

Immigrazione

La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale

CASSAZIONE PENALE, Sez. Un., 16 gennaio 2008 (u.p. 27 settembre 2007), n. 2451 - Pres. Lupo - Est. Lattanzi - Ric. Magera

Cittadino rumeno imputato nel 2006 del reato di ingiustificata permanenza nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsene (art. 14, comma 5 - ter, d.lgs. n. 286/1998) - Status di cittadino non appartenente all'Unione Europea come presupposto di applicazione della norma penale in questione ex art. 1 d.lgs. n. 286/1998 - Sopravvenuto ingresso (1 gennaio 2007) della Romania nell'Unione Europea - Intervenuta abolitio criminis per successione di norme extrapenali integratrici del precetto - Esclusione.

(Cost. artt. 3 e 25, comma 2; c.p. art. 2; d.lgs. n. 286/1998 artt. 1, 14, commi 5-bis e 5-ter)

Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato).

(Omissis).

Considerato in diritto

1. Rispetto alla questione rimessa per la soluzione alle Sezioni unite è preliminare quella, oggetto del ricorso del Procuratore generale, relativa al contenuto della motivazione del provvedimento del questore che, a norma dell'art. 14, comma 5 bis, d.lgs. n. 286/1998, «ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni». Se infatti si dovesse convenire con il tribunale che il provvedimento del questore era illegittimo, che l'imputato non era tenuto ad osservarlo e che quindi non era avvenuta la violazione costituente reato, la questione sugli effetti da ricollegare all'ingresso della Romania nell'Unione Europea sarebbe priva di rilevanza: il fatto sarebbe insussistente e non ci sarebbe ragione di chiedersi se esso sia ancora preveduto come reato.

È da aggiungere che, secondo l'indicazione che si trae dalla sequenza delle formule di proscioglimento contenute nell'art. 129, comma 1, c.p.p. e dalla diversa ampiezza degli effetti liberatori per l'imputato, la formula "il fatto non sussiste" dovrebbe prevalere sulla formula "il fatto non è previsto come reato" (ved. Sez. V, 6 di-

cembre 2000, n. 10312/2001, Rossi, rv. 218804; Sez. III, 23 giugno 1993, n. 9096, Steinhauslin, rv. 195202; Sez. VI, 30 novembre 1990, n. 4508, Pennino, rv. 183894, queste ultime due con riferimento all'art. 152 c.p.p. 1930), e anche sotto questo aspetto non vi sarebbe ragione di interrogarsi sull'esistenza o meno dell'*abolitio criminis*.

Occorre dunque stabilire se il motivo di ricorso proposto dal Procuratore generale è fondato.

L'ordine del questore allo straniero di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato segue il decreto di espulsione del prefetto e presuppone che non sia stato possibile eseguire tempestivamente l'espulsione e neppure trattenere lo straniero presso un centro di permanenza, ovvero che siano trascorsi i termini di permanenza (art. 14, comma 5 bis, d.lgs. n. 286/1998), e secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, a norma dell'art. 3, comma 1, l. n. 241 del 1990, l'ordine deve essere motivato: la mancanza di motivazione ne comporta l'illegittimità e rende inconfigurabile la violazione prevista come reato dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286 cit. (ved. Sez. I, 21 dicembre 2006, n. 1575/2007, Tanase; Sez. I, 6 dicembre 2006, n. 1076/2007, Ismellari; Sez. I, 28 marzo 2006, n. 13314,

Hado; Sez. I, 15 dicembre 2005, n. 5217/2006, Beji Lofiti; Sez. I, 22 aprile 2005, n. 19722, Popescu, rv. 232223).

Nel caso in esame l'ordine è stato motivato considerando, quanto all'impossibilità di eseguire l'espulsione, che non era «immediatamente disponibile vettore aereo o altro mezzo di trasporto» e, quanto all'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, che vi era «mancanza di posti disponibili». La sentenza non ha mosso rilievi riguardo al primo presupposto ma ha giudicato carente la motivazione sul secondo, in quanto «espressiva di mera ripetizione della formula normativa». Ciò posto, deve ritenersi frutto di un evidente equivoco l'affermazione del ricorrente che l'ordine era stato ritenuto dal tribunale illegittimo anche perché il questore non aveva «motivato circa l'impossibilità di eseguire l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica», e quindi è privo di rilevanza il motivo volto a sostenere che tale motivazione non era necessaria. L'altro motivo, con il quale il ricorrente ha negato che potesse ritenersi sostanzialmente mancante la motivazione sul secondo presupposto, non è invece frutto di un equivoco e risulta fondato, perché non è vero che la motivazione sulla impossibilità del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea è stata meramente ripetitiva della formula legislativa.

Il questore nel suo provvedimento ha precisato che l'impossibilità dipendeva dalla «mancanza di posti disponibili» e, come è già stato altre volte ritenuto (ved. Sez. I, 28 marzo 2006, n. 13314, Hado), tanto basta per dare ragione dell'esistenza del presupposto in questione, senza che occorran spiegazioni ulteriori.

La motivazione ha la funzione di dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento, e di indicare i dati materiali e le ragioni che hanno fatto ritenere esistente la fattispecie concreta, «funzione che, a seconda dei casi, può richiedere uno svolgimento diffuso o poche parole» (sent. 26 novembre 2003, n. 23/2008, Gatto, la quale ha ritenuto correttamente motivato un decreto del pubblico ministero che, ai fini dell'art. 268, comma 3, c.p.p., aveva fatto riferimento alla «indisponibilità di lince»), e, nel caso in esame, la considerazione del questore che non vi erano posti disponibili dimostrava, con poche ma concludenti parole, l'impossibilità di trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea.

Perciò erroneamente il tribunale ha ritenuto illegittimo l'ordine del questore e di conseguenza inesistente la violazione addebitata; resta da stabilire se il fatto sia ancora previsto come reato.

2. Come ha ricordato l'ordinanza di rimessione, questa Corte ha ritenuto che non potesse trovare applicazione l'art. 2 c.p. in un caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di «stranieri» (si trattava di polacchi), divenuti, nel corso del giudizio, cittadini europei, per-

ché, a suo avviso, si era verificata una «vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'U.E., limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso» (Sez. I, 11 gennaio 2007, n. 1815, Ferlazzo, rv. 236028).

L'ordinanza ha aggiunto che un orientamento analogo in precedenza era stato espresso da Sez. VI, 16 dicembre 2004, n. 9233/2005, Buglione, rv. 230950, relativa all'applicazione di una misura cautelare personale per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini lettoni, che dopo l'ingresso in Italia avevano perso la qualità di stranieri per l'adesione del loro Paese all'Unione Europea.

A questi precedenti, citati nell'ordinanza, si possono aggiungere, nello stesso senso, sempre in tema di favoreggiamento (ma questa volta di rumeni), Sez., I, 8 maggio 2007, n. 22805, Mathe e Sez. I, 15 giugno 2007, n. 29728, Afloarei.

Invece Sez. I, 22 novembre 2006, n. 42412, Balota, rv. 235584 ha preso in considerazione il reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, in un caso singolare: il Tribunale monocratico di Crotone, con provvedimento del 1° febbraio 2006, aveva negato la convalida dell'arresto di un cittadino rumeno per la violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato rilevando che l'arrestato avrebbe dovuto ritenersi in via analogica cittadino europeo, perché era previsto che il 1° gennaio 2007 la Romania sarebbe entrata a far parte dell'Unione Europea. Il provvedimento è stato annullato in quanto, secondo la Corte di cassazione, il delitto dell'art. 14, comma 5 *ter*, cit. «si perfeziona con la mera realizzazione della condotta, sicché non rilevano né la previsione di un futuro ingresso dello Stato di appartenenza del cittadino extracomunitario nell'Unione europea, né l'adesione *in itinere*» del suo Paese d'origine all'Unione. La Corte ha aggiunto che l'arrestato non si sarebbe potuto giovare del regime di cui all'art. 2 c.p. neppure successivamente, perché il perfezionamento dell'adesione avrebbe dato luogo a «una vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento ... senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso».

Inoltre, in vari altri casi la Corte di cassazione ha deciso ricorsi relativi al reato dell'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 senza neppure prospettarsi la possibilità che in seguito alla perdita della qualità di straniero, che

l'imputato aveva al momento del fatto, potesse essersi verificata un'*abolitio criminis* (ved., ad esempio, Sez. I, 27 febbraio 2007, n. 9345, Trandafir; Sez. I, 14 marzo 2007, n. 19096, Iordache; Sez. I, 27 marzo 2007, n. 17576, Todeanca).

Tenuto conto delle decisioni finora intervenute, deve riconoscersi che, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sulla punibilità dei reati previsti dagli artt. 12 e 14 d.lgs. n. 286/1998, relativi a stranieri che successivamente abbiano acquistato la cittadinanza europea, non è ravvisabile alcun contrasto; è vero però che, come ha rilevato l'ordinanza di rimessione, esistono orientamenti diffusi sugli effetti che in genere può determinare sul trattamento penale la modificazione di una norma extrapenale (nel senso di norma esterna alla fattispecie penale, che potrebbe anche essere una norma penale, come avviene nel caso di calunnia o di associazione per delinquere), cui quella penale faccia in qualche modo riferimento, e che se si dovesse accogliere l'opinione che questa modificazione si risolve sempre in un fenomeno di successione di leggi penali si dovrebbe concludere che, diversamente da quanto è stato ritenuto dalle ricordate decisioni, l'acquisto della qualità di cittadino europeo fa escludere, a norma dell'art. 2, comma 2, c.p., la punibilità dei reati previsti dal d.lgs. n. 286/1998, commessi precedentemente.

3. In seguito all'entrata in vigore, il 1° gennaio 2007, del Trattato di adesione della Romania all'Unione Europea (l. 9 gennaio 2006, n. 16) ha perso efficacia il decreto di espulsione emesso dal prefetto a norma dell'art. 13 d.lgs. n. 286/1998, ed è venuto meno l'obbligo per l'imputato di lasciare il territorio dello Stato, in ottemperanza all'ordine impartito a suo tempo dal questore, e correlativamente è cessato il reato previsto dall'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998. Poiché però il reato era già stato commesso c'è da chiedersi se ne permanga, o meno, la punibilità.

La risposta deve essere ricercata facendo riferimento ai criteri già affermati in tema di successione di leggi penali da queste Sezioni unite con la sentenza 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano. In quella sentenza le Sezioni unite hanno escluso la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto e hanno affermato che per individuare il campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p. non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito, o meno, anche in base a quella posteriore. Perciò non può escludersi che un fatto, divenuto non punibile per la legge extrapenale posteriore, rimanga punibile per la legge anteriore, vigente al momento della sua commissione.

L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modifi-

cata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'*abolitio criminis* parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte (si pensi ad esempio alle modificazioni subite dal reato di abuso d'ufficio o da quello di false comunicazioni sociali).

La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto.

In altre parole, nel caso in esame occorre stabilire se la qualità di appartenenti all'Unione Europea, acquistata dai cittadini della Romania e degli altri Stati che sono di recente entrati a far parte dell'Unione, ha inciso sulla fattispecie dell'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998, con effetto retroattivo o ha solo dato luogo a una modificazione della situazione di fatto, che ha reso lecita la loro permanenza in Italia dal momento dell'ingresso dei rispettivi Stati nell'Unione.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite ha prospettato la possibilità che nel caso in esame la punibilità venga esclusa in applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p., anziché del secondo comma dello stesso articolo, con l'opportuno effetto in tal caso di rendere inoperante la vicenda successoria rispetto alle condanne divenute irrevocabili. Però il quarto comma dell'art. 2 c.p., come si desume dal suo contenuto dispositivo e si ritiene generalmente, riguarda la modificazione delle incriminazioni e non la loro abolizione, riguarda cioè l'ipotesi in cui, in seguito a una successione di leggi penali, il fatto continua a costituire reato ma è trattato in modo diverso, e pone la regola che in tale ipotesi deve applicarsi la disposizione più favorevole, «salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Nel caso in esame occorre invece stabilire se l'incriminazione sia stata o meno abolita in seguito alla modificazione della legge extrapenale, e una risposta affermativa non può non comportare anche il superamento delle eventuali sentenze irrevocabili di condanna, di cui, a norma del secondo comma dell'art. 2 c.p., dovrebbero cessare l'esecuzione e gli effetti penali.

4. Sulla questione relativa agli effetti della successione di leggi extrapenali in giurisprudenza sono emerse opinioni diverse e i vari casi che si sono presentati sono stati risolti ora muovendo dall'affermazione di principio che l'art. 2, comma 2, c.p. si applica anche rispetto alla successione di leggi extrapenali, ora, invece, dall'affermazione opposta. Se però si considerano attentamente i diversi casi passati al vaglio della giurisprudenza ci si

rende conto che per la loro soluzione non ci si può affidare all'affermazione di principio che tutte le modificazioni di dati normativi esterni, implicati dalla fattispecie penale, sono da trattare come un fenomeno di successione di leggi penali o all'affermazione opposta.

Anche nella dottrina le opinioni sono diverse e si articolano variamente tra due estremi. Da un lato c'è la tesi di chi ritiene che ogni disposizione che rileva nella descrizione della fattispecie penale finisce, ai fini dell'art. 2 c.p., a connotarsi penalmente e a far assumere rilevanza alle modificazioni che la riguardano; dal lato opposto la tesi di chi invece è convinto che le modificazioni di leggi diverse da quella penale non rilevino se il nucleo penale della fattispecie non cambia. Le modificazioni secondo questa tesi sono assimilabili a quelle relative ai presupposti di fatto e quindi danno origine a una diversità di fatti concreti, rimanendo prive di rilevanza ai fini del secondo comma dell'art. 2 c.p.

In mezzo coloro che distinguono tra leggi extrapenali le cui modificazioni sono rilevanti e leggi le cui modificazioni non lo sono, da individuare anche facendo ricorso a criteri valutativi, per riuscire a differenziare i casi in cui la modificazione ha determinato, anche per il passato, il venir meno della lesività del fatto da quelli in cui invece non ha determinato questo effetto.

Al primo dei due estremi si colloca una tesi estremamente lineare, la quale dalla premessa che il significato del termine "fatto" nel primo e nel secondo comma dell'art. 2 c.p. deve essere uguale deduce che qualunque modificazione mediata, se da un lato non può avere l'effetto di rendere punibile un fatto che prima non lo era, dall'altro non può non far cessare la punibilità di un fatto che prima lo era.

«Se per "fatto" ai fini dell'art. 2, comma 1, c.p. si deve... assumere il fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice - si è detto - non si vede perché lo stesso concetto non debba più valere ai fini dell'art. 2, comma 2, c.p.».

La tesi è suggestiva, però è dubbio che il "fatto" dell'art. 2, comma 1, c.p. sia quello «storicamente determinato in tutti i suoi aspetti rilevanti», ivi compresi quelli disciplinati dalle norme extrapenali.

È vero che la modificazione di una norma extrapenale non potrebbe dar luogo a un'applicazione retroattiva, ma non sembra che ciò dipenda dal concetto di "fatto" accolto dall'art. 2, comma 1, c.p., perché è assai difficile ipotizzare che un fatto divenuto reato per la successiva modificazione di una legge extrapenale possa essere integrato da condotte precedenti, posto che in precedenza potevano esistere, e non sempre, gli elementi di fatto, ma non anche le qualificazioni normative presupposte dalla norma penale.

Venendo al caso oggetto di giudizio si immagini una situazione in cui uno Stato cessi di far parte dell'Unione Europea. Il cittadino di questo Stato diviene uno straniero (nel senso precisato dall'art. 1 d.lgs. n. 286/1998)

ma è impossibile ipotizzare che possa essersi verificata in precedenza una condotta riconducibile all'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 (secondo la sequenza: provvedimento di espulsione del prefetto, impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, provvedimento del questore e infine violazione) che potrebbe essere resa punibile in mancanza della regola dell'art. 2, comma 1, c.p.

Ma alla stessa conclusione deve giungersi nei casi in cui il fatto commesso prima della modificazione potrebbe essere identico a quello che successivamente integrerebbe un reato.

Si pensi all'abuso d'ufficio, per la cui integrazione occorre una «violazione di legge o di regolamento», e si pensi a un atto amministrativo adottato in conformità di una legge che successivamente venga modificata. In seguito alla modificazione l'atto non sarebbe più conforme alla legge e c'è da chiedersi, se in mancanza della regola del primo comma dell'art. 2 c.p. (e dell'art. 25, comma 2, Cost.), la precedente condotta del pubblico ufficiale potrebbe diventare punibile come abuso d'ufficio. La risposta dovrebbe essere certamente negativa perché l'atto non è stato adottato in violazione di legge e la successiva modificazione legislativa non può mutare questo dato di fatto. Come è stato esattamente precisato da Sez. I, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani (per escludere che il reato possa venir meno per effetto della modificazione della norma extrapenale) la violazione di legge nella fattispecie dell'art. 323 c.p. costituisce un "requisito di fatto", e il fatto in quanto tale, una volta accaduto, non può subire modificazioni.

Perciò non può concludersi che il concetto di "fatto" accolto dal primo comma dell'art. 2 c.p. è necessariamente comprensivo di tutti gli elementi normativi extrapenali e che questo concetto è recepito anche dal secondo comma dello stesso articolo.

È vero che c'è una corrispondenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 2 c.p., ma questa corrispondenza si riscontra nei casi in cui, come si vedrà, la legge extrapenale, per il ruolo che svolge nella fattispecie o per sua natura, è in grado di operare retroattivamente. È in questi casi infatti che l'innovazione, per lo sbarramento del primo comma, non può avere un effetto di incriminazione retroattiva, mentre può avere l'effetto abolitivo previsto dal secondo comma.

In realtà l'art. 2 c.p. non offre argomenti per sostenere che, benché nella rubrica si riferisca letteralmente solo alla legge penale, detti delle regole da valere anche per tutte le leggi extrapenali, richiamate in qualche modo dalla disposizione incriminatrice; leggi che possono essere le più varie e possono venire in considerazione anche indirettamente, attraverso una pluralità di rinvii, dalla legge penale a quella extrapenale e da questa ad altre leggi.

Ad esempio, come si è visto, per l'integrazione della fattispecie dell'abuso di ufficio l'art. 323 c.p. richiede ge-

nericamente la «violazione di norme di legge o di regolamento» e un rinvio di un'ampiezza così smisurata rende arduo sostenere che qualunque modificazione di tali norme, intervenuta dopo la loro violazione, possa costituire una parziale *abolitio criminis*. Conclusione questa che del resto la giurisprudenza rifiuta decisamente, escludendo che una modificazione del genere abbia rilevanza ai fini dell'art. 2 c.p. (Sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani; Sez. II, 2 dicembre 2003, n. 4296, Stellaccio).

Di recente il d.lg. 10 agosto 2007, n. 154 ha modificato alcuni articoli della l. n. 286/1998 in attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, e non sembra sostenibile che la punibilità per la violazione dell'ordine di lasciare lo Stato a suo tempo legittimamente dato dal questore al cittadino di un Paese terzo possa diventare non punibile perché successivamente la legge sopravvenuta ne avrebbe potuto legittimare la sua permanenza nel territorio dello Stato.

La fattispecie dell'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 è rimasta immutata e la modificazione intervenuta nella disciplina dei permessi può incidere sulla condizione dello straniero, consentendogli di ottenere un permesso che prima gli era precluso, ma non può far venir meno la punibilità di un fatto già commesso.

Diversa a quanto pare dovrebbe essere la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d.lgs. n. 286/1998. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p. (Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano).

In un caso del genere dall'ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini dei Paesi candidati all'ingresso nell'Unione Europea, e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di *abolitio criminis*, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata (si pensi alla modificazione del reato di abuso di ufficio o di quello di false comunicazioni sociali, dei quali la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi ampiamente), facendo venire meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie.

Lo stesso dovrebbe dirsi se dalla più ristretta categoria degli stranieri che devono essere espulsi, individuata dall'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 286/1998, venisse escluso lo straniero che «si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1 *bis*, o senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti», nei cui confronti, in ipotesi, una legge successiva introducesse un regime meno

rigoroso di quello stabilito nei confronti dello straniero «entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera». Anche in questo caso verrebbe ad essere modificata la fattispecie dell'art. 14, comma 5 *ter*, cit. attraverso una ridefinizione della categoria delle persone alle quali è applicabile la normativa sull'espulsione.

Al contrario, la cittadinanza dell'uno o dell'altro Stato, membro oppure no dell'Unione Europea, rispetto alla fattispecie dell'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 286/1998 non dà luogo a sottoclassi, non designa nell'ambito della categoria una parte con caratteristiche specifiche, ma individua più semplicemente l'appartenenza all'una o all'altra categoria, cioè a quella dei cittadini extracomunitari o dei cittadini comunitari. L'essere rumeno o albanese significa oggi essere o non essere cittadino dell'Unione Europea, perciò, ai fini del reato in questione, l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo a una successione di leggi riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p., non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa.

5. Come si è visto, nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, vista la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali; perciò occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate.

È una distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge diversa da quella penale escluda o meno la punibilità, e non è questa la sede per stabilire se ai fini dell'art. 2 e dell'art. 47 c.p. la qualificazione di una norma extrapenale debba essere la stessa; qui è sufficiente considerare che nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, e non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi.

È da aggiungere che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe (Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393), per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama. Ad esempio nell'art. 14, comma 5 *ter*, d.lgs. 286/1998, come è già stato rilevato, le parole

“lo straniero” ben potrebbero essere sostituite con le parole “il cittadino di Stato non appartenente all’Unione Europea e l’apolide” (secondo l’indicazione dell’art. 1 d.lgs. n. 286/1998), e si verificherebbe certamente una successione di leggi penali se questa definizione cambiasse, escludendo l’apolide o il cittadino di Stati di cui è previsto l’ingresso nell’Unione.

Analogamente le parole “minori” o “minorenni”, che figurano in numerose disposizioni del codice penale, potrebbero essere sostituite con le parole “persone che non hanno compiuto il diciottesimo anno di età”, perciò l’art. 2, comma 1, c.c. sulla maggiore età ben può essere considerato una disposizione integratrice dei precetti penali che si riferiscono a maggiorenni o a minorenni. E tale infatti la giurisprudenza ha considerato la disposizione civilistica quando è stata modificata dall’art. 1 l. 8 marzo 1975, n. 39, che ha ridotto il limite della maggiore età da ventuno a diciotto anni: la vicenda è stata ricondotta nell’ambito dell’art. 2 c.p. ed è stata esclusa la punibilità dei fatti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) commessi nei confronti di persone di età tra i diciotto e i ventuno anni prima che il limite della maggiore età venisse ridotto (Sez. VI, 11 aprile 1975, n. 8940, Centone, rv. 130790; Sez. VI, 29 dicembre 1977, n. 3791, Amato, rv. 138463).

In casi come questi si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare, alla stregua dell’art. 2 c.p., come una successione di norme penali.

6. Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l’art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l’assetto giuridico che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato).

Sotto questo aspetto si può ricordare che una recente decisione ha escluso la configurabilità del reato di associazione per delinquere per l’avvenuta depenalizzazione del reato fine, rilevando, tra l’altro, che «l’*abrogatio criminis* svuota di contenuto penalmente rilevante le finalità del sodalizio» (Sez. I, 9 marzo, 2005, n. 13382, Screti, rv. 232491). In questo caso l’effetto retroattivo della norma abolitrice del reato ha inciso sulla fattispecie associativa privandola dello scopo della commissione di fatti-reato. Si pensi al caso ancora più semplice di fatti delittuosi successivamente divenuti leciti e addirittura, in ipotesi, apprezzati positivamente (come potrebbe avvenire per delitti collegati a un particolare regime politico, poi abbattuto). Una volta divenuti non punibili questi fatti non ci sarebbe ragione di punire chi si è associato per commetterli, e se fosse intervenuta condanna sia per i delitti scopo sia per quello associativo la

revoca non potrebbe certo riguardare solo i primi. L’effetto abolitivo del reato associativo è conseguenza necessaria dell’effetto retroattivo dell’abolizione del reato scopo.

Diverso è il caso della calunnia, che secondo la giurisprudenza consolidata rimane insensibile all’abolizione del reato oggetto dell’inculpazione (Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 14352, Bassetti, rv. 226425; Sez. VI, 21 maggio 1999, n. 8827, Zini, rv. 214674; Sez. VI, 21 novembre 1988, n. 12673, Caronna, rv. 180011). Nella calunnia infatti rileva la qualificazione come reato del fatto oggetto dell’inculpazione, nel momento in cui è avvenuta, e non l’assetto giuridico realizzato dalla norma incriminatrice, sicché l’abrogazione di questa non è in grado di incidere sul reato precedentemente commesso. Ciò che conta ai fini della calunnia è l’inculpazione di un innocente, in modo tale che a suo carico possa iniziare un procedimento penale, e, una volta avvenuta l’inculpazione, l’eventuale successiva abolizione del reato addebitato resta priva di effetti. L’abolizione potrebbe anche avvenire quando il procedimento non solo è iniziato ma ha anche gravemente pregiudicato l’inculpato e in un caso del genere la lesione sarebbe evidentemente irretrattabile.

Esemplare in proposito è il caso giudicato da Sez. III, 7 aprile 1951, Ottazzi (in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 1073). L’imputato, con denuncia presentata alle autorità politiche e di polizia fasciste dell’epoca, aveva incolpato falsamente una persona di appartenere al Comitato di liberazione nazionale e questa era rimasta incarcerata fino alla liberazione del territorio nazionale. Il fatto che l’appartenenza al Comitato di liberazione nazionale avesse cessato di costituire reato e fosse divenuta titolo di onore non ha impedito alla Cassazione di ritenere ancora punibile la calunnia, perché «la successiva esclusione legislativa del reato incolpato (*abolitio criminis*) è un *posterius* del tutto irrilevante, che non elimina l’inganno teso all’amministrazione della giustizia deviatà dalle sue funzioni ordinarie mercé la inculpazione di un fatto che all’epoca costituiva reato», e tanto meno elimina il grave danno subito dall’inculpato.

7. L’applicazione dell’art. 2 c.p. rispetto a leggi extrapenali non integratrici del precetto penale e prive di retroattività sarebbe ingiustificata e potrebbe dar luogo a uno sfasamento tra la disciplina extrapenale e quella penale, se per la seconda dovesse valere la regola della retroattività, esclusa invece per la prima. Sfasamento che da Sez. V, 11 maggio 2006, n. 21197, Formaggia, rv. 234113, in un caso particolare, è stato evitato respingendo la tesi che un’avvenuta evasione dell’IVA all’importazione fosse divenuta non punibile perché «l’entrata in vigore del Mercato unico europeo a far data dal 1° gennaio 1993 ha fatto decadere per il commercio intracomunitario tutta la disciplina relativa alle attività di esportazione e importazione». La Corte ha respinto la tesi con l’affermazione che «l’abolizione delle barriere doganali ... non ha fatto venir meno la punibilità delle

condotte di contrabbando commesse anteriormente, permanendo comunque il debito derivante dall'obbligazione tributaria già evasa».

Insomma, se, nonostante la modificazione normativa, l'imposta, per il passato, continuava ad essere dovuta non poteva non costituire reato la sua evasione. Il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie: da quando non è più dovuta l'imposta non è più configurabile il reato, ferma però rimanendone la configurabilità fino al momento in cui invece l'imposta era dovuta.

A fondamento della regola della retroattività della norma penale di favore e delle norme extrapenali che la integrano è stato richiamato in dottrina il principio di parità di trattamento, sancito dall'art. 3 Cost., e il richiamo è certamente corretto, con l'avvertenza però che l'art. 3 Cost. riguarda situazioni uguali e legittima, all'opposto, trattamenti diversi quando le situazioni da regolare sono diverse. Generalmente la novazione della norma extrapenale, che non sia retroattiva o meramente ricognitiva di un mutamento già avvenuto, segna il punto di passaggio tra due contesti giuridici (con correlate situazioni di fatto), che si sono succeduti nel tempo, sicché fare applicazione ai primi del trattamento penale valido per i secondi significherebbe applicare la nuova norma a una situazione diversa da quella alla quale essa si riferisce.

8. Prima di concludere che nella previsione dell'art. 2, comma 3, c.p., oltre alle modificazioni di norme extrapenali integratrici della norma penale, rientrano quelle di altre norme extrapenali, solo se si tratta di norme retroattive, occorre considerare un precedente in senso diverso delle stesse Sezioni unite. Si tratta della sentenza 23 maggio 1987 - 16 luglio 1987, Tuzet, nella quale le Sezioni unite, dopo aver premesso che «per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto», hanno riconosciuto effetto retroattivo a una novazione legislativa che aveva fatto venir meno per i dipendenti bancari la qualità di incaricati di pubblico servizio, e hanno conseguentemente dichiarato non punibile un reato di peculato commesso precedentemente.

Va detto che alle Sezioni unite non era stata sottoposta specificamente la questione relativa alle modificazioni mediate della norma penale e che la sentenza non ha approfondito il tema ma si è limitata ad alcune affermazioni di principio, dopo aver riconosciuto che «la giurisprudenza ... in materia di successione di norme integratrici si mantiene oscillante e sembra influenzata nelle opposte soluzioni dalla specificità dei casi».

E all'influenza della specificità del caso non si sono sottratte neppure le Sezioni unite.

La sentenza Tuzet era chiamata ad affrontare una questione risalente, relativa alla qualificazione dei dipendenti degli istituti di credito, che una precedente sentenza delle Sezioni unite (10 ottobre 1981-19 novem-

bre 1981, Carfi) aveva risolto riconoscendo loro la qualità di incaricati di pubblico servizio. La soluzione non era rimasta immune da critiche; la questione non si era sopita e ne erano state inutilmente investite anche la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee. La prima (sent. 1º luglio 1983, n. 205) aveva concluso con un *non liquet*, in quanto la questione di legittimità costituzionale sollevata coinvolgeva scelte in tema di diritto penale dell'impresa bancaria che spettavano alla discrezionalità del legislatore, mentre la seconda (sent. 7 aprile 1987) aveva dichiarato che «né le disposizioni, né l'obiettivo della direttiva n. 77/780 si oppongono a che sia conferita ai dipendenti degli enti creditizi la qualità di "pubblico ufficiale" o di "persona incaricata di un pubblico servizio" ai fini dell'applicazione del diritto penale di uno Stato membro». Così la questione era ritornata alle Sezioni unite, che con la sentenza Tuzet hanno mutato orientamento, affermando che per effetto della direttiva comunitaria n. 77/780 e delle norme di attuazione (l. 5 marzo 1985, n. 74 e d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350) era cambiata la regolamentazione degli istituti di credito e correlativamente i dipendenti avevano perso la qualità di incaricati di pubblico servizio. La modificazione normativa non aveva però impedito ad altre decisioni della Corte di cassazione (Sez. VI, 13 novembre 1985, Ercolano; Sez. II, 20 marzo 1986, Di Gianni) di ribadire il precedente orientamento, mentre la sentenza Tuzet, come è stato rilevato in dottrina, era giunta a una conclusione diversa operando un «ribaltamento della tesi emersa nella decisione Carfi, attraverso un discreto ma sistematico smantellamento dei principali elementi di prova ... adottati dalle Sezioni unite del 1981 a favore della soluzione "panpubblicistica"».

Insomma la diversa qualificazione data ai dipendenti bancari dalla sentenza Tuzet, più che di una modificazione normativa, era stato il frutto di una diversa interpretazione, alla quale le Sezioni unite avevano inteso riconoscere valore retroattivo, come avviene normalmente per le operazioni interpretative.

Perciò dalla sentenza Tuzet non possono trarsi argomenti decisivi per sostenere che tutte le modifiche mediate della norma penale sono riconducibili all'art. 2, comma 2, c.p., né può condividersi la tesi che, come è stata riconosciuta efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei dipendenti bancari, della qualità di persone incaricate di un pubblico servizio, analogamente deve riconoscersi efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei cittadini rumeni, della qualità di stranieri.

9. Le norme che hanno modificato lo *status* dei rumeni, facendoli diventare cittadini dell'Unione Europea, non possono, come si è detto, considerarsi integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente.

L'adesione di uno Stato all'Unione Europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per ade-

guare le proprie strutture economiche, sociali e ordinali ai parametri stabiliti. E l'adesione a sua volta è produttiva di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi.

Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, «la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. 286 del 1998, confidando poi nella successiva *abolitio criminis*».

È da aggiungere che esiste una regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno in Italia e dell'allontanamento dei cittadini dell'Unione Europea, diversa da quella prevista per gli stranieri e più volte modificata nel tem-

po (d.P.R. 30 dicembre 1965, n. 1656; d.P.R. 18 gennaio 2002, n. 54; d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e, da ultimo, d.l. 29 dicembre 2007), e che l'essere in un dato momento cittadino dell'Unione o straniero comporta l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. Perciò può ben darsi il caso di una persona soggetta ad espulsione, in quanto straniera, ma che avrebbe anche potuto essere allontanata, ricorrendone le condizioni, se fosse stata cittadino dell'Unione. Ciò significa che alla diversa qualità della persona si collegano due statuti diversi (anche per quanto riguarda il trattamento penale) e che al cambiamento della qualità consegue il cambiamento dello statuto, il quale non può operare retroattivamente.

In conclusione deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione Europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/1998, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, giorno di entrata in vigore del trattato di adesione.

È quindi esclusa l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto come reato, e poiché il Tribunale di Genova ha erroneamente ritenuto l'insussistenza del fatto, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio alla Corte di appello di Genova, perché, a norma dell'art. 569, comma 4, c.p.p., proceda al giudizio di appello.

(Omissis).

IL COMMENTO

di Lucia Riscato

Le Sezioni Unite della Cassazione dirimono il contrasto sulla rilevanza delle c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice con una pronunzia non priva di aporie e contraddizioni, che lascia trapelare preoccupazioni politico-criminali eccentriche rispetto al sindacato della Corte. Ridefinito il concetto di "fatto" costituente reato, i giudici tornano sul rapporto tra norme extrapenali "integratrici" e "non integratrici", delimitando l'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 2, c.p. alle sole disposizioni extrapenali integratrici del precetto e a quelle dotate, esplicitamente o implicitamente, di efficacia "retroattiva".

1. Art. 2 c.p. e successione di norme "integratrici" del precetto penale: lo stato della questione

Dopo le aspettative suscitate da significative pronunzie recenti della Corte regolatrice, le Sezioni Unite

segnano una vera e propria battuta di arresto per le sorti del fenomeno delle modifiche "mediate" della fattispecie penale (1). Una battuta d'arresto accompagnata, in

Note:

- (1) Sulle c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice, v. S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, 46 e ss.; G. de Vero, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, 301 e ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna, 2007, 94 e ss.; G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme integratrici*, Milano, 2004; C.F. Grosso, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1960, 206 e ss.; D. Iori, *Abrogazione di norma extrapenale integratrice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 349 e ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, I, 3ª ed., Milano, 2001, 273 e ss.; C. Podò, voce *Successione di leggi penali*, in *NssDi*, XVIII, Torino, 1971, 657 e ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, 8ª ed., Milano, 2007, 43; Id., *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice e della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1982, 1354 e ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Milano, 2003, 130; F. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Dig.disc.pen.*, VII, Torino, 1993, 364 e ss.; Id., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Torino, 2008, 167 e ss.; C. Pecorella, *sub art. 2*, in *Aa.Vv., Codice penale commentato*. (segue)

verità, da argomentazioni fortemente conservatrici e tuttavia combinate in modo non lineare, sì da dar vita ad un originale *mixtum compositum* di vecchie e nuove remore sull'applicabilità dell'art. 2, comma 2, c.p., in presenza di una successione di norme *extrapenali* richiamate da elementi normativi della disposizione incriminatrice. Su tutto grava poi, come meglio vedremo tra breve (2), l'ombra di preoccupazioni politico-criminali legate alle conseguenze pratiche dell'adozione di una soluzione favorevole al reo in rapporto al fatto concreto oggetto di giudizio: un elemento che certo condiziona i passaggi più controversi della sentenza che qui si commenta (3).

La vicenda da cui le Sezioni Unite prendono le mosse tratteggia in modo esemplare la delicatezza delle questioni sottese alle modifiche "indirette" del fatto di reato: nel 2006 un cittadino rumeno viene imputato del delitto previsto dall'art. 14, comma 5 - *ter*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (4), che incrimina in modo assai severo (la reclusione spazia da uno a quattro anni) lo *straniero* il quale si trattienga, senza giustificato motivo, nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis* della medesima disposizione. Si tratta in modo inequivocabile di un reato *proprio*, la cui applicabilità presuppone *espressamente*, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del citato decreto legislativo, il mancato possesso dello *status* di cittadino di Stato membro dell'Unione Europea. Come noto, il primo gennaio 2007 la Romania è entrata a far parte dell'Unione Europea, ed i suoi cittadini non possono più considerarsi "stranieri" ai sensi del d.lgs. n. 286/1998. *Quid iuris* circa la persistenza del reato in capo all'imputato? Se commesso oggi, il fatto oggetto dell'imputazione non solo non costituirebbe più reato, ma sarebbe esercizio del diritto di libera circolazione garantito ai cittadini degli Stati membri dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea (5). E tuttavia le Sezioni Unite ribadiscono l'inesistenza di un'*abolitio criminis* indiretta sulla base della perdurante configurabilità della fattispecie *astratta* di reato, negando - in verità in modo sorprendente - qualsiasi relazione di integrazione (anche) in *senso stretto* tra la norma *extrapenale* di cui all'art. 1 d.lgs. n. 286/1998 ed il precetto sancito dall'art. 14, comma 5-*ter*, del medesimo decreto legislativo, come se lo *status* di cittadino straniero non fosse - nel caso di specie - il presupposto logico-giuridico dell'applicazione della norma penale *de qua*.

Prima di esaminare i passaggi fondamentali della sentenza n. 2451/2008 è però opportuno richiamare rapidamente lo *status quaestionis* delle modifiche mediate della fattispecie nella letteratura penalistica e, soprattutto, nella stessa giurisprudenza della Corte di cassazione.

Le opinioni più significative in dottrina si sono concentrate: a) sulla definizione del concetto di norma *extrapenale integratrice*, in grado come tale di far corpo con la fattispecie *astratta* di reato dando vita ad una vi-

cenda successoria rilevante (in verità in via *immediata*) ex art. 2, comma 2, c.p.; b) sulla ponderazione concreta degli *effetti* dell'interazione tra norma penale ed *extrapenale* alla luce della *ratio* di tutela della singola previsione incriminatrice; c) sull'interpretazione dell'autentico significato del concetto di "fatto" costituente - o non più costituente - reato ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 2 c.p.

L'orientamento *sub a*) (6), cui *prima facie* sembrano essersi ispirate le Sezioni Unite, considera la fattispecie *astratta* di reato come punto di riferimento della successione di leggi e distingue pertanto le norme *extrapenali* "non integratrici" (7), che risulterebbero per definizio-

Note:

(continua nota 1)

Parte generale, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 2^a ed., 2006, 50 e ss.; D. Pulitanò, *Diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2007, 686; M. Romano, *Commentario sistematico del c.p.*, I, 3^a ed., Milano, 2004, *sub art.* 2, 9. Da ultimo, cfr. le originali ma isolate opinioni di D. Micheletti, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006. Sia infine consentito il richiamo a L. Riscato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004, 225 e ss.

(2) *Infra*, §§ 4 e 5.

(3) La sentenza è stata pubblicata *on line* sul *Quotidiano giuridico Ipsos* del 23 gennaio 2008, con una convinta nota adesiva di S. Corbetta (il quale ritiene che la Suprema Corte abbia operato una «puntuale esegesi dell'art. 2 c.p.»).

(4) Si riporta, per comodità del lettore, il testo del comma 5 - *ter* dell'art. 14 d.lgs. 286/1998: «Lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5-*bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo. In ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica».

(5) I diritti connessi alla libera circolazione delle persone sono soggetti a restrizioni giustificate da motivi di sicurezza pubblica, ordine pubblico e sanità: cfr. i titoli III e IV della parte III del TCE. Tali eccezioni devono essere interpretate in senso stretto ed i limiti al loro esercizio ed alla loro portata sono fissati dai principi generali della legge, quali essenzialmente quelli di non discriminazione, di proporzione e di tutela dei diritti fondamentali.

(6) Nel senso della normale irrilevanza della successione di leggi *extrapenali* richiamate da elemento normativo di fattispecie si pronunziano, tra gli altri, D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 314; C. Podo, voce *Successione di leggi penali*, cit., 658 e, di recente, M. Romano, *Commentario*, cit., *sub art.* 2, 9; C. Pecorella, in *Codice penale commentato*, I, cit., 50 e ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, cit., 273.

(7) Gli elementi normativi di fattispecie rappresentano meri concetti di sintesi nascenti da esigenze di semplificazione nella tecnica legislativa e non hanno, sotto questo aspetto, alcuna relazione diretta col "senso del divieto". La variazione temporale della legge *extrapenale* richiamata non introduce allora «alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta di cui ad una norma incriminatrice ed al suo significato di disvalore, ma toglie dall'ordinamento o modifica disposizioni (penali o) *extrapenali* che si limitano ad influire nel singolo caso sulla

(segue)

ne estranee al senso dell'incriminazione, da quelle propriamente "integratrici" del precetto. L'art. 2, comma 2, c.p. sarebbe applicabile esclusivamente nella seconda - assai più rara - ipotesi, in considerazione della dipendenza ontologica che lega la norma extrapenale "integratrice" a quella penale: solo in questo caso, infatti, la norma extrapenale sarebbe garante del "senso del divieto" della fattispecie astratta, contribuendo a definire addirittura l'an dell'incriminazione. Norme extrapenali "integratrici" sono, in questa prospettiva, quelle richiamate dalle c.d. norme penali in bianco, ma anche le norme *definitorie*, ovvero quelle che individuano l'ambito di rilevanza penalistica di alcuni elementi di fattispecie. Questo potrebbe essere, appunto, il caso della definizione di "straniero" ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 286/1998.

L'indirizzo *sub b)* (8) presuppone la natura *lato sensu* "integratrice" di qualsiasi norma extrapenale rispetto alla fattispecie di reato e la conseguente impossibilità di dirimere il nodo delle modifiche mediate in base ad un criterio generale. Diventa così necessario valutare se, caso per caso, la mutazione della norma extrapenale incida o meno sullo scopo dell'incriminazione, determinando il sostanziale venir meno della necessità di punire il reo. In alcuni punti della sentenza n. 2451/2008, come tra breve vedremo (9), sono percepibili spunti di riflessione chiaramente ispirati a questo criterio ermeneutico.

L'opinione *sub c)* (10) - su cui si concentrano gli strali delle Sezioni Unite - cerca infine di ricondurre anche la successione indiretta di leggi penali ai criteri generali sanciti dall'art. 2 c.p. Decisiva, a riguardo, è l'individuazione del *fatto concreto* come fulcro di tutte le vicende successive, dirette o indirette: una dimensione in cui il *tipo di interazione* che lega la norma extrapenale al precetto che la richiama perde rilevanza a vantaggio della considerazione degli *effetti* dell'avvicendamento normativo sul fatto storico oggetto del giudizio. Il "fatto costituente reato", secondo questo orientamento, è il «fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice» (11). Tutte le variazioni contenutistiche relative alla norma extrapenale non potranno allora che influire, ed in modo decisivo, sul disvalore del reato-base, con conseguente rilevanza (anche) delle modifiche mediate della fattispecie. Per verificare l'esattezza di tale assunto basta, d'altronde, prospettare l'ipotesi inversa a quella finora esaminata. Si pensi al caso in cui la modifica "mediata", lungi dal restringere, estenda i margini di incriminazione della condotta descritta dalla fattispecie astratta: in tale ipotesi nessuno dubiterebbe dell'operatività incondizionata del principio di irretroattività di cui al primo comma dell'art. 2 c.p., visto che nel caso di specie il sostrato concreto di una condotta diventerebbe penalmente rilevante per una legge (extrapenale) *posteriore* alla commissione del fatto (12).

Proprio l'argomentazione appena citata risulta oggetto di uno dei passaggi critici meno lineari della pro-

nunzia delle Sezioni Unite (13). Nel ribadire che solo la fattispecie astratta è il parametro valutativo della successione di leggi, penali o extrapenali, la sentenza n. 2451/2008 si arrovela nel tentativo di dimostrare che il concetto di "fatto" può assumere un diverso significato nel primo e nel secondo comma dell'art. 2 c.p. Tale affermazione non trova affatto riscontro in molti tra i più significativi precedenti della Suprema Corte in materia, assai concentrati sull'interpretazione dell'insidioso concetto di norma extrapenale "integratrice" prima ancora che sul fondamento e sull'estensione del principio di cui all'art. 2, comma 2, c.p.

Note:

(continua nota 7)

concreta applicazione della norma incriminatrice stessa»: così, testualmente, M. Romano, *Commentario*, cit., *sub* art. 2, 9 (corsivo nostro). Su posizioni sostanzialmente analoghe si attestano G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso*, cit., 273, ad avviso dei quali qualora la norma incriminatrice «faccia riferimento ad un'altra norma attraverso un elemento normativo della fattispecie, la norma richiamata non integra la norma incriminatrice perché non contribuisce ad esprimere la scelta politico-criminale racchiusa nella figura astratta del reato: con la conseguenza che la modifica della norma richiamata non si ripercuote sulla fisionomia del reato e non dà vita, dunque, a fenomeni, anche parziali, di abolizione del reato».

(8) Cfr., per tutti, C.F. Grosso, *Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali*, cit., 1209, secondo il quale diverso sarebbe il significato assunto, rispetto alla previsione di cui all'art. 2, comma 2, c.p., dalla modificazione *diretta* della norma incriminatrice rispetto a quella del concetto normativo da essa richiamato. Soltanto nel primo caso verrebbe meno con assoluta certezza la tutela penale degli interessi che sono stati lesi, mentre nel secondo viene meno esclusivamente il carattere lesivo del comportamento concretamente tenuto. Ciò sarebbe indice «di una precisa differenziazione di prospettiva sostanziale», che legittimerebbe pertanto soluzioni eterogenee.

(9) *Infra*, § 4.

(10) Così G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 94 e ss., T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 43; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, cit., 168, e, da ultimo, G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 308. Su posizioni affini, ma nel contempo profondamente diverse, si attesta A. Pagliaro, *Principi*, cit., 129 e ss.

(11) È l'efficace definizione di T. Padovani, *loc. ult. cit.*

(12) T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 44. Controversa, in questo contesto, risulterebbe solo l'ipotesi in cui la modifica "mediata" non riguardi un elemento normativo giuridico, ma un concetto normativo di tipo *extragiuridico* o *etico-sociale*: si pensi alle mutevoli (e sempre più "esigue") accezioni, nel tempo, del concetto di "oscenità" di un dato atto o comportamento. Beninteso, non è probabilmente necessario applicare i principi in tema di successione di leggi per risolvere il problema della variazione temporale di regole "culturali". Gli elementi normativi con connotazione "valutativa", quali appunto quelli di tipo culturale, sono infatti strettamente legati, prima ancora che alla successione di leggi, al problema dell'interpretazione della fattispecie incriminatrice e del suo perdurante significato di attualità. Ora, la variazione del contenuto del parametro "culturale" determina un'attuale ed irreversibile *erosione* della portata incriminatrice dell'intera disposizione da cui è richiamato, senza che sia consentito distinguere a riguardo un *prima* e un *dopo*: la restrizione "per erosione" dei margini di incriminazione della norma penale, determinata dalla modificazione del parametro culturale di riferimento, restituisce quindi al fatto concreto piena liceità penale senza chiamare in alcun modo in causa l'art. 2 c.p. Sulla questione, sia tollerato il rinvio a L. Riscicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, cit., 270 e ss.

(13) *Infra*, § 3.

2. Segue: il concetto di norma extrapenale "integratrice" nei più recenti indirizzi ermeneutici della Suprema Corte

Nella valutazione dei rapporti di "integrazione" tra norma penale ed extrapenale - generalmente negati sul versante dell'art. 2, comma 2, c.p. ed invece ribaditi su quello dell'art. 47, comma 3, c.p. (14) - le oscillazioni del Supremo Collegio sono state, nel corso del tempo, davvero ragguardevoli. Secondo pronunzie ancora molto recenti, «la successione nel tempo di leggi extrapenali, che modificano il contenuto del precetto sanzionato penalmente, non intacca la configurazione tipica della norma incriminatrice, la quale definisce soltanto la struttura essenziale e circostanziale del reato, e non fa venir meno il disvalore del fatto anteriormente commesso» (15). In base a questa impostazione, il rapporto tra norma penale e legge extrapenale è di assoluta estraneità: nessun meccanismo di "integrazione", nessun margine per l'applicabilità dell'art. 2, comma 2, c.p.

Tale draconiano principio è stato costantemente ribadito, e specificamente condiviso dalla sentenza qui in commento, soprattutto nella copiosa giurisprudenza in tema di (perdurante configurabilità del delitto di) calunnia, a proposito dell'intervenuta abrogazione o depenalizzazione del reato oggetto della falsa incolpazione (16). L'interesse sotteso al delitto di calunnia è, in base a siffatta impostazione, quello di evitare il pericolo del fuorviamento dell'attività giudiziaria attraverso comportamenti suscettibili di attivare il meccanismo del processo penale contro persone innocenti, rispetto ai quali risulterebbero irrilevanti le vicende normative del singolo fatto criminoso oggetto dell'incolpazione. Viene, ancora una volta, sostenuta con convinzione la piena "autonomia logica" tra il delitto di calunnia ed il substrato concreto dell'elemento normativo "reato" in esso contenuto. Ne consegue la negazione di ogni meccanismo - più o meno "pregnante" - di integrazione (o, quanto meno, di interazione) tra la norma incriminatrice di cui all'art. 368 c.p. e l'insieme delle norme penali che giovano ad individuare l'elemento normativo giuridico "reato", che pure contribuisce in modo essenziale alla compiuta definizione della calunnia.

All'orientamento "negazionista" - comunque dotato di vigorose capacità di sopravvivenza - si sono contrapposte, nel tempo, alcune coraggiose pronunzie della giurisprudenza di merito (17) e, soprattutto, la fondamentale sentenza Tuzet delle Sezioni Unite del 23 maggio 1987 (18).

La sentenza Tuzet considera rilevante, ai sensi dell'art. 2 c.p., la statuizione della natura imprenditoriale e privatistica dell'attività bancaria, ad opera del d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 (19), rispetto al delitto di peculato per distrazione commesso dall'operatore bancario. Le

della fattispecie penale dovrebbe essere emancipata dalle "incrostazioni culturali" che vi ha depositato nel tempo la teoria dell'errore su norma extrapenale (a dispetto del comune, ed omogeneo, punto di partenza: quello dei meccanismi di eterointegrazione tra norme). La sentenza Sez. Un. 2451/2008, in un sibillino inciso dedicato all'argomento, sembra assumere lo stesso orientamento critico, pur riconoscendo che «non è questa la sede per stabilire se ai fini dell'art. 2 e dell'art. 47 c.p. la qualificazione di una norma extrapenale debba essere la stessa».

(15) Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. III, sent. 24 gennaio 2003 (u.p. 5 dicembre 2002), n. 1571, Castagna, in questa Rivista, 2003 (con nota di L. Riscato, *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le c.d. "modifiche mediate" della fattispecie incriminatrice*), 993 e ss., in materia di diritto penale dell'urbanistica (nella specie, si è ritenuta irrilevante l'intervenuta mutazione della disciplina delle attività edilizie soggette a D.I.A. rispetto alla contravvenzione di cui all'art. 20, lett. C., l. n. 47/1985). V., da ultimo, Cass. Sez. I, 11 gennaio 2007, Ferlazzo, in *www.italialaw.it*, che rappresenta un precedente assai significativo della sentenza Magera qui in commento. Secondo la sentenza Ferlazzo, infatti, «nel caso di partecipazione del paese di appartenenza dell'autore del fatto alla UE, successiva alla violazione della norma incriminatrice, si ha una vicenda successoria di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dall'emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'UE, limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza far venir meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso». Non si tratterebbe quindi di un'ipotesi di *abolitio criminis* poiché «la fattispecie non ha mai subito modificazioni in conseguenza di una successione di leggi penali che mai vi è stata».

(16) Cfr., ex multis, Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 1988, Caronna, in *Cass. pen.*, 1990, 227, con nota di P. Dell'Anno, secondo la quale «la perseguibilità per il delitto di calunnia già consumato permane anche se, per intervento legislativo, il fatto oggetto dell'incolpazione non costituisca più reato o divenga perseguibile a querela e questa non è stata proposta». Nello stesso senso, anche in tempi recentissimi, Cass. pen., Sez. VI, 23 luglio 2002 (u.p. 5 giugno 2002), Bortot, in questa Rivista, 2002, 1202; Cass. pen., sent. 8 aprile 2002, Bassetti, in *Riv. pen.*, 2004, 890; Cass. pen., Sez. VI, 21 maggio 1999, Zini, in *C.E.D. Cass.*, n. 214674; Sez. VI, 26 settembre 1986, Dotto, in *Cass. pen.*, 1988, 254, n. 180; Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 1985, Cerci, in *Giust. pen.*, 1986, II, 511, 505; Cass. pen., Sez. VI, 11 maggio 1982, Iannasso, n. 155265. Esistono altresì numerose pronunzie in cui lo stesso rigoroso principio è stato sostenuto per le ipotesi in cui il reato oggetto di falsa incolpazione risulti estinto per amnistia o divenga perseguibile solo a querela di parte, essendole d'ufficio al momento della commissione del delitto di calunnia: v., ad es., Sez. VI, 9 novembre 1979, Sinacola, in *Mass. ufficiale*, 1980, m. 144885 (relativa alla denuncia di un reato estinto addirittura prima della falsa incolpazione); Sez. VI, 24 ottobre 1979, Sala, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 479, m. 494 (con riferimento sia all'amnistia che all'estinzione per prescrizione già operanti al momento della denuncia); Sez. VI, 15 aprile 1977, Reali, in *Riv. pen.*, 1978, 45 ed in *Cass. pen.*, 1978, 638, m. 611 (relativa alla falsa denuncia di un reato estinto per amnistia); Sez. VI, 24 aprile 1985, in *Cass. pen.*, 1987, 888, n. 679.

(17) Nel senso, ad es., del venir meno del delitto di cui all'art. 416 c.p. nel caso di *abolitio criminis* dei reati-fine (nel caso di specie, aborti eseguiti entro il terzo mese di gravidanza), cfr. App. Firenze, 21 giugno 1991, Conciani, in *Foro it.*, 1992, II, 301. In questo caso, la novazione legislativa dell'elemento normativo "delitto" «proietta i suoi effetti anche sulla punibilità del delitto di associazione per delinquere, precludendo allo Stato di insistere nella propria pretesa punitiva in ordine ad una ipotesi incriminatrice concretamente non più avvertita come lesiva degli interessi protetti dall'ordinamento, per la sopravvenuta irrilevanza degli originari reati-fine».

(18) Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet ed altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 e ss., con nota di C.E. Paliero, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*.

(19) Tale d.P.R. è stato successivamente abrogato dall'art. 49 d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481.

Note:

(14) V. però da ultimo la recente posizione di D. Micheletti, *Legge penale*, cit., 374 e ss., a detta del quale la materia delle modifiche "mediate"

Sezioni Unite riconoscono pienamente, in questo caso, la natura "integratrice" della normativa extrapenale a cui l'abrogata disciplina del peculato faceva riferimento per ricavare il carattere di pubblico servizio in senso oggettivo dell'attività bancaria e la conseguente qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio del ricorrente.

I passaggi salienti della motivazione della decisione appaiono di estrema importanza. Secondo la sentenza Tuzet, per "legge incriminatrice" deve appunto intendersi «il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto». Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo» (20). La deduzione è semplice: «se la *novatio legis* riguarda la qualità del soggetto attivo, nel senso che, nella specie, fa venir meno al dipendente bancario la qualità di incaricato di un pubblico servizio, necessaria per integrare il delitto di peculato, non può non applicarsi in favore di quel dipendente il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 c.p.». Ora, «per quanti bizantinismi si vogliano fare», è del tutto incontestabile che il fatto ascritto ai ricorrenti, «se commesso oggi, non costituirebbe reato. Quel fatto storico, illecito nel momento in cui fu commesso, non corrisponde più alla fattispecie astratta del reato».

Nella questione affrontata dalle Sezioni Unite nel 1987, la successione di norme extrapenali aveva ad oggetto non la semplice mutazione di una norma extrapenale richiamata da elemento normativo, ma la modifica dello stesso *presupposto extrapenale di rilevanza di una norma incriminatrice* (21): appaiono subito evidenti le strette affinità - pure minimizzate, se non misconosciute, dalla Corte con disarmante disinvoltura (22) - rispetto all'oggetto della pronuncia n. 2451/2008.

Particolarmente importanti, in questo sintetico *excursus* sui destini applicativi della successione di norme extrapenali "integratrici", risultano infine alcune sentenze recenti della Corte regolatrice - legate tra loro da una sorta di sincronicità temporale - che mutuano, approfondendola ulteriormente, la *lectio* della sentenza Tuzet. Esse, infatti, estendono la portata del concetto di norma extrapenale "integratrice" ben al di là degli orientamenti maturati tra gli studiosi: nucleo comune alle nuove pronunzie è proprio la rivalutazione - ritenuta fondamentale ai fini dell'applicabilità dell'art. 2 c.p. - del rapporto di (necessaria) integrazione tra norma extrapenale richiamata e precetto penale. Ciò non tanto in considerazione della relazione di "logica dipendenza", affermata in dottrina, tra norma integratrice e precetto penale, ma in virtù del fatto che anche le norme «non ricomprese nel precetto penale ne costituiscono, tuttavia, l'indispensabile presupposto o concorrono, comunque, a determinarne il contenuto» (23).

Tali pronunzie non vengono però riprese dalle Sezioni Unite nemmeno a fini critici. Per escludere la rilevanza, ex art. 2, comma 2, c.p., del fenomeno della successione di norme extrapenali la sentenza n. 2451/2008

si sofferma, come ora vedremo, sul rapporto fatto concreto-fattispecie astratta e (ancora una volta) sui meccanismi di "integrazione" tra norma penale ed extrapenale. Sullo sfondo permane la questione del radicamento costituzionale del principio di retroattività favorevole e delle sue eventuali deroghe, giustificate - per usare le parole della Corte costituzionale - da istanze "oggettivamente ragionevoli".

3. La sentenza Sez. Un. n. 2451/2008 tra "fatto" costituente reato e "dati di fatto" estranei alla fattispecie

Secondo le Sezioni Unite il parametro di valutazione della vicenda successoria non può che essere la fattispecie astratta di reato nei suoi singoli elementi costitutivi: di essi viene appunto vagliata la specifica valenza retroattiva. Come anticipato in precedenza, contestando esplicitamente un autorevole Studioso (24) la Corte insinua il dubbio che concetto di "fatto" costituente reato possa non avere il medesimo significato nel primo e nel secondo comma dell'art. 2 c.p.: è dubbio, in particolare, «che il "fatto" dell'art. 2, comma 1, c.p. sia quello "storicamente determinato in tutti i suoi aspetti rilevanti", ivi compresi quelli disciplinati dalle norme extrapenali». Tuttavia, le argomentazioni addotte dalla Corte per giustificare questo assunto non brillano certo per adamantina chiarezza: il Supremo Collegio riconosce

Note:

(20) Corsivo nostro.

(21) L'efficace espressione è di C. Pecorella, in *Codice penale*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, I, cit., 64.

(22) *Infra*, § 4.

(23) Così, in particolare, Cass. pen., Sez. III, 1 febbraio 2005 (dep. 10 marzo 2005), n. 9482, Pitrella, in Cass. pen., 2006, 425 (in cui la Corte ha stabilito, nell'ambito di una vicenda relativa all'esercizio di attività venatoria nei parchi, che la ripermutazione della riserva naturale ad opera di un provvedimento amministrativo della Regione Sicilia avesse eliminato l'originario disvalore penale del fatto commesso); Sez. V, 4 febbraio 2005 (dep. 2 marzo 2005), n. 8045, Battaglia e altri, ivi, 426 (in cui la Corte ha escluso, ex art. 2, comma 2, c.p., la perdurante configurabilità del reato di violazione di domicilio in rapporto al responsabile di un'associazione ambientalista che si era introdotto, a scopo dichiaratamente ispettivo, contro la volontà del proprietario, in un locale privato adibito a canile. Nel caso di specie, la mutazione della norma extrapenale "integratrice" riguarda la sopravvenuta emanazione di una norma regionale che impone ai gestori di strutture di ricovero per animali di consentire l'accesso, senza bisogno di speciali procedure o autorizzazioni, ai responsabili locali delle associazioni protezionistiche o animalistiche); Sez. I, 31 marzo 2005 (u.p. 10 febbraio 2005), n. 12316, C., in questa Rivista, 2006, 616; Sez. I, 12 aprile 2005 (u.p. 9 marzo 2005, n. 13382, S. e altri, ivi; Sez. I, 2 marzo 2006, n. 7628, B.G., ivi, 614 e ss., con nota di F. Pardini, *Vecchi e nuovi problemi in tema di successione di norme integratrici*). Per una più ampia disamina della recente giurisprudenza di legittimità sulle modifiche mediate della fattispecie penale, specie in riferimento all'abrogazione "indiretta" dei delitti di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, previsto dall'art. 14 l. n. 230 del 1998, e di mancanza alla chiamata di cui all'art. 151 c.p.m.p., sia infine consentito il rinvio a L. Risicato, *Successione di norme "integratrici" e mancanza alla chiamata di leva: si consolida il revirement della Cassazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 1633 e ss.

(24) T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 44, V. *supra*, § 1.

che la norma extrapenale non può dar luogo ad un'applicazione retroattiva in *malam partem*, «ma non sembra che ciò dipenda dal concetto di "fatto" accolto dall'art. 2, comma 1, c.p., perché è assai difficile ipotizzare che un fatto divenuto reato per la successiva modificazione della norma extrapenale possa essere integrato da condotte precedenti, posto che in precedenza potevano esistere, e non sempre, gli elementi di fatto, ma non anche le qualificazioni normative presupposte dalla norma penale». Come a dire che di regola le qualificazioni normative operano, per loro natura, solo per l'avvenire e non possono essere interessate da un fenomeno successivo come quello descritto dal primo comma dell'art. 2 c.p.: un assunto che sembra mirato sin dall'inizio ad escludere l'applicabilità dell'art. 2, comma 2, c.p. alle modifiche "mediate" della fattispecie incriminatrice.

La Corte sembra non tener alcun conto del fatto che la nuova incriminazione, così come l'*abolitio criminis*, può essere anche *parziale*: nel qual caso la supposta inesistenza della qualificazione normativa *prima* della vicenda successiva è tutta da dimostrare. Le Sezioni Unite sorvolano con *nonchalance*, poi, sul fatto che di solito è proprio la qualificazione normativa extrapenale - evidentemente pregressa, o quanto meno coeva alla disposizione incriminatrice - ad essere recepita o richiamata da una norma penale attraverso un elemento normativo di fattispecie: non si vede allora alcuna ragione né per negare rilevanza, ex art. 2 c.p., all'eventuale avvicendamento normativo extrapenale, né - a maggior ragione - per desumere che concetto di "fatto" di cui al primo comma dell'art. 2 c.p. possa o debba essere diverso da quello valevole per il secondo comma (25).

E persino volendo ammettere - come la Corte sostiene - che le norme *extrapenali* non hanno (salvi casi eccezionali) efficacia retroattiva né in *malam partem*, né in *bonam partem*, il concetto di fatto, comunque interpretato, finisce a ben vedere pur sempre con l'avere lo stesso significato in seno ai primi due commi dell'art. 2 c.p.!

A tacer d'altro, si ha l'impressione che la Corte abbia sovrapposto il problema dell'interpretazione sistematica del *corpus* dell'art. 2 c.p. con la ben diversa questione del *fondamento* della disciplina di cui al primo ed al secondo comma della stessa norma: il concetto di "fatto" costituente reato, inteso appunto come fatto storicamente determinato in tutti i suoi elementi costitutivi, nulla ha a che vedere con la diversa operatività del primo e del secondo comma dell'art. 2 c.p. E poco conta che la rubrica dell'art. 2 c.p. parli di successione di leggi penali, dato che il parametro di valutazione della successione di leggi non è la legge in sé. Lo stesso art. 2, a riguardo, parla chiaramente di *fatto* che costituisce - o non costituisce più - reato. Se ne deduce che è la fattispecie concreta, prevista o non più prevista come illecito penale in base ad una legge posteriore, il punto di riferimento di qualsiasi vicenda successiva. Vale allora la pena ribadire, in tutta franchezza, che è quanto meno audace sostenere che gli elementi normativi che inte-

grano la fattispecie tipica del reato siano, di volta in volta, diversamente rilevanti in rapporto alle differenti situazioni scandite dai vari commi dell'art. 2 c.p. Diverse, semmai, sono la disciplina ed il fondamento delle ipotesi di *nuova incriminazione* e di *abolitio criminis* (26).

In ogni caso, per dare ulteriore corposità alla sua affermazione la Corte ipotizza il caso inverso a quello oggetto del giudizio: quello in cui, cessando uno Stato di far parte dell'Unione Europea, i suoi cittadini acquisiscano lo status di "stranieri" ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 286/1998. Sarebbe impossibile, in una situazione del genere, «ipotizzare che si sia verificata una condotta riconducibile all'art. 14, comma 5-ter, c.p. d.lgs. n. 286/1998 che potrebbe essere resa punibile in mancanza della regola dell'art. 2, comma 1, c.p.». La Corte sembra voler dire che il reato in esame - presupponendo un provvedimento di espulsione del prefetto, l'impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero presso un centro di accoglienza temporanea, un ulteriore provvedimento del questore e la relativa violazione - non potrebbe mai in *rerum natura* essere contestato ad un cittadino europeo che divenisse "straniero" in virtù di una legge extrapenale posteriore per l'impossibilità della configurazione concreta di tale farraginosa fattispecie a suo carico. E ciò anche in mancanza del principio generale di irretroattività della legge più sfavorevole.

A ben vedere l'esempio prospettato dalla Corte non è dei più felici, perché postula che l'ex cittadino UE possa essere perseguito, in base ad una legge posteriore, per non aver ottemperato agli obblighi prescritti dall'art. 14, comma 5-ter, del Testo Unico sull'immigrazione in un momento in cui egli non aveva ovviamente alcun titolo per esserne destinatario. Ma, a questo punto, l'esempio in esame prova troppo: col prova addirittura la natura *stricto sensu* integratrice dell'art. 1 d.lgs. n. 286/1998 rispetto al reato di cui all'art. 14, comma 5-ter del medesimo decreto legislativo. Al di là della contorta condotta tipica delineata dall'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286/1998, la qualifica di *straniero*, come variamente declinata dall'art. 1 d.lgs. n. 286/1998, è il *presupposto giuridico extrapenale* attorno al quale ruota un'incriminazione incentrata sull'ingiustificata permanenza nel territorio dello Stato di chi non possieda la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione Europea. Quella di cui all'art. 1 del citato decreto legislativo è quindi una norma che contribuisce ad identificare il "senso del divieto" di una fattispecie incriminatrice pe-

Note:

(25) La Corte, forse per mitigare le conseguenze della sua originale disquisizione sulla non retroattività delle qualificazioni normative, finisce infine con l'ipotizzare - come meglio vedremo tra breve - l'esistenza di talune norme extrapenali "retroattive" in grado di restituire omogeneità ai criteri di valutazione del concetto di "fatto" ex art. 2, commi 1 e 2, c.p.: v. meglio *infra*, § 4.

(26) *Infra*, § 6.

santemente ritagliata, nella condotta tipica e nella *ratio* di tutela, sulla figura dello "straniero".

Speciosa, sotto questo punto di vista, è la precisazione della Corte secondo la quale l'art. 2 potrebbe essere invocato «se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d lgs. 286/1998. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale». I concetti normativi sono, per definizione, concetti di sintesi, nati per esigenze di economia legislativa. Ora, a fronte dell'univoca indicazione contenuta nel comma 2 dell'art. 1 del Testo Unico sull'immigrazione, alla cui stregua il suddetto Testo Unico «non si applica ai cittadini degli Stati membri dell'Unione Europea, se non in quanto si tratti di norme più favorevoli», ai fini dell'operatività dell'art. 2 c.p. non pare certamente necessaria una pedante puntualizzazione legislativa sul destino giuridico (quasi una specie di limbo) di tutti coloro che attendono di diventare cittadini UE!

Nondimeno la Corte attribuisce all'acquisizione, per legge extrapenale posteriore, dello status di cittadino UE una valenza trascurabile: l'essere o non essere cittadino dell'Unione Europea «non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa».

4. Segue: la rilevanza delle modifiche mediate tra norme extrapenali "integratrici" e "retroattive"

Sul presupposto che le norme extrapenali non sempre hanno la medesima funzione né la medesima portata, come sarebbe implicitamente dimostrato dalla loro disomogenea rilevanza ex art. 47, comma 3, c.p. (27), le Sezioni Unite recuperano la tradizionale distinzione tra norme extrapenali *non integratrici* ed *integratrici* del precetto senza tuttavia formulare un'esauriente definizione del concetto di norme "integratrici", al di fuori del richiamo (quasi scolastico) alle norme penali in bianco ed a quelle c.d. definitorie. Si tratta certamente di uno dei passaggi più deludenti della pronuncia qui in commento, dato che - come accennato in precedenza - recenti sentenze della Corte regolatrice, incentrate sulle vicende normative dell'abolizione del servizio obbligatorio di leva rispetto ai reati di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza e di mancanza alla chiamata di leva, avevano invece approfondito ed ampliato proprio il concetto di norma extrapenale "integratrice" rilevante ex art. 2 c.p. (28)

Piuttosto, la Suprema Corte persevera sul problema della normale irretrattività della norma extrapenale "non integratrice" statuendo a riguardo che l'applicazione retroattiva rappresenta la regola per le norme penali di favore, mentre - in base al disposto dell'art. 11 delle pre-

leggi - rappresenterebbe l'eccezione per le norme extrapenali. Solo le disposizioni "integratrici" del precetto avrebbero valenza retroattiva ex art. 2, comma 2, c.p. E nondimeno esisterebbero, nell'impostazione delle Sezioni Unite, delle norme extrapenali "non integratrici" esplicitamente o implicitamente dotate di efficacia retroattiva. Tale fenomeno interesserebbe precipuamente le norme penali richiamate da un elemento normativo della disposizione incriminatrice, dato che esse rilevano in virtù «dell'assetto giuridico che realizzano»: la qualificazione in termini di reato avrebbe, così, portata retroattiva in *bonam partem* qualora si presenti all'interprete nella veste di elemento normativo di fattispecie.

Anche sotto questo punto di vista, tuttavia, le Sezioni Unite non riescono a manifestare piena coerenza: la successione "mediata" di leggi penali viene infatti affermata in rapporto all'intervenuta depenalizzazione del reato fine oggetto dell'associazione per delinquere, ma non anche nell'ipotesi di novazione legislativa del reato oggetto della falsa incolpazione di cui all'art. 368 c.p.: in quest'ultimo caso, ad avviso della Corte le vicende successorie dell'elemento normativo "reato" non sarebbero in grado di incidere sul disvalore della calunnia precedentemente commessa. Siffatta presa di posizione rievoca, in modo più o meno inconsapevole, l'orientamento dottrinario in base al quale, nell'impossibilità di adottare una soluzione generale e astratta per tutti i tipi di successione indiretta di leggi penali, occorrerebbe piuttosto valutare gli effetti della modifica mediata sulla *ratio* di tutela della disposizione incriminatrice (29). Il problema è che la Corte regolatrice pretende invece di dettare una soluzione generale e astratta, la quale in ultima analisi risulterebbe impostata nei seguenti termini: a) le qualificazioni normative extrapenali hanno valenza diversa in seno ai primi due commi dell'art. 2 c.p.; b) in generale, esse non hanno efficacia retroattiva, a meno che si tratti di norme "integratrici" del precetto o comunque di norme in grado di determinare un assetto giuridico diverso da quello sussistente al momento della commissione del fatto, alla stregua di criteri che rimangono arcani.

Il mancato approfondimento dei rapporti di interazione - e di integrazione in senso ampio - tra norma penale ed extrapenale determina a questo punto nel lettore un consistente motivo di perplessità: impossibile non

Note:

(27) In verità questo passaggio della sentenza è assai sibillino. La Corte afferma infatti che se nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi. Occorre ricordare, in proposito, come gli effetti ricollegati dal legislatore all'errore su legge extrapenale siano per l'appunto favorevoli al reo, nonostante l'*interpretatio abrogans* dell'art. 47, comma 3, c.p. costantemente propugnata dalla Corte regolatrice.

(28) *Supra*, nt. 23 e § 2.

(29) *Supra*, § 1, orientamento *sub b*).

domandarsi per quale motivo la perdita dello *status* di cittadino straniero sia considerata dalla Corte un mero "dato di fatto", anche se frutto di un'attività normativa, e non una vicenda normativa extrapenale in grado di mutare - ed in modo diametralmente opposto - proprio l'assetto giuridico del reato precedentemente commesso! Il pensiero corre subito, con qualche nostalgia, alle fondamentali affermazioni contenute nella sentenza Tuzet: per "legge incriminatrice" deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto (30). Tra questi elementi, nei reati propri, è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo. Gli elementi di somiglianza con la vicenda giuridica vagliata dalla pronuncia n. 2451/2008 sono a dir poco impressionanti: la fattispecie delittuosa descritta dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998 è un reato proprio, e la successione di leggi extrapenali determina il venir meno della qualità di soggetto attivo in capo all'imputato. Ma c'è di più: a differenza del peculato, oggetto della sentenza Tuzet, l'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286/1998 è un reato proprio esclusivo, in cui la ratio della tutela si incentra sul soggiorno ingiustificato di chi non abbia specifici requisiti di cittadinanza! Quale mutamento di assetto giuridico è più evidente di quello relativo a chi, per legge extrapenale posteriore, non è più straniero e può oggi legittimamente soggiornare e trattenersi sul territorio nazionale?

Le Sezioni Unite, con un ultimo colpo di scena, liquidano la sentenza Tuzet come «un precedente in senso diverso», «innocuo» nella misura in cui nel 1987 «alle Sezioni Unite non era stata sottoposta specificamente la questione relativa alle modificazioni mediate della norma penale». La sentenza 23 maggio 1987, inoltre, non avrebbe «approfondito il tema», ma si sarebbe limitata ad alcune «affermazioni di principio» nella piena consapevolezza delle oscillazioni giurisprudenziali sull'argomento. Insomma: «la diversa qualificazione data ai dipendenti bancari dalla sentenza Tuzet, più che di una modificazione normativa, era stata il frutto di una diversa interpretazione, alla quale le Sezioni Unite avevano inteso riconoscere valore retroattivo, come avviene normalmente per le operazioni interpretative». Non può pertanto «condividersi la tesi che, come è stata riconosciuta efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei dipendenti bancari, della qualità di persone incaricate di un pubblico servizio, analogamente deve riconoscersi efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei cittadini rumeni, della qualità di stranieri».

Excusatio non petita? Nelle argomentazioni dell'estensore la sentenza Tuzet pesa, nel bene e nel male, come lo spettro di Banquo di shakespeariana memoria. La sua linearità contrasta con le artificiose costruzioni della sentenza Magera qui annotata, fino a generare il sospetto - tutt'altro che infondato - che le argomentazioni giuridiche addotte in ultimo dalla Corte regolatrice per negare rilevanza alle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice celino ben altro tipo di preoccupazioni.

5. Le paventate conseguenze "politiche" dell'abolitio criminis indiretta dei reati commessi da cittadini "ex stranieri"

La sensazione di un'interferenza tra la valutazione della questione di legittimità sottoposta alle Sezioni Unite e le considerazioni di opportunità politico-criminale connesse ai riflessi pratici dell'eventuale riconoscimento, nel caso di specie, di un'abolitio criminis mediata, è talora sin troppo intensa. In base alle argomentazioni della Corte regolatrice, «l'adesione di uno Stato all'Unione Europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti. E l'adesione a sua volta è produttiva di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione (31) e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi». Se si dovesse ritenere il contrario, «rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, «la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. 286 del 1998, confidando poi nella successiva abolitio criminis» (32).

La Corte finisce, insomma, col riconoscere che l'intervenuta acquisizione della cittadinanza europea attribuisce il diritto alla libera circolazione all'interno degli Stati membri, ma ritiene che i cittadini rumeni siano «meno uguali» degli altri, dovendo tuttora rispondere di un fatto che, se commesso oggi, sarebbe esercizio di un diritto garantito dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea: essi non vanno trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione con buona pace dell'art. 3 Cost., che pure costituisce il principale radicamento costi-

Note:

(30) *Supra*, § 2.

(31) Corsivo nostro.

(32) Le Sezioni Unite escludono, a riguardo, l'applicabilità al caso di specie anche del quarto comma dell'art. 2 c.p.: soluzione, questa, già adottata, invece, da singole sezioni nell'evidente tentativo di salvaguardare eventuali sentenze irrevocabili di condanna (cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. I, sent. 11 maggio 2006, n. 16228, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, cit., 1633 e ss.).

tuzionale del principio di retroattività favorevole al reo (33). La deroga all'art. 3 Cost. sarebbe quindi giustificata dalla preoccupazione che i cittadini di Stati in attesa di adesione all'Unione Europea delinquantano nel nostro Paese con la fondata aspettativa della futura impunità.

Occorre allora verificare se siffatta deroga possa ritenersi "ragionevole", come espressamente richiesto dalle sentenze costituzionali nn. 393 e 394 del 2006 (34). La risoluzione di tale dubbio può acquisire rilevanza decisiva nel senso dell'applicazione al caso di specie dell'art. 2, comma 2, c.p.

6. La portata costituzionale del principio di retroattività favorevole e le sue possibili deroghe

Bisogna chiedersi quale sia l'autentico fondamento dell'art. 2, commi 2 e 4, c.p. al di là della distinzione tra norma extrapenale "integratrice" e non. Si tratta, in definitiva, di accertare una volta per tutte se il concetto di successione di leggi penali, espresso dalla rubrica legislativa, vada interpretato restrittivamente come comprensivo della sola modificazione della fattispecie (astratta) penale; oppure se la valorizzazione piena della ratio della retroattività della norma favorevole non consigli un'interpretazione estensiva del fenomeno, che privilegi in ogni caso l'attuale "statuto" penale del fatto concreto, quale che ne sia stata la genesi.

Nell'ordinamento costituzionale italiano, il principio del *favor rei* non riceve alcuna tutela diretta nell'ambito dell'art. 25, comma 2, Cost. Nondimeno, esso è la risultante della costituzionalizzazione di altri principi, non meno rilevanti (35): «la retroattività della legge più favorevole al reo, ove tale soluzione sia prescelta a livello legislativo, è conforme alla (anche se non imposta dalla) Costituzione, nella misura in cui l'individuazione della disposizione più favorevole, per quanto operante in concreto, non attribuisca al giudice un potere discrezionale tale da compromettere quell'esigenza di tassatività che l'articolo in oggetto 2° comma salvaguarda anche in *bonam partem*» (36).

Ma alla base dell'art. 2, commi 2 e 4, non è ravvisabile semplicemente una - rilevante, eppur derogabile - generica tutela del *favor rei*. Si è da tempo evidenziato, in proposito, come l'attuale disciplina della legge penale nel tempo corrisponda a due diverse *rationes*: mentre il divieto di retroattività riceve espressa tutela costituzionale e rappresenta un saldissimo argine di garanzia del cittadino contro eventuali arbitri dello stesso potere legislativo (37), la disciplina dell'*abolitio criminis* e, più in generale, della retroattività della disposizione più favorevole risulta strettamente collegata al superiore principio di *uguaglianza* di cui all'art. 3 Cost. e si pone, come tale, tra i principi fondamentali dell'ordinamento penale (38). In questo senso si pronunziano in modo inequivocabile le sentenze costituzionali nn. 393 e 394 del 2006, sia pure nella prospettiva dell'eventuale derogabilità del canone di retroattività in *bonam partem* qua-

lora l'operatività della norma più favorevole al reo sia manifestamente "irragionevole" (39).

Ma è davvero "ragionevole", come sostengono le Sezioni Unite, non applicare l'art. 2, comma 2, c.p. al fenomeno della successione di norme "integratrici" sul presupposto che «l'art. 3 Cost. riguarda situazioni uguali e legittima trattamenti diversi quando le situazioni da regolare sono diverse»?

Affermare l'eguaglianza di trattamento - nel senso dell'impunità - tra chi ha commesso lo stesso fatto in tempi in cui, rispettivamente, esso non costituiva (più) o costituiva (ancora) reato significa attribuire importanza decisiva «all'evoluzione della valutazione normativa in ordine al disvalore del fatto», negandosi di contro rilievo discriminante al pur diverso atteggiamento del soggetto in termini di fedeltà o infedeltà alla legge vigente (40). Ora, certamente il disvalore del fatto ri-

Note:

(33) *Infra*, § 6.

(34) Corte Cost., sentenze 23 novembre 2006, nn. 393 e 394, in www.giurcost.org.

(35) Sono le attualissime riflessioni di F. Bricola, *Commento all'art. 25, 2° comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna, 1981, 286, secondo il quale non è certo l'art. 25, comma 2, Cost. ad imporre costituzionalmente l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole (cfr. anche p. 234, nt. 7). Sulla generale rilevanza del principio del *favor rei*, cfr. per tutti G. Lozzi, voce *Favor rei*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, 10 e ss.

(36) F. Bricola, *loc. cit.*: «la soluzione prescelta, in virtù della quale, se da un lato si può affermare la legittimità costituzionale dell'art. 2 2° e 3° comma c.p. e, dall'altro, non sembra escludersi la costituzionalità di una legge che preveda la irretroattività di norme favorevoli», si muove sul filo di una lettura dell'art. 25, comma 2°, Cost. che «privilegia il momento della garanzia del cittadino rispetto ad una tutela incondizionata del *favor rei*». Certo è però che eventuali deroghe al principio della retroattività in *bonam partem* della legge penale potrebbero essere giustificate esclusivamente in rapporto a norme penali «che tutelano interessi di particolare rilevanza costituzionale o, comunque, qualora la deroga sia improntata (ex art. 3 Cost.) al principio di ragionevolezza».

(37) Per tutti, F. Palazzo, voce *Legge penale*, cit., 365. Sul significato garantistico dell'irretroattività come valore apicale all'interno delle articolazioni del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, si vedano G. Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, 284 (in particolare, 305 e ss.), e, da ultimo, G. De Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 306 e ss.

(38) Il riferimento è ancora ai contributi di G. Vassalli, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 377; *Id.*, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 713, e di F. Palazzo, voce *Legge penale*, cit., 365, e *Corso di diritto penale*, cit., 149 e ss.

(39) Cfr., in special modo, la sentenza costituzionale 394 del 2006.

(40) Così, efficacemente, F. Palazzo, *loc. cit.*: «in sostanza, a contrario, differenziare il trattamento tra chi ha commesso il fatto prima o dopo dell'*abolitio criminis* significherebbe assegnare un ruolo decisivo e discriminante non già alla oggettiva valutazione legislativa, bensì all'elemento della soggettiva disobbedienza o infedeltà alla legge. Vero ciò, è chiaro che la disciplina dell'*abolitio criminis* è espressione della stessa concezione profonda del diritto penale ispirata a quell'oggettivismo delinquente dalla Carta fondamentale. Ed è, dunque, perciò che l'*abolitio criminis* tende ad affermarsi come principio fondamentale specificatamente penalistico, oltre che genericamente ispirato all'esigenza di eguaglianza di trattamento».

sulta, nel suo complesso, dall'insieme dei suoi elementi costitutivi, siano essi descrittivi o normativi. Proprio per questo non può affatto escludersi, alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico-penale, la rilevanza anche della successione di leggi extrapenali incidenti sulla configurazione di un elemento normativo di fattispecie: forse più dell'elemento propriamente descrittivo, quello normativo definisce e ritaglia la consistenza giuridica del fatto concreto, incidendo sull'individuazione di un elemento essenziale del reato. L'elemento normativo di fattispecie non è, cioè, un dato "cristallizzato" in modo formale in forza dello statuto richiamo ad una norma diversa da quella incriminatrice, ma un concetto versatile e soggetto a precise mutazioni legislative in grado di "erodere" i margini del fatto incriminabile come nei casi di *abolitio criminis* diretta.

La *ratio* della retroattività della norma più favorevole al reo può essere poi ulteriormente potenziata - sempre a livello di principi costituzionali - attraverso il riferimento al finalismo rieducativo della pena (41). In questa prospettiva, il fenomeno della successione di leggi penali appare destinato a non esaurirsi nelle vicende modificative della (sola) fattispecie astratta, per avvicinarsi sempre più alla «concreta e irripetibile dimensione esistenziale del reo, all'interno della quale assume rilievo essenziale la sua disponibilità ad accettare la pena, che presuppone a sua volta la consapevolezza, quanto meno, di una sua non evidente ingiustizia» (42).

Sotto questa luce la legittimità della deroga all'art. 3 Cost. postulata dalle Sezioni Unite in merito alle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice si presenta ancora più irragionevole: è altamente improbabile

immaginare che il cittadino rumeno, condannato per aver commesso un fatto che, sia pur in base ad una legge extrapenale posteriore, non costituisce più reato, possa essere particolarmente disponibile ad accettare l'idea di scontare una sofferenza attuale per un comportamento che è in atto del tutto lecito ed anzi coperto dalle garanzie del Trattato istitutivo UE, al punto che (piaccia o non piaccia) qualsiasi cittadino rumeno potrebbe tranquillamente reiterarlo proprio mentre lui, a causa di esso, viene punito. Né potrebbe mai essergli di "conforto" l'elegante intuizione che ciò avviene in virtù del fatto che la fattispecie astratta non ha subito alcuna modificazione.

Insomma, il principio di uguaglianza ed il finalismo rieducativo della pena integrano la base ermeneutica più solida e convincente perché il fenomeno successorio ex art. 2 c.p. venga riportato, in tutte le sue manifestazioni, alla dimensione del fatto concreto e non resti confinato nei ristretti limiti della fattispecie astratta. Ma le Sezioni Unite sono evidentemente di tutt'altro avviso.

Note:

(41) Sul finalismo rieducativo della pena, come naturale sviluppo e prosecuzione sul piano della prevenzione speciale di un'accezione costituzionalmente orientata della stessa idea di prevenzione generale positiva, v., di recente, le acute riflessioni di G. de Vero, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 439 e ss.; Id., *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, 1015 e ss.

(42) Così G. de Vero, *Corso di diritto penale*, cit., 310.

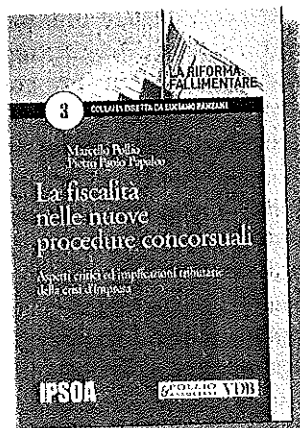
LIBRI

COLLANA: Riforma fallimentare diretta da Luciano Panzani

La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali

Aspetti critici ed implicazioni tributarie della crisi d'impresa

Autori: Marcello Pollio - Pietro Paolo Papaleo



Una guida operativa per commercialisti e avvocati che analizza l'impatto fiscale della nuova legge fallimentare, evidenziando anche le implicazioni introdotte dal decreto Bersani e dalla Finanziaria 2007.

Il testo fornisce le indicazioni che permettono di valutare la competitività delle varie soluzioni negoziate dalla crisi d'impresa.

La finalità è quella di dotare gli operatori del diritto concorsuale di un supporto pratico per la corretta applicazione delle norme tributarie alle imprese in crisi, mediante l'impiego di tavole sinottiche che

facilitano l'inquadramento e la soluzione delle questioni.

Ipsos 2007, EURO 35,00

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsos di zona (www.ipsos.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsos.it>