

Si tratti della natura e dell'estensione del principio di tassatività anche in relazione all'interpretazione della disposizione incriminatrice, soffermandosi sulla materialità del delitto di cui all'art. 75 comma secondo d.lgs. 159/2011

di Andrea Agate

Schema preliminare di svolgimento della traccia:

- Natura giuridica e fondamento normativo del principio di tassatività;
- la c.d. tassatività ermeneutica in relazione al divieto di analogia;
- l'elemento oggettivo del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno ex art. 75 comma secondo d. lgs. 159/2011;
- applicazione delle coordinate normative esposte a tale figura criminosa;
- la strada della lettura tassativizzante della fattispecie conforme a Costituzione indicata dalle Sezioni Unite;
- considerazioni conclusive;
- la recente sollevazione della questione di legittimità costituzionale;

Svolgimento

Nella composita struttura del superiore principio di legalità penale deve farsi rientrare il canone della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale.

Esso, insieme con la riserva di legge, l'irretroattività e il divieto di analogia, concorre alla esatta delimitazione dello spazio dell'illiceità penale, imponendo, al legislatore dapprima, di formulare con estrema precisione l'intero contenuto della fattispecie incriminatrice, e successivamente al giudice, di evitare che, nel momento applicativo, la lettura della detta fattispecie esorbits dai confini semantici tracciati dal legislatore e che la stessa figura criminosa venga estesa analogicamente – in violazione dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale – a casi da essa non previsti.

La tassatività delle fattispecie criminose costituisce naturale, logica conseguenza di un ordinamento conforme ai criteri di frammentarietà e necessaria lesività, secondo cui il diritto penale è legittimamente desinato a punire esclusivamente specifiche forme di aggressione lesive o pericolose nei confronti di determinati beni giuridici dotati di particolare rilevanza sociale. Ne discende che la norma penale deve essere tassativa perché è finalizzata a sanzionare soltanto quella specifica modalità di lesione o di messa in pericolo del bene giuridico preservato di livello talmente grave da essere inevitabilmente meritevole di pena.

È di palmare evidenza l'estrazione garantistica della libertà individuale che permea il principio in questione, là dove la stessa legalità formale perderebbe di senso ove al legislatore fosse consentito di formulare le disposizioni penali in termini vaghi od indeterminati. La regola di condotta recata dalla disposizione incriminatrice di contenuto generico si presterebbe invero all'incertezza di letture giudiziali differenti od arbitrarie, le quali finirebbero per determinare un'indebita sostituzione del potere giudiziario a quello politico-normativo nell'attività di creazione della fattispecie positiva, con irrimediabile vulnerazione del superiore modello di separazione dei poteri.

Allo stesso modo, la tassatività ricopre un ruolo dirimente sul versante della corretta osservanza del principio costituzionale di colpevolezza, dalla precisa perimetrazione del contenuto precettivo della norma penale dipendendo direttamente la possibilità per il destinatario della norma medesima di distinguere l'area del lecito da quella del divieto, sì da potere consapevolmente orientare di conseguenza i propri comportamenti. È noto, a tal proposito, il monito della Corte Costituzionale, nella storica sentenza 364/1988 resa in tema di (inevitabile) *error iuris*, secondo cui in tanto al cittadino è fatto obbligo di osservare la legge penale, in quanto il legislatore adempia previamente il suo obbligo di rendere le norme riconoscibili. Qualora quest'ultimo non sia riuscito a definire con chiarezza i contorni della fattispecie criminosa, infatti, inevitabili sarebbero le ricadute sulla limitazione della libertà di scelta ed autodeterminazione del singolo, il quale rischierebbe di incorrere in inconsapevoli violazioni, e l'eventuale susseguente comminazione della sanzione punitiva, a fronte di un soggetto ignaro dell'illiceità della condotta tenuta, risulterebbe a questi incomprensibile e del tutto disancorata dalla funzione rieducativa che l'art. 27 Cost. assegna alla pena.

Quantunque non esplicitamente positivizzato, il principio di tassatività è chiaramente desumibile dall'art. 1 c.p., laddove è fatto riferimento al "fatto espressamente preveduto come reato dalla legge", mentre l'indubbia copertura costituzionale si rinviene nel dettato dell'art. 25 Cost., giacché la costituzionalizzazione del canone supremo della legalità operata dalla disposizione appena citata reca tra i suoi necessari logici corollari, tra l'altro, la tassatività della fattispecie. A livello di fonti sovranazionali, invece, gli artt. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 49 comma primo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea appaiono aver codificato esclusivamente la *regula iuris* del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ma i termini "azione" ed "omissione" utilizzati per indicare il fatto suscettibile di punizione in entrambe le disposizioni richiamate, in unione al complessivo valore della libertà personale dell'individuo, connotante l'intero apparato ordinamentale europeo, lascia intendere agevolmente come la sufficiente precisione descrittiva nella tecnica di redazione dell'illecito penale costituisca valore caratterizzante ed ineludibile.

Certa dottrina ha pure operato una suddivisione, all'interno della componente del principio in questione rivolto al legislatore, tra precisione e determinatezza, ed escludendo dunque una relazione di sinonimia tra le due ultime nozioni ha inteso, la prima come l'obbligo per il legislatore di forgiare il reato e le sanzioni penali con un metro di accortezza idoneo a tendenzialmente prosciugare ogni incertezza semiotica, così evitando la discrezionalità interpretativa del giudice, la seconda quale esigenza che la norma penale intercetti soltanto entità reali ed empiricamente verificabili nel processo. Si ricordi, sul punto, quanto ebbe a statuire il Giudice delle leggi con riguardo alla illegittimità costituzionale del delitto di plagio, laddove tanto la condotta della sottoposizione di una persona al proprio potere, quanto il connesso evento della riduzione in un "totale stato di soggezione" erano apparsi elementi costitutivi denotanti un estremo grado di evanescenza, con una fluidità dei confini di criminalizzazione del tutto incompatibili con l'esatta comprensione della portata dell'illecito.

D'altra parte, occorre pure tener conto come, a fronte della connaturale generalità ed astrattezza della norma giuridica sovente non sia possibile pretendere una totale ed acritica conformità di quest'ultima al canone della determinatezza, essendo necessario e sufficiente che la disposizione incriminatrice abbia raggiunto un livello di maggior certezza possibile in ordine alla indicazione delle condotte suscettibili di sanzione. Si consideri altresì che la preminente esigenza di preservazione di beni giuridici di elevatissima pregnanza talora può ben imporre una tecnica di normazione penale meno tassativa, poiché tendente ad inglobare entro il divieto penale categorie pluralistiche di comportamenti offensivi che per la loro stessa ampiezza non si prestino ad essere fatte oggetto di analitica, univoca ed obiettiva descrizione. Si vuol dire che un certo grado di indeterminatezza della fattispecie è spesso ineluttabile, a condizione tuttavia che esso non sia tale da estinguere qualsivoglia possibilità di individuare, attraverso il mezzo interpretativo, il singolo fatto disciplinato.

La giurisprudenza costituzionale si è molto profusa in quest'ultimo versante, argomentando come il rispetto del principio di tassatività, come risultato dell'indagine circa il sufficiente livello di determinatezza della fattispecie penale, vada verificato non già sulla base della valutazione isolata del singolo elemento descrittivo della figura criminosa, bensì raccordando quest'ultimo con gli ulteriori elementi costitutivi della fattispecie e con il complesso della disciplina in cui la medesima si inserisce. Così, pronunciandosi in tema di sufficiente determinatezza del delitto di violazione dell'ordine impartito allo straniero dal questore di lasciare il territorio dello Stato *ex art. 14 comma 5 ter d. lgs 286/1998*, con particolare riferimento all'utilizzo della locuzione "senza giustificato motivo", la Consulta ha evidenziato che l'inclusione nella disposizione di concetti "elastici", di clausole generali o di vocaboli polisensibili, oltre a costituire – come

detto – evenienza talvolta necessitata, non comporta di per se stesso una vulnerazione del parametro costituzionale della tassatività, ogni volta che al giudice sia consentito di stabilire il significato attribuibile all’elemento costitutivo mediante la citata operazione interpretativa di carattere sistematico non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato, e correlativamente, al destinatario della norma sia permesso di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo.

Per quanto detto, è enucleabile un sistema che non consente all’organo giudiziario di addivenire ad interpretazioni della norma eventualmente suppletive della carenza di determinatezza della norma penale, ciò che colliderebbe con la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), oltre che con i principi di legalità in senso lato (art. 25 Cost.) e con i fattori della conoscibilità-prevedibilità-rimproverabilità subiettiva dell’autore del fatto, logicamente sottesi al principio di colpevolezza ex art. 27 Cost..

Di recente, la questione della conformità al canone della determinatezza è stata nuovamente approfondita dalla Sezioni Unite della Suprema Corte, con riguardo all’elemento materiale del delitto previsto dall’art. 75 comma secondo del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, approvato con d. lgs 159/2011 (Cass., Sez. Un. Pen., 40076/2017).

Con la pronuncia citata la Corte Suprema, nella sua massima composizione, ha provveduto a risolvere, mediante un’interpretazione riduttiva costituzionalmente e convenzionalmente orientata, il deficit di determinatezza della fattispecie sottoposta al suo esame, all’indomani della sentenza De Tommaso della Corte EDU, che – notoriamente – aveva censurato tra l’altro la carenza di precisione e prevedibilità di talune prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, tra le quali quella di “vivere onestamente e di rispettare le leggi”.

Ed invero, la fattispecie delittuosa prevista dall’art. 75 comma secondo del citato Codice antimafia punisce le condotte di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, in tal modo operando un integrale rinvio, quanto alla indicazione dei comportamenti punibili, al disposto dell’art. 8 del predetto testo normativo. Siffatta ultima disposizione, enunciando il catalogo di prescrizioni formanti il contenuto del decreto di applicazione della misura di prevenzione personale, dispone che il Tribunale debba ordinare “in ogni caso” al soggetto proposto, tra l’altro, “di vivere onestamente” e “di rispettare le leggi”. Si tratta delle c.d. prescrizioni di genere, che devono accompagnarsi, per espressa *voluntas* normativa, alle altre prescrizioni di carattere specifico, elencate dalla disposizione menzionata, tra le quali figurano, esemplificativamente, quella di non allontanarsi dalla dimora senza preavvisare l’autorità di pubblica sicurezza, quella di non associarsi abitualmente a chi ha subito condanne o è sottoposto a misure di pre-

venzione o di sicurezza, ovvero ancora quella di non rincasare la sera più tardi e di non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e comunque senza averne dato tempestiva notizia all'autorità di pubblica sicurezza. Nell'abrogato art. 5 della legge n. 1423/1956 era contenuta una terza prescrizione di genere, consistente nel "non dare ragioni di sospetto", tacitamente abrogata dalla legge del 2011.

Ora, appare fin da subito evidente che il legislatore abbia fatto uso, nella tecnica di formulazione di tale disposizione, di elementi vaghi, stante la genericità ed indistinzione connotante il dato normativo richiamato, il quale riconnette la sanzione penale a due condotte dal contenuto tanto ampio e fluido da risultare quasi del tutto indeterminabile in concreto.

Le dette Sezioni Unite non hanno certo mancato di sottolineare una tale indeterminatezza, là dove si è affermato che l'*honeste vivere* positivizzato dalla fattispecie sembra più rivestire le spoglie di un imperativo di carattere morale che di un comando giuridico, mentre il "rispettare le leggi", nella misura in cui impone di assumere una condotta genericamente osservante di tutte quante le leggi dello Stato, si risolve in una improbabile automatica criminalizzazione di qualsiasi violazione di regole positive.

È appena il caso di precisare che, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, fino ad oggi era stato costantemente escluso ogni denunciato attrito tra la portata delle locuzioni richiamate ed il superiore principio di tassatività. La Corte Costituzionale aveva invero affermato come, per un verso, il significato, solo inizialmente generico, della dizione "vivere onestamente" fosse suscettibile di concretizzazione ed individualizzazione se posto in correlazione con il complesso delle ulteriori prescrizioni di tenore specifico, e per altro verso, che per il senso ascrivibile all'espressione "rispettare le leggi" dovesse farsi riferimento a qualsiasi disposizione la cui inosservanza fosse indice della già accertata pericolosità. Gli stessi giudici di legittimità avevano, dal canto loro, persino avallato il concorso formale tra il delitto di cui all'art. 75 in questione e i reati comuni commessi dal sorvegliato speciale, nella logica di inasprimento sanzionatorio che si riteneva ispirasse il complessivo impianto normativo. Ancora, si era ritenuta la sussistenza del reato di violazione dell'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi altresì nell'ipotesi di improcedibilità del reato per difetto di querela ovvero sia nel caso di consumazione di un illecito amministrativo.

Adottando una soluzione di recisa rottura con il passato, la sentenza in esame ha, così, statuito che il richiamo agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno possa essere riferito esclusivamente a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire un effettivo ed inequivoco valore precettivo. Tali caratteri, prosegue la pronuncia, difettano nelle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispet-

tare le leggi”, dal momento che le medesime non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento morale, dal tenore astratto ed indefinito. È invero ragionevole affermare come che il *quomodo facere* nel quale dovrebbero individuarsi le prescrizioni del vivere onestamente e del rispettare le leggi si connoti per l'estrema incertezza ontologica dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale, non essendo esso pertanto idoneo a consentire a questi di distinguere tra ciò che è lecito e ciò che invece è vietato, al fine di orientarlo liberamente in ordine all'osservanza del precetto. Perché a ben vedere è il precetto stesso a mancare, ad essere soltanto *vacua apparentia iuris*, divenendo capace di essere compiutamente definito da una eventuale indebita attività creatrice del giudice chiamato ad applicarlo.

Di talché, una volta escluso che l'obbligo di rispettare le leggi non è annoverabile tra gli elementi integrativi della norma incriminatrice, il sorvegliato speciale che avrà commesso un reato comune o un illecito amministrativo sarà punito solo per questi, e non anche per il delitto di cui al secondo comma dell'art. 75 citato. L'inosservanza dei citati precetti potrà tuttavia assumere rilevanza per l'eventuale modifica *in peius* della misura di prevenzione, ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 159 del 2011.

Come si vede, con la sentenza in esame, le Sezioni Unite hanno fornito una lettura c.d. tassativizzante e tipizzante della fattispecie, facendo ricorso al *medium* dell'interpretazione conforme, mediante espunzione in via ermeneutica dall'area della sottofattispecie penalmente rilevanti delle due ipotesi di violazione delle c.d. “prescrizioni generiche”, le quali – cionondimeno – rimangono ancora ricomprese nella lettera della disposizione di cui all'art. 75 comma secondo del Codice antimafia.

Si tratta di operazione senz'altro consentita dall'ordinamento, nella misura in cui il principio di tassatività, nella sua ulteriore veste di canone ermeneutico a disposizione del giudice in sede di applicazione della norma incriminatrice, se da un lato risponde al fine di impedire che la sfera del divieto penale subisca manipolazioni in senso ampliativo di reità, dall'altro, per contro, sembra prestarsi ad essere legittimamente utilizzato allorché sia necessario operare una modifica della portata normativa in direzione riduttiva della responsabilità penale. Non si dimentichi, infatti, che il binomio tassatività-divieto di analogia è ontologicamente inteso a soddisfare un'esigenza di certezza del diritto in funzione di garanzia della libertà personale. Non a caso, secondo l'indirizzo ampiamente maggioritario, il detto divieto è considerato operante esclusivamente per i casi in cui produca effetti *in malam partem*.

Resta, tuttavia, opinabile l'aver scelto di risolvere la questione per via giurisprudenziale, e non già mediante sollevazione di apposito incidente di costituzionalità – lasciando così *de iure* immutato lo stato dell'arte e modificando soltanto nel diritto vivente la dimensione applicativa della norma penale – nell'ambito di un ordinamento

a legalità formale dove le pronunce del Giudice nomofilattico, sia pure dotate della medesima autorevolezza di quelle della Corte Costituzionale, non possiedono alcuna formale forza vincolante nei confronti degli altri giudici ordinari, i quali da oggi saranno, almeno astrattamente, liberi di decidere in maniera difforme. Senza peraltro contare che nessun effetto *in executivis* potrebbe avere l'avvenuta *abolitio criminis* pretoria sulle sentenze di condanna irrevocabili aventi ad oggetto la fattispecie delittuosa interpretata secondo la lettura anteriore alle Sezioni Unite in commento, la revoca *ex art. 673 c.p.p.* avendo esclusivamente riguardo ai fenomeni di abrogazione formale e non anche ai mutamenti giurisprudenziali *in melius*, come è accaduto in questo caso. Ne consegue, a disposizione penale letteralmente immutata, una sicura disparità di trattamento tra i condannati definitivi ed i soggetti ancora *sub iudice* per il medesimo reato.

Si è, dunque, di fronte ad una questione di probabile violazione di parametro costituzionale di ascendenza convenzionale *ex art. 117 Cost.*, e la natura di norme interposte delle disposizioni della CEDU – come insegnato dalle sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 – determina la necessità di eccitare il sindacato accentrato della Corte delle leggi in ipotesi di loro inosservanza.

Non è un caso che con ordinanza del 25 ottobre 2017 altra Sezione della stessa Corte regolatrice ha introdotto un giudizio di legittimità costituzionale del più volte citato *art. 75 comma secondo del d.lgs. 159/2011* nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” connessi all'imposizione della misura di sicurezza della sorveglianza speciale in relazione agli *artt. 25 e 117 Cost.*, quest'ultimo in riferimento all'*art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione*, interpretati alla luce della *ratio decidendi* della sentenza *De Tommaso c. Italia* pronunciata dalla Grande camera della Corte EDU il 23 febbraio 2017.

Da ultimo, è di pochi mesi orsono l'ulteriore arresto della Sezione Prima della Corte Suprema che, tornando sulla questione della sufficiente precisione della fattispecie in esame ed attestandosi su una medesima linea interpretativa di tenere tassativizzante, ha ritenuto come l'inosservanza della prescrizione *ex art. 8 comma quarto del Codice Antimafia* di non partecipare a pubbliche riunioni non valga a configurare il delitto *de quo*, difettando la fattispecie di tassatività a motivo della indeterminatezza della nozione di pubblica riunione. Si è in tal modo deciso di rimuovere, ancora una volta per via giurisprudenziale, un'ulteriore tessera costitutiva della figura criminosa, lasciando tuttavia sul tappeto tutte le riserve già espresse in punto di carenza di effetti *erga omnes* dell'operazione ermeneutica e di chiara prevedibilità per il futuro dello spazio di liceità (*v. Sez. 1, Sentenza n. 31322 del 09/04/2018*).