ingente quantità di sostanza stupefacente - Configurabilità - Presupposti.

“La circostanza aggravante speciale dell'ingente quantità di sostanza stupefacente prevista dall'art. 80, comma secondo, D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, la cui "ratio legis" è da ravvisare nell'incremento del pericolo per la salute pubblica, ricorre ogni qualvolta il quantitativo di sostanza oggetto di imputazione, pur non raggiungendo valori massimi, sia tale da creare condizioni di agevolazione del consumo nei riguardi di un rilevante numero di tossicodipendenti, secondo l'apprezzamento del giudice del merito che, vivendo la realtà sociale del comprensorio

territoriale nel quale opera, è da ritenersi in grado di apprezzare specificamente la ricorrenza di tale circostanza.”

Cass., Sez. 4, Sentenza n. 9927 del 01/02/2011 Ud. (dep. 11/03/2011) Rv. 249076

STUPEFACENTI - IN GENERE - Circostanze aggravanti - Ingente quantità - Configurabilità - Criteri di individuazione.

“In tema di reati concernenti il traffico illecito di sostanze stupefacenti, non è consentito predeterminare i limiti quantitativi minimi che consentono di ritenere configurabile la circostanza aggravante prevista dall'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990 (ingente quantità). (La Corte ha precisato che la fattispecie non viola comunque il principio di determinatezza, dovendo aversi riguardo, perché possa essere configurata l'aggravante, 1) all'oggettiva eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale; 2) al grave pericolo per la salute pubblica che lo smercio di un tale quantitativo comporta; 3) alla possibilità di soddisfare le richieste di numerosissimi consumatori per l'elevatissimo numero di dosi ricavabili).”

Cass., Sez. 4, Sentenza n. 38794 del 29/09/2011 Ud. (dep. 26/10/2011) Rv. 251438

STUPEFACENTI – IN GENERE – Circostanze aggravanti – Ingente quantità – Configurabilità – Criteri di individuazione.

.....
“In tema di reati concernenti il traffico illecito di sostanze stupefacenti, non è consentito predeterminare i limiti quantitativi minimi che consentono di ritenere configurabile la circostanza aggravante prevista dall’art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990; tuttavia, detta fattispecie non viola il principio di determinatezza, dovendo aversi riguardo, perché possa configurarsi l’aggravante in questione all’oggettiva eccezionalità del quantitativo sotto il profilo ponderale, al grave pericolo per la salute pubblica che lo smercio di un tale quantitativo comporta, alla possibilità di soddisfare le richieste di numerosissimi consumatori per l’elevatissimo numero di dosi ricavabili.” (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione del giudice di merito che ha ritenuto integrata l’aggravante di cui all’art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, avuto riguardo al relevantissimo quantitativo di hashish, da cui erano ricavabili quasi 48 mila dosi, rappresentante notevole pericolo per la salute pubblica).

Cass., Sez. 6, Sentenza n. 20119 del 02/03/2010 Ud. (dep. 26/05/2010) Rv. 247374

STUPEFACENTI – IN GENERE – Circostanza aggravante dell’ingente quantità – Configurabilità – Criteri di individuazione – Fattispecie.

“In tema di stupefacenti, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all’art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non possono di regola definirsi “ingenti” i quantitativi di droghe “pesanti” (ad es., eroina e cocaina) o “leggere” (ad es., hashish e marijuana) che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per il tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di due chilogrammi e cinquanta chilogrammi.” (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso l’aggravante “de qua” in relazione al quantitativo di gr. 948,11 di cocaina, con principio attivo del 62

per cento, pari a circa 4.000 dosi singole droganti).

Cass., Sez. 6, Sentenza n. 20120 del 02/03/2010 Ud. (dep. 26/05/2010) Rv. 247375

STUPEFACENTI - IN GENERE - Circostanza aggravante dell'ingente quantità - Configurabilità - Criteri di individuazione - Fattispecie.

“In tema di stupefacenti, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma secondo, del d.P.R. n. 309 del 1990, non possono di regola definirsi "ingenti" i quantitativi di droghe "pesanti" (ad es., eroina o cocaina) o "leggere" (ad es., hashish e marijuana) che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per il tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di due chilogrammi e cinquanta chilogrammi.” (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso l'aggravante "de qua" in relazione ad un quantitativo di eroina pari a gr. 846,966 di principio attivo ed a circa 33.000 dosi singole droganti).

Cass., Sez. 6, Sentenza n. 31351 del 19/05/2011 Ud. (dep. 05/08/2011) Rv. 250545

STUPEFACENTI - IN GENERE - Detenzione a fini di spaccio - Aggravante dell'ingente quantitativo - Criteri di individuazione - Indicazione.

“In tema di stupefacenti, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non possono, di regola, definirsi "ingenti" i quantitativi di droghe "pesanti" (ad es., eroina e cocaina) o "leggere" (ad es., hashish e marijuana) che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per il tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di due chilogrammi e cinquanta chilogrammi.” (In motivazione la Corte ha precisato che tali soglie devono ritenersi indicativamente calcolate in relazione alla corrente realtà del

mercato degli stupefacenti così come apprezzata dal giudice di legittimità, ben potendo quello di merito non ritenerli confacenti al caso oggetto della sua cognizione, purché lo stesso offra specifica indicazione dei diversi criteri di riferimento impiegati).

Cass., Sez. 6, Sentenza n. 27128 del 25/05/2011 Ud. (dep. 12/07/2011) Rv. 250736

STUPEFACENTI - IN GENERE - Circostanza aggravante dell'ingente quantità - Configurabilità - Criteri - Indicazione.

"In tema di stupefacenti, ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 80, comma secondo, d. P.R. n. 309 del 1990, non possono di regola definirsi "ingenti" i quantitativi di droghe "pesanti" (ad es., eroina e cocaina) o "leggere" (ad es., hashish e marijuana) che, sulla base di una percentuale media di principio attivo per il tipo di sostanza, siano rispettivamente al di sotto dei limiti di due chilogrammi e cinquanta chilogrammi." (In applicazione di tale principio, la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza del giudice di merito che ha ravvisato l'aggravante "de qua" in relazione ad un quantitativo di kg 7 di hashish, con principio attivo pari a gr. 534,82).

Cass., Sez. 1, Sentenza n. 30288 del 08/06/2011 Ud. (dep. 29/07/2011) Rv. 250799

STUPEFACENTI - IN GENERE - Delitti - Circostanze aggravanti - Ingente quantità di sostanza stupefacente - Configurabilità - Presupposti.

"La circostanza aggravante speciale dell'ingente quantità di sostanza stupefacente prevista dall'art. 80, comma secondo, d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, ricorre ogni qualvolta il quantitativo di sostanza è idoneo a soddisfare le esigenze di un elevato numero di consumatori per un notevole lasso di

tempo.” (Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza appellata che aveva ritenuto configurabile l'aggravante con riferimento a 7,2 kg di cocaina, ancorché con percentuale di principio attivo non elevato, da cui erano estraibili comunque circa 5000 dosi droganti).

Cass., Sez. U, Sentenza n. 36258 del 24/05/2012 Ud. (dep. 20/09/2012) Rv. 253150

STUPEFACENTI - IN GENERE - Circostanze aggravanti - Ingente quantità - Configurabilità - Criteri di individuazione.

“In tema di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti, l'aggravante della ingente quantità, di cui all'art. 80, comma secondo, d.P.R. n. 309 del 1990, non è di norma ravvisabile quando la quantità sia inferiore a 2.000 volte il valore massimo, in milligrammi (valore - soglia), determinato per ogni sostanza nella tabella allegata al d.m. 11 aprile 2006, ferma restando la discrezionale valutazione del giudice di merito, quando tale quantità sia superata.”

PROCEDURA PENALE

Brevi note a proposito dell'avviso di chiusura delle indagini preliminari a cura dell'Avv. Barbara Carrara

Al termine delle indagini preliminari, qualora il Pubblico Ministero abbia a suo avviso raggiunto elementi sufficienti per configurare una responsabilità penale in capo all'indagato, gli corre l'obbligo di notificare allo stesso ed al suo difensore un avviso il cui contenuto – abbastanza complesso, a dire il vero – viene compiutamente delineato dall'art. 415 bis del codice di procedura penale.⁵²

Si tratta di una condizione essenziale per poter procedere alla richiesta di rinvio a giudizio, giacchè la mancata notifica dell'avviso all'indagato e – del pari – al suo difensore determina la nullità della richiesta di rinvio a giudizio (art 416 c.p.p. co.1) come pure del decreto di citazione diretta a giudizio dinanzi al Tribunale in composizione monocratica (art. 552 co.2 c.p.p); la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che si tratti di una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art 178, lett. C, c.p.p. 53 54

L'avviso di chiusura delle indagini consente così all'indagato, che non ne abbia avuto notizia alcuna in precedenza, di venire a conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico: per questo motivo vige l'obbligo di tradurre l'atto in una lingua nota all'imputato straniero, secondo quanto chiarito dalla Consulta con il provvedimento n. 10 del 1993; in esso viene infatti chiarito che la formulazione dell'art. 143 c.p.p. in tema di traduzione degli atti 55 si riferisce tanto agli atti orali quanto agli atti scritti, e

⁵² Così Cass. Pen III sez. 26.11.2002 – 17.01.2003 n.2116 in Cass. Pen. 2004, 134.

⁵³ Così Cass. Pen III sez. 26.11.2002 – 17.01.2003 n.2116 in Cass. Pen. 2004, 134.

⁵⁴ *Articolo 178. 1. È sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti:*

a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessari per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario;

b) l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento;

c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonchè la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante.

⁵⁵ *Art. 143. Nomina dell'interprete.*

1. L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. La conoscenza della lingua italiana è presunta fino a prova contraria per chi sia cittadino italiano.

che la stessa definizione di "accusa", così come riportata nel testo dell'art. 143 deve essere letta nella prospettiva dell'art.6 della Convenzione Europea, nonché dell'art.111 Cost., ovvero come dizione riferita ad ogni tipologia di atto che presenti elementi a carico dell'indagato e quindi la necessità di una difesa. Pertanto, l'omessa traduzione comporta una nullità intermedia di cui all'art. 178 lett. C c.p.p, estesa poi anche alla richiesta di rinvio a giudizio. 56 L'avviso deve essere notificato - a pena di nullità della richiesta di rinvio a giudizio - anche nel caso in cui il Pm abbia fatto decorrere il termine massimo di durata delle indagini preliminari; l'avviso dovrebbe infatti correttamente essere inviato prima del termine di chiusura delle indagini, e quindi, come precisa una puntuale dottrina, all'approssimarsi della scadenza "effettiva" dei termini di legge. 57

Ad avviso del pensiero dominante si tratta di un istituto con molteplici finalità e non solo quindi meramente difensive, giacchè si offre all'indagato la possibilità di recare apporti concreti alla completezza del quadro probatorio: la stessa scelta di imporre l'avviso prima della chiusura delle indagini richiede alla Pubblica accusa di indicare alla persona sottoposta alle indagini quelle che poi saranno le sue determinazioni in merito all'esercizio della azione penale, almeno sulla base dell'impianto accusatorio ricostruito nella fase investigativa.

Qualora infatti il PM non intenda procedere con l'azione penale dovrà compiere il diverso passo concernente la proposizione al GIP della richiesta

2. Oltre che nel caso previsto dal comma 1 e dall'articolo 119, l'autorità procedente nomina un interprete quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera o in un dialetto non facilmente intelligibile ovvero quando la persona che vuole o deve fare una dichiarazione non conosce la lingua italiana. La dichiarazione può anche essere fatta per iscritto e in tale caso è inserita nel verbale con la traduzione eseguita dall'interprete.

3. L'interprete è nominato anche quando il giudice, il pubblico ministero o l'ufficiale di polizia giudiziaria ha personale conoscenza della lingua o del dialetto da interpretare.

4. La prestazione dell'ufficio di interprete è obbligatoria.

56 Cass. Pen. S.U. 28.11.2006 n.39298 che precisa : "L'avviso di cui all'art. 415 bis/2° è previsto a pena di nullità della richiesta di rinvio a giudizio (art. 416/1° co.), o del decreto di citazione (art. 552/2°), perché deve enunciare l'imputazione e contenere l'avvertimento all'imputato della possibilità di esercizio di facoltà di difesa sostanziale, oltre che tecnica (co. 3° : presentare memorie, depositare documenti, chiedere il compimento di atti di indagine, presentarsi per rilasciare dichiarazioni o rendere interrogatorio). Perciò l'avviso è sicuramente tra gli atti cui si riferisce il principio affermato da Corte Costituzionale 10/93, in relazione all'art. 24 Cost. e espresso dall'art. 111/3, alla cui novella (L. Cost. 2/99) ha fatto immediato seguito la sua introduzione nel sistema procedurale (L. 3.12.99, n. 479). E del pari lo è la richiesta di rinvio a giudizio."

57 Quindi, i termini minimi di sei mesi, quelli prorogati dal Gip o comunque i termini massimi previsti dalla normativa vigente; così Marafioti, Bricchetti.

Nuove frontiere del diritto

Sito mensile telematico di diritto

ISSN 2240 - 726X

di archiviazione, richiesta che non viene infatti notificata all'indagato bensì al diverso soggetto che potrebbe avere in questo caso interesse ad integrare il quadro probatorio, ossia la parte offesa dal reato. 58

Non si può poi trascurare la possibilità per la difesa, una volta avuta conoscenza degli atti di indagine e della linea orientativa del PM, di svolgere opportune indagini difensive da presentare in sede di udienza preliminare.

Tuttavia, nonostante la indubbia polivalenza dell'istituto, questo stesso non viene previsto in caso di procedimenti speciali, quali il giudizio immediato ed il decreto penale di condanna, nonchè qualora si proceda per reati di competenza del Giudice di Pace.

In tema di giudizio immediato, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 453 c.p.p., in riferimento agli artt. 3 e 24 comma 2 Cost 59; sulla stessa linea di pensiero anche la Corte di Cassazione, che motiva sul punto argomentando sulla base del dettato letterale dell'art. 416 c.p.p, ove viene in effetti espressamente fatto riferimento alla Pubblica Accusa che intenda esercitare l'azione penale tramite la richiesta di rinvio a giudizio oppure con il decreto di citazione diretta a giudizio dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, escludendo così esplicitamente l'ipotesi dei riti speciali.

E' la struttura stessa del procedimento penale, ad avviso del Giudice delle Leggi, a prevedere riti diversi ed alternativi con meccanismi semplificati e tempi abbreviati e, pertanto, con diverse modulazioni del diritto di difesa che escludono quindi in nuce la possibilità di una disparità di trattamento.

Per quanto poi concerne il decreto penale di condanna di cui all'art. 459 c.p.p, la Consulta ha statuito che *"è manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 459 cod.proc.pen., nella parte in cui non prevede che, prima di chiedere al Giudice per le indagini preliminari l'emissione del decreto*

58 Meriterebbe un diverso approfondimento la controversa problematica relativa al fatto che il legislatore non abbia previsto l'obbligo per il Pm di notificare l'avviso anche alla parte offesa; questa, di fatto, apprende delle determinazioni dell'organo dell'accusa solo con gli atti introduttivi.

59 Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 203, in Dir. Pen e Proc. 2002, p. 818, .

penale di condanna, il Pubblico Ministero debba fare notificare all'indagato l'avviso di cui all'art. 415-bis cod.proc.pen." 60

Ad avviso della Corte il decreto penale non potrebbe essere considerato alla stregua di una vera e propria sentenza condanna, bensì niente di più che una decisione preliminare; qualora l'indagato decida di non proporre opposizione, il suo silenzio può essere poi interpretato come una sorta di acquiescenza che consente una decisione senza un contraddittorio tra le parti; comunque il contraddittorio sarebbe comunque garantito nella successiva fase della opposizione 61.

Particolarmente discussa in dottrina è stata poi la scelta del legislatore del 2000 di non prevedere l'avviso di chiusura delle indagini nel procedimento previsto dinanzi al Giudice di Pace: è stata infatti avanzata questione di legittimità costituzionale dell'art. 15 d.lgs 28 agosto 2000 n. 274 in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui non prevede che nel procedimento dinanzi al Giudice di Pace sia dato all'indagato della conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p.

Il Giudice delle Leggi, con pronuncia 28 giugno 2004 n. 201 ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione⁶²; ad avviso di scrive le motivazioni addotte della Corte, esattamente in linea con le argomentazioni espresse in tema di procedimenti speciali, non appaiono tuttavia del tutto convincenti.

Rimane infatti difficilmente comprensibile, se lo scopo del rito semplificato è deflattivo, la concreta motivazione per cui non viene consentito a colui che viene sottoposto ad indagini per un reato di competenza del Giudice di Pace la medesima opportunità di fornire all'organo dell'accusa quegli elementi che potrebbero eventualmente ben evitare allo stesso di portare le sue ragioni dinanzi al dibattimento ed evitare così un dibattimento magari più celere e spedito, ma comunque superfluo: tale argomentazione trova maggior conforto ove si consideri che le stesse Sezioni Unite hanno ribadito la

60 Corte Cost. 4 febbraio 2003, n. 32, in Giur. Cost. 2003, p. 201

61 Sul punto si sono levate infatti diverse voci dottrinali, che ritengono che tale impostazione sia sostanzialmente un passo indietro, quando si consideri che il decreto penale non abbia pari dignità rispetto alla sentenza di condanna.

62 Corte Cost. 28 giugno 2004, n. 201, in Giur. Cost. 2004, p. 2058.

natura di ordinario rito di cognizione del processo dinanzi al Giudice di Pace, per il quale non è raro che l'imputato venga a conoscenza della sua esistenza direttamente dalla convocazione per l'udienza dibattimentale.

Per quanto si possa infatti ritenere che la minore dei gravità dei fatti oggetto di contestazione possa giustificare un procedimento più snello, non si comprende come questo possa accadere a scapito delle garanzie difensive.

Una interessante questione è sorta in tema di formulazione dell'imputazione coatta da parte del PM successivamente alla udienza camerale fissata dal GIP, che non abbia ritenuto di accogliere la richiesta di archiviazione.

In questo caso, entro i due giorni successivi alla formulazione dell'imputazione coatta viene fissata con decreto la data di un'udienza preliminare che non viene preceduta dalla richiesta di rinvio a giudizio e neppure dall'avviso di chiusura delle indagini.⁶³

Ad avviso della Consulta, infatti, non essendovi, nel caso di imputazione coatta, la determinazione della Procura ad esercitare l'azione penale, non vi sarebbe motivo di garantire una fase di contraddittorio tra il PM e l'indagato. Inoltre, poiché la fissazione della udienza camerale permette al difensore di accedere previamente agli atti depositati presso il Giudice, ad avviso della Corte l'indagato potrebbe di fatto usufruire degli stessi poteri previsti dall'art. 415 bis c.p.p., quindi depositare memorie ed atti di indagine difensiva e chiedere al Giudice nuovi atti di indagine.

La dottrina maggioritaria non ha condiviso questa impostazione, ritenendo che la ratio del 415 bis c.p.p. e l'ordine di formulare l'imputazione si muovano su piani del tutto diversi, visto che l'obiettivo dell'avviso di chiusura delle indagini è appunto di aprire un contraddittorio con il Pm per condurlo alla richiesta di archiviazione; l'obiettivo dell'imputato nel corso della udienza camerale per la richiesta di archiviazione non accolta è di sostenere la

63 Corte Costituzionale, 29.12.2004 n. 441 in Giur. Cost. 2004, 654; C.cost. 19.12.2002 n.460 in Giur. Cost. 2002 n. 3822 (il commento è di Spangher, Citazione diretta, imputazione coatta, art. 415 bis c.p.p.) Si veda anche Nuzzo "Nel caso di imputazione coatta il diritto di difesa è garantito: non è necessario l'avviso ex art. 415 bis c.p.p.", ibidem, 1170 ss.

posizione del PM, non di confutarla, per cui le difese effettive vengono spiegate nel corso della udienza preliminare e non prima.⁶⁴

La Consulta è tornata per la quarta volta sul punto in tempi recentissimi, con una ordinanza che ha nuovamente ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art 409 c.p.p.; la Consulta, argomentando sulla base delle motivazioni sollevate dalla ordinanza di rimessione che è tornata nuovamente sulla differenza di trattamento tra il destinatario dell'avviso di chiusura e colui che viene invece avvisato per effetto dell'art 409 c.p.p., ravvisando altresì una violazione del diritto alla informazione previsto dall'art. 6 Convenzione EDU, ha rigettato nuovamente la questione di legittimità, ribadendo ancora una volta la sua posizione in tema di procedimento camerale ex art. 409 sulla base di motivazioni assolutamente conformi rispetto a quelle precedentemente espresse.⁶⁵

Una considerazione a parte merita poi la questione, non poi così rara, circa la necessità della notifica dell'avviso di chiusura delle indagini nel caso in cui venga sollevata la questione di competenza dinanzi al Giudice di Pace, nel cui rito – come si è visto – non è prevista la notifica dell'avviso, ed in seguito a declaratoria di incompetenza funzionale il giudizio venga spostato dinanzi al Tribunale per i reati ad esso competenti.

In esito alla sentenza con cui il Giudice di Pace dichiara la propria incompetenza e contestualmente trasmetta gli atti alla Procura perchè si proceda dinanzi al Tribunale monocratico, si può porre la questione se all'imputato, chiamato così a rispondere di un reato più grave di quello originariamente contestato, debba o meno essere notificato l'avviso di chiusura delle indagini preliminari.

Una corrente di pensiero ritiene che vi sia una sostanziale analogia tra la situazione sopra delineata ed il caso in cui l'udienza preliminare venga fissata dal giudice a seguito della formulazione coatta dell'imputazione da parte

64 Così V.Bonini, in Commento alla L.16.12.1959 n.479

65 Si tratta della quarta volta che la Consulta interviene sul tema, questa volta con ordinanza n.286 del 12.12.2012: le precedenti sono state l'ord.460 del 19.11.2002, la 491 del 26.11.2002 e quindi l'ordinanza 16.12.2004 n. 441. Si veda l'ampia disamina ed il commento dell'ultima ordinanza a cura di G. Leo, in *Diritto Penale contemporaneo*, 14.12.2012

del PM in esito al rigetto della richiesta di archiviazione di cui all'articolo 409 c.p.p.

Non vi sarebbe in questo caso compromissione alcuna del diritto di difesa, secondo questa linea argomentativa, poiché l'indagato ed il difensore avrebbero avuto comunque modo di esaminare gli atti e di poter presentare le proprie difese nel corso della udienza camerale prevista nel caso in cui il GIP non accolga la richiesta di archiviazione oppure la parte offesa abbia presentato opposizione.

Analogamente, nel caso in cui dinanzi al Giudice di Pace venga sollevata questione di incompetenza per una diversa qualificazione dei fatti per i quali l'indagato viene chiamato a rispondere, le difese avrebbero comunque già avuto modo di prendere visione degli atti ed interloquire nel corso dell'udienza in cui la questione venga sollevata.

Ad avviso di chi scrive questa argomentazione non è persuasiva: occorre prima di tutto verificare se la contestazione di un reato più grave sorga in esito ad una sola diversa qualificazione del medesimo materiale probatorio già raccolto dal PM in fase di indagini ⁶⁶, rispetto invece al diverso caso in cui vi siano nuove emergenze, eventualmente sulla base di elementi prodotti da altre parti processuali e delle quali le difese non hanno ovviamente potuto avere contezza alcuna.

In tal caso, si potrebbe verificare la anomala ipotesi per cui la garanzia disposta dall'art. 415 bis c.p.p. a tutela di ipotesi di reato decisamente più gravi verrebbe di fatto aggirata grazie ad una prima contestazione di lieve entità, poi aggravata in fase dibattimentale sulla base di elementi dei quali i difensori non hanno potuto avere contezza sino al momento in cui non sono emersi nella fase dibattimentale.

Si consideri, in questa prospettiva, anche l'ipotesi in cui l'avviso di cui all'art. 415 bis sia stato ritualmente notificato agli interessati e, successivamente, il

⁶⁶ Si consideri poi che sullo stesso materiale probatorio l'indagato, cui non viene notificato avviso di chiusura indagini trattandosi comunque di reati prima qualificati come competenza del Giudice di Pace, potrebbe anche non aver avuto la possibilità di interloquire con il Pm.

PM esegua nuove indagini che rendano necessaria una discovery differente e nuova dei fatti, così come appurati dalla attività di indagine.

Si è ritenuto che la situazione debba essere differentemente valutata nel caso in cui l'attività di indagine del PM sia stata sollecitata dalla difesa stessa, che pertanto non può non essere a conoscenza della nuova direzione delle indagini ed alla quale quindi l'avviso non dovrà essere nuovamente comunicato, rispetto alla diversa ipotesi in cui la Procura abbia proceduto di sua iniziativa alle nuove attività investigative, rispettando i termini di durata previsti dopo l'avviso di chiusura delle indagini preliminari, ed abbia poi modificato il fatto per il quale si procede; in tal caso si ritiene senz'altro che il difensore abbia diritto ad un nuovo avviso.

Parimenti, l'indagato cui vengano contestati più gravi reati nel rito dinanzi al Giudice di Pace, emergenti sulla base di elementi di cui non ha potuto avere cognizione in fase di indagini e siano tali da aver determinato uno spostamento di competenza dinanzi al Tribunale dovrebbe, ad avviso di chi scrive, essere destinatario dell'avviso di chiusura ex art. 415 bis cpp.

2013 - ***Nuove frontiere del diritto***

Sito giuridico mensile telematico e gratuito

Codice ISSN 2240-726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.