

# **Sentenza della Suprema Corte di Cassazione 27 settembre 2007 – 16 gennaio 2008, n. 2451**

*Successione leggi penali nel tempo – successione mediata – Romania entrata a far parte dell'Unione europea – applicabilità dell'art. 2 c.p. – insussistenza.*

## **SEZIONI UNITE PENALI**

*(Presidente Lupo – Relatore Lattanzi)*

### **Ritenuto in fatto**

1. Il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Genova ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza del 20 settembre 2006 con la quale il Tribunale di Genova, all'esito di un giudizio abbreviato, ha assolto il cittadino rumeno P. M., alias P. B., dall'imputazione di ingiustificata permanenza nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanarsene, impartitogli dal questore di Udine, "perché il fatto non sussiste".

Il tribunale genovese, dopo avere affermato che gli atti del procedimento amministrativo relativo all'espulsione di un cittadino extracomunitario devono essere congruamente motivati e che l'onere della motivazione non può "dirsi assolto in presenza della mera ripetizione del dettato normativo o della vuota adozione di formule di stile", ha ritenuto che nel caso in esame il provvedimento del questore, essendosi limitato a dare atto che non era "possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea per mancanza di posti", contenesse una mera ripetizione della formula normativa e fosse illegittimo.

Perciò, il tribunale, disapplicando l'ordine del questore, ha assolto l'imputato per l'insussistenza del fatto.

Nel ricorso il Procuratore generale ha sostenuto che la sentenza impugnata ha applicato erroneamente la legge penale: sotto un primo aspetto perché sarebbe sufficiente il riferimento al provvedimento di espulsione, alla correlata violazione da parte del destinatario e all'impossibilità di trattenerlo presso un centro di permanenza temporanea per ritenere assolto, anche se in maniera estremamente concisa, l'obbligo di motivazione del provvedimento; sotto un secondo aspetto perché il tribunale ha "ritenuto carente di motivazione l'ordine del questore, per non aver motivato circa l'impossibilità di eseguire l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica", mentre tale motivazione non sarebbe stata necessaria.

2. La prima sezione penale ha rimesso il ricorso alle Sezioni unite, rilevando che M. è cittadino rumeno e che in seguito all'ingresso della Romania nell'Unione Europea occorre "porsi il quesito relativo all'applicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p." e "stabilire se risulti ancora punibile una condotta che oggi non costituisce più reato"

Come ha ricordato l'ordinanza di rimessione, la prima sezione in precedenza, con la sentenza 11 gennaio, 2007, Ferlazzo, nell'esaminare una fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina relativa all'ingresso illegale in Italia di cittadini di uno Stato (la Polonia),

successivamente entrato nell'Unione Europea, aveva ritenuto di trovarsi in presenza “di una vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto”. Però secondo l'ordinanza questa decisione si ricollega a un orientamento giurisprudenziale non incontrastato, al quale se ne contrappone un altro che invece riconduce le modificazioni mediate (relative cioè a norme diverse da quella incriminatrice) nell'ambito dell'art. 2 c.p e riconosce loro un effetto abolitivo della fattispecie che risulta dalla combinazione della norma penale con quella integratrice. L'ordinanza ha rilevato che questo secondo orientamento è stato seguito anche dalle Sezioni unite, con la sentenza 23 maggio 1987, Tuzet, relativa alla qualificazione dell'attività degli istituti di credito, e da altre decisioni della Corte di cassazione che possono ritenersi espressione di “una linea di fondo prevalente nella giurisprudenza di legittimità”

Ciò posto, la prima sezione ha chiesto alle Sezioni unite di stabilire “se la sopravvenuta circostanza che dal 1<sup>a</sup> gennaio 2007 la Romania è entrata a far parte dell'Unione Europea giustifichi l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2 c.p. e debba, quindi, fare pronunciare l'assoluzione con la formula perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, nel processo a carico di un cittadino rumeno imputato del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286 del 1998 per l'inosservanza dell'ordine di lasciare il territorio italiano anteriormente emesso dal questore a seguito del decreto prefettizio di espulsione”

### **Considerato in diritto**

1. Rispetto alla questione rimessa per la soluzione alle Sezioni unite è preliminare quella, oggetto del ricorso del Procuratore generale, relativa al contenuto della motivazione del provvedimento del questore che, a norma dell'art. 14, comma 5 bis, d.lgs. n. 286/98, “ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni”. Se infatti si dovesse convenire con il tribunale che il provvedimento del questore era illegittimo, che l'imputato non era tenuto ad osservarlo e che quindi non era avvenuta la violazione costituente reato, la questione sugli effetti da ricollegare all'ingresso della Romania nell'Unione Europea sarebbe priva di rilevanza: il fatto sarebbe insussistente e non ci sarebbe ragione di chiedersi se esso sia ancora preveduto come reato.

E' da aggiungere che, secondo l'indicazione che si trae dalla sequenza delle formule di proscioglimento contenuta nell'art. 129, comma 1, c.p.p. e dalla diversa ampiezza degli effetti liberatori per l'imputato, la formula "il fatto non sussiste" dovrebbe prevalere sulla formula "il fatto non è previsto come reato" (ved. Sez. 5<sup>a</sup>, 6 dicembre 2000, n. 10312/2001, Rossi, rv. 218804; Sez. 3<sup>a</sup>, 23 giugno 1993, n. 9096, Steinhauslin, rv. 195202; Sez. 6<sup>a</sup>, 30 novembre 1990, n. 4508, Pennino, rv. 183894, queste ultime due con riferimento all'art. 152 c.p.p. 1930), e anche sotto questo aspetto non vi sarebbe ragione di interrogarsi sull'esistenza o meno dell'abolitio criminis.

Occorre dunque stabilire se il motivo di ricorso proposto dal Procuratore generale è fondato.

L'ordine del questore allo straniero di lasciare entro cinque giorni il territorio dello Stato segue il decreto di espulsione del prefetto e presuppone che non sia stato possibile eseguire tempestivamente l'espulsione e neppure trattenere lo straniero presso un centro di permanenza, ovvero che siano trascorsi i termini di permanenza (art. 14, comma 5 bis, d.lg. n. 286/98), e secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, a norma dell'art. 3, comma 1, L. n. 241 del 1990, l'ordine deve essere motivato: la mancanza di motivazione ne comporta l'illegittimità e rende inconfigurabile la violazione prevista come reato dall'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286 cit. (ved. Sez. 1<sup>a</sup>, 21 dicembre 2006, n. 1575/2007, Tanase; Sez. 1<sup>a</sup>, 6 dicembre 2006, n. 1076/2007, Ismellari;

Sez. 1, 28 marzo 2006, n. 13314, Hado; Sez. 1<sup>^</sup>, 15 dicembre 2005, n. 5217/2006, Beji Lofti; Sez. 1<sup>^</sup>, 22 aprile 2005, n. 19722, Popescu, rv. 232223).

Nel caso in esame l'ordine è stato motivato considerando, quanto all'impossibilità di eseguire l'espulsione, che non era "immediatamente disponibile vettore aereo o altro mezzo di trasporto" e, quanto all'impossibilità di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, che vi era "mancanza di posti disponibili".

La sentenza non ha mosso rilievi riguardo al primo presupposto ma ha giudicato carente la motivazione sul secondo, in quanto "espressiva di mera ripetizione della formula normativa". Ciò posto, deve ritenersi frutto di un evidente equivoco l'affermazione del ricorrente che l'ordine era stato ritenuto dal tribunale illegittimo anche perché il questore non aveva "motivato circa l'impossibilità di eseguire l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica", e quindi è privo di rilevanza il motivo volto a sostenere che tale motivazione non era necessaria. L'altro motivo, con il quale il ricorrente ha negato che potesse ritenersi sostanzialmente mancante la motivazione sul secondo presupposto, non è invece frutto di un equivoco e risulta fondato, perché non è vero che la motivazione sulla impossibilità del trattenimento presso un centro di permanenza temporanea è stata meramente ripetitiva della formula legislativa.

Il questore nel suo provvedimento ha precisato che l'impossibilità dipendeva dalla "mancanza di posti disponibili" e, come è già stato altre volte ritenuto (ved. Sez. 1<sup>^</sup>, 28 marzo 2006, n. 13314, Hado), tanto basta per dare ragione dell'esistenza del presupposto in questione, senza che occorranو spiegazioni ulteriori.

La motivazione ha la funzione di dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento, e di indicare i dati materiali e le ragioni che hanno fatto ritenere esistente la fattispecie concreta, "funzione che, a seconda dei casi, può richiedere uno svolgimento diffuso o poche parole" (sent. 26 novembre 2003, n. 23/2008, Gatto, la quale ha ritenuto correttamente motivato un decreto del pubblico ministero che, ai fini dell'art. 268, comma 3, c.p.p., aveva fatto riferimento alla "indisponibilità di linee"), e, nel caso in esame, la considerazione del questore che non vi erano posti disponibili dimostrava, con poche ma concludenti parole, l'impossibilità di trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea.

Perciò erroneamente il tribunale ha ritenuto illegittimo l'ordine del questore e di conseguenza inesistente la violazione addebitata; resta da stabilire se il fatto sia ancora previsto come reato.

2. Come ha ricordato l'ordinanza di remissione, questa Corte ha ritenuto che non potesse trovare applicazione l'art. 2 c.p. in un caso di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di "stranieri" (si trattava di polacchi), divenuti, nel corso del giudizio, cittadini europei, perché, a suo avviso, si era verificata una "vicenda successoria di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'U.E., limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso" (Sez. 1<sup>^</sup>, 11 gennaio 2007, n. 1815, Ferlazzo, rv. 236028).

L'ordinanza ha aggiunto che un orientamento analogo in precedenza era stato espresso da Sez. 6<sup>^</sup>, 16 dicembre 2004, n. 9233/2005, Buglione, rv. 230950, relativa all'applicazione di una misura cautelare personale per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadine lettoni, che dopo

l'ingresso in Italia avevano perso la qualità di straniero per l'adesione del loro Paese all'Unione Europea.

A questi precedenti, citati nell'ordinanza, si possono aggiungere, nello stesso senso, sempre in tema di favoreggiamento (ma questa volta di rumeni), Sez. 1<sup>^</sup>, 8 maggio 2007, n. 22805, Mathe e Sez. 1<sup>^</sup>, 15 giugno 2007, n. 29728, Afloarei.

Invece Sez. 1<sup>^</sup>, 22 novembre 2006, n. 42412, Balota, rv. 235584 ha preso in considerazione il reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/98, in un caso singolare: il Tribunale monocratico di Crotone, con provvedimento del 1<sup>^</sup> febbraio 2006, aveva negato la convalida dell'arresto di un cittadino rumeno per la violazione dell'ordine di lasciare il territorio dello Stato rilevando che l'arrestato avrebbe dovuto ritenersi in via analogica cittadino europeo, perché era previsto che il 1<sup>^</sup> gennaio 2007 la Romania sarebbe entrata a far parte dell'Unione Europea. Il provvedimento è stato annullato in quanto, secondo la Corte di cassazione, il delitto dell'art. 14, comma 5 ter, cit. "si perfeziona con la mera realizzazione della condotta, sicché non rilevano né la previsione di un futuro ingresso dello Stato di appartenenza del cittadino extracomunitario nell'Unione europea, né l'adesione in itinere" del suo Paese d'origine all'Unione. La Corte ha aggiunto che l'arrestato non si sarebbe potuto giovare del regime di cui all'art. 2 c.p. neppure successivamente, perché il perfezionamento dell'adesione avrebbe dato luogo a "una vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione del contenuto del precetto con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso".

Inoltre, in vari altri casi la Corte di cassazione ha deciso ricorsi relativi al reato dell'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/98 senza neppure prospettare la possibilità che in seguito alla perdita della qualità di straniero, che l'imputato aveva al momento del fatto, potesse essersi verificata un'abolitio criminis (ved., ad esempio, Sez. 1<sup>^</sup>, 27 febbraio 2007, n. 9345, Trandafir; Sez. 1<sup>^</sup>, 14 marzo 2007, n. 19096, Iordache; Sez. 1<sup>^</sup>, 27 marzo 2007, n. 17576, Todeanca).

Tenuto conto delle decisioni finora intervenute, deve riconoscersi che, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, sulla punibilità dei reati previsti dagli artt. 12 e 14 d.lgs. n. 286/98, relativi a stranieri che successivamente abbiano acquistato la cittadinanza europea, non è ravvisabile alcun contrasto; è vero però che, come ha rilevato l'ordinanza di rimessione, esistono orientamenti difformi sugli effetti che in genere può determinare sul trattamento penale la modificazione di una norma extrapenale (nel senso di norma esterna alla fattispecie penale, che potrebbe anche essere una norma penale, come avviene nel caso di calunnia o di associazione per delinquere), cui quella penale faccia in qualche modo riferimento, e che se si dovesse accogliere l'opinione che questa modificazione si risolve sempre in un fenomeno di successione di leggi penali si dovrebbe concludere che, diversamente da quanto è stato ritenuto dalle ricordate decisioni, l'acquisto della qualità di cittadino europeo fa escludere, a norma dell'art. 2, comma 2, c.p., la punibilità dei reati previsti dal d.lgs. n. 286/98, commessi precedentemente.

3. In seguito all'entrata in vigore, il 1<sup>^</sup> gennaio 2007, del Trattato di adesione della Romania all'Unione Europea (L. 9 gennaio 2006, n. 16) ha perso efficacia il decreto di espulsione emesso dal prefetto a norma dell'art. 13 d.lgs. n. 286/98, ed è venuto meno l'obbligo per l'imputato di lasciare il territorio dello Stato, in ottemperanza all'ordine impartito a suo tempo dal questore, e correlativamente è cessato il reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. n. 286/98. Poiché però il reato era già stato commesso c'è da chiedersi se ne permanga, o meno, la punibilità.

La risposta deve essere ricercata facendo riferimento ai criteri già affermati in tema di successione di leggi penali da queste Sezioni unite con la sentenza 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano. In quella sentenza le Sezioni unite hanno escluso la possibilità di accogliere la teoria della doppia punibilità in concreto e hanno affermato che per individuare il campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2 c.p. non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia punito, o meno, anche in base a quella posteriore. Perciò non può escludersi che un fatto, divenuto non punibile per la legge extrapenale posteriore, rimanga punibile per la legge anteriore, vigente al momento della sua commissione.

L'indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: non basta riconoscere che oggi il fatto commesso dall'imputato non costituirebbe più reato, ma occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato. In questo caso ci si trova in presenza di un'abolitio criminis parziale, analoga a quella che si verifica quando è la stessa disposizione penale ad essere modificata con l'esclusione di una porzione di fattispecie che prima ne faceva parte (si pensi ad esempio alle modificazioni subite dal reato di abuso d'ufficio o da quello di false comunicazioni sociali).

La successione avvenuta tra norme extrapenali non incide invece sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto.

In altre parole, nel caso in esame occorre stabilire se la qualità di appartenenti all'Unione Europea, acquistata dai cittadini della Romania e degli altri Stati che sono di recente entrati a far parte dell'Unione, ha inciso sulla fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98, con effetto retroattivo o ha solo dato luogo a una modificazione della situazione di fatto, che ha reso lecita la loro permanenza in Italia dal momento dell'ingresso dei rispettivi Stati nell'Unione.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite ha prospettato la possibilità che nel caso in esame la punibilità venga esclusa in applicazione del quarto comma dell'art. 2 c.p., anziché del secondo comma dello stesso articolo, con l'opportuno effetto in tal caso di rendere inoperante la vicenda successoria rispetto alle condanne divenute irrevocabili. Però il quarto comma dell'art. 2 c.p., come si desume dal suo contenuto dispositivo e si ritiene generalmente, riguarda la modificazione delle incriminazioni e non la loro abolizione, riguarda cioè l'ipotesi in cui, in seguito a una successione di leggi penali, il fatto continua a costituire reato ma è trattato in modo diverso, e pone la regola che in tale ipotesi deve applicarsi la disposizione più favorevole, "salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile". Nel caso in esame occorre invece stabilire se l'incriminazione sia stata o meno abolita in seguito alla modificazione della legge extrapenale, e una risposta affermativa non può non comportare anche il superamento delle eventuali sentenze irrevocabili di condanna, di cui, a norma del secondo comma dell'art. 2 c.p., dovrebbero cessare l'esecuzione e gli effetti penali.

4. Sulla questione relativa agli effetti della successione di leggi extrapenali in giurisprudenza sono emerse opinioni diverse e i vari casi che si sono presentati sono stati risolti ora muovendo dall'affermazione di principio che l'art. 2, comma 2, c.p. si applica anche rispetto alla successione di leggi extrapenali, ora, invece, dall'affermazione opposta. Se però si considerano attentamente i diversi casi passati al vaglio della giurisprudenza ci si rende conto che per la loro soluzione non ci si può affidare all'affermazione di principio che tutte le modificazioni di dati normativi esterni,

implicati dalla fattispecie penale, sono da trattare come un fenomeno di successione di leggi penali o all'affermazione opposta.

Anche nella dottrina le opinioni sono diverse e si articolano variamente tra due estremi. Da un lato c'è la tesi di chi ritiene che ogni disposizione che rileva nella descrizione della fattispecie penale finisce, ai fini dell'art. 2 c.p., a connotarsi penalmente e a far assumere rilevanza alle modificazioni che la riguardano; dal lato opposto la tesi di chi invece è convinto che le modificazioni di leggi diverse da quella penale non rilevino se il nucleo penale della fattispecie non cambia. Le modificazioni secondo questa tesi sono assimilabili a quelle relative ai presupposti di fatto e quindi danno origine a una diversità di fatti concreti, rimanendo prive di rilevanza ai fini del secondo comma dell'art. 2 c.p.

In mezzo coloro che distinguono tra leggi extrapenali le cui modificazioni sono rilevanti e leggi le cui modificazioni non lo sono, da individuare anche facendo ricorso a criteri valutativi, per riuscire a differenziare i casi in cui la modificazione ha determinato, anche per il passato, il venir meno della lesività del fatto da quelli in cui invece non ha determinato questo effetto.

Al primo dei due estremi si colloca una tesi estremamente lineare, la quale dalla premessa che il significato del termine "fatto" nel primo e nel secondo comma dell'art. 2 c.p. deve essere uguale deduce che qualunque modificazione mediata, se da un lato non può avere l'effetto di rendere punibile un fatto che prima non lo era, dall'altro non può non far cessare la punibilità di un fatto che prima lo era.

“Se per "fatto" ai fini dell'art. 2, comma 1, c.p. si deve ... assumere il fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell'applicazione di una disposizione incriminatrice - si è detto - non si vede perché lo stesso concetto non debba più valere ai fini dell'art. 2, comma 2, c.p.”

La tesi è suggestiva, però è dubbio che il "fatto" dell'art. 2, comma 1, c.p. sia quello “storicamente determinato in tutti i suoi aspetti rilevanti”, ivi compresi quelli disciplinati dalle norme extrapenali.

E' vero che la modificazione di una norma extrapenale non potrebbe dar luogo a un'applicazione retroattiva, ma non sembra che ciò dipenda dal concetto di "fatto" accolto dall'art. 2, comma 1. c.p.p., perché è assai difficile ipotizzare che un fatto divenuto reato per la successiva modificazione di una legge extrapenale possa essere integrato da condotte precedenti, posto che in precedenza potevano esistere, e non sempre, gli elementi di fatto, ma non anche le qualificazioni normative presupposte dalla norma penale.

Venendo al caso oggetto di giudizio si immagini una situazione in cui uno Stato cessi di far parte dell'Unione Europea. Il cittadino di questo Stato diviene uno straniero (nel senso precisato dall'art. 1 d.lg. n. 286/98) ma è impossibile ipotizzare che possa essersi verificata in precedenza una condotta riconducibile all'art. 14, comma 5 ter d.lg. n. 286/98 (secondo la sequenza: provvedimento di espulsione del prefetto, impossibilità di eseguire immediatamente l'espulsione e di trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, provvedimento del questore e infine violazione) che potrebbe essere resa punibile in mancanza della regola dell'art. 2, comma 1, c.p.

Ma alla stessa conclusione deve giungersi nei casi in cui il fatto commesso prima della modificazione potrebbe essere identico a quello che successivamente integrerebbe un reato.

Si pensi all'abuso d'ufficio, per la cui integrazione occorre una “violazione di legge o di regolamento”, e si pensi a un atto amministrativo adottato in conformità di una legge che successivamente venga modificata. In seguito alla modificazione l'atto non sarebbe più conforme

alla legge e c'è da chiedersi, se in mancanza della regola del primo comma dell'art. 2 c.p. (e dell'art. 25, comma 2, Cost.), la precedente condotta del pubblico ufficiale potrebbe diventare punibile come abuso d'ufficio. La risposta dovrebbe essere certamente negativa perché l'atto non è stato adottato in violazione di legge e la successiva modificazione legislativa non può mutare questo dato di fatto. Come è stato esattamente precisato da Sez. 1<sup>a</sup>, 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani (per escludere che il reato possa venir meno per effetto della modificazione della norma extrapenale) la violazione di legge nella fattispecie dell'art. 323 c.p. costituisce un "requisito di fatto", e il fatto in quanto tale, una volta accaduto, non può subire modificazioni.

Perciò non può concludersi che il concetto di "fatto" accolto dal primo comma dell'art. 2 c.p. è necessariamente comprensivo di tutti gli elementi normativi extrapenali e che questo concetto è recepito anche dal secondo comma dello stesso articolo.

E' vero che c'è una corrispondenza tra il primo e il secondo comma dell'art. 2 c.p., ma questa corrispondenza si riscontra nei casi in cui, come si vedrà, la legge extrapenale, per il ruolo che svolge nella fattispecie o per sua natura, è in grado di operare retroattivamente. E' in questi casi infatti che l'innovazione, per lo sbarramento del primo comma, non può avere un effetto di incriminazione retroattiva, mentre può avere l'effetto abolitivo previsto dal secondo comma.

In realtà l'art. 2 c.p. non offre argomenti per sostenere che, benché nella rubrica si riferisca letteralmente solo alla legge penale, detti delle regole da valere anche per tutte le leggi extrapenali, richiamate in qualche modo dalla disposizione incriminatrice; leggi che possono essere le più varie e possono venire in considerazione anche indirettamente, attraverso una pluralità di rinvii, dalla legge penale a quella extrapenale e da questa ad altre leggi.

Ad esempio, come si è visto, per l'integrazione della fattispecie dell'abuso di ufficio l'art. 323 c.p. richiede genericamente la "violazione di norme di legge o di regolamento" e un rinvio di un'ampiezza così smisurata rende arduo sostenere che qualunque modificazione di tali norme, intervenuta dopo la loro violazione, possa costituire una parziale abolitio criminis. Conclusione questa che del resto la giurisprudenza rifiuta decisamente, escludendo che una modificazione del genere abbia rilevanza ai fini dell'art. 2 c.p. (Sez. 6<sup>a</sup> 15 gennaio 2003, n. 10656, Villani; Sez. 2<sup>a</sup>, 2 dicembre 2003, n. 4296, Stellacelo).

Di recente il d.lg. 10 agosto 2007, n. 154 ha modificato alcuni articoli della L n. 286/98 in attuazione della direttiva 2004/114/CE, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, e non sembra sostenibile che la punibilità per la violazione dell'ordine di lasciare lo Stato a suo tempo legittimamente dato dal questore al cittadino di un Paese terzo possa diventare non punibile perché successivamente la legge sopravvenuta ne avrebbe potuto legittimare la sua permanenza nel territorio dello Stato.

La fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98 è rimasta immutata e la modificazione intervenuta nella disciplina dei permessi può incidere sulla condizione dello straniero, consentendogli di ottenere un permesso che prima gli era precluso, ma non può far venir meno la punibilità di un fatto già commesso.

Diversa a quanto pare dovrebbe essere la conclusione se a cambiare fosse proprio la definizione di straniero contenuta nell'art. 1 d.lg. n. 286/98. Se dalla categoria venisse escluso il cittadino di uno Stato in attesa di adesione all'Unione sarebbe la stessa fattispecie penale a risultare diversa e a vedersi sottrarre una parte della sua sfera di applicazione, secondo lo schema tipico dell'abolizione parziale, riconducibile all'art 2, comma 2, c.p. (Sez. un. 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano).

In un caso del genere dall'ambito della precedente fattispecie verrebbe esclusa una sottoclasse, quella relativa ai cittadini dei Paesi candidati all'ingresso nell'Unione Europea, e rispetto a questa sottoclasse si potrebbe parlare di abolitio criminis, come avviene quando in una vicenda di successione di leggi penali una fattispecie più ampia viene sostituita con una più limitata (si pensi alla modificazione del reato di abuso di ufficio o di quello di false comunicazioni sociali, dei quali la giurisprudenza ha avuto occasione di occuparsi ampiamente), facendo venire meno la punibilità dei fatti che, pur integrando precedentemente il reato, non rientrano nella nuova fattispecie.

Lo stesso dovrebbe dirsi se dalla più ristretta categoria degli stranieri che devono essere espulsi, individuata dall'art. 13, comma 2, d.lg. n. 286/98, venisse escluso lo straniero che “si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'art. 27, comma 1 bis, o senza aver richiesto il permesso di soggiorno nei termini prescritti”, nei cui confronti, in ipotesi, una legge successiva introducesse un regime meno rigoroso di quello stabilito nei confronti dello straniero “entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera”. Anche in questo caso verrebbe ad essere modificata la fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, cit. attraverso una ridefinizione della categoria delle persone alle quali è applicabile la normativa sull'espulsione.

Al contrario, la cittadinanza dell'uno o dell'altro Stato, membro oppure no dell'Unione Europea, rispetto alla fattispecie dell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98 non dà luogo a sottoclassi, non designa nell'ambito della categoria una parte con caratteristiche specifiche, ma individua più semplicemente l'appartenenza all'una o all'altra categoria, cioè a quella dei cittadini extracomunitari o dei cittadini comunitari. L'essere rumeno o albanese significa oggi essere o non essere cittadino dell'Unione Europea, perciò, ai fini del reato in questione, l'ingresso di uno Stato nell'Unione, così come in ipotesi la sua esclusione, non dà luogo a una successione di leggi riconducibile all'art. 2, comma 2, c.p., non modifica, sia pure in modo mediato, la fattispecie penale, ma costituisce un mero dato di fatto, anche se frutto di un'attività normativa.

5. Come si è visto, nell'ambito della fattispecie penale le norme extrapenali non svolgono tutte la stessa funzione e, nel caso delle norme penali in bianco, possono addirittura costituire il precetto, anche se in questo caso, vista la funzione che svolgono, si parla forse impropriamente di norme extrapenali; perciò occorre operare una distinzione tra le norme integratrici della fattispecie penale e quelle che tali non possono essere considerate.

E' una distinzione alla quale si ricorre anche nell'applicazione del terzo comma dell'art. 47 c.p., per decidere se un errore su una legge diversa da quella penale escluda o meno la punibilità, e non è questa la sede per stabilire se ai fini dell'art. 2 e dell'art. 47 c.p. la qualificazione di una norma extrapenale debba essere la stessa; qui è sufficiente considerare che nell'art. 47 c.p. il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di leggi diverse da quelle penali, alle quali ha ricollegato un diverso trattamento dell'errore, e non è arbitrario pensare che anche agli effetti dell'art. 2 c.p. le leggi diverse da quelle penali possano avere trattamenti diversi.

E' da aggiungere che la retroattività, mentre per le norme penali di favore rappresenta la regola (art. 2, commi 2, 3 e 4, c.p.), anche se può subire deroghe (Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393), per le norme diverse da quelle penali costituisce un'eccezione (art. 11 disposizioni sulla legge in generale), sicché una nuova legge extrapenale può avere, di regola, un effetto retroattivo solo se integra la fattispecie penale, venendo a partecipare della sua natura, e ciò avviene, come nel caso delle disposizioni definitorie, se la disposizione extrapenale può sostituire idealmente la parte della disposizione penale che la richiama. Ad esempio nell'art. 14, comma 5 ter, d.lg. 286/98, come è già stato rilevato, le parole "lo straniero" ben potrebbero essere sostituite con le parole "il cittadino di Stato non appartenente all'Unione Europea e l'apolide" (secondo l'indicazione dell'art. 1 d.lg. n.

286/98), e si verificherebbe certamente una successione di leggi penali se questa definizione cambiasse, escludendo l'apolide o il cittadino di Stati di cui è previsto l'ingresso nell'Unione.

Analogamente le parole "minori" o "minorenni", che figurano in numerose disposizioni del codice penale, potrebbero essere sostituite con le parole "persone che non hanno compiuto il diciottesimo anno di età", perciò l'art. 2, comma 1, c.c. sulla maggiore età ben può essere considerato una disposizione integratrice dei precetti penali che si riferiscono a maggiorenni o a minorenni. E tale infatti la giurisprudenza ha considerato la disposizione civilistica quando è stata modificata dall'art. 1 L. 8 marzo 1975, n. 39, che ha ridotto il limite della maggiore età da ventuno a diciotto anni: la vicenda è stata ricondotta nell'ambito dell'art. 2 c.p. ed è stata esclusa la punibilità dei fatti di sottrazione consensuale di minorenni (art. 573 c.p.) commessi nei confronti di persone di età tra i diciotto e i ventuno anni prima che il limite della maggiore età venisse ridotto (Sez. 6<sup>^</sup>, 11 aprile 1975, n. 8940, Centone, rv. 130790; Sez. 6<sup>^</sup>, 29 dicembre 1977, n. 3791, Amato, rv. 138463).

In casi come questi si può parlare di modificazioni mediate della norma incriminatrice, da trattare, alla stregua dell'art. 2 c.p., come una successione di norme penali.

6. Oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento ma per l'assetto giuridico che realizzano, come può accadere per le norme penali richiamate dalla norma incriminatrice (e da considerare perciò alla stregua di norme extrapenali, nel senso di norme esterne a quella penale descrittiva del reato).

Sotto questo aspetto si può ricordare che una recente decisione ha escluso la configurabilità del reato di associazione per delinquere per l'avvenuta depenalizzazione del reato fine, rilevando, tra l'altro, che "l'abrogatio criminis svuota di contenuto penalmente rilevante le finalità del sodalizio" (Sez. 1<sup>^</sup>, 9 marzo, 2005, n. 13382, Screti, rv. 232491). In questo caso l'effetto retroattivo della norma abolitrice del reato ha inciso sulla fattispecie associativa privandola del scopo della commissione di fatti-reato. Si pensi al caso ancora più semplice di fatti delittuosi successivamente divenuti leciti e addirittura, in ipotesi, apprezzati positivamente (come potrebbe avvenire per delitti collegati a un particolare regime politico, poi abbattuto). Una volta divenuti non punibili questi fatti non ci sarebbe ragione di punire chi si è associato per commetterli, e se fosse intervenuta condanna sia per i delitti scopo sia per quello associativo la revoca non potrebbe certo riguardare solo i primi. L'effetto abolitivo del reato associativo è conseguenza necessaria dell'effetto retroattivo dell'abolizione del reato scopo.

Diverso è il caso della calunnia, che secondo la giurisprudenza consolidata rimane insensibile all'abolizione del reato oggetto dell'incolpazione (Sez. 6<sup>^</sup>, 8 aprile 2002, n. 14352, Bassetti, rv. 226425; Sez. 6<sup>^</sup>, 21 maggio 1999, n. 8827, Zini, rv. 214674; Sez. 6<sup>^</sup>, 21 novembre 1988, n. 12673, Caronna, rv. 180011). Nella calunnia infatti rileva la qualificazione come reato del fatto oggetto dell'incolpazione, nel momento in cui è avvenuta, e non l'assetto giuridico realizzato dalla norma incriminatrice, sicché l'abrogazione di questa non è in grado di incidere sul reato precedentemente commesso. Ciò che conta ai fini della calunnia è l'incolpazione di un innocente, in modo tale che a suo carico possa iniziare un procedimento penale, e, una volta avvenuta l'incolpazione, l'eventuale successiva abolizione del reato addebitato resta priva di effetti. L'abolizione potrebbe anche avvenire quando il procedimento non solo è iniziato ma ha anche gravemente pregiudicato l'incolpato e in un caso del genere la lesione sarebbe evidentemente irretrattabile.

Esemplare in proposito è il caso giudicato da Sez. 3<sup>^</sup>, 7 aprile 1951, Ottazzi (in Giust. pen., 1951, 2<sup>^</sup>, c. 1073). L'imputato, con denuncia presentata alle autorità politiche e di polizia fasciste

dell'epoca, aveva incolpato falsamente una persona di appartenere al Comitato di liberazione nazionale e questa era rimasta incarcerata fino alla liberazione del territorio nazionale. Il fatto che l'appartenenza al Comitato di liberazione nazionale avesse cessato di costituire reato e fosse divenuta titolo di onore non ha impedito alla Cassazione di ritenere ancora punibile la calunnia, perché “la successiva esclusione legislativa del reato incolpato (abolitio criminis) è un posterius del tutto irrilevante, che non elimina l'inganno teso all'amministrazione della giustizia deviata dalle sue funzioni ordinarie merce la incolpazione di un fatto che all'epoca costituiva reato”, e tanto meno elimina il grave danno subito dall'incolpato.

7. L'applicazione dell'art. 2 c.p. rispetto a leggi extrapenali non integratrici del precetto penale e prive di retroattività sarebbe ingiustificata e potrebbe dar luogo a uno sfasamento tra la disciplina extrapenale e quella penale, se per la seconda dovesse valere la regola della retroattività, esclusa invece per la prima. Sfasamento che da Sez. 5<sup>a</sup>, 11 maggio 2006, n. 21197, Formaggia, rv. 234113, in un caso particolare, è stato evitato respingendo la tesi che un'avvenuta evasione dell'iva all'importazione fosse divenuta non punibile perché “l'entrata in vigore del Mercato unico europeo a far data dal 1<sup>a</sup> gennaio 1993 ha fatto decadere per il commercio intracomunitario tutta la disciplina relativa alle attività di esportazione e importazione”. La Corte ha respinto la tesi con l'affermazione che “l'abolizione delle barriere doganali ... non ha fatto venir meno la punibilità delle condotte di contrabbando commesse anteriormente, permanendo comunque il debito derivante dall'obbligazione tributaria già evasa”

Insomma, se, nonostante la modificazione normativa, l'imposta, per il passato, continuava ad essere dovuta non poteva non costituire reato la sua evasione. Il cambiamento avvenuto nella normativa extrapenale, modificando il contesto giuridico, ha determinato una diversità del fatto e non della fattispecie: da quando non è più dovuta l'imposta non è più configurabile il reato, ferma però rimanendone la configurabilità fino al momento in cui invece l'imposta era dovuta.

A fondamento della regola della retroattività della norma penale di favore e delle norme extrapenali che la integrano è stato richiamato in dottrina il principio di parità di trattamento, sancito dall'art. 3 Cost. e il richiamo è certamente corretto, con l'avvertenza però che l'art. 3 Cost. riguarda situazioni uguali e legittima, all'opposto, trattamenti diversi quando le situazioni da regolare sono diverse. Generalmente la novazione della norma extrapenale, che non sia retroattiva o meramente ricognitiva di un mutamento già avvenuto, segna il punto di passaggio tra due contesti giuridici (con correlate situazioni di fatto), che si sono succeduti nel tempo, sicché fare applicazione ai primi del trattamento penale valido per i secondi significherebbe applicare la nuova norma a una situazione diversa da quella alla quale essa si riferisce.

8. Prima di concludere che nella previsione dell'art. 2, comma 3, c.p., oltre alle modificazioni di norme extrapenali integratrici della norma penale, rientrano quelle di altre norme extrapenali, solo se si tratta di norme retroattive, occorre considerare un precedente in senso diverso delle stesse Sezioni unite. Si tratta della sentenza 23 maggio 1987 - 16 luglio 1987, Tuzet, nella quale le Sezioni unite, dopo aver premesso che “per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto”, hanno riconosciuto effetto retroattivo a una novazione legislativa che aveva fatto venir meno per i dipendenti bancari la qualità di incaricati di pubblico servizio, e hanno conseguentemente dichiarato non punibile un reato di peculato commesso precedentemente.

Va detto che alle Sezioni unite non era stata sottoposta specificamente la questione relativa alle modificazioni mediate della norma penale e che la sentenza non ha approfondito il tema ma si è limitata ad alcune affermazioni di principio, dopo aver riconosciuto che “la giurisprudenza ... in

materia di successione di norme integratrici si mantiene oscillante e sembra influenzata nelle opposte soluzioni dalla specificità dei casi”.

E all'influenza della specificità del caso non si sono sottratte neppure le Sezioni unite.

La sentenza Tuzet era chiamata ad affrontare una questione risalente, relativa alla qualificazione dei dipendenti degli istituti di credito, che una precedente sentenza delle Sezioni unite (10 ottobre 1981-19 novembre 1981, Carfi) aveva risolto riconoscendo loro la qualità di incaricati di pubblico servizio. La soluzione non era rimasta immune da critiche; la questione non si era sopita e ne erano state inutilmente investite anche la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee. La prima (sent. 1<sup>a</sup> luglio 1983, n. 205) aveva concluso con un non liquet, in quanto la questione di legittimità costituzionale sollevata coinvolgeva scelte in tema di diritto penale dell'impresa bancaria che spettavano alla discrezionalità del legislatore, mentre la seconda (sent. 7 aprile 1987) aveva dichiarato che “né le disposizioni, né l'obiettivo della direttiva n. 77/780 si oppongono a che sia conferita ai dipendenti degli enti creditizi la qualità di pubblico ufficiale o di persona incaricata di un pubblico servizio ai fini dell'applicazione del diritto penale di uno Stato membro”.

Così la questione era ritornata alle Sezioni unite, che con la sentenza Tuzet hanno mutato orientamento, affermando che per effetto della direttiva comunitaria n. 77/780 e delle norme di attuazione (l. 5 marzo 1985, n. 74 e D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350) era cambiata la regolamentazione degli istituti di credito e correlativamente i dipendenti avevano perso la qualità di incaricati di pubblico servizio. La modificazione normativa non aveva però impedito ad altre decisioni della Corte di cassazione (Sez. 6<sup>a</sup>, 13 novembre 1985, Ercolano; Sez. 2<sup>a</sup>, 20 marzo 1986, Di Gianni) di ribadire il precedente orientamento, mentre la sentenza Tuzet, come è stato rilevato in dottrina, era giunta a una conclusione diversa operando un “ribaltamento della tesi emersa nella decisione Carfi, attraverso un discreto ma sistematico smantellamento dei principali elementi di prova .. adottati dalle Sezioni unite del 1981 a favore della soluzione panpublicistica”.

Insomma la diversa qualificazione data ai dipendenti bancari dalla sentenza Tuzet, più che di una modificazione normativa, era stato il frutto di una diversa interpretazione, alla quale le Sezioni unite avevano inteso riconoscere valore retroattivo, come avviene normalmente per le operazioni interpretative.

Perciò dalla sentenza Tuzet non possono trarsi argomenti decisivi per sostenere che tutte le modifiche mediate della norma penale sono riconducibili all'art. 2, comma 2, c.p., né può condividersi la tesi che, come è stata riconosciuta efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei dipendenti bancari, della qualità di persone incaricate di un pubblico servizio, analogamente deve riconoscersi efficacia retroattiva alla perdita, da parte dei cittadini rumeni, della qualità di stranieri.

**9. Le norme che hanno modificato lo status dei rumeni, facendoli diventare cittadini dell'Unione Europea, non possono, come si è detto, considerarsi integratrici della norma penale, né possono operare retroattivamente.**

**L'adesione di uno Stato all'Unione Europea non costituisce un dato formale ma giunge al termine di un percorso di non breve periodo che lo Stato candidato è tenuto a compiere sotto il controllo dell'Unione per adeguare le proprie strutture economiche, sociali e ordinamentali ai parametri stabiliti. E l'adesione a sua volta è produttiva di rilevanti effetti, uno dei quali è costituito dalla libertà, per i cittadini dello Stato, di circolare all'interno dell'Unione. Perciò non può ritenersi che i cittadini rumeni, ai fini penali, vadano trattati come se fossero sempre stati cittadini dell'Unione e che i reati commessi quando essi per il nostro ordinamento erano**

**stranieri siano divenuti non punibili in forza dell'art. 2, comma 2, c.p.. La situazione di fatto e di diritto antecedente all'adesione e quella successiva sono diverse e richiedono quindi logicamente trattamenti, anche penali, diversi.**

**Se si dovesse ritenere il contrario, rispetto ai cittadini degli Stati in attesa di entrare a far parte dell'Unione Europea si verificherebbe una situazione paradossale, che darebbe luogo a procedimenti penali inutili, per reati destinati a venire meno nel momento in cui diventerebbe efficace l'adesione. Inoltre, come è stato giustamente rilevato, "la consapevolezza dell'agente che di lì a breve il proprio Stato entrerà nella CE lo indurrebbe a trasgredire senza timore alcuno l'art. 14, comma 5 ter, d.lg. 286 del 1998, confidando poi nella successiva abolitio criminis".**

**E' da aggiungere che esiste una regolamentazione dell'ingresso, del soggiorno in Italia e dell'allontanamento dei cittadini dell'Unione Europea, diversa da quella prevista per gli stranieri e più volte modificata nel tempo (D.P.R. 30 dicembre 1965, n. 1656; DP.R. 18 gennaio 2002, n. 54; d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 e, da ultimo, d.l. 29 dicembre 2007), e che l'essere in un dato momento cittadino dell'Unione o straniero comporta l'applicazione dell'una o dell'altra normativa. Perciò può ben darsi il caso di una persona soggetta ad espulsione, in quanto straniera, ma che avrebbe anche potuto essere allontanata, ricorrendone le condizioni, se fosse stata cittadino dell'Unione. Ciò significa che alla diversa qualità della persona si collegano due statuti diversi (anche per quanto riguarda il trattamento penale) e che al cambiamento della qualità consegue il cambiamento dello statuto, il quale non può operare retroattivamente.**

**In conclusione deve escludersi che l'adesione della Romania all'Unione Europea abbia determinato l'abolizione del reato previsto dall'art. 14, comma 5 ter, d.lg. n. 286/98, commesso dai cittadini rumeni prima del 1° gennaio 2007, giorno di entrata in vigore del trattato di adesione.**

**E' quindi esclusa l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non è più previsto come reato, e poiché il Tribunale di Genova ha erroneamente ritenuto l'insussistenza del fatto, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio alla Corte di appello di Genova, perché, a norma dell'art. 569, comma 4, c.p.p., proceda al giudizio di appello.**

**P.Q.M.**

**La Corte di Cassazione annulla la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di appello di Genova.**