

PARTE I

PRINCIPI DELLA LEGGE PENALE

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E I SUOI COROLLARI

di *Daria Sartori e Carlotta Frassoni*

Sezione I

I PRINCIPI DELLA LEGGE PENALE

di *Daria Sartori*

SOMMARIO

1. Il diritto penale. 1.1. Codice penale e leggi speciali. 2. Il principio di legalità penale. 2.1. Il principio di legalità nella Costituzione e nel Codice penale. 2.2. I corollari del principio di legalità. 2.3. Il principio di legalità penale nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e il suo ingresso nell'ordinamento italiano.

1. Il diritto penale

La nozione di diritto penale

Con il termine “diritto penale” si fa riferimento all’insieme delle norme giuridiche che disciplinano i fatti costituenti **reato**, ovvero quei comportamenti umani cui la legge riconduce una **sanzione penale**.

Nel sistema delineato dal Codice penale italiano, sono sanzioni penali la **pena** (art. 17 c.p.) e la **misura di sicurezza** (artt. 215 e 236 c.p.). Il Codice penale italiano, infatti, è fondato sul sistema del c.d. doppio binario, in cui coesistono sanzioni che esprimono un giudizio di riprovazione per la violazione del comando (pene) e sanzioni che esprimono un giudizio di pericolosità (misure di sicurezza).

Le funzioni del diritto penale

Il diritto penale è un ramo del diritto pubblico, poiché la commissione di un reato, pur potendo ledere interessi individuali, comporta sempre la lesione dell’interesse (eminentemente pubblico) al mantenimento di una pacifica società organizzata.

Al diritto penale moderno sono riconducibili più funzioni. Accanto alla funzione **punitiva**, naturalmente insita nell’imposizione di sanzioni, la dottrina moderna attribuisce al diritto penale una funzione **preventiva**, poiché il divieto di determinati comportamenti sotto minaccia di sanzione penale è atto ad orientare la condotta dei consociati (prevenzione generale) e a dissuadere il reo dalla futura commissione di nuovi reati (prevenzione speciale).

Principi del diritto penale moderno

L'art. 27 comma 3 della Costituzione italiana attribuisce alla pena una funzione **rieducativa**, dando così al diritto penale l'ulteriore funzione di reintegrare i condannati nella società. Sin dall'ottocento si afferma, poi, che il diritto penale abbia la funzione di **tutela di beni giuridici**, e nel contesto dell'ordinamento costituzionale italiano parte della dottrina ritiene che i beni giuridici meritevoli di tutela penale siano solo quelli avente rango costituzionale.

Gli ordinamenti penali moderni rispondono a principi cardine che ne determinano le caratteristiche.

Il diritto penale moderno sanziona solo comportamenti umani che si manifestano esteriormente, non potendo spingersi a punire atteggiamenti volontari puramente interni o modi di essere della persona (**principio di materialità**).

Il diritto penale moderno sanziona solo i comportamenti umani esteriori che si traducano in una lesione o messa in pericolo di beni giuridici (**principio di offensività**).

Inoltre, l'offesa ai beni giuridici è sanzionata penalmente solo quando realizzata con determinate modalità (**principio di frammentarietà**), perché non tutto ciò che è illecito o riprovevole rileva in materia penale (si pensi, ad esempio, alle violazioni contrattuali, che rappresentano illeciti civili ma non penali).

Il diritto penale moderno sanziona solo comportamenti umani per la commissione dei quali possa muoversi all'autore un rimprovero, ovvero a lui attribuibili psicologicamente in quanto commessi con dolo o con colpa (**principio di colpevolezza**).

Il diritto penale moderno, infine, sanziona solo comportamenti umani che ledano beni giuridici per la tutela dei quali non si possa ricorrere a sanzioni meno afflittive (**principio di sussidiarietà/extrema ratio**).

Il principio di legalità (*nullum crimen sine lege*) è un principio cardine del diritto penale moderno ed implica che nessuno possa essere punito se non in forza di una legge vigente al momento del fatto. Storicamente, esso si è affermato a partire dall'epoca illuministica, segnando il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto moderno, dove la volontà del legislatore, espressione della sovranità popolare, stabilisce la punibilità dei comportamenti antisociali, garantendo limiti al potere esecutivo e giudiziario.

1.1. Codice penale e leggi speciali

Il diritto penale fondamentale è il diritto contenuto nel Codice Penale; ad esso si affianca il diritto penale complementare, contenuto nelle leggi speciali.

Codice Penale

Il Codice Penale costituisce lo strumento principale per l'organizzazione del diritto penale e riflette i principi fondamentali, tra cui il principio di legalità, la tassatività delle norme e la distinzione tra delitti e contravvenzioni.

Il Codice penale vigente in Italia è il c.d. **Codice Rocco**, approvato con R.D. 19 ottobre 1930 n. 1398 ed entrato in vigore il 1° luglio 1931. Esso è diviso in tre libri:

- 1) Il libro I (artt. da 1 a 240-*bis*) è dedicato ai reati in generale;
- 2) Il libro II (artt. da 241 a 649-*bis*) è dedicato ai delitti;
- 3) Il libro III (artt. da 650 a 734-*bis*) è dedicato alle contravvenzioni.

Il Codice Penale ha subito numerose riforme nel corso degli anni, tra cui si annoverano, ad esempio:

- 1) il Decreto legge n. 11/2009, convertito in legge n. 38/2009, con cui si è introdotta la nuova fattispecie di “atti persecutori”, c.d. *stalking*;
- 2) la legge n. 67/2014 di delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, i cui decreti attuativi hanno variamente inciso sul Codice Penale, abrogando talune figure di reato e introducendo sanzioni civili punitive (d.lgs. n. 7/2016), nonché depenalizzando altre figure di reato (d.lgs. n. 8/2016);
- 3) la legge n. 68/2015, di riforma dei reati ambientali;
- 4) la legge n. 69/2005, di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione;
- 5) la legge n. 110/2017, con cui si è espressamente tipizzato il delitto di tortura;
- 6) la legge n. 36/2019, di riforma della legittima difesa;
- 7) la legge n. 134/2021, di delega per l'efficienza del processo penale, che ha introdotto nel Codice Penale modifiche concernenti la prescrizione del reato.

Tali riforme testimoniano l'evoluzione del diritto penale italiano ed il suo tentativo di adeguarsi ai mutamenti sociali, economici e costituzionali, garantendo la tutela dei beni giuridici fondamentali e il rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali.

Leggi speciali

Accanto al Codice Penale, numerose **leggi speciali** contengono disposizioni rilevanti per il diritto penale, soprattutto in tema di contravvenzioni. Fra le più importanti e di comune applicazione possono menzionarsi:

- 1) il R.D. n. 773/1931, Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (TULP);
- 2) il d.p.r. n. 309/1990, di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope;

- 3) il d.lgs. n. 286/1998, c.d. Testo Unico immigrazione;
- 4) il d.lgs. n. 74/2000, in materia di imposte sui redditi e reati tributari;
- 5) il d.lgs. n. 61/2002, di disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali;
- 6) il d.lgs. n. 196/2003, c.d. Codice della Privacy.

Le leggi speciali completano il diritto penale codificato, disciplinando settori specifici e introducendo norme adattabili a particolari esigenze sociali, economiche e tecnologiche, senza alterare i principi generali del Codice Penale.

2. Il principio di legalità penale

Il principio di legalità penale, operante nell'ordinamento italiano, trae le proprie origini nel pensiero illuminista, e nell'esigenza di vincolare alla legge l'esercizio dei poteri dello stato al fine di evitarne i soprusi. Storicamente, il principio si consolida a partire dal XVIII secolo, segnando il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto moderno, in cui la sovranità del popolo è espressa attraverso un Parlamento che stabilisce le norme valide per tutti.

Legalità formale

Spesso riassunto nella formula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, il principio impone che la responsabilità penale possa essere attribuita (e la relativa sanzione irrogata) solo a fronte di condotte che contrastino con una previsione di legge preesistente che le qualifichi come reato. La dottrina distingue tra:

- Legalità formale, adottata nell'ordinamento italiano, secondo cui ciò che costituisce reato dipende esclusivamente dalla legge scritta;
- Legalità sostanziale, presente in ordinamenti autoritari, dove la sanzione penale può colpire condotte socialmente pericolose anche se non specificamente previste dalla legge.

Ratio del principio di legalità

Nel nostro ordinamento si accoglie, dunque, una nozione di **legalità formale**, perché la definizione di ciò che è reato dipende esclusivamente della legge. In contrapposizione a tale nozione si parla di **legalità sostanziale** (accolta, ad esempio dagli ordinamenti autoritari) laddove la sanzione penale è irrogata a fronte di condotte socialmente pericolose, anche se non previste dalla legge come reato.

Come anticipato, il principio di legalità penale operante nel nostro ordinamento ha una genesi politica ed una funzione di salvaguardia della libertà dell'individuo. Se, da un lato, con il principio di legalità si afferma la prerogativa del Parlamento – organo rappresentativo della società e democraticamente eletto – nella

produzione delle norme penali, dall'altro, il principio ha lo scopo precipuo di tutelare la libertà individuale contro tutti i poteri dello Stato, Parlamento incluso (*favor libertatis*).

In termini pratici, il principio di legalità penale si concretizza in diversi corollari normativi:

- 1) Riserva di legge, secondo il quale solo il legislatore può creare reati e determinare le pene (art. 1 c.p., art. 199 c.p., art. 1 L. 1981/689);
- 2) Irretroattività, secondo il quale la legge penale si applica solo a fatti successivi alla sua entrata in vigore;
- 3) Tassatività, secondo il quale le norme devono essere chiare, precise e comprensibili, riferibili a comportamenti accertabili in sede processuale;
- 4) Divieto di analogia in malam partem, secondo il quale il giudice non può estendere le norme penali a comportamenti non previsti espressamente dalla legge.

Il principio di legalità è ulteriormente rafforzato da fonti sovranazionali, tra le quali l'art. 11, comma 2, della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, l'art. 15 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, l'art. 49 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

In sintesi, il principio di legalità costituisce il fondamento del diritto penale moderno, garantendo certezza del diritto, prevenzione dell'arbitrio e tutela della libertà individuale, in linea con le esigenze della società democratica e dello Stato di diritto.

2.1. *Il principio di legalità penale nella Costituzione e nel Codice Penale*

Legalità e Costituzione

Il principio di legalità penale, già riconosciuto dal Codice Rocco, ha trovato definitiva consacrazione nella Costituzione repubblicana del 1948. Ai sensi dell'**art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione**: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

La Costituzione italiana impone dunque il rispetto del principio di legalità con riferimento ad entrambi i tipi di sanzione penale previsti dal nostro ordinamento: le pene e le misure di sicurezza. Essa garantisce così che il principio di legalità si applichi a tutte le sanzioni penali previste dall'ordinamento, sia alle pene detentive o

Legalità e Codice penale

pecuniarie, sia alle misure di sicurezza, confermando la centralità della legge come unico fondamento della punibilità.

Similmente, l'**art. 1 del Codice penale** sancisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite» e l'**art. 199** che «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti».

Altre norme rilevanti per la definizione del principio di legalità sono l'**art. 2, comma 1 del Codice penale**, ai sensi del quale «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato», e l'**art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale** (o disposizioni preliminari al Codice Civile), a mente del quale «Le leggi penali (...) non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati». Tali norme esplicano i c.d. corollari del principio di legalità.

2.2. I corollari del principio di legalità penale

Il principio di legalità penale accolto dall'ordinamento italiano si articola in sotto-principi, o corollari. Essi sono:

- 1) il principio di **riserva di legge**, ai sensi del quale solo la legge può imporre sanzioni penali per determinati comportamenti. Tale principio riserva al potere legislativo la creazione delle norme incriminatrici, idealmente escludendo il potere esecutivo e giudiziario dall'individuazione dei comportamenti sanzionabili penalmente;
- 2) il principio di **irretroattività della legge penale**, ai sensi del quale la legge penale opera solo pro futuro, non potendo sanzionare comportamenti posti in essere prima della sua entrata in vigore. Negli ordinamenti moderni tale principio si accompagna al c.d. principio della retroattività della *lex mitior*, ai sensi del quale la legge penale può e deve operare retroattivamente qualora ciò vada a vantaggio dell'accusato. Tale regola riflette il valore fondamentale della giustizia sostanziale e la tutela dell'autodeterminazione dei cittadini, i quali devono poter conoscere preventivamente le conseguenze penali dei propri comportamenti.
- 3) il principio di **tassatività**, o sufficiente determinatezza, ai sensi del quale il precetto penale deve essere sufficientemente preciso e determinato, in modo che possano agevolmente distinguersi le condotte vietate da quelle penalmente irrilevanti. La tassa-

tività implica anche che le norme penali siano comprensibili e applicabili nella pratica giudiziaria, riducendo il rischio di interpretazioni arbitrarie o discrezionali.

- 4) il **divieto di analogia**, che fa da compendio al principio di tassatività vietando l'interpretazione analogica delle norme penali. Secondo molti Autori, tale divieto opera solo per l'analogia *in malam partem*, potendo invece ammettersi l'uso dell'analogia a favore dell'accusato. Questo divieto rafforza il principio di legalità, evitando che il giudice estenda la punibilità a comportamenti non previsti espressamente dalla legge, garantendo così la tutela delle libertà fondamentali del cittadino.

Tali corollari saranno oggetto di esame approfondito nelle sezioni successive del presente capitolo; essi, invero, costituiscono la base per l'applicazione concreta del principio di legalità, influenzando l'interpretazione delle norme, la formulazione dei reati e la determinazione delle pene nel Codice Penale italiano.

2.3. *Il principio di legalità penale nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e il suo ingresso nell'ordinamento italiano*

La Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (più comunemente, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, o CEDU) è un trattato internazionale entrato in vigore nel 1953, e ratificato dall'Italia con legge n. 848/55. Esso vincola gli Stati parte del Consiglio d'Europa, il cui numero è oggi di 47. L'interpretazione delle norme contenute nella CEDU è di competenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), organismo giudiziario internazionale con sede a Strasburgo. La Corte di Strasburgo interpreta questa norma come comprensiva non solo del divieto di retroattività sfavorevole, ma anche del principio di prevedibilità e del divieto di interpretazione estensiva o analogica in *malam partem*, imponendo che gli illeciti siano definiti in modo chiaro e comprensibile (cfr. *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, Serie A, n. 260-A, par. 52).

Legalità e CEDU

Tra i diritti tutelati dalla CEDU vi è il principio di legalità in materia penale. L'**art. 7, comma 1, CEDU**, intitolato "*Nulla poena sine lege*", sancisce che «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Anche se la norma sembra incorporare il solo corollario dell'irretroattività, nell'interpretazione fornita dalla CEDU essa ricomprende altresì 1) il principio di prevedibilità, a mente del quale la legge deve essere sufficientemente precisa e prevedibile nella sua applicazione, in modo da consentire al consociato di adeguare la propria condotta e 2) il divieto di interpretazione estensiva ed analogica *in malam partem*. Diversamente dal diritto interno italiano, il principio di legalità CEDU non ricomprende la riserva di legge, in quanto si riferisce al "diritto" in senso generale, comprendente sia norme scritte che giurisprudenza consolidata, come fondamento della responsabilità penale.

Il riferimento alla prevedibilità e alla certezza del diritto comporta rilevanti effetti nel sistema penale italiano: qualsiasi evoluzione giurisprudenziale imprevedibile o applicata retroattivamente risulta incompatibile con l'art. 7 CEDU. È il caso della sentenza Contrada c. Italia (n. 3/2015), in cui la Corte EDU ha riconosciuto una violazione del principio di legalità poiché il ricorrente era stato condannato per un reato di origine giurisprudenziale (*concorso esterno in associazione mafiosa*) successivo alla commissione dei fatti.

Il principio di legalità CEDU non ricomprende, invece, la riserva di legge: in quanto nozione destinata ad applicarsi ad ordinamenti di *civil law* e di *common law*, essa non può che fare riferimento al "diritto" (sia di fonte scritta che giurisprudenziale) come fondamento della responsabilità penale.

Prevedibilità della norma penale

Il riferimento delle garanzie della legalità al "diritto", invece che alla legge, ha conseguenze dirompenti per il diritto penale italiano. La garanzia della prevedibilità rende incompatibile con il principio di legalità CEDU un'evoluzione giurisprudenziale imprevedibile e/o applicata retroattivamente. Nella celebre sentenza nel caso Contrada c. Italia (n.3) del 2015, la CEDU ha concluso per una violazione dell'articolo 7 CEDU derivante dal fatto che il ricorrente era stato punito per un reato di origine giurisprudenziale (il concorso esterno in associazione mafiosa) attestatosi successivamente all'epoca in cui egli aveva commesso il fatto.

"Materia penale" CEDU

La rilevanza dirompente del principio di legalità CEDU risiede, inoltre, nell'ambito di applicazione delle sue garanzie: in virtù della nozione autonoma di "diritto penale" delineata dalla giurisprudenza di Strasburgo a partire dal caso Engel c. Paesi Bassi del 1976, i corollari del principio di legalità non si applicano solo a ciò che è formalmente considerato come diritto penale, ma si estendono a qualunque illecito che, per sua natura e per il grado di severi-

tà della sanzione ad esso ricollegata, possa considerarsi come sostanzialmente penale.

In virtù della nozione autonoma di materia penale elaborata dalla CEDU, quindi, illeciti formalmente considerati come amministrativi (o civili) dal diritto nazionale devono sottostare a principi che tradizionalmente vincolano il solo diritto penale.

Rango della CEDU

Tali conclusioni hanno una rilevanza particolare in ragione del rango attribuito alla CEDU nel sistema delle fonti italiano. Con due famose sentenze della Corte Costituzionale (c.d. “sentenze gemelle”: n. 348/2007 e n. 349/2007) alla CEDU è stato attribuito il rango di parametro interposto di costituzionalità: i diritti in essa riconosciuti devono pertanto essere rispettati dal legislatore nell’esercizio dei suoi poteri e dal giudice comune nell’interpretazione delle norme penali.