

**Claudio Mellone**

## **La parte generale del diritto penale in 9 lezioni**

Per concorsi, esami, cultura personale.

Aggiornato alla legge sulla legittima difesa approvata dal senato il 28 marzo 2019 e con la descrizione del reato di violazione di domicilio

Presentazione

**Quale lo scopo di questo manuale?** Fornire una conoscenza completa e ragionata della parte generale del diritto penale.

**A chi è rivolto questo manuale?**

Studenti universitari, che poi dovranno approfondire gli aspetti dottrinari secondo le particolari teorie dei loro professori e libri di testo.

Partecipanti a concorsi pubblici dove è necessario apprendere bene tutti i concetti in tempi brevi.

Aspiranti avvocati, per l'esame di abilitazione.

Aspiranti magistrati, per conoscere e far propri tutti i concetti di diritto penale, base indispensabile per gli approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali.

A tutti coloro che per cultura personale o esigenze professionali vogliono conoscere il diritto penale senza essere ostacolati da linguaggi complicati e filosofici.

**Come è strutturato il manuale?**

In 9 lezioni divise in due parti.

Nella prima parte si parlerà di tutti i concetti tradizionali di diritto penale che necessitano di comprensione, come il dolo, la colpa, il nesso di causalità, omissione, concorso di persone etc. etc. Gli argomenti sono spiegati in maniera semplice e discorsiva, idonea a far capire il concetto, senza schematizzazioni.

Nella seconda parte vi sono i concetti più tecnici di diritto penale, come la pena e le misure di sicurezza che non presentano particolari difficoltà concettuali, ma devono essere solo ricordati.

In questa parte si è fatto largo uso di elenchi.

**Come è impaginato il manuale?**

Il manuale consta di 126 pagine, comprensive di presentazione e sommario, diviso in due parti per nove lezioni.

È realizzato su foglio A4 con carattere grande 12. I margini non sono simmetrici. Si è lasciato più spazio sul lato destro della pagina per permettere, una volta stampato, annotazioni e commenti.

Copia dedicata a:

Parte Prima.....	5
Lezione 1. La legge penale .....	5
Le fonti del diritto penale, il principio di legalità e l'irretroattività della legge penale.....	5
La riserva di codice.....	7
La legge in senso materiale e il reato.....	8
Le fonti dell'Unione Europea e la consuetudine.....	9
I corollari dei principi di legalità. Tassatività e determinatezza, divieto di analogia. ....	11
La norma penale in bianco.....	12
L'ignoranza della legge penale.....	13
L'efficacia della legge penale nello spazio .....	14
Le deroghe al principio di territorialità.....	14
Concorso apparente di norme, il principio di specialità .....	16
Le altre ipotesi di concorso apparente di norme.....	17
Lezione 2. Il reato l'elemento oggettivo.....	18
Il concetto di reato .....	18
La struttura del reato.....	19
L'elemento oggettivo del reato.....	20
L'autore o soggetto attivo del reato .....	21
La responsabilità degli enti .....	21
Il soggetto passivo, oggetto materiale, danneggiato civile e querela.....	24
La condotta.....	25
Altre distinzioni tra reati .....	27
La consumazione del reato, i reati istantanei e permanenti.....	27
Il nesso di causalità tra condotta ed evento.....	28
Il rapporto di causalità in ipotesi di concorso di cause.....	29
Le teorie sul rapporto di causalità.....	30
La teoria della conditio sine qua non o dell'equivalenza causale.....	30
La teoria della causalità adeguata.....	31
La causalità umana.....	31
La teoria dell'imputazione oggettiva .....	32
Il rapporto di causalità nei reati omissivi.....	32
Lezione 3. Il reato l'elemento soggettivo.....	34
L'elemento soggettivo, il dolo.....	34
La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 38343/2014.....	37
Il reato colposo.....	40
I tipi di colpa .....	41
La colpa cosciente e la colpa incosciente.....	42
L'errore.....	43
Errore sul fatto che costituisce reato.....	43
L'errore determinato dall'altrui inganno.....	44
L'errore sull'esistenza di una causa di giustificazione.....	45
Il costringimento fisico.....	45
Il caso fortuito la forza maggiore.....	46
L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni.....	47
Il reato supposto e il reato impossibile.....	47

La responsabilità oggettiva.....	48
La preterintenzione.....	49
Lezione 4. Le cause di giustificazione.....	50
Le cause di giustificazione.....	50
Il consenso dell'avente diritto.....	51
Esercizio del diritto.....	52
Adempimento di un dovere.....	53
La legittima difesa.....	54
Eccesso di legittima difesa domiciliare.....	58
La violazione di domicilio.....	59
Uso legittimo delle armi.....	60
Stato di necessità.....	62
Eccesso nelle cause di giustificazione.....	64
Le condizioni obiettive di punibilità.....	65
I delitti aggravati dell'evento.....	66
Lezione 5. Tentativo di delitto e circostanze del reato.....	67
Il tentativo di delitto.....	67
Desistenza e recesso attivo.....	69
Il reato circostanziato.....	70
Classificazione delle circostanze.....	72
La regolamentazione delle circostanze.....	73
La disciplina dell'errore in persona.....	74
Le attenuanti generiche.....	74
La recidiva.....	75
L'applicazione delle circostanze.....	76
Il concorso eterogeneo di circostanze.....	77
Lezione 6. Concorso di reati e concorso di persone nel reato.....	78
Il concorso di reati.....	78
Il trattamento sanzionatorio del concorso materiale.....	79
Concorso formale di reati.....	79
Il reato continuato.....	80
Abberatio ictus.....	81
L'aberratio delicti.....	82
Il concorso di persone nel reato.....	83
Le differenti forme di partecipazione.....	84
Requisiti del concorso di persone nel reato.....	85
La pluralità di agenti.....	85
La realizzazione di un elemento oggettivo del reato.....	86
Contributo causale alla realizzazione del fatto.....	86
La volontà di cooperare alla commissione del reato.....	87
Aggravanti e diminuzioni di pena ed esclusioni di responsabilità.....	88
Desistenza e recesso attivo nel concorso di persone.....	91
La cooperazione nel delitto colposo.....	91
Responsabilità del concorrente per un reato diverso da quello voluto.....	92
Il concorso di persone nel reato proprio.....	93
Circostanze di esclusione della pena.....	94
Lezione 7. Imputabilità.....	95
L'imputabilità.....	95
Stato d'incapacità preordinato al fine di commettere un reato (actiones liberae in causa)....	96
La minore età.....	97
Il vizio di mente.....	97

L'ubriachezza e l'uso di sostanze stupefacenti.....	98
Sordomutismo.....	99
Gli stati emotivi o passionali.....	100
Parte seconda.....	100
Lezione 8. La pena.....	100
La capacità a delinquere e la determinazione della pena.....	100
L'abitudine nel reato.....	101
La professionalità nel reato.....	103
La tendenza a delinquere.....	103
Disposizioni comuni alla dichiarazione di abitudine, professionalità e tendenza a delinquere.....	104
La pena.....	105
Calcolo della pena.....	107
Sospensione condizionale della pena.....	108
La sospensione del processo con messa alla prova.....	111
La non punibilità per la particolare tenuità del fatto.....	112
I casi di estinzione del reato e della pena.....	114
Morte del reo prima della condanna.....	114
Amnistia (art. 151 c.p.).....	114
Indulto (art. 174 c.p.).....	115
Grazia (art. 174 c.p.).....	115
Remissione della querela (art. 152 c.p.).....	115
Estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162 ter c.p.).....	115
Prescrizione del reato (artt. 157 c.p.).....	116
Sospensione e interruzione della prescrizione.....	119
Prescrizione della pena (art. 172 c.p.).....	121
Oblazione (artt. 162 e 162 bis c.p.).....	122
La liberazione condizionale (art. 176 e 177 c.p.).....	122
Riabilitazione.....	123
Non menzione nel certificato del casellario giudiziario (art. 175 c.p.).....	124
Lezione 9. Le misure di sicurezza.....	125
Le misure di sicurezza.....	125
Le misure di sicurezza personali.....	128
Assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro (art. 256 c.p.).....	129
Assegnazione a una casa di cura e di custodia (art. 219 c.p.).....	129
Ricovero in un manicomio giudiziario (art. 223 c.p.).....	130
Le misure di sicurezza detentive che riguardano i minori. Ricovero in un riformatorio giudiziario.....	130
La libertà vigilata (art. 228 c.p.).....	131
Divieto di soggiorno (art. 223 c.p.).....	132
Divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche (art. 234).....	133
Espulsione o allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato (art. 235 c.p.).....	133
Le misure di sicurezza patrimoniali.....	134
La cauzione di buona condotta (artt. 237-239 c.p.).....	134
Confisca (artt. 240, 240 bis c.p.).....	134
Appendice.....	136

# Parte Prima

## Lezione 1. La legge penale

### *Le fonti del diritto penale, il principio di legalità e l'irretroattività della legge penale.*

Fonti del diritto sono la costituzione, la legge e gli atti a essa equiparati (decreti legge e legislativi), i regolamenti e la consuetudine.

Attualmente dobbiamo anche considerare le fonti dell'Unione Europea, cioè i trattati, i regolamenti e le direttive.

Non dobbiamo, in questa sede, occuparci della tematica delle fonti del diritto ( del resto ampiamente trattata nel manuale di diritto costituzionale su [www.dirittoprivatoinrete.it](http://www.dirittoprivatoinrete.it)) ma quali siano le fonti cui far riferimento per il diritto penale.

Cominciamo con la Costituzione, e la nostra attenzione deve soffermarsi sull'art, 25 comma secondo, secondo il quale: “ *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”.

Questo articolo deve essere letto in relazione all'art. 1 del codice penale: “*Reati e pene: disposizione espressa di legge. 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*”.

Le due disposizioni si completano, la prima che fornisce una tutela “forte” di livello costituzionale esprime il principio di legalità in merito ai reati.

Solo la legge può prevedere che un fatto sia considerato come reato, escludendo, così, che fonti del diritto diverse dalla legge possano prevedere dei fatti come reato.

Il principio è poi ribadito dall'art. 1 del codice penale che riafferma anche il principio di legalità in merito alle pene, principio che vale anche per le misure di sicurezza ( art. 25 cost. comma 3 e art. 199 codice penale).

Possiamo quindi giungere a questa conclusione: nel nostro ordinamento solo la legge può prevedere che certi fatti siano considerati reati e solo la legge può prevedere le pene per i reati e le misure di sicurezza.

Vige quindi il principio di legalità per i reati, le pene e le misure di sicurezza.

Si potrebbe però obiettare che sarebbe ben possibile che una legge modifichi l'art. 1 del codice penale dando così spazio ai regolamenti, derogando così al principio di legalità; certo, ciò potrebbe accadere, ma contrasterebbe con l'art. 25 della Costituzione che introduce il principio della riserva di legge assoluta in merito ai reati.

Solo la legge, e non altre fonti del diritto, regolamenti in testa, possono prevedere reati.

Ciò, però, non deve far escludere che i regolamenti (cioè gli atti normativi del Governo e dei singoli ministri) possano avere un ruolo in merito ai reati, ma questo ruolo può riguardare solo aspetti strettamente tecnici e non certo d'integrazione del testo legislativo.

Ma non basta. L'art. 25 della costituzione tiene a precisare che la legge che prevede il reato dev'essere entrata in vigore prima del fatto commesso.

Si esprime, quindi, un altro importante principio: il principio d'irretroattività della legge che prevede un fatto come reato. La legge penale, quindi, non può essere retroattiva.

Si tratta di un principio che risponde a una regola fondamentale di civiltà giuridica.

Sarebbe, infatti, ingiusto e pericoloso se una legge penale fosse retroattiva;

ingiusto perché si punirebbero dei comportamenti che nel momento in cui furono tenuti erano leciti;

pericoloso, perché si aprirebbe la strada all'arbitrio del legislatore.

Si consideri poi che una norma penale per possedere un'efficacia intimidatrice, deve essere per lo meno conoscibile da parte degli individui, cosa impossibile se non c'è ancora.

La stessa certezza del diritto, quindi, è compromessa da norme penali (e non solo penali) retroattive. Il principio di fonte costituzionale trova poi una sua specificazione nell'art. 2 del codice penale che nei primi tre commi dispone che:

*Successione di leggi penali.*

*“Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*

*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.*

*Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135”.*

Questo articolo, però, pone anche nei commi successivi il principio di retroattività e ultra attività della disposizione più favorevole al reo.

Secondo il quarto e quinto comma dell'art. 2 c.p.:

*“Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.*

*Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.*

*Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti”.*

Cerchiamo di spiegare questi commi con degli esempi.

Se tizio ha commesso un reato sotto la vigenza di una legge penale, ma poi è giudicato sotto la vigenza di una nuova legge penale che disciplina lo stesso fatto ma con una disciplina più favorevole, si applicherà a tizio la pena prevista dalla nuova legge. Come si vede la nuova legge è retroattiva.

D'altro canto se tizio ha commesso un reato sotto la vigenza di una legge penale, ma poi è giudicato sotto la vigenza di una nuova legge penale che disciplina lo stesso fatto ma con una disciplina meno favorevole, si applicherà a tizio la pena prevista dalla vecchia legge anche se è stata ormai abrogata. Come si vede la vecchia legge è ultra attiva.

Il limite è la sentenza di condanna passata in giudicato.

Se infatti tizio è condannato con sentenza passata in giudicato, e poi è promulgata per lo stesso fatto una nuova legge con una disciplina più favorevole il povero tizio sconterà la condanna irrogata secondo la vecchia legge.

Bisogna specificare, però, che la legge sarà più favorevole secondo la sua applicazione concreta e non solo in astratto; se ad es. la nuova legge ha innalzato il minimo di pena e diminuito il massimo e il giudice ritiene di irrogare il minimo della pena, il giudice applicherà la vecchia legge, in quanto sarà più favorevole; ma se intende irrogare il massimo della pena, applicherà la legge vigente.

Nel fenomeno di successione di legge più favorevole, secondo l'ultimo comma dell'art. 2 c.p. rientrano anche le ipotesi relative alla decadenza o mancata ratifica o conversione con emendamenti di un decreto legge.

Anche in questi casi si applicheranno le regole viste prima relativamente ai commi 1, 3 e 4 dell'art. 2, ma non per il secondo e terzo comma dello stesso articolo e ciò per effetto della sentenza della Corte Costituzionale che con sentenza del 22 febbraio 1985, n. 51, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 2 nella parte in cui rende applicabili alle ipotesi da esso previste le disposizioni contenute nei commi secondo e terzo dello stesso art. 2.

Una deroga al principio dell'applicazione della legge più favorevole si ha nel caso di leggi eccezionali o temporanee.

Per leggi eccezionali intendiamo quelle che sono promulgate per far fronte a situazioni eccezionali (come una calamità naturale) e non quelle che fanno eccezione a principi generali di cui all'art. 14 delle preleggi al codice civile.

Per leggi temporanee, invece, s'intendono le leggi per le quali è previsto un termine per la loro durata, trascorso il quale la legge cessa di essere in vigore.

La ragione della mancata applicazione della regola sulla disposizione più favorevole è intuitiva.

Se, ad es. in occasione di un terremoto s'inaspriscono le pene per chi compie atti di sciacallaggio, e poi, terminata l'emergenza, si torna alla vecchia disciplina più favorevole, allo "sciacallo" che ha commesso il fatto sotto la disciplina della legge eccezionale sarà irrogata la disciplina più severa di questa legge. Diversamente l'efficacia intimidatoria della legge eccezionale sarebbe attenuata.

### ***La riserva di codice***

Il nuovo articolo 3-bis del codice penale, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 21/2018 ha introdotto un nuovo principio nel nostro diritto penale, quello della riserva di codice. Questo articolo rubricato "Principio della riserva di codice" dispone che le *"nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia"*.

Chiara l'intento del legislatore, razionalizzare il diritto penale facendo entrare (o rientrare) nel codice penale le disposizioni di legge che prevedono reati e che abbiano oggetto beni di rilevanza costituzionale oppure inserendo le nuove disposizioni penali all'interno di leggi che disciplinano in modo organico la materia.

Niente più interventi "estemporanei" in materia penale, potremmo dire, perché inserendo il nuovo reato nel codice penale si è costretti a collocarlo nel libro e nel titolo più appropriato, così da meglio definirne le caratteristiche, d'altro canto inserendo la nuova disposizione penale in leggi che regolano organicamente la materia si può fornire ai consociati una migliore conoscenza della materia, senza essere costretti a difficili ricerche e essere esposti al rischio di ignoranza della legge penale.

Il tentativo è quindi quello di razionalizzare e rendere più semplice la conoscenza del diritto penale, del resto la legge delega (ex art. 1, comma 85, lett. q) l. 23 giugno 2017, n. 103) che ha permesso al governo di approvare il d.lgs. 21/2018; si noti poi come nella delega si è specificato le norme che devono essere inserite nel codice penale devono avere ad oggetto beni di rilevanza costituzionale, specificando, anche se con un elenco non tassativo, quali siano questi beni.

Dispone la legge delega che: *"l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela"*

*beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato".*

La riserva di codice, però, non funziona solo per il futuro, ma ha funzionato anche per il passato; in altre parole con il citato decreto legislativo sono stati immessi nella parte speciale del codice penale diverse norme penali che erano sparse nel corpo normativo italiano.

Si tratta di una sorta di "copia e incolla" delle disposizioni penali già esistenti all'interno del codice penale, e quindi potrebbe sembrare un'operazione totalmente neutra, e in effetti le norme penali spostate nel codice penale sono state trasposte in maniera del tutto o quasi integrale.

Ma c'è da considerare che inserendo dette norme penali all'interno del codice, queste entrano a far parte di un sistema, il codice penale appunto, che come tutti i codici ha sua razionalità e un suo ordine.

Di conseguenza inserire una vecchia disposizione penale all'interno della parte speciale del codice comporta che si è fatta una scelta circa il bene giuridico che offende, metterla dopo altre figure di reato all'interno dello stesso capo del codice o anche titolo o libro, indica un'affinità con la altre figure di reato già esistenti e ciò comporterà effetti sulla loro interpretazione, visto che è stato lo stesso legislatore ha fare tale scelta.

Quindi pensare che si tratti di una semplice trasposizione di norme penali già esistenti e che in fondo non è cambiato nulla, se non una maggiore facilità nella conoscenza di dette norme, significa dimenticarsi cosa sia un codice, che non è una raccolta di leggi, ma un sistema organico, sintetico, razionale e non contraddittorio di norme, dove le une hanno influenza sulle altre.

### ***La legge in senso materiale e il reato.***

Principio di legalità, della riserva di legge e irretroattività della normativa penale sono quindi regole fondamentali del diritto penale, ma chiediamoci qual è la legge in grado di prevedere fatti reati e chiediamoci, ancora, che cos'è un reato.

Cominciamo con la prima domanda; legge che può produrre norme penali è certamente la legge formata dalle camere e promulgata dal Presidente della Repubblica, la legge in senso formale.

Ma possono produrre norme penali anche le leggi in senso materiale, cioè i decreti legge e i decreti legislativi (artt. 76 e 77 cost.).

Nonostante le critiche di parte della dottrina, il Governo ha spesso fatto uso di questi strumenti per emanare norme penali.

Si può comunque osservare che se è pur vero che si tratta di atti del Governo, è anche vero che in questi atti il ruolo del Parlamento non è certamente marginale, fissando con la legge delega i principi e criteri direttivi l'oggetto e i tempi al Governo nel decreto legislativo, e occupandosi della conversione in legge nel caso del decreto legge.

Certo nel caso del decreto legge possono sorgere dei problemi.

Non è detto che il Parlamento converta sempre il decreto legge del Governo, e la questione diviene delicata quando il decreto legge ha abolito un'incriminazione precedente; in altre parole può accadere che il Governo attraverso lo strumento del decreto legge stabilisca che un fatto non sia più reato, ma poi il decreto legge non è convertito in legge.

In questi casi l'art. 77 cost. comma 2 dispone che il decreto non convertito nei 60 gg. dalla sua pubblicazione perde efficacia sin dall'inizio, cioè decade con efficacia retroattiva, con la

conseguenza, per il caso che c'interessa, che comportamenti leciti sotto la vigenza del decreto legge, tornano ad essere illeciti, e quindi punibili, violando così il principio di irretroattività della legge penale.

Sul punto è però intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n. 51 del 1985, dove ha stabilito, in sostanza, che se con il decreto legge è abrogata un'incriminazione preesistente, la sua reviviscenza a seguito della caducazione del decreto-legge non potrà spiegare effetti rispetto alle condotte realizzate nel periodo di provvisoria vigenza della norma contenuta nel decreto, che resteranno non punibili in quanto non costituenti reato secondo legge il tempo in cui furono commesse.

Un altro problema riguarda le leggi penali dichiarate incostituzionali.

Se una legge penale è dichiarata incostituzionale quali saranno gli effetti sui reati commessi sotto la sua vigenza?

La risposta è semplice: la legge incostituzionale essendo invalida non potrà essere più applicata e quindi perderà efficacia retroattivamente, ma questa risposta merita una precisazione.

Leggendo l'articolo 136 della Costituzione sembra evidente che la dichiarazione d'incostituzionalità ha efficacia ex nunc e quindi non ha efficacia retroattiva, con conseguenze facilmente immaginabili. L'efficacia ex nunc della dichiarazione d'incostituzionalità, darebbe luogo a un grave inconveniente, poiché avrebbe impedito l'efficacia dell'eccezione di illegittimità proprio nella controversia dove era stata sollevata e che aveva provocato, in seguito al rinvio della questione alla Corte, la decisione sulla incostituzionalità, senza contare le condanne già eseguite e passate in giudicato in base alla legge incostituzionale.

L'articolo 30 della legge costituzionale n. 87/53 ha permesso di superare questo problema stabilendo che le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della legge.

In questo modo la dichiarazione d'incostituzionalità produce effetti anche nel procedimento in cui la questione è stata sollevata.

Se poi in seguito alla norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna, l'articolo 30 della legge citata dispone che ne cessa l'esecuzione e tutti gli effetti penali.

E veniamo, infine, alle leggi regionali.

Questi atti normativi sono leggi a tutti gli effetti nelle materie di competenza delle regioni, e quindi, in teoria, potrebbero prevedere norme penali, reati senza violare l'art. 25 della costituzione.

Ma le regioni non possono produrre leggi penali perché l'art. 117 della costituzione comma 2 attribuisce solo allo stato (e quindi non alle regioni) il potere di produrre leggi penali. Le regioni, quindi, non possono creare norme penali, ma nemmeno possono abrogarle o limitarne l'applicazione.

### ***Le fonti dell'Unione Europea e la consuetudine.***

Dobbiamo ora occuparci del rapporto tra diritto penale e Unione Europea ponendoci una fondamentale domanda: *l'Unione Europea può attraverso le sue fonti normative prevedere direttamente norme penali?*

La risposta deve essere negativa per due motivi:

- 1) Per il nostro ordinamento (art. 25 Cost. comma 2) solo la legge può prevedere norme penali; di conseguenza solo lo Stato italiano può disporre in materia penale e non l'Unione Europea;
- 2) I trattati istitutivi dell'Unione Europea non prevedono che l'Unione possa produrre direttamente norme penali.

Si potrebbe quindi chiudere qui il discorso sui rapporti tra Unione Europea e diritto penale, ma in realtà è necessario porci un'altra domanda su detti rapporti: *se è vero che l'Unione Europea*

*non può emanare direttamente norme penali, può obbligare gli Stati membri a produrle su particolari oggetti?*

La risposta deve essere positiva. L'Unione ha questo potere che le è attribuito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Riportiamo il testo dell'art. 83 del TFUE limitandoci al primo e secondo comma evidenziando in corsivo le parti che più ci interessano.

1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando *mediante direttive* secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire *norme minime relative alla definizione dei reati* e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano *una dimensione transnazionale* derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati *o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*.

*Dette sfere di criminalità sono le seguenti:* terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua *altre sfere di criminalità* che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo.

2. *Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive.* Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76.

Come si vede l'Unione Europea non può produrre direttamente norme penali, ma può farlo in via mediata attraverso lo strumento della direttiva.

La direttiva non si applica direttamente, come i regolamenti, ma obbliga gli Stati membri alla sua applicazione; vediamo cosa dispone in proposito l'art. 288 comma del TFUE

La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.

In altre parole gli Stati membri dovranno adeguarsi, diversamente rischieranno una procedura d'infrazione.

D'altro canto poiché, per quanto riguarda l'Italia, poiché le norme penali devono essere di natura legislativa, non vi sarà altra strada che la legge per adeguarsi alla direttiva.

In conclusione: *l'Unione Europea non ha un potere diretto di emanare norme penali, ma può indirettamente imporre agli Stati membri l'emanazione di norme penali.*

Ma il discorso non può chiudersi qui.

Poniamoci un'altra domanda: cosa succede se una norma penale è in contrasto con il diritto dell'Unione?

Prima di rispondere sgombriamo il campo da un possibile equivoco: *è possibile che norme penali italiane contrastino con norme penali dell'Unione?*

La risposta deve essere negativa per il semplice fatto che, come abbiamo visto, l'Unione non può produrre direttamente norme penali.

E allora il conflitto può esserci in altro modo, come nel caso in cui una legge penale consideri illecito un comportamento che secondo il diritto dell'Unione è lecito.

Il diritto dell'Unione, nelle materie di sua competenza, prevale su quello degli Stati membri e in caso di contrasto è il diritto dell'Unione che deve prevalere anche secondo quanto ha deciso la nostra Corte Costituzionale.

In caso di conflitto il giudice italiano dovrà quindi tener conto (a parte le ipotesi di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea o di rinvio alla Corte Costituzionale) degli articoli 11 e 117 della Costituzione e quindi far prevalere la normativa dell'Unione.

Ma come dovrà fare? Se il contrasto è tra una norma penale italiana e un regolamento dell'Unione o una direttiva dettagliata, dovrà disapplicare la normativa penale italiana (altra dottrina parla di neutralizzazione della norma penale italiana).

Veniamo, alla consuetudine.

La consuetudine non è una fonte atto, ma una fonte fatto, cioè una fonte produttiva di norme che proviene da comportamenti, da fatti.

La consuetudine sorge da un comportamento ripetuto nel tempo ritenuto dalla collettività che lo tiene giuridicamente obbligatorio. Gli elementi della consuetudine sono quindi il tempo e la convinzione che sia giuridicamente obbligatorio.

Logicamente si deve ritenere che il comportamento della collettività o del gruppo sia ripetuto così tante volte che poi nasca la convinzione che sia giuridicamente obbligatorio.

La consuetudine non può dar vita a nuovi reati, per la riserva di legge dell'art. 25 cost., ma non può nemmeno abrogare leggi che prevedono reati già esistenti, perché nella gerarchia delle fonti occupa l'ultimo gradino, e non può certo contrastare con una legge.

Il ruolo della consuetudine è quindi molto limitato (si afferma, ma non senza contrasti, che potrebbe avere una valenza interpretativa del precetto penale), ma è bene chiarire che quando si parla di consuetudine ci si riferisce alla consuetudine fonte del diritto e non alla consuetudine come fatto sociale in base al quale "è consuetudine" che si tenga un certo comportamento.

Si fa spesso l'esempio del reato di atti osceni, il cui contenuto cambia nel tempo in relazione all'evoluzione della società; ad es. in passato non era ammesso che le donne potessero andare al mare in bikini, ma ora "è consuetudine" che ciò accada e quindi non commette il reato di atti osceni una donna che vada al mare in bikini o in topless.

Altri esempi se ne potrebbero fare, per es. la consuetudine di sparare fuochi artificiali all'ultimo dell'anno, oppure di scambiarsi dei regali a Natale. Tutte queste consuetudini non sono certo la consuetudine fonte del diritto, ma sono dei comportamenti socialmente accettati che possono avere influenza sul precetto penale specificandolo o interpretandolo.

### ***I corollari dei principi di legalità. Tassatività e determinatezza, divieto di analogia.***

Il principio di legalità è sorto dall'esigenza di attribuire alla legge del Parlamento il potere di creare reati.

Ma il principio di legalità, da solo, non è sufficiente a realizzare la piena funzione di garanzia della norma penale, cioè la funzione di chiarezza del precetto che produce la possibilità da parte dell'individuo di conoscerlo.

Di conseguenza la legge penale deve avere delle caratteristiche peculiari non espressamente previste in via generale dal legislatore.

Si afferma, di conseguenza, che la norma penale deve essere tassativa e determinata.

La caratteristica della determinatezza sta nella descrizione più precisa possibile del comportamento oggetto della norma.

La tassatività riguarda il fatto che il giudice deve applicare la pena solo ai fatti individuati nella norma penale; più la norma penale è determinata più sarà agevole per il giudice applicarla ai casi in essa considerati.