PRINCIPIO DI LEGALITÀ E FONTI SOVRANAZIONALI

1

Sommario: 1. Principio di legalità: aspetti introduttivi. • **1.1.** Principio di legalità della pena e automatismi sanzionatori. • **2.** Principio di legalità e nuove frontiere del diritto dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. • **3.** Il Trattato di Lisbona: la "comunitarizzazione" della materia penale. • **4.** L'efficacia riflessa della normativa europea su quella nazionale: effetti limitativi ed espansivi. Le questioni sorte in tema di scommesse sportive, immigrazione irregolare e falso in bilancio. • **5.** L'effetto diretto del diritto europeo sul sistema sanzionatorio (CGUE, sentenza 8 marzo 2022 *NE*). • **6.** La prescrizione in materia di reati tributari. La sentenza Taricco (CGUE, 8 settembre 2015) e il suo recepimento da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210). • **6.1.** I dubbi di costituzionalità e il dialogo tra le Supreme Corti: il compromesso evita l'attivazione dei controlimiti (Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24; CGUE, 5 dicembre 2017 *Taricco bis*; Corte Cost., sentenza 10 aprile 2018, n. 115). • **7.** Principio di legalità e potere del giudice penale di disapplicazione dell'atto amministrativo (Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366 e Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 44077). • **8.** La Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale fonte del diritto e la crisi del principio d'intangibilità del giudicato. • **9.** Il principio del *ne bis in idem* nel tormentato dialogo tra la giurisprudenza interna e le Corti europee: alla ricerca dell'unicità del fatto e della sanzione. • **9.1.** *Ne bis in idem* e reati tributari: la Corte Costituzionale salva ancora il doppio binario sanzionatorio (Corte Cost., sentenza 2 marzo 2018, n. 43). • **9.2.** *Ne bis in idem* e tutela del diritto d'autore: inizia la crisi del doppio binario (Corte Cost., sentenza 16 giugno 2022, n. 149). • **10.** Principio di legalità convenzionale e misure di prevenzione. • **10.1.** La sentenza *De Tommaso c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017) e la crisi del sistema di prevenzione. • **10.2.** Le ricadute sul delitto di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159/2011: la genericità delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" imposte al sorvegliato speciale (Cass., SS.UU., 5 settembre 2017, n. 40076). • **10.3.** Gli ulteriori sviluppi della vicenda (Cass., Sez. II, 26 ottobre 2017, n. 49194). La valutazione di stabilità del diritto convenzionale. • **10.4.** Nuovi sospetti per le "pene del sospetto": le Sezioni Unite intervengono in merito al divieto di partecipare a pubbliche riunioni (Cass., SS.UU., 18 novembre 2019, n. 46595).

Diritto romano. – *Ius criminale romano e attualità.* Si reputa solitamente che – a differenza della evidente continuità in tanti ambiti del diritto privato – le significative differenze tra il diritto penale dei Romani e quello odierno, dovute alla distanza cronologica tra i due sistemi e alla connessa evoluzione delle idee (filosofiche e politiche) che fondano i moderni metodi di repressione criminale, non consentano un'utile comparazione. Naturalmente l'affermazione ha i suoi motivi. Palesi quando si pensi anche solo alle discrepanze tra il diritto penale del Codice del 1930 negli anni immediatamente successivi alla conclusione dell'opera legislativa, in pieno regime fascista, e quello contemporaneo. E ciò pur nella formale vigenza di quella legge, invero sempre più scarnificata dalla sua matrice totalitaria (attraverso il lavorio attento di "democratizzazione" portato avanti dalla Corte Costituzionale e anche, ma in misura meno rilevante, dal Legislatore). Maggiormente le diversità, ontologiche, risaltano dal raffronto della situazione attuale con le strutture criminali e le prassi punitive dell'*Ancien régime*, tanto più vicino a noi dell'epoca romana antica. Insomma: il tempo, rispetto al quale molti istituti del diritto privato mostrano una significativa forza di resistenza (che ha fatto pensare addirittura all'esistenza di strutture giuridiche *a priori*) scardina più velocemente il diritto penale e lo trasforma fin nella sua essenza, incessantemente. C'è, però, una questione che di solito non si considera abbastanza. La grande tradizione romanistica è incentrata soprattutto su fonti relative al diritto privato. La repressione criminale è, certo, presente nella grande Compilazione giustinianea, ma defilata, soprattutto nei c.d. *libri terribiles* dei *Digesta* e in costituzioni del *Codex* spesso di non facile lettura. A un tentativo di misurazione, la sua importanza risulta incomparabile rispetto al *ius privatorum*. Non è – solo – una questione quantitativa. Il problema è che i giuristi ro-

RISERVA DI LEGGE E PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ. ORIZZONTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI

2

Sommario: 1. I corollari del principio di legalità: in particolare la riserva di legge. • **1.1.** Le norme penali in bianco. • **1.2.** L'art. 650 c.p. e la violazione dell'obbligo, per il sorvegliato speciale, di esibire la carta di permanenza (Cass., SS.UU., 24 luglio 2014, n. 32932). • **2.** Tassatività, determinatezza e precisione delle norme penali. • **2.1.** Il contenuto dell'obbligo di determinatezza nel rapporto tra legge e giudice (Cass., SS.UU., 13 maggio 2010, n. 18288). • **2.2.** Le categorie individuate dalla dottrina: gli elementi rigidi, elastici e vaghi. • **2.3.** Il ruolo del giudice nell'interpretazione del precetto penale: i principi espressi dalle Sezioni Unite sul reato continuato (Cass., SS.UU., 13 giugno 2013, n. 25939). • **3.** Il divieto di analogia in materia penale. • **3.1.** L'interpretazione dell'art. 219 I co. legge fall. (Cass., Sez. V, 27 ottobre 2011, n. 46243 e Sez. V, 24 febbraio 2021, n. 24216). • **3.2.** I confini dell'interpretazione estensiva e l'*intentio legis* oggettiva nell'intervento delle Sezioni Unite in tema di violazione di sigilli (Cass., SS.UU., 10 febbraio 2010, n. 5385). • **4.** Il vaglio della Corte Costituzionale sull'art. 25 II co. Cost. • **4.1.** Profili di indeterminatezza dell'art. 12 *sexies* della legge sul divorzio (ora 570 *bis* c.p.): Sezioni Unite del 31 maggio 2013, n. 23866.

Diritto romano. – *Principio di legalità.* *Il principio di legalità penale è una elaborazione moderna, che si deve* al grande giurista tedesco Paul Johann Anselm Feuerbach, di inizi Ottocento. *La sua formulazione più sintetica e nota, espressa in latino (nullum crimen sine lege*), non è dunque di diretta ascendenza romana. Tra le fonti giuridiche antiche, si trovano tuttavia espressioni che mostrano l'esigenza della presenza di una *lex*, o comunque di un qualche *ius*, come base della repressione penale (mentre la semplice multa pecuniaria poteva essere irrogata *ex arbitrio* da chi – magistrato o governatore provinciale – ne avesse il potere). Importante è soprattutto un testo di Ulpiano in D. 50.16.131.1. *... et multa quidem ex arbitrio eius venit, qui multam dicit: poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est* ... (cfr. anche D. 50.16.244). Questa espressione di principio è però in sostanza contraddetta dalla lunga storia del diritto criminale romano, che dalla più antica *coercitio*, attraverso le forme del processo popolare e della giurisdizione penale delle *quaestiones*, non mancò di perseguire anche fatti non espressamente previsti come *crimina*. Invero con la stabilizzazione delle *quaestiones perpetuae* (tra II e I secolo a.C.), e cioè con la precostituzione tramite legge di corti giudicanti per singoli reati, si ebbe una parziale vigenza del principio (alla quale però si affiancarono non poche repressioni straordinarie), almeno con riguardo a quella che oggi si definisce la "mera" legalità. Con il principato e l'espandersi delle *cognitiones extra ordinem* è chiaro che il fondamento legale del processo si modificò profondamente e si staccò da quella idea, che però condizionava ancora – come si è visto – i ragionamenti dei giuristi classici. Soprattutto con riguardo ai crimini considerati più efferati (come la "lesa maestà", *maiestas*) si affermarono, peraltro, punizioni in via analogica, *ad exemplum legis*. Quando l'imperatore diverrà l'unico Legislatore, e insieme (almeno formalmente) il solo interprete della legge, si stabilirà una sorta di principio di legalità, ma – è ovvio – solo nel senso dell'assolutismo della volontà imperiale, un senso assai diverso da quello rappresentato dal concetto moderno.

1 / I corollari del principio di legalità: in particolare la riserva di legge

Corollari del principio di legalità, i principi della riserva di legge, tassatività e determinatezza tutelano l'individuo contro gli arbitrii del potere giudiziario, concorrendo, insieme al principio di irretroattività, a delimitare l'area penalmente illecita in un'ottica garantistica.

IL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE

L'**art. 25 II co. Cost.**, nello stabilire che «*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*», rappresenta il fondamento

LE MOLTEPLICI SFUMATURE DEL RAPPORTO DI CAUSALITÀ

5

Sommario: 1. Cenni introduttivi sulla causalità. • **2.** Causalità civile e causalità penale (Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581; Cass., Sez. III, 8 luglio 2011, n. 16123; Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 5901; Cass., Sez. III, 12 giugno 2019, n. 15859). • **3.** Le diverse categorie della causalità: la causalità materiale, giuridica, psichica (Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478). • **4.** Le teorie sul nesso di causalità. • **4.1.** La teoria condizionalistica. • **4.2.** La causalità adeguata. • **4.3.** La causalità umana. • **4.4.** La causalità scientifica: leggi scientifiche, probabilità statistica e probabilità logica (Cass., Sez. III, 18 dicembre 2012, n. 4941; Cass., Sez. IV, 15 maggio 2012, n. 18678; Cass., Sez. III, 6 novembre 2018, n. 11451). • **4.5.** La teoria dell'aumento del rischio e dell'imputazione obiettiva. • **5.** Concorso di cause e cause sopravvenute. • **5.1.** Nozione e ambito di operatività (Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2010, n. 10676; Cass., Sez. IV, 4 giugno 2015, n. 26295). La strage di Viareggio (Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, rv. 281997). • **5.2.** Le concause e la rilevanza del comportamento assunto dal lavoratore (Cass., 20 marzo 2019, n. 27871; Cass., Sez. IV, 28 novembre 2018, n. 5007). • **6.** Causalità omissiva: cenni sulla causalità nei reati omissivi impropri (Cass., Sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311; Cass., Sez. IV, 12 luglio 2012, n. 41184). • **6.1.** Causalità e responsabilità medico-chirurgica (Cass., Sez. IV, 21 novembre 2019, n. 49774; Cass., Sez. IV, 18 maggio 2017, n. 43476). • **6.2.** Causalità e malattie professionali (Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786; Trib. Torino, 13 febbraio 2012; Cass., Sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311; Cass., Sez. IV, 16 marzo 2015, n. 11128; Cass., Sez. IV, 20 novembre 2019, n. 1350; Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2017, n. 1886; Cass., Sez. IV, 15 maggio 2018, n. 46392; Cass., Sez. IV, 19 giugno 2018, n. 48541; Cass., Sez. IV, 13 giugno 2019, n. 45935; Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2019, n. 25532). • **6.3.** L'incidenza del terremoto sul rapporto di causalità. Causalità della condotta e causalità della colpa. Brevi cenni sul naufragio della "Costa Concordia" (Cass., Sez. IV, 1° luglio 2010, n. 24732; Trib. L'Aquila, 19 gennaio 2013, n. 380; App. L'Aquila, 6 febbraio 2015, n. 3317; Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478; Cass., Sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585; Cass., Sez. IV, 20 giugno 2018, n. 32216).

Diritto romano. – *Responsabilità del medico.* Interessante il trattamento dell'imperizia del medico in diritto romano. Una prescrizione generale si trova in un frammento ulpianeo conservato nei *Digesta* di Giustiniano (D. 1.18.6.7): come non si può attribuire l'evento morte al medico che sia intervenuto a curare il paziente, scriveva l'antico giurista, così bisogna invece imputargli quanto commise per *imperitia*, cioè scarsa competenza teorica o anche poca esperienza pratica. Questa imperizia era punita – si direbbe – come "colpa professionale", in vista dell'importanza del bene tutelato e dell'affidamento riposto dal malato (e/o dai suoi familiari) nella figura del "sapiente". Anche propinare farmaci poteva essere pericoloso (*pharmakon* è medicina, ma anche veleno!): se a causa di quanto assunto come medicamento o rimedio ne fosse derivata la morte, colui che l'aveva somministrato era responsabile e punito con la relegazione *in insulam* (se di ceto elevato) o addirittura con la morte (se *humilior*), in tal senso Paul. sent. 5.23.19.

1 / Cenni introduttivi sulla causalità

NOZIONE

Nell'ambito del nostro ordinamento giuridico manca una definizione generale di causalità. Tale assenza è riconducibile al carattere "relazionale" della nozione, non determinabile in assoluto, ma solo in relazione al contesto di riferimento[1]. In ogni settore della conoscenza umana, infatti, si palesa la necessità di stabilire cosa abbia determi-

1 C. Brusco, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1.

essa si è convertita in uno studio del rapporto di rischio. Per tale ragione qualcuno potrebbe concludere che non dobbiamo studiare i temi del rischio prima della colpa, perché sono già analizzati lì. [...] *Si lascia credere che l'imputazione oggettiva sia già contenuta nella colpa, e dunque non serva neppure a parlarne prima, quando è la colpa che contiene ormai troppi aspetti normativi generali. La colpa è divenuta rischio, o occupa larghi aspetti di quella che una volta era l'antigiuridicità e per conseguenza è sempre meno colpevolezza*»[38].

5 / Concorso di cause e cause sopravvenute

5.1 / Nozione e ambito di operatività (Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2010, n. 10676; Cass., Sez. IV, 4 giugno 2015, n. 26295). La strage di Viareggio (Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, rv. 281997)

NOZIONE

La disciplina codicistica della causalità penale si rinviene, oltre che nell'art. 40 c.p., anche nel successivo **art. 41 c.p., rubricato "Concorso di cause"**, all'interno del quale viene specificato quale sia il ruolo assunto dalle c.d. "concause" rispetto alla condotta umana posta in essere dal soggetto agente.

In Dottrina è stato rilevato, in chiave critica, che la disposizione adotta la terminologia "concorso di cause" in maniera del tutto impropria, perché la causa, in sostanza, è costituita dalla totalità delle condizioni, sicché sarebbe più corretto parlare proprio di concause[39].

In altri termini, in questa ipotesi si fa riferimento alla convergenza di condizioni necessarie per la determinazione dell'evento; se, viceversa, si facesse riferimento a fattori privi di efficacia condizionante sull'evento, allora non si avrebbe un concorso di cause, ma un fenomeno diverso, giuridicamente irrilevante sotto il profilo causale[40].

DISTINZIONE CON FIGURE AFFINI

Posta tale premessa terminologica è opportuno, in via preliminare, **distinguere il fenomeno del concorso di cause da figure affini**, quali la cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. (cfr. cap. 10, § 6).

Tale istituto ricorre allorquando, nel delitto colposo, l'evento sia stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ognuna delle quali è cosciente dell'altrui partecipazione[41]. **La cooperazione colposa** è, pertanto, assoggettata al principio dell'equivalenza delle cause, diversamente dall'art. 41 c.p. che disciplina, invece, il c.d. concorso di cause indipendenti.

Orbene, passando, in maniera specifica, ad **analizzare il contenuto dell'art. 41 c.p.**, il I co. affermando il principio della c.d. equivalenza delle cause[42], stabilisce che «*il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione o dall'omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione o l'omissione e l'evento*». In altri termini la norma, a conferma di quanto già disposto dal I co. dell'art. 40 c.p., chiarisce che il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'evento, anche nel caso in cui esse siano indipendenti dall'azione od omissione del soggetto agente[43].

---

38 M. Donini, *op. cit.*, p. 647.
39 F. Mantovani, *op. cit.*, p. 147.
40 F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 273.
41 La Suprema Corte, al riguardo, con sentenza del 2 dicembre 2008, n. 1786, ha statuito che «*la consapevolezza di agire in cooperazione impone a ciascuno non solo di operare per proprio conto in modo appropriato, ma anche di interrogarsi sull'azione altrui se del caso agendo per regolarla moderandola;* [...] *dunque la colpa concorsuale abbraccia tutte le condotte, non solo quelle tipiche ma anche quelle di comune partecipazione agevolatrice*».
42 G. Fiandaca-E. Musco, *op. cit.*, p. 250; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 343.
43 G. Fiandaca-E. Musco, *op. cit.*, p. 252.

IL DELITTO TENTATO NELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

8

Sommario: 1. Il tentativo punibile: struttura, disciplina ed elementi costitutivi. La punibilità degli atti preparatori (Cass., Sez. I, 19 luglio 2023, n. 37091). Desistenza e recesso attivo. L'attenuante del ravvedimento operoso. • **2.** L'elemento soggettivo del delitto tentato, con particolare riferimento alla compatibilità con il dolo eventuale (Cass., Sez. II, 13 aprile 2012, n. 14034). • **3.** Il tentativo e le circostanze del reato, con specifico riguardo all'applicabilità dell'attenuante del danno di speciale tenuità ai delitti tentati contro il patrimonio (Cass., SS.UU., 28 giugno 2013, n. 28243). • **4.** La configurabilità del tentativo di rapina impropria alla luce della recente evoluzione giurisprudenziale (Cass., SS.UU., 12 settembre 2012, n. 34952). • **5.** Il furto nei supermercati commesso sotto il controllo del personale di sorveglianza: la soluzione delle Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 16 dicembre 2014, n. 52217). • **6.** Il tentativo di frode in commercio, con particolare riferimento alla detenzione di prodotti alimentari scaduti con alterazione della data di scadenza (Cass., Sez. III, 27 febbraio 2013, n. 9310) e all'omessa indicazione nella lista dei cibi disponibili nel ristorante di prodotti surgelati (Cass., Sez. III, 5 novembre 2013, n. 44643). • **7.** Il tentativo nei reati di pericolo e nei delitti a consumazione anticipata, con specifico riguardo al tentativo di induzione a tacere o mentire *ex* art. 377 *bis* c.p. (Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2012, n. 5003). La subornazione del consulente tecnico del P.M. non ancora citato in dibattimento (Cass., SS.UU., 23 ottobre 2013, n. 43384). • **8.** Il tentativo di importazione di sostanze stupefacenti (Cass., Sez. IV, 4 luglio 2023, n. 38368 e Sez. VI, 29 settembre 2022, n. 40044).

Diritto romano. – *Il tentativo.* La storiografia è molto prudente in relazione al riconoscimento della punibilità del tentativo in diritto romano. Certamente nell'età più antica, basata essenzialmente sul criterio della vendetta (poi con le sue attenuazioni), non v'era spazio per la repressione del reato solo tentato: è piuttosto con il progressivo (lento e non lineare) instaurarsi di idee relative alla funzione della pena (preventiva e retributiva) che essa può essere ipotizzata e ricercata nelle fonti (assolutamente asistematiche). La mera *cogitatio* non sarà mai punita (né per i *crimina* né per i *delicta*), secondo la regola *cogitationis poenam nemo patitur* (D. 48.19.18), ma il tentativo è invero qualcosa che va al di là del semplice pensiero di commettere il crimine: è volontà che si manifesta in atti, ai quali, però, non consegue l'evento. Il principio secondo il quale *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (D. 48.8.14) è stato messo in relazione con la punizione del tentativo, ma potrebbe riferirsi alla scriminante per il fatto colposo. Più chiara la prescrizione in tema di omicidio: chi volle uccidere e solo per un caso non poté veniva punito come omicida (PS. 5.23.3). Anche chi avesse tentato il parricidio per avvelenamento incorreva nella pena della *lex Cornelia de sicariis* come se avesse commesso il fatto (D. 48.9.1). Sembra dunque che il tentativo fosse represso come reato consumato nelle ipotesi di particolare pericolosità. In taluni casi considerati gravissimi, come il *crimen maiestatis* e la *vis publica*, già il tentativo (raffigurato nelle fonti attraverso la locuzione *consilium inire* o attraverso la descrizione di operazioni per così dire "preparatorie") rappresentava il reato pienamente compiuto. In età tardoantica (caratterizzata da più rigorosi fini repressivi) si intensificò la tendenza alla repressione del tentativo, anche con riguardo ai *delicta*.

1 / Il tentativo punibile: struttura, disciplina ed elementi costitutivi. La punibilità degli atti preparatori (Cass., Sez. I, 19 luglio 2023, n. 37091). Desistenza e recesso attivo. L'attenuante del ravvedimento operoso

ITER CRIMINIS

L'attività criminosa in genere si dispiega in più fasi temporali, il cui compimento segna la consumazione del reato, che coincide con la lesione del bene giuridico protetto dalla norma[1].

1 Per una panoramica sull'argomento, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1996, p. 426; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1994; C. Fiore, *Diritto penale. Parte Generale*, Vol. II, Utet, Torino, 1998, p. 41 ss.