



Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di Scienze

Giuridiche

Via Università 4, 41100 Modena



Dott. Vico Valentini

Tre osservazioni sulla disciplina intertemporale (artt. 5, 6 del progetto)

1. *Principio dell'abolitio criminis espressa e modifiche mediate.*

Esiste un'insuperabile aporia fra il principio sancito nell'art. 5 lett. B (*“Le disposizioni penali non possono essere abrogate o modificate da leggi posteriori se non per dichiarazione espressa del legislatore, con specifico riferimento alle singoli disposizioni abrogate o modificate”*) e la regola cristallizzata nell'art. 6 lett. D (*“...la disciplina di cui alle lettere precedenti si applica anche in caso di successione di leggi diverse da quelle penali, da queste ultime richiamate”*).

L'art. 5, infatti, consacra il principio *dell'abolitio criminis* espressa, ossia vieta fenomeni di abolizione implicita (per incompatibilità/diversità strutturale fra precedente e successiva incriminazione)¹.

Premesso che il confronto con la regola *ex art. 6 lett. D* impone di interpretare la locuzione “leggi posteriori” *ex art. 5* come leggi *incriminatrici* posteriori, il principio, nella sua enunciazione letterale, si potrebbe prestare a ri-assorbire tutti i casi di successione per riformulazione-sostituzione nell'ambito della continuità normativa.

In altri termini, allorché le due fattispecie criminose in successione risultino, ad un confronto strutturale, in rapporto di parziale omogeneità e, al contempo, di parziale diversità, l'interprete dovrà, in assenza di indicazioni legislative, escludere sempre *non solo* fenomeni di abolizione integrale (spesso argomentati sulla base del «peso specifico» ricoperto dagli elementi speciali per aggiunta oppure, più oscuramente, dagli elementi aggiuntivi cd. eterogenei contenuti nel *novum*), *ma anche* epiloghi di abolizione parziale (l'art. 5, infatti, accosta il fenomeno dell'abolizione a quello della modifica).

¹ Il riferimento alle oggettività giuridiche, *ex se*, si ritiene pacificamente, oggi, insufficiente per affermare un rapporto di continuità ovvero discontinuità normativa.

Quindi: nel silenzio del legislatore, là dove la fattispecie incriminatrice successiva sia speciale per specificazione o dotata di elementi aggiuntivi, le condanne definitive per fatti che, pur rientrando nella precedente figura criminosa, non presentano gli elementi speciali contemplati nel *novum*, non potranno più essere revocate dal giudice dell'esecuzione.

La norma *ex art. 5*, da questo punto di vista, si scontra con consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, nell'ambito dei quali il riconoscimento di fenomeni a cavaliere fra continuità e discontinuità appartiene alla normalità.²

Ad ogni buon conto, **la dicotomia più eclatante** si registra confrontando il principio in discorso con la regola *ex art. 6 lett. D* che, nel richiamo alla lett. B del medesimo art., ricollega efficacia iperretroattiva *automatica* all'evoluzione nel tempo di elementi normativi (modifiche cd. indirette o mediate), peraltro senza distinguere i casi in cui le informazioni giuridiche secondarie sono poste da fonti di rango primario da quelli in cui le medesime sono poste da fonti di rango secondario, né, soprattutto, i casi in cui la norma richiamata possiede i requisiti della generalità ed astrattezza (es. regolamento comunitario; regolamento governativo) da quelli in cui la medesima è contenuta in provvedimenti individuali e concreti (es. autorizzazione discrezionale della P.A; cessazione della qualifica pubblicistica per quiescenza o pensionamento; cd. leggi-provvedimento etc.). Al di là dell'automatismo abolitivo (criticabile perché confliggente con quelle acquisizioni ermeneutiche, piuttosto consolidate, secondo cui l'attitudine delle modifiche indirette ad innescare effetti abolitivi è valutata "caso per caso", ossia a seconda del "grado di incidenza" delle informazioni secondarie sul disvalore espresso dalla fattispecie incriminatrice), quello che pare davvero stridere con la "filosofia" che informa l'art. 5 è la circostanza che l'effetto di abolizione, nel caso di modifiche indirette, *non esige, né potrebbe mai esigere, un'espressa previsione legislativa*. In altri termini, se si vuol ricollegare un effetto abolitivo alle modifiche indirette, *tale effetto non può che essere implicito*. Pretendere di applicare il principio dell'abolizione espressa (art. 5) alla regola che sancisce l'efficacia iperretroattiva delle modifiche mediate (art. 6), infatti, significherebbe richiedere, ad es., che nel decriminalizzare un reato il legislatore stabilisca espressamente che ciò spieghi efficacia iperretroattiva sulle precedenti condanne per calunnia; se questo è surreale, è addirittura impensabile che il legislatore extrapenale, ogni qual volta modifichi discipline (es. la procedura per il rilascio della concessione edilizia), si preoccupi di normativizzarne gli effetti sull'ordinamento penale, senza contare la moltitudine di informazioni giuridiche secondarie che sfugge all' "occhio" del legislatore nazionale (es. regolamenti comunitari che ampliano il novero dei prodotti esenti dal pagamento dei dazi doganali).

² D'altra parte, una diversa interpretazione priverebbe la norma di ogni utilità: qualora la precedente fattispecie incriminatrice più generale e comprensiva sopravviva all'introduzione di quella successiva e più specializzata, perde d'importanza stabilire se fra l'una e l'altra ricorra un rapporto di omogeneità o di eterogeneità, dal momento che è pacifico non si verifichi, in casi del genere, nessun effetto abolitivo, neppure parziale

Breve: per le modifiche *dirette* della fattispecie incriminatrice, gli effetti di abolizione necessitano di una previsione espressa. In caso contrario, dovrà concludersi per un rapporto di continuità.

Viceversa, per le modifiche mediate, *nonostante* nella maggioranza dei casi esse non dipendano affatto dalla volontà del legislatore penale, l'effetto abolitivo, oltre a pregiudicare automaticamente la stabilità intertemporale delle scelte di criminalizzazione, può fare a meno di un'espressa previsione legislativa.

2. *Scriminanti e Abolito criminis.*

Qualora si vogliano ricollegare effetti abolitivi alle modificazioni mediate, a maggior ragione tali effetti dovrebbero essere ricollegati all'evoluzione diacronica di scriminanti (introduzione e/o ampliamento di cause di giustificazione).

L'attribuzione di un'attitudine abolitiva alle scriminanti può fondarsi, infatti, sia su considerazioni *di carattere sistematico*, sia su considerazioni *di carattere logico-formale*.

Dal punto di vista sistematico, anzitutto, l'applicazione della regola *ex art. 2 comma 2 c.p.* alle cause di giustificazione postula una precisa opzione di teoria del reato: l'accoglimento di un concetto di *antigiuridicità specificamente penale*, ossia la valorizzazione dell'essenziale contributo delle scriminanti nella definizione dell'illecito penale, inteso quale modello di comportamento composto di fatto tipico e assenza di scriminanti.

Il giudizio di antigiuridicità, inteso quale verifica dell'assenza di scriminanti, è infatti sempre essenziale per individuare *precisamente* l'esatta portata *impersonale, generale ed astratta* del precetto penale, ossia il modello di comportamento passibile di sanzione penale (il "fatto di disvalore penale").

La figura del "fatto di disvalore penale" (illecito penale, *Unrecht*), quindi, evidenzia la relazione di stretta interdipendenza e coessenzialità fra fattispecie incriminatrice e norma di liceità; in secondo luogo, questa figura *specificamente penalistica* consente l'estensione alle norme di liceità, che pure hanno origine e fonti extrapenali, di garanzie e di principi *intrapenalistici*, quali generalità ed astrattezza, tassatività, irretroattività e retroattività *in favor*.

L'altra ragione sistematica che, abbinata alla precedente, spinge verso l'applicazione dell'*art. 2 comma 2 c.p.* alle vicende intertemporali che investono le scriminanti, riguarda il contenuto del giudizio di antigiuridicità.

Le scriminanti operano a livello della fattispecie obiettiva: la verifica della loro assenza (giudizio di antigiuridicità), infatti, interviene in un momento precedente a quello dedicato alla personalizzazione della responsabilità penale (giudizio di colpevolezza). In altri termini, le cause di

giustificazione contribuiscono ad individuare quale è il comportamento oggettivamente illecito, *a prescindere* dalle caratteristiche individuali di chi lo realizza, *variabili caso per caso*, nonché dalle circostanze anomale che possono averne alterato la normalità del processo motivazionale, *anch'esse variabili caso per caso*. Di qui, l'invariabilità del giudizio di anti giuridicità.

E' nella combinazione fra *essenzialità* ed *invariabilità* del giudizio di anti giuridicità, quindi, che vanno ricercate le ragioni sistematiche per riconoscere un'attitudine abolitiva alle scriminanti. Nell'essenzialità di quel giudizio, anzitutto, perché l'illecito penale lo si può identificare nitidamente solo una volta esclusa la ricorrenza di scriminanti; nell'invariabilità di quel giudizio, in secondo luogo, perché esso contribuisce ad individuare l'impersonale ed invariabile modello comportamentale che, *in quanto espressivo di un disvalore oggettivamente apprezzabile*, l'ordinamento intende vietare prima ed a prescindere da un giudizio da chi lo realizza (capace o incapace che sia).

Esistono anche ragioni logico-formali che conducono verso il riconoscimento dell'attitudine abolitiva delle scriminanti.

Tali ragioni riguardano specialmente le scriminanti tassative (legittima difesa, stato di necessità, uso legittimo di armi), ossia fattispecie in cui lo stesso legislatore penale predetermina "al dettaglio" i presupposti al ricorrere dei quali un fatto tipico diventa lecito.

Le scriminanti tassative, infatti, si pongono *sempre* in rapporto di piena continenza con le fattispecie incriminatrici, nel senso che la causa di giustificazione *contiene* tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice (l'intero fatto tipico), con l'aggiunta di elementi specializzanti (es. pericolo attuale; rapporto di proporzione etc.).

Questa relazione di *genus ad speciem* implica che, là dove la norma speciale (scriminante) venisse meno, i comportamenti ivi descritti rientrerebbero nel raggio applicativo della norma generale (incriminazione). La logica, quindi, è *identica* a quella che governa l'eliminazione di una norma incriminatrice speciale, con conseguente riespansione di una norma incriminatrice più generale e comprensiva: in entrambi i casi, infatti, la *lex specialis* (norma incriminatrice speciale, norma scriminante tassativa) isola una sottofattispecie di comportamenti, sottraendoli dal campo di applicazione della *lex generalis*.

Parallelamente ed all'inverso, ampliando i presupposti della fattispecie scriminante, il raggio applicativo della disposizione incriminatrice subirà un'ulteriore riduzione: alla sottofattispecie di comportamenti originariamente sottratta all'ambito applicativo dell'incriminazione-*lex generalis*, si aggiungerà un'ulteriore classe di comportamenti, anch'essa non più penalmente illecita perché compresa nella *dilatata* fattispecie scriminante.

Tale rapporto logico fra disposizione incriminatrice e norma di liceità, una volta apprezzato in prospettiva diacronica, è capace di produrre effetti intertemporali identici a quelli che possono essere ottenuti mediante la sostituzione di una fattispecie incriminatrice generale con una fattispecie incriminatrice più “specializzata”, ossia effetti di *abolitio in parte qua*.

Al proposito, tuttavia, occorre qualche precisazione.

L'introduzione *ex novo* (o l'ampliamento) di una causa di giustificazione comporta, come abbiamo appena visto, la sottrazione di classi di condotte dal raggio applicativo di preesistenti fattispecie incriminatrici, analogamente a quanto accadrebbe se queste ultime fossero direttamente riformulate in chiave specializzante (cd. successione per riformulazione-sostituzione), oppure se fossero “affiancate” da una successiva fattispecie incriminatrice più specializzata, senza però essere eliminate (cd. successione per riformulazione-innesto).

L'asportazione di una sottofattispecie da una disposizione incriminatrice, quindi, può avvenire sia manipolandola direttamente (successione per riformulazione-sostituzione), sia mediante un intervento normativo indiretto (successione per riformulazione-innesto; introduzione o dilatazione di scriminanti), che non modifica la struttura della fattispecie incriminatrice, ma avviene al suo esterno.

Tuttavia, a differenza della successione per riformulazione-innesto, che implica un fenomeno di continuità normativa *ex art. 2 comma 4 c.p.*, all'introduzione (o ampliamento) di una causa di giustificazione possono essere riconosciuti effetti di *abolitio criminis* parziale in quanto, *pur lasciando intatta la fattispecie incriminatrice, determina una modificazione del “fatto di disvalore penale”* (v. *retro*), ossia *priva l'area dell'illiceità di una sua porzione*.

Di qui la possibilità di assimilare, agli effetti dell'art. 2 comma 2 c.p., la successione per riformulazione-sostituzione e l'introduzione *ex novo* o l'ampliamento di scriminanti: in entrambi i casi, infatti, l'ordinamento esprime un *differente assetto dei valori in gioco*, ritenendo non più “meritevoli” né “bisognose” di sanzione determinate sottofattispecie di comportamenti.

Una regola che colleghi effetti abolitivi all'introduzione (o ampliamento) i scriminanti tassative, oltre che doverosa, non solleverebbe particolari problemi, in quanto *non pregiudicherebbe il monopolio del legislatore penale in materia intertemporale*: la struttura di queste scriminanti, “chiusa” al contributo di discipline extrapenali, esclude *a fortiori* che l'eventuale mutamento di discipline settoriali possa pregiudicare “in modo incontrollato” la stabilità intertemporale delle norme incriminatrici.

Un discorso differente, viceversa, deve essere fatto per le scriminanti “aperte al divenire dell'intero ordinamento” (esercizio di un diritto, adempimento di un dovere, consenso dell'avente diritto), le

quali sono costruite come norme in bianco, ossia «schemi vuoti» destinati ad essere riempiti da discipline extrapenali.

Per *questa tipologia di scriminanti* sarebbe essenziale subordinare l'effetto abolitivo alla tassatività, alla generalità ed astrattezza e, soprattutto, *al rango primario* delle norme (extrapenali) destinate ad implementarle.

La struttura delle scriminanti aperte, infatti, impedisce l'estensione ad esse del principio di riserva assoluta di legge: fungendo da “contenitori” di discipline extrapenali, le scriminanti aperte *finiscono per assorbire anche le corrispondenti regole sulla produzione normativa*.

Qualora, seguendo l'impostazione tripartita, si continui a collocare tali esimenti all'esterno del fatto tipico, esse *saranno rese incapaci di attentare al monopolio legislativo delle scelte di criminalizzazione*. Di conseguenza, anche norme extrapenali *poste da fonti di rango secondario* possono assolvere una funzione giustificante, neutralizzando scelte di criminalizzazione operate a livello legislativo, senza che risulti violato principio di riserva di legge. In prospettiva intertemporale, questa impostazione implica che il mutamento delle discipline extrapenali che implementano del scriminanti aperte, anche di fonte secondaria, produce effetti di abolizione parziale.

Di qui, l'opportunità di subordinare il contributo funzionale e, di conseguenza, l'effetto abolitivo delle scriminanti aperte alla tassatività, generalità ed astrattezza ed al rango primario delle norme che le integrano.

3. *La regola posta dall'art. 6 lett. A*

L'art. 6, alla lett. A, sancisce il divieto di retroattività delle norme incriminatrici e *di ogni altra disposizione che comporti per l'agente un trattamento più sfavorevole*. La locuzione (evidenziata in corsivo), si presta a ricomprendere nel divieto anche *tutte* le norme processuali e, a maggior ragione, gli istituti a cavaliere fra diritto e processo (es. cause di estinzione, condizioni di procedibilità). L'estensione del principio di irretroattività alle norme processuali è un tema talmente dibattuto in dottrina e giurisprudenza che sembra opportuno si faccia, sul punto, maggiore chiarezza.

Ad es., se è chiaro che norme processuali che prevedono regimi di impugnazione più restrittivi o regole di ammissione della prova “meno garantite” si traducono in trattamenti deteriori per l'imputato, non è altrettanto chiaro se la qualificazione di norma “più sfavorevole” possa essere attribuita, ad es., alle regole sull'attribuzione (da composizione monocratica a collegiale).

Inoltre sarebbe essenziale ricomprendere nel divieto anche gli illeciti amministrativi, essendo pacifica l'omologia funzionale (afflittivo-punitiva) fra questi e il reato.