

■ 1. I principi di legalità, materialità, offensività e colpevolezza

SOMMARIO: 1. I principi di legalità, materialità, offensività e colpevolezza - 1.1. Introduzione: il diritto penale e la legge penale - 1.2. L'origine e la natura giuridica - 1.3. I corollari del principio di legalità - 1.3.1. Il principio di riserva di legge - 1.3.2. I principi di determinatezza e tassatività. Il divieto di analogia e le norme eccezionali - 1.3.3. Il principio di irretroattività e la legge penale nel tempo - 1.3.4. Il “*tempus commissi delicti*” - 1.4. Il principio di materialità - 1.5. Il principio di offensività - 1.6. Il principio di colpevolezza - 1.7. Il principio della riserva di codice

1.1. Introduzione: il diritto penale e la legge penale

Il **diritto penale** è l'insieme delle norme giuridiche che prevedono e disciplinano fatti che l'ordinamento qualifica come illeciti, in quanto contrari ai fini che il medesimo persegue e per i quali sono comminate sanzioni penali. Si articola in **norme penali incriminatrici** – che disciplinano le singole fattispecie di reato (il *diritto penale in senso stretto*) - e in **norme penali accessorie** che regolano aspetti diversi dall'incriminazione delle condotte umane.

Diritto
penale

Il **sistema penale** può pertanto essere suddiviso in due grandi branche:

- la *parte generale* contenente i principi generali e le regole comuni applicabili ai reati;

Sistema
penale

- la *parte speciale* che prevede le singole ipotesi incriminatrici.

La **norma giuridica**, intesa in senso stretto, è costituita da due parti:

Norma
giuridica

- il **precetto**, secondo cui un determinato comportamento è lecito o meno (comando nei reati omissivi, divieto nei reati commissivi);
- la **sanzione**, cioè la minaccia di una pena in caso di violazione del precetto.

Esistono, poi, norme che contengono il solo precetto o la sola sanzione (*norme imperfette*); norme con precetto a carattere generico, che necessitano cioè di essere integrato da con atti normativi di grado inferiore come regolamenti e provvedimenti amministrativi (*norme penali in bianco*); norme che non contengono né un precetto né una sanzione ma si limitano a precisare la portata di altre norme o ad individuarne l'ambito di applicabilità (*norme integratrici*).

La sanzione tipica prevista per la violazione di un precetto è la **pena**, elemento che contraddistingue l'illecito penale da ogni altro tipo di ille-

Penal

cito giuridico. In origine, la legge penale era considerata come un mezzo esclusivamente punitivo; oggi, invece, la sua funzione si è ampliata diventando anche uno **strumento repressivo e preventivo** dei fenomeni criminali.

In sintesi, le *finalità della legge penale* sono le seguenti:

- ristabilire l'ordine sociale violato dal reato;
- prevenire la commissione di futuri reati;
- promuovere il miglioramento della società e, con la pena, ottenere la rieducazione del reo.

Ragionevolezza Il sistema penale attuale trova nella Costituzione il parametro di riferimento e nella **ragionevolezza** (ex art. 3 Cost.) il principio ispiratore per la valutazione della rilevanza degli interessi tutelati dalla norma giuridica ed i mezzi utilizzati per perseguirli.

Sussidiarietà Nel rapporto con altre norme la legge penale viene concepita come *extrema ratio* per far fronte all'inadeguatezza delle norme extrapenali nella tutela di un bene giuridico (**principio di sussidiarietà**); è inoltre necessario che:

- l'intento criminoso del soggetto agente si estrinsechi in un comportamento esterno (**principio di materialità**);
- l'offesa, oggetto dell'incriminazione penale, sia effettivamente lesiva o, in ogni caso, concretamente in grado di mettere in pericolo il bene protetto dalla norma (**principio di offensività**);
- il comportamento posto in essere dal soggetto agente sia a questi addebitabile (**principio di colpevolezza**);

Principio di frammentarietà – tra condotta ed evento intercorra un **nesso di causalità** (art. 40 c.p.);

– il fatto illecito sia tipico, cioè si riferisca a determinate modalità di aggressione dei beni giuridici. È, infatti, opportuno precisare che non tutto ciò che è antigiuridico per altri rami dell'ordinamento o ciò che la generalità dei consociati percepisce come disdicevole può essere automaticamente qualificato come penalmente rilevante (c.d. **principio di frammentarietà**).

La legge penale può essere infine letta come una sorta di limite per la libertà dei consociati e, nel conflitto tra istanze punitive e diritto di libertà personale, si ha la prevalenza della norma incriminatrice nella misura in cui l'esigenza di preservare un bene si presenti, nella gerarchia dei valori, preponderante sulla libertà personale.

1.2. L'origine e la natura giuridica

Principio di legalità Il c.d. **principio di legalità** trae origine dall'articolo 1 del codice penale il quale recita: "Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite", e trova un solenne riconoscimento sia nell'arti-

colo 25 comma 2 della Carta Costituzionale, in base al quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”, sia nell’articolo 7 comma 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali secondo il quale “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...”.

Il nostro ordinamento ha accolto una *concezione* in senso *formale* di tale principio, per cui vige il divieto di punire un qualsiasi reato che, al momento della sua commissione, non sia espressamente previsto dalla legge come reato e con pene che non siano da questa stabilite (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Deve pertanto respingersi una interpretazione difforme improntata al *principio di legalità sostanziale*, per il quale devono essere considerati reati tutti i comportamenti che generano allarme sociale, anche se non sono espressamente previsti da un precetto legislativo e in virtù del quale, in assenza di una disposizione normativa, le pene da applicare dovranno essere adeguate al duplice scopo di punire il fatto illecito commesso e di proteggere lo svolgimento normale della vita sociale.

Concezione
formale

A riguardo la Corte costituzionale con sentenza n. 364 del 23 marzo 1988 (rel. Dell’Andro) ha sancito i seguenti fondamentali principi di diritto:

- il principio di colpevolezza in materia penale costituisce anche garanzia di libere scelte di azione del cittadino, e come tale rappresenta il secondo aspetto del principio di legalità vigente in ogni Stato di diritto;
- il tassativo divieto di responsabilità penale per fatto altrui contenuto nell’art. 27, comma primo, Cost., deriva dal ben più “civile” principio di non far ricadere su di un soggetto le conseguenze penali di “colpe” a lui non ascrivibili;
- l’art. 27, comma primo, Cost., non contiene un tassativo divieto di responsabilità oggettiva, ma postula la colpevolezza dell’agente in ordine agli elementi – da individuarsi di volta in volta - “più significativi” della fattispecie;
- sebbene non sia configurabile un autonomo dovere di conoscenza delle singole leggi penali, sui destinatari dei precetti incombano (ex art. 2 Cost.) doveri – di attenzione, informazione, diligenza – strumentali all’osservanza dei medesimi, e dall’adempimento o meno di tali doveri dipende la qualificazione dell’ignoranza della legge come inevitabile (e, dunque scusabile) ovvero come evitabile (e, pertanto, inescusabile);
- il principio di legalità dei reati e delle pene (art. 25, comma secondo, Cost.) e quello di previa pubblicazione della legge (art. 73, comma terzo, Cost.), implicano l’adempimento, da parte dello Stato, di ulteriori doveri costituzionali, concernenti anzitutto la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme penali, in guisa che queste ultime siano riconoscibili dai cittadini.

Giurisprudenza
costituzionale

1.3. I corollari del principio di legalità

1.3.1. Il principio di riserva di legge

Riserva
di legge

Il principio della **riserva di legge** rappresenta un'articolazione del principio di legalità, e sancisce il divieto di sanzionare penalmente un fatto in assenza di una legge che lo preveda come reato, al fine di contemperare le istanze punitive con i diritti fondamentali della persona (es. libertà personale), che possono essere compresi solo nella misura in cui risulti necessario per preservare interessi ritenuti dall'ordinamento prevalenti e meritevoli di tutela. La legge penale, in generale, viene adottata dal Parlamento, sede nella quale si esprime la sovranità popolare e dove trova ampio spazio il rapporto dialettico tra minoranze e maggioranze politiche che vanno a scongiurare eventuali arbitrarie ingerenze del potere esecutivo e giudiziario. Rientrano, altresì, nel novero delle fonti normative del diritto penale anche gli atti aventi forza di legge emanati dal Governo (c.d. leggi materiali), vale a dire i decreti legge e i decreti legislativi, ed addirittura i bandi militari, atti la cui efficacia spaziale si esplica limitatamente alla zona nella quale il comando viene impartito e che sono espressione di una potestà straordinaria delegata al Governo dal Parlamento. Non possono invece rappresentare fonti normative penali le leggi regionali e qualsiasi atto normativo del potere esecutivo diverso dai decreti legge e decreti legislativi (regolamenti e circolari).

La riserva di legge può essere:

- **assoluta** quando l'intero comportamento viene regolato e sanzionato solo dalla norma primaria, senza che possano intervenire, a fini integrativi, regolamenti o altri atti normativi di natura secondaria;
- **relativa** quando, mediante la tecnica del "rinvio", è ammesso l'intervento di fonti secondarie nella creazione di fattispecie penali per evitare che la legge, richiedendo tempi lunghi di approvazione, non risponda più alle reali esigenze di repressione o prevenzione dei reati.

Norme
penali in
bianco

Riconoscendo la riserva di legge relativa, la Corte Costituzionale ha implicitamente ammesso la legittimità delle cosiddette **norme penali in bianco**, norme in cui gli elementi principali del precetto normativo penale e la sanzione sono regolati in via generale da fonte normativa primaria, mentre altri elementi di dettaglio sono demandati alla regolamentazione secondaria: atti amministrativi o regolamenti. In questo senso, la norma penale in bianco non è in contrasto con la riserva (relativa) di legge di cui all'art. 25 Cost., poiché la fonte immediata della norma penale resta pur sempre la legge (in senso formale o sostanziale), rivestendo la norma regolamentare o l'atto della P.A. il ruolo di completamento e integrazione del precetto, nei limiti e con il contenuto indicati con sufficiente specificazione dalla norma primaria.

Accanto alle categorie della riserva di legge assoluta e relativa, la dottrina ha elaborato anche la figura della “**riserva tendenzialmente assoluta**”: si ammette il rinvio a norme regolamentari, a patto che le stesse si limitino ad introdurre mere “**specificazioni tecniche**” di uno o più elementi già enucleati dalla norma primaria e sempre che la legge indichi il “**criterio tecnico**” che la fonte regolamentare dovrà applicare.

Questa impostazione compie un bilanciamento fra l'esigenza di garantire il monopolio legislativo delle scelte politico-criminali con la necessità di aggiornamento tempestivo della disposizione penale per evitare il rischio di naturale “obsolescenza” delle leggi. Tale tesi è, ad oggi, prevalente in dottrina ed è, inoltre, stata accolta anche nella recente giurisprudenza.

In relazione alla normativa sovranazionale, soltanto i *regolamenti della Comunità europea* possono creare direttamente disposizioni penali; le altre norme internazionali non hanno immediata operatività, neanche attraverso il dettato dell'art. 10 Cost., ed è, perciò, sempre necessario il loro recepimento in una norma statale che le renda efficaci nel nostro ordinamento.

Regolamenti
UE

Nessuna funzione penale incriminatrice può assumere la *consuetudine* perché, essendo una norma non scritta nata dalla ripetizione costante ed uniforme di comportamenti ritenuti surrettiziamente corrispondenti ad un precetto giuridico dai consociati, andrebbe a violare il principio della riserva di legge.

Non è ammissibile neanche la *consuetudine abrogatrice* la quale consiste nell'abrogazione di una norma per il solo fatto di essere caduta in disuso. L'art. 15 disp. prel. c.c. stabilisce infatti che: “le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità fra la nuova disposizione e quelle precedenti, o perché la nuova legge regola la materia già regolata dalla legge anteriore”. Neanche la *consuetudine integratrice* è ammessa perché contrasta con i principi di tassatività e determinatezza.

La *desuetudine*, invece, acquista valore quando viene confermata da una nuova norma penale che non punisce più quel comportamento che per *desuetudine* non era comunque punito.

1.3.2. I principi di determinatezza e tassatività. Il divieto di analogia e le norme eccezionali

I concetti di “**determinatezza**” e “**tassatività**” vengono spesso utilizzati come sinonimi, ma, in realtà, il primo vincola essenzialmente il legislatore, essendo strettamente afferente alle modalità di elaborazione lessicale delle norme e all'esatta individuazione delle condotte vietate; il secondo, invece, obbliga prevalentemente il giudice, che deve applicare la legge penale soltanto alle fattispecie in essa direttamente contenute

Determinatezza e
tassatività

senza estenderne l'ambito di operatività a casi diversi, per quanto connotati da elementi di similitudine.

È un principio che riguarda essenzialmente i rapporti tra il potere legislativo e quello giudiziario. Impone al legislatore l'obbligo di formulare le norme penali incriminatrici utilizzando espressioni sufficientemente precise e determinate in modo da individuare con esattezza ciò che è lecito e ciò che è penalmente sanzionato, circoscrivendo così l'attività di interpretazione del giudice il quale è tenuto a verificare la corrispondenza del caso concreto alla fattispecie tipica astratta.

Gli articoli 527, 528 e 529 c.p., che puniscono gli atti, le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, qualificandoli come quelli che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore, non contrastano con il principio di legalità, garantito dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione. Detto principio viene rispettato dal legislatore non solo con la tassativa descrizione delle fattispecie penali, ma, quando appare necessario, come nel caso di tutela di beni immateriali, altresì con il ricorso a nozioni proprie dell'intelligenza comune, che egualmente consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una determinata condotta lo abbia o meno violato (Corte cost. n. 191 del 1970).

Non sono di per sé in contrasto con il principio della legalità dei reati e delle pene, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., le fattispecie criminose c.d. a forma libera, che richiamano, cioè, con locuzioni generiche, ma di ovvia comprensione, concetti di comune esperienza o valori etico-sociali oggettivamente accertabili dall'interprete. Com'è stato rilevato in dottrina, la (necessaria) "tassatività" della fattispecie non si risolve né si identifica nella (più o meno completa) "descrittività" della stessa. Limiti ben precisi al potere, rimesso al giudice, di puntualizzare specificamente il contenuto di riferimenti in apparenza indeterminati contenuti nelle fattispecie criminose c.d. a forma libera, derivano dalla stessa correlazione, interna alla norma incriminatrice, tra la condotta vietata e il bene protetto: da rapportarsi, a sua volta, ai principi costituzionali che, garantendo l'esercizio di determinati diritti di libertà, si traducono necessariamente in altrettanti limiti (esterni alla norma, ma sempre interni al sistema) alla individuazione di quel bene e pertanto alla configurabilità dell'illecito consistente nella sua violazione (Corte cost. n. 188 del 1975).

Si tratta, quindi, di capire qual è il grado di determinatezza della fattispecie, capace di soddisfare le finalità perseguite dal principio di tassatività. In proposito sono state individuate tre categorie di elementi che possono partecipare alla composizione della fattispecie penale:

- Elementi rigidi a) i **c.d. elementi rigidi**: si tratta di elementi **descrittivi**, di tipo naturalistico o numerico, al pari degli elementi **normativi giuridici** che richiamano altre norme giuridiche ben individuabili e determinate nel loro contenuto. Rispetto a tali elementi non si pongono problemi di armonizzabilità con il principio di tassatività, dato che, ove utilizzati nella formulazione della norma, la riconduzione del caso concreto alla fattispecie astratta non pone alcuna difficoltà;
- Elementi elastici b) i **c.d. elementi elastici**: sono tali gli elementi **non astrattamente tipizzabili** dal legislatore sin dal momento della formulazione del pre-

cetto, i quali sono espressione di una **realtà quantitativa o temporale abbastanza circoscritta**, nonché gli elementi **normativi extragiuridici** che richiamano parametri metagiuridici, come, ad esempio, le regole sociali, etiche, tecniche di facile individuazione.

Questi elementi lasciano al giudice penale un margine di discrezionalità meno vincolato rispetto ai c.d. elementi rigidi, ma comunque circoscritto, così da non potersi dire violato il canone costituzionale di tassatività.

La Corte Costituzionale ha, in più di un'occasione, dato rilievo alla funzione dei c.d. elementi elastici. Al riguardo, una delle prime pronunce in cui la suddetta funzione è stata valorizzata è la **sentenza della Corte Cost. n. 5/2004** (alla quale ha, poi, fatto seguito la sentenza della Corte Cost. n. 327/2008), pronunciata in relazione alla clausola dell'assenza di "giustificati motivi" utilizzata in relazione al reato commesso dallo straniero che non ottempera all'ordine di allontanamento dal territorio italiano impartitogli dal questore (art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 525 luglio 1998, n. 286). La Consulta, dopo aver evidenziato che clausole siffatte fungono da "valvole di sicurezza" del sistema sanzionatorio (in quanto vanno ad evitare che la sanzione penale scatti ove l'osservanza del precetto appaia concretamente "inesigibile", sottolinea che «l'inclusione della formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero (...) di clausole generali o concetti "elastici", **non comporta un vulnus del parametro costituzionale** evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo».

c) i **c.d. elementi vaghi o indeterminati**: si pongono in netto contrasto con l'art. 25 Cost, non essendo in alcun modo idonei a fondare un parametro univoco di valutazione e qualificazione del fatto concreto.

Elementi vaghi o indeterminati

Accade spesso, inoltre, che l'organo giudicante sia impegnato in attività di carattere ermeneutico, che pongono un'ulteriore problema: quello dell'**analogia** e della sua applicabilità.

L'analogia è lo strumento attraverso cui vengono risolti in via interpretativa i casi non previsti dalla legge, estendendo ad essi la disciplina stabilita per i casi simili o, se il caso resta ancora dubbio, si ricorre ai principi generali del diritto. Il nostro ordinamento prevede il **divieto di analogia in materia penale** laddove l'art. 14 delle Preleggi, sancisce che: "le leggi penali e quelle che fanno eccezione ai principi generali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". Questo significa che il giudice non può applicare la legge penale fuori dei casi espressamente previsti e disciplinati dal legislatore e tale divieto non investe solo l'elemento precettivo della norma, ma anche la relativa sanzione, le misure di sicurezza e di prevenzione.

Divieto di analogia