

DARIO MICHELETTI

LE MODIFICAZIONI MEDIATE APPARENTI.
UN RECENTE CASO IN MATERIA DI PECULATO

SOMMARIO: 1. Le modifiche apportate alla disciplina della tassa di soggiorno dall'art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34. – 2. La ragione della riqualificazione del rapporto tributario. – 3. Le ricadute penali della *novatio legis*. – 4. L'indiscutibile efficacia retroattiva in ambito penale dell'art. 180 d.l. n. 34/2020. – 5. Un esame della sentenza Magera. – 6. La soluzione del problema delle modificazioni mediate in chiave prettamente intertemporale.

1. *Le modifiche apportate alla disciplina della tassa di soggiorno dall'art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34*

Tra i problemi di diritto penale intertemporale, la modificazione mediata della fattispecie incriminatrice costituisce ancora oggi la situazione più controversa¹. Tanto che ad essere dibattuta non è solo la soluzione, ma la stessa individuazione del fenomeno, non di rado confuso con affini ma distinte dinamiche successive.

Se ne ha conferma nel dibattito seguito al varo del c.d. decreto-rilancio che ha apportato rilevanti modifiche alla disciplina della "tassa di soggiorno" (v. art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34) così da "interferire" con la soluzione giurisprudenziale che aveva ricondotto al reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. la condotta dell'albergatore che ometta di versare tale imposta². Più precisamente, l'art. 180, comma 3, cit. ha introdotto due fondamentali cambiamenti nell'art. 4 d.lgs. n. 23 del 14 marzo 2011 che istituì l'imposta. Anzitutto ha ribaltato il presupposto interpretativo di partenza della giurisprudenza penale, e non, secondo cui l'albergatore sarebbe da considerarsi un agente contabile che riscuote dal cliente per conto dell'ente pubblico³. Stando all'esplicita presa di posizione del

¹ Il riferimento è, come noto, agli effetti intertemporali derivanti dalla sostituzione di una norma richiamata dalla disposizione incriminatrice: cfr. anche per gli ulteriori richiami G. PUGLISI, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche pro libertate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 789 ss.

² Cass. Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, Rv. 273446; Cass. Sez. VI, 26 marzo 2019, n. 27707, Rv. 276220.

³ Nello stesso senso si era espressa la giurisprudenza contabile e quella civile: cfr. Corte conti, Sez. Riun. 22 settembre 2016, n. 22; Cass. S.U. 24 luglio 2018, n. 19654, in *Riv. giur. trib.*, 2019,

legislatore, il gestore della struttura è semmai da qualificarsi come *responsabile diretto dell'imposta* al pari del cliente con cui è tenuto in solido e sul quale può rivalersi⁴. Coerentemente con tale inquadramento, l'art. 180, comma 3, cit. ha poi previsto un illecito tributario di natura amministrativa a carico dell'albergatore che ometta in tutto o in parte o ritardi il versamento dell'imposta, richiamando a tal fine la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471. Si è inteso così colmare la lacuna generata dalla mancata emanazione del regolamento statale che si sarebbe dovuto adottare entro sessanta giorni dalla introduzione della tassa di soggiorno. Un vuoto, che era stato fisiologicamente occupato dalla giurisprudenza penale tramite la già rammentata applicazione della fattispecie di peculato.

Né contro i rigori di quest'ultima tesi era valsa la soluzione prospettata da quella giurisprudenza di merito che invocava il principio di specialità di cui all'art. 9 l. n. 689/1981 per favorire l'applicazione dei soli illeciti amministrativi locali introdotti a presidio della tassa. Sottolineando che queste norme amministrative sanzionano solo l'omesso versamento, laddove l'art. 314 c.p. punisce l'appropriazione vera e propria, la Cassazione ha negato l'esistenza di un *bis in idem* optando per l'istaurazione di un concorso formale tra reato e illecito amministrativo⁵.

2. La ragione della riqualificazione del rapporto tributario

Tanto premesso, non dovrebbero allora sorprendere le ragioni sottese al varo dell'art. 180, comma 3, d.l. 34/2020.

I dietrologisti ritengono che la norma sia stata dettata dall'obiettivo di favorire un "congiunto" dell'attuale Presidente del Consiglio che, gestendo un noto albergo romano, aveva già patteggiato una pena elevata per il mancato versamento delle somme incassate a titolo di tassa di soggiorno⁶. In termini sistemici non si può tuttavia negare che l'art. 180 cit. reagisca a «*un corto circuito legislativo-giurisprudenziale, dalle conseguenze sproporzionate, che rischiava di portare sulle so-*

2011 ss. con nota di F. CERIONI, *L'albergatore che non versa al Comune l'imposta di soggiorno risponde alla Corte dei conti*.

⁴ In argomento P. MASTROLIA, *Il peculato dei gestori delle strutture ricettive nei casi di omesso versamento dell'imposta di soggiorno alla luce del 'nuovo' illecito amministrativo previsto dal c.d. Decreto rilancio: «il fatto non costituisce (più) reato?»*, in *diritto.it* del 30 luglio 2020.

⁵ Cass. Sez. VI, 28 maggio 2019, n. 29632, Rv. 276977.

⁶ V. anche per gli articoli di stampa M. GAMBARDELLA, *Il "decreto rilancio" e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1 giugno 2020.

glie del carcere albergatori e privati cittadini, per mancati versamenti, a volte, irrisori»⁷. Valga considerare infatti che il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 314 c.p. – tra i più elevati fra quelli previsti per i reati contro la pubblica amministrazione – impedisce l'operatività dell'istituto della tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., con la conseguenza che anche la più modesta delle indebite trattenu-te esponeva il gestore della struttura, magari un privato cittadino rivoltosi a *Air-BnB* o *Booking.com* per affittare occasionalmente il proprio appartamento, a una pena detentiva particolarmente severa.

Se poi a ciò si aggiunge che il minimo di quattro anni previsto dall'art. 314 c.p. rende disagiata l'applicazione della sospensione condizionale – se non con la concorrenza tra plurime attenuanti e gli sconti di pena connessi alla scelta del rito – e che l'art. 314 c.p. è stato inserito tra i reati c.d. “ostativi” di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., con la conseguenza che, per esempio, l'ordine di esecuzione della condanna non può essere più sospeso ai sensi dell'art. 656, comma 9, c.p.p. talché il condannato dovrà attendere in carcere l'esito della richiesta di misura alternativa⁸, v'è a sufficienza per ritenere che l'introduzione dell'art. 180 cit., per quanti vantaggi possa arrecare a singole persone, risponda a una concreta e del tutto condivisibile istanza di politica criminale peraltro caldeggiata da una insistente e legittima campagna di sensibilizzazione attuata da Federalberghi e altre associazioni di categoria⁹.

3. Le ricadute penali della *novatio legis*

Ma il punto che preme affrontare è un altro: ossia la determinazione degli effetti intertemporali conseguenti a tale *novatio legis*. Segnatamente, essendo pacifico che il nuovo illecito amministrativo tributario previsto dall'ultima parte dell'art. 180, comma 3, cit. non può applicarsi retroattivamente stante il limite dell'art. 1 l. 689/81 e la mancanza di una norma transitoria *ad hoc*, il dubbio riguarda la portata della riqualificazione del gestore della struttura come *responsabile diretto dell'imposta*. Non è chiaro infatti se il nuovo inquadramento legislati-

⁷ F. BICO, G. CORINALDESI, *Peculato e imposta di soggiorno: la (attesa) depenalizzazione operata dal Decreto Rilancio*, in *Il Sole24ore*, 31 luglio 2020.

⁸ Per una panoramica di questa disciplina di rigore F. BICO, G. CORINALDESI, *Omesso o ritardato versamento della tassa di soggiorno e peculato: profili sostanziali ed esecutivi a seguito dell'entrata in vigore della c.d. Legge spazzacorrotti*, in *Giur. pen. web*, 2019, n. 11, 1 ss.

⁹ Già l'8 aprile 2020 l'ANSA riportava la notizia che Federalberghi «*ha chiesto a tutte le forze politiche di definire con legge nazionale una proroga generalizzata, che entri in vigore subito, senza dover attendere le delibere dei singoli comuni, e di depenalizzare la materia, prevedendo l'applicazione delle sanzioni amministrative normalmente previste in caso di omesso pagamento delle imposte*».

vo rilevi solo in termini prospettici oppure valga anche per i fatti pregressi, così da comportare *ex art. 2, comma 2, c.p.* la chiusura dei procedimenti, la restituzione delle cose sequestrate/confiscate e la revoca di tutte le condanne per peculato degli albergatori che in precedenza hanno omesso di versare la tassa di soggiorno.

Nel tentativo di risolvere il dubbio, una parte degli interpreti è ricorsa alla soluzione proposta per le modificazioni mediate della fattispecie penale¹⁰. Più precisamente, movendo da questa impostazione, si è ritenuto essersi verificata la sostituzione di una norma richiamata dall'elemento normativo «*pubblico servizio*» di cui si avvale la definizione dell'art. 358 c.p. per qualificare uno dei soggetti attivi del reato proprio di peculato¹¹. Di qui la conclusione che l'introduzione dell'art. 180 cit. non sarebbe stata in grado di innescare alcuna *abolitio criminis* dalla portata retroattiva, vuoi perché la nuova qualificazione del gestore non costituirebbe una norma realmente integratrice della legge penale avendo al più influito sulle condizioni concrete di operatività della fattispecie di peculato¹², vuoi perché la sostituzione della norma richiamata da un elemento normativo (a differenza delle definizioni legali e delle norme di riempimento delle norme penali in bianco), non sarebbe mai in grado di generare una restrizione dell'area di tipicità penale¹³. In tutti i casi, e con valore assorbente, l'inoperatività nel caso di specie dell'art. 2, comma 2, c.p. sarebbe imposta dall'applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite Magera¹⁴, che – superando il più specifico ma risalente insegnamento delle Sezioni Unite Tuzet¹⁵ – consentirebbe di riconoscere un'*abolitio criminis* solo «*in caso di modificazione della norma extrapenale richiamata dalla disposizione incriminatrice (...) se tale norma è integratrice di quella penale oppure ha essa stessa efficacia retroattiva*»: e l'art. 180 cit. non possiede nessuno di questi requisiti.

Così impostata la questione, la soluzione che si propone lascia a dir poco perplessi. E non solo per l'esito, ma ancor prima per la premessa di fondo che, nondimeno, viene data per scontata. Eppure, l'idea che l'introduzione dell'art. 180,

¹⁰ Cfr. in dottrina G.L. GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il 'decreto rilancio'?*, in *Sistema penale*, 5 ottobre 2020, il cui contributo acclude uno Schema di parere predisposto dal Gruppo reati contro la Pubblica Amministrazione della Procura di Roma che segue la stessa impostazione.

¹¹ G.L. GATTA, *Omesso versamento*, cit., § 7.

¹² Così la Procura di Roma, Schema parere, cit., 3 s.

¹³ Così G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 245 ss., spec. 273 ss.

¹⁴ Cass. Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451, Magera, Rv. 238197.

¹⁵ Cfr. Cass. Sez. Un., 23 maggio 1987, Tuzet, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695 s., con nota di C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite invertono la rotta: è "comune" la qualifica giuridico-penale degli operatori bancari*.

comma 3, cit. abbia innescato un'autentica modificazione mediata della fattispecie incriminatrice risulta, a ben vedere, tutt'altro che convincente, essendo contraddetta dalla *manca*za di una preesistente norma integratrice che sia stata sostituita. Il vero è infatti che l'art. 180 cit. non subentra a una precedente informazione giuridica richiamata dal combinato disposto degli artt. 358 e 314 c.p., ma più semplicemente qualifica il rapporto tributario in maniera diversa da come lo ha interpretato la Cassazione sulla scorta dei risultati cui era approdata la Corte dei Conti: un'interpretazione quest'ultima che non discendeva, si badi, dalla lettura di una specifica disposizione ma da una ricostruzione di carattere generale ispirata da un «*principio generale dell'ordinamento*»¹⁶.

Se così è, lungi dal costituire un'ipotesi di modificazione mediata della fattispecie, l'introduzione dell'art. 180, comma 3, cit. ha generato una situazione intertemporale del tutto diversa, sebbene spesso confusa con la prima, qual è l'*introduzione di una norma interpretativa*¹⁷, che mira a vincolare il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto tributario sottostante alla tassa di soggiorno. Non per caso l'art. 180 cit., anziché limitarsi a inserire nell'ordinamento una nuova informazione giuridica, si è preoccupato di intervenire proprio nel cuore della disposizione che dieci anni or sono introdusse l'imposta¹⁸. Con ciò si è inteso anche graficamente esprimere la volontà di correggere la tesi rigidamente binaria della giurisprudenza, tale cioè da legare «*esclusivamente il Comune (come soggetto attivo) e colui che alloggia nella struttura ricettiva (soggetto passivo)*»¹⁹, per imporre una nuova interpretazione del rapporto tributario che veda dal lato passivo la solidarietà tra cliente e gestore della struttura.

L'esatta qualificazione della dinamica successoria non è priva di rilevanza. Altro è infatti un'autentica modificazione mediata della fattispecie penale, che scaturisce dalla *sostituzione* della norma richiamata dalla disposizione incriminatrice. Altro è l'introduzione di una norma interpretativa che va a correggere un orientamento ese-

¹⁶ Per una ricostruzione interpretativa della qualifica dell'albergatore quale agente contabile v. Cass. Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, cit., § 3.1 ss. Va peraltro rammentato che la tesi dell'albergatore quale agente contabile "di fatto" non era immune da critiche osservandosi che, di questo passo, qualunque sostituto d'imposta avrebbe dovuto subire analoga qualificazione: cfr. F. FARRI, *Imposta di soggiorno alla Corte dei conti?*, in *Riv. dir. trib.*, 12 settembre 2018.

¹⁷ Sulla ricorrente confusione tra modificazione mediata in senso stretto ed evoluzioni interpretative v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 100 ss., 391 ss.

¹⁸ Più precisamente la modifica si è tradotta nell'inserimento di un nuovo comma 1-ter all'art. 4 d.lgs. 23/2011.

¹⁹ Così Cass. Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 32058, cit., 5, nella quale si prosegue asserendo che «*il gestore non [sarebbe] soggetto attivo del rapporto tributario, bensì quale destinatario giuridico delle somme incassate dal gestore a titolo di imposta di soggiorno, nell'ambito di un rapporto completamente avulso dal rapporto tributario, sebbene ad esso funzionalmente orientato e correlato*».

getico. In quest'ultimo caso, siamo nel campo delle *leggi d'interpretazione autentica*²⁰, alle quali la giurisprudenza costituzionale riconosce da sempre una *indiscussa efficacia retroattiva*, sino al punto di avallare, per suo tramite, subdole elusioni dell'art. 25, comma 2, Cost.

Si pensi, per rimanere al contesto tributario, all'introduzione dell'art. 14, comma 4, l. n. 537/1993, che ha dichiarato tassabili anche i proventi derivanti da attività illecite, ribaltando così il precedente, monolitico e più favorevole orientamento della giurisprudenza penale. Ebbene, il riconoscimento di una finalità interpretativa dell'art. 14 cit. bastò alla Cassazione per imporre un'applicazione retroattiva della nuova interpretazione sfavorevole, tale dunque da investire anche i fatti commessi prima della sua entrata in vigore²¹. Il tutto con l'autorevole avallo della Corte costituzionale, la quale pervicacemente ritiene che l'interpretazione autentica non darebbe nemmeno luogo a un vero e proprio fenomeno intertemporale, ma determinerebbe soltanto la creazione di una *fattispecie normativa complessa*, originata dal combinato disposto tra la disposizione interpretata e quella interpretante²². Donde la conseguenza che la legge d'interpretazione autentica ben potrebbe esplicare i propri effetti fino alla data di entrata in vigore della disposizione interpretata, dato che quest'ultima «*costituisce il nucleo centrale della fattispecie che essa realizza insieme con la legge interpretativa, ponendosi pertanto come elemento costitutivo della struttura cui si collegano gli effetti del processo interpretativo*»²³.

4. *L'indiscutibile efficacia retroattiva in ambito penale dell'art. 180 d.l. n. 34/2020*

Beninteso. L'impostazione che fa leva sul concetto di «*fattispecie normativa complessa*» per giustificare l'efficacia delle norme d'interpretazione autentica non è immune da critiche, specie nel punto in cui la Corte costituzionale intende così facilitare una subdola elusione del divieto di retroattività penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost.²⁴. Ciò nondimeno, resta pacifico e *incontroverso* che una norma d'interpretazione autentica quando è dotata di efficacia in *bonam partem*, come

²⁰ Cfr. A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, 1997; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.

²¹ Cass. Sez. III, 6 maggio 1997, n. 7713, Rv. 209151.

²² A. GARDINO CARLI, *op. cit.*, 55 ss.; G. VERDE, *op. cit.*, 158 ss.

²³ C. cost. 3 giugno 1992, n. 246, in *Giust. cost.*, 1992, 1890.

²⁴ Per un'ampia critica A. PUGIOTTO *L'irresistibile "ultrattività" della legge interpretata autenticamente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1194 ss.; ID., *La Corte costituzionale tra natura e struttura dell'interpretazione autentica legislativa: il caso della sentenza n. 321 del 1998*, *ivi*, 3874 ss.

quella introdotta dall'art. 180, comma 3, cit., non può non godere di una piena e assoluta applicazione retroattiva nel settore penale, vuoi sulla base della teoria della fattispecie complessa, vuoi più correttamente in forza del principio di retroattività della *lex mitior* di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 c.p.²⁵.

È proprio questa, del resto, la ragione per cui la norma interpretativa è stata varata: vale a dire correggere un formante giurisprudenziale che il legislatore, per le ragioni più varie, ritiene "eccessivo" imponendo di evitare (per il futuro) e di rimuovere (retrospettivamente) ogni soluzione diversa da quella univocamente imposta dal formante legislativo. Talché proprio in questi casi la più autorevole giurisprudenza della Cassazione raccomanda al giudice la massima deferenza nell'applicazione del nuovo parametro normativo sino al punto di rinunciare a correzioni interpretative costituzionalmente orientate onde osservare in purezza il dettato legislativo²⁶.

Sarebbe del resto bizzarro che la giurisprudenza di legittimità, caparbiamente incline a riconoscere portata retroattiva a qualunque interpretazione autentica in *malam partem*²⁷, negasse ora analoga efficacia all'interpretazione autentica in *bonam partem* operata dall'art. 180 cit.²⁸. Di questo passo non si comprenderebbe su cosa poggerrebbe la legittimità del pregresso diritto vivente consolidatosi nelle sentenze che hanno condannato gli albergatori per peculato. Vero è che l'art. 101, comma 2, Cost. non gode in questi tempi di straordinaria fortuna. L'assoggettamento del giudice penale alla Corte dei conti (che per prima optò per l'inquadramento dell'albergatore come agente contabile) anziché alla legge non pare tuttavia una grande conquista.

5. Un esame della sentenza Magera

Senonché, agli effetti pratici, la soluzione del problema intertemporale non

²⁵ In quest'ultimo senso MICHELETTI, *op. cit.*, 384 ss.

²⁶ «Il giudice, chiamato ad applicare una legge di interpretazione autentica, non può qualificarla come innovativa e circoscriverne temporalmente, in contrasto con la sua ratio ispiratrice, l'area operativa, perché finirebbe in tal modo per disapplicarla, mentre l'autorità imperativa e generale della legge gli impone di adeguarvisi»: così – in un caso d'interpretazione autentica sfavorevole nell'ambito della quale le Sezioni Unite si opposero a una lettura convenzionalmente orientata della norma interpretativa per investire della questione la Corte costituzionale – Cass. Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472, Rv. 252934.

²⁷ V. – purtroppo – tra le tante Cass. Sez. I, 6 maggio 2003, n. 23455, Rv. 224599.

²⁸ Sarebbe peraltro il primo caso, dato che a quanto risulta dalla pubblicistica la Cassazione non ha mai mancato di riconoscere efficacia retroattiva a tutte le interpretazioni autentiche in *bonam partem*: v. per esempio Cass. Sez. III, 2 febbraio 1981, Cozzi, in *Giust. pen.*, 1983, II, 82, e per ulteriore casistica v. D. MICHELETTI, *op. cit.*, 397 ss. dove peraltro si suddivide la soluzione intertemporale secondoché la norma interpretativa abbia forza di legge o sia posta da fonti secondarie.

cambiarebbe neppure se considerassimo come autentica modificazione mediata il fenomeno innescato dall'introduzione dell'art. 180 cit. Anzi, proprio questa vicenda ben si presterebbe a rivelare l'erroneità, o meglio l'incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost. e 7 CEDU, della tesi che negando valore integrativo alle norme richiamate da un elemento normativo pretenderebbe di continuare a sanzionare per peculato l'albergatore che in passato abbia trattenuto l'imposta di soggiorno malgrado che una simile condotta abbia perso rilevanza penale. Al di là dei dogmatismi, non si comprenderebbe infatti come giustificare in termini logici una così esplicita disparità di trattamento²⁹. E ancor meno si comprenderebbe come argomentare la deroga al principio convenzionale di retroattività penale favorevole che funge da parametro interposto di costituzionalità³⁰. Donde la facile previsione che, se la Cassazione dovesse confermare la legittimità di una pronuncia del giudice dell'esecuzione che neghi ex art. 673 c.p.p. l'esistenza dell'*abolitio criminis* del peculato in forza del nuovo art. 180 cit., si avrà buon gioco nel ricorrere alla Corte di Strasburgo per vedere condannata l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU.

Proprio quella sede – dove la sostanza del ragionamento giuridico prevale sui formalismi giuridici – si presterebbe a svelare in modo palese come la distinzione tra norme integratrici e non integratrici della legge penale sia null'altro che un trucco retorico. Un trucco così scoperto e opportunistico che la stessa giurisprudenza che se ne avvale in tema di modificazioni mediate, negando valore integrativo a una norma richiamata dalla legge penale, è pronta a modificare improvvisamente il proprio giudizio, considerando quella stessa norma un'articolazione della disposizione incriminatrice là dove la questione riguardi l'ignoranza sulla stessa ai fini dell'art. 47, comma 3, c.p. Alla Corte EDU non potrà sfuggire una simile incoerenza, risultando per lo meno curioso che la natura integratrice o meno di una determinata informazione giuridica richiamata dalla legge penale cambi radicalmente, nel diritto vivente, in funzione del contesto per cui la questione rileva.

Quanto poi all'ulteriore argomento utilizzato dalle Sezioni Unite Magera, che fa dipendere la soluzione delle modificazioni mediate dalla natura esplicitamente o implicitamente retroattiva che la norma integratrice possiede nel proprio settore di ap-

²⁹ Così per tutti F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 303, 296. Chi ha provato a giustificare tale disparità, facendo leva sul fatto che si tratterebbe di situazioni differenti, in quanto caratterizzate la prima dalla presenza del divieto e la seconda dall'assenza di quest'ultimo, ha finito fatalmente per scadere nella teoria della "disobbedienza in quanto tale", per una critica della quale v. per esempio D. PULITANO, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 209 s.

³⁰ Sulla implicita rilevanza convenzionale della *lex mitior-Regel* ai sensi dell'art. 7 CEDU v., come noto, Grande Chambre, Corte EDU, Scoppola contro Italia, del 17 settembre 2009.

partenza³¹, si tratta di uno spunto teorico, pur pregno di ascendenze dogmatiche, che riporta tuttavia la soluzione del problema indietro di oltre cent'anni. Pochi ancora oggi ricordano che tale impostazione rappresentava una delle conseguenze principali indicate dall'ideatore della categoria dell'antigiuridicità generale³²: il quale separando quest'ultima dal *Tatbestand* – ovvero distinguendo il piano descrittivo riservato al legislatore penale dal piano valutativo attinto dagli altri rami dell'ordinamento – mirava per l'appunto a circoscrivere l'ambito di operatività delle regole di cui all'art. 2 c.p. Queste infatti sarebbero state pensate, secondo tale impostazione, solo per disciplinare le modifiche strutturali/descrittive del fatto di reato, laddove l'evoluzione delle norme richiamate dalla disposizione incriminatrice dipenderebbe dallo *status* intertemporale che viene loro conferito nel proprio settore di appartenenza³³: esattamente come affermato dalla sentenza Magera in linea con una numerosa (seppure carsica) giurisprudenza di legittimità³⁴.

Senonché, una siffatta impostazione presta il fianco a una molteplicità d'inconvenienti, non ultimo la perdita di dominio del legislatore sulla politica penale intertemporale: prova ne sia che, stando a questa tesi, ove la norma incriminatrice richiami norme regionali, comunitarie o amministrative l'esistenza di un'*abolitio criminis* in caso di una loro modifica finirebbe per dipendere dalle fonti esterne, secondoché esse scelgano di conferire o meno efficacia retroattiva alle nuove norme integratrici³⁵.

³¹ Cass. Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451, cit., § 6.

³² Il riferimento è ovviamente a E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 132 s., il quale – giova forse ricordarlo – interpretava l'antigiuridicità non già come luogo delle sole scriminanti, bensì come sede del “giudizio di contrarietà al diritto” che il legislatore penale mutua dagli altri rami dell'ordinamento, e in quanto tale destinato ad accogliere *tutte* le norme integratrici della legge penale.

³³ Per una compiuta illustrazione della tesi si veda il manuale di E. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11^a ed., Tübingen, 1930, 109 s., dove già affiora peraltro un'incoerenza intrasistemica. Se è vero infatti che l'evoluzione nel tempo della norma richiamata dovrebbe dipendere dallo *status* intertemporale che essa possiede nel proprio ramo di appartenenza, l'Autore ritiene tuttavia che se la norma integratrice esplica nel sistema penale un effetto sfavorevole, a nulla vale che nel proprio settore gli si sia conferita efficacia retroattiva, perché dovrebbe in questo caso prevalere il divieto di retroattività penale (*ivi*, 110). Quest'ultima soluzione intertemporale è ovviamente ineccepibile, ma rivela che l'evoluzione nel tempo dell'antigiuridicità generale non può dipendere, ai fini penali, da valutazioni esterne, né quando si tratta di frenare la retroattività sfavorevole ma anche quando si tratta di decidere i casi di retroattività favorevole perché l'intertemporalità non può che rispondere alle funzioni della pena.

³⁴ Spesso infatti la giurisprudenza italiana fa dipendere la soluzione delle modificazioni mediate dalla verifica della portata retroattiva o meno che la norma integratrice assume nel proprio settore: cfr. anche per un'elencazione D. MICHELETTI, *op. cit.*, p. 82, nt. 291.

³⁵ *Amplius* D. MICHELETTI, *op. cit.*, 80 ss. V. per un'esemplificazione dell'inconveniente v. App. Venezia, 6.7.1989, Rotta, in *Arch. circ.*, 1989, 909, nella quale ci si limitò a verificare se l'abrogazione della diffida fosse o meno retroattiva nel diritto amministrativo al fine di stabilire se

Il vero è, per concludere sul punto, che la sentenza Magera si è limitata soltanto a sfiorare la soluzione del problema. E lo fa nel passaggio in cui l'autorevole estensore – per replicare alla nota tesi secondo cui coerenza vorrebbe che ai fini dell'operatività del comma 2 dell'art. 2 c.p. si consideri anche l'evoluzione della norma integratrice perché tale evoluzione è di sicuro considerata dal comma 1 dell'art. 2 c.p.³⁶ – osserva che vi sono articolazioni della legge penale che non potrebbero esplicare efficacia retroattiva, non già perché arginate dall'art. 2, comma 1, c.p., ma perché prima della loro introduzione ben «*potevano esistere (...) gli elementi di fatto, ma non anche le qualificazioni normative presupposte dalla norma penale*»³⁷.

In questo passaggio – tanto originale da non trovare riscontro, a quanto ci risulta, in nessun'altra pagina scritta sul tema – si scorge una duplice acquisizione teorica dalla quale in gran parte dipende la corretta messa a fuoco del problema delle modificazioni mediate della fattispecie. La prima acquisizione è rappresentata dalla implicita consapevolezza che le norme esplicano un fondamentale *effetto costitutivo*, creando la realtà che esse stesse regolano³⁸. La seconda intuizione riguarda l'esistenza di due modelli di eterointegrazioni della legge penale: quelli in cui il richiamo della disposizione incriminatrice è al contenuto della norma integratrice (v. ad esempio l'art. 416 c.p.), e altri casi in cui la norma penale si ricongiunge solo all'*effetto costitutivo* della norma integratrice (si pensi ad esempio all'art. 368 c.p.)³⁹.

anche in sede penale una siffatta abrogazione fosse in grado di travolgere, retroattivamente, la punibilità dei reati di guida senza patente commessi dai soggetti la cui abilitazione era stata revocata a seguito del provvedimento del questore. Ebbene, dopo avere constatato che effettivamente l'art. 1 l. 327/1988 aveva svuotato di qualsiasi effetto anche le diffide in corso, convertendole in avvisi orali, se ne è dedotto che l'abrogazione della diffida era da considerarsi, *tanto nel diritto amministrativo quanto nel diritto penale*, come retroattiva, sicché doveva propendersi per l'*abolitio criminis* dei reati di guida senza patente precedentemente commessi.

³⁶ Così T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1356 ss.

³⁷ Passaggio estrapolato dal primo capoverso di pag. 9 di Cass. Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451, cit.

³⁸ Imprescindibili sul punto gli studi di A.G. CONTE *Regola costitutiva in Wittgenstein* (1981), in ID., *Filosofia del linguaggio normativo*, vol. I, Torino, 1989, 237 ss.; ID. *Regola costitutiva, condizione, antinomia*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 21 ss.

³⁹ *Amplius* per la distinzione tra le due forme D. MICHELETTI, *op. cit.*, 441 ss. Dal riscontro dell'esistenza di norme integratrici che valgono ai fini penali, non già per il contenuto, bensì solo per gli effetti costitutivi (si pensi alle norme che definiscono le monete aventi corso legale nell'ambito della fattispecie di falso nummario) si giunge a riconoscere l'esistenza di norme integratrici *funzionalmente fungibili* (norme c.d. ordinatorie), che sono tali perché ciò che rileva, ai fini della fattispecie penale, non è quello che queste norme "prescrivono" ma l'effetto costitutivo che esse producono, con la conseguenza che la loro sostituzione non produce alcuna instabilità inter-

6. La soluzione del problema delle modificazioni mediate in chiave prettamente intertemporale

Senonché, partendo dalle acquisizioni sopra enunciate, sarebbe troppo lungo illustrare in modo compiuto la soluzione del problema delle modificazioni mediate. Per tale ragione appare preferibile offrirne qui una più agevole sintesi, articolata in due soli passaggi.

Il primo è rappresentato dal fatto che tutte le informazioni giuridiche di cui il giudice si avvale per perimetrare l'area di tipicità non possono che essere considerate a pieno titolo come frammenti della legge penale. Se infatti, in termini doverosamente funzionalistici col termine legge penale si deve intendere l'«intero complesso normativo» (il c.d. *gesamter Rechtszustand*) che determina la rilevanza giuridica del fatto di reato, sarebbe arbitrario circoscrivere il nügolo dei principi cui il legislatore penale deve sottostare (ex art. 25, comma 2, c.p.) soltanto a quel frammento del discorso normativo che enuncia il trattamento sanzionatorio. L'eterointegrazione non può intaccare in alcun modo l'operatività delle garanzie individuali; diversamente ragionando si offrirebbe al legislatore la possibilità di sottrarsi ai vincoli costituzionali che lo riguardano optando ad arte per una disarticolazione del precetto. Un inconveniente per evitare il quale s'impone allora la necessità di concludere che *lo statuto penale della norma integratrice deve corrispondere in tutto e per tutto a quello della disposizione incriminatrice*. Con la conseguenza, per esemplificare, che la norma integratrice dovrà essere determinata perché la legge penale non può non esserlo⁴⁰; che la norma integratrice non potrà essere applicata analogicamente, sebbene nel proprio settore di appartenenza non operi il divieto di cui all'art. 14 disp. prel., perché l'applicazione della legge pena-

temporale del giudizio sotteso alla norma penale. Ebbene, sia pure per serendipità, la Sentenza Magera ci offre ora un infallibile criterio diagnostico per riconoscere le norme integratrici ordinarie. Sono tali infatti quelle articolazioni precettive che non riuscirebbero a imprimere alla norma penale una portata retroattiva, non già perché lo vieti l'art. 2, comma 1, c.p., ma perché non era materialmente realizzabile prima della loro introduzione il fatto offensivo che esse contribuiscono a descrivere. Così, per esemplificare, è agevole avvedersi che le norme integratrici dell'art. 368 c.p. sono ordinarie e fungibili perché Tizio non sarebbe riuscito a esporre Caio al rischio di un procedimento penale attribuendogli falsamente un fatto che solo dopo è divenuto reato. L'irrelevanza penale della condotta di Tizio non dipende in questi casi dall'art. 2, comma 1, c.p. ma dalla sua radicale impossibilità lesiva.

⁴⁰ Così fondamentalmente Cass. Sez. Un., 15 dicembre 2011, n. 11545, Rv. 251820, la quale – sebbene in un passaggio non valorizzato dall'Ufficio del Massimario – enuncia a chiare lettere che «il principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici, discendente da quello di legalità, è riferibile non solo alle previsioni direttamente contenute nelle norme penali ma anche a quelle fonti extrapenali che ne costituiscono sostanziale integrazione».

le non può oltrepassare i casi e i tempi da essa considerati⁴¹; e infine – per quel che più rileva in questa sede – s’impone la necessità di assoggettare *senza eccezioni* tutte le modifiche di qualunque norma integratrice della legge penale all’art. 2 c.p. perché è questa la disciplina prevista dall’ordinamento per la successione della legge penale nel tempo.

Tanto premesso, il secondo passaggio del ragionamento non è meno ovvio del primo. Per comprenderlo è necessario però riprendere la strada che la nostra dottrina⁴² e la Cassazione penale seppero tracciare all’inizio del secolo scorso, inducendo così il legislatore italiano – primo fra gli ordinamenti occidentali – a varare due norme che, seppure mal scritte, si prestavano proprio a risolvere anche il problema di cui ci si sta occupando⁴³. In breve: una parte non poco osteggiata della nostra cultura giuridica⁴⁴ seppe percepire che le uniche regole del diritto penale intertemporale allora esistenti (irretroattività penale e retroattività favorevole) erano pensate per governare la modifica di giudizi di valore “a-storicizzati”: *prova ne sia che il tempo non costituisce (di norma!) un elemento costitutivo della fattispecie di reato (bensì un fattore di validità della norma)*.

Non mancano tuttavia giudizi di valore di rilevanza penale che hanno una ben precisa ambientazione temporale: i quali danno conseguentemente origine a fatti di reato per cui *il tempo costituisce a tutti gli effetti un elemento costitutivo*. Non solo: movendo da queste riflessioni ci si avvide poi che l’elemento costitutivo temporale può essere esplicito, perché direttamente menzionato dal legislatore (c.d. leggi penali temporanee), ma non di rado è “implicito” (c.d. leggi penali “contingenti”)⁴⁵. In ambo i casi si percepì che la dinamica intertemporale di

⁴¹ Così isolatamente nella nostra letteratura D. MICHELETTI, *op. cit.*, 56 ss., con ampi riferimenti alla conforme dottrina d’oltralpe (nt. 205).

⁴² V. fondamentalmente O. VANNINI, *Validità delle leggi temporanee* (estratto dal *Foro penale napoletano*), Napoli, 1926, 1 ss.

⁴³ Il riferimento è all’attuale art. 2, comma 5, c.p. (un tempo comma 4, che l’ordinamento tedesco introdusse nel 1935, quello francese nel 1994 e quello spagnolo solo nel 1995) e al “famigerato” art. 20 l. n. 4/1929, che sebbene erroneamente rivolto a disciplinare la successione nel tempo di norme penali tributarie traeva spunto dalla giurisprudenza di legittimità dell’epoca in materia di modificazione mediata delle norme penali tributarie: v. *amplius* D. MICHELETTI, *op. cit.*, 531 ss.

⁴⁴ Basti considerare che il primo lavoro della letteratura italiana che ebbe l’ardire di rompere la convenzione allora dominante – il riferimento è a G. ARANCIO RUIZ, *Intorno all’efficacia delle leggi penali temporanee*, in *Riv. pen.*, XLIV, 1896, 5 ss. – fu dato alle stampe con una lunga nota del direttore della rivista (Lucchini), in cui si afferma che esso viene pubblicato solo «in omaggio a quella piena, libertà di discussione che è nel programma e nelle tradizioni costanti della Rivista [italiana di diritto penale]» (*ivi*, 5), precisando poi subito però che l’indirizzo della stessa rivista è di segno nettamente contrario (*ivi*, 6).

⁴⁵ Su questo punto Arturo Rocco incorse in un esiziale infortunio terminologico utilizzando nella formulazione dell’art. 2, comma 4 (ora 5), c.p. l’espressione “eccezionali”, mentre la Cassazione penale dell’epoca impiegava la ben più precisa espressione di “norme contingenti” per esprimere il loro imprescindibile nesso con un contesto spazio-temporale la durata del quale non era però pre-

queste norme non era sempre dettata dal mutamento del giudizio di valore, ma dipendeva spesso dalla variazione del contesto fattuale in cui la norma incriminatrice era chiamata a operare. Di qui dunque originò l'introduzione dell'art. 2, comma 4 (ora 5) c.p.: il quale – lungi dal rispondere a quella semplicistica e stucchevole spiegazione secondo cui esso sarebbe stato posto a presidio dell'effetto generalpreventivo della pena – si prefigge semmai di imporre il principio di storicità (*tempus regit actum*) nell'ipotesi in cui a evolversi nel tempo non sia il giudizio di valore sottostante alla norma penale ma le condizioni fattuali in cui essa opera⁴⁶.

Vero ciò, non dovrebbe a questo punto sfuggire la soluzione del problema delle modificazioni mediate. Basta soffermarsi a riflettere sul fatto che *la contingenza della legge penale ben può dipendere dalla norma integratrice*, che tramite lo snodo precettivo introduce il fattore temporale quale elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. Anzi l'eterointegrazione della legge penale dipende spesso proprio dall'esigenza di un rapido adeguamento dello stabile giudizio di disvalore penale al mutare della situazione fattuale. Si pensi in modo paradigmatico al reato di usura che “procede” su un cingolato di informazioni giuridiche secondarie che si susseguono ogni tre mesi. Ma si consideri altresì la vicenda affrontata dalla sentenza Magera che riguarda la modifica della portata operativa del diritto penale dell'immigrazione generata da norme esterne che qualificano in modo contingente la cittadinanza europea. In tutti questi casi, in cui la norma integratrice veicola il tempo quale elemento tacito della fattispecie penale, la modifica dell'articolazione giuridica esterna non potrà che essere soggetta all'art. 2, comma 5, c.p. nella misura in cui l'evoluzione esterna registra non già un mutamento del giudizio di valore ma l'adeguamento della fattispecie incriminatrice a un nuovo contesto fattuale⁴⁷. Prova ne sia che le norme richiamate evolutesi nel tempo non si trovano nemmeno in un rapporto di *maggior o minor favore* (sarebbe stupido ad esempio pensare che gli Euro sono più o meno favorevoli delle Lire nell'ambito del falso nummario), ma si trovano solo in un rapporto di alteri-

determinata: in relazione a questa giurisprudenza v., in termini critici – ma profondamente inesatti – R.A. FROSALI, *La retroattività della norma scriminante, e le frodi alla legge sui dazi interni di consumo*, in *Sc. pos.*, 1930, I, 317 ss. il quale osservava – dimostrando così di non avere compreso il significato del “tempo” quale elemento costitutivo di talune fattispecie incriminatrici – che «*tutte le leggi dello Stato, anche quelle non espressamente temporanee, sono contingenti, nel senso che sorgono sempre in occasione di una data necessità sociale da tutelare, durano finché questa necessità sussiste, e cessano per effetto di abrogazione quando la necessità scompare*».

⁴⁶ *Amplius* D. MICHELETTI, *op. cit.*, 343 ss.

⁴⁷ Il primo ad avere avuto quest'intuizione fu Reinhard FRANK – ricordato in Italia soprattutto per i criteri di riconoscimento del dolo eventuale – in *Anmerkung zu RG.*, 15.1.1891, in *ZStW* 1894, 357 s. Ma questa tesi è pacificamente seguita dalla Cassazione tedesca sin dalla fondamentale pronuncia del BGH, 8 gennaio 1965, in *NJW* 1965, 981 ss.

tà. Ovvero – per dirla con la dottrina tedesca – le norme richiamate non sono più o meno benevoli ma soltanto diverse.

Ovviamente, è questo solo l’abbrivio della soluzione. Padroneggiando la quale già si otterrebbe comunque un notevole miglioramento della giurisprudenza in materia. Per questa strada non sarebbe difficile individuare tutti i casi di modificazione mediata della fattispecie che reclamano l’applicazione del principio di storicità di cui all’art. 2, comma 5, c.p.: dalla successione di norme integratrici ordinarie⁴⁸ alla modifica delle norme temporanee per funzione⁴⁹; dalla variazione delle norme integratrici richiamate da elementi normativi sociali⁵⁰ alla successione di norme integratrici di fonte secondaria⁵¹. E alla fine, come clausola di chiusura, ci si avvedrebbe che il giudice penale, anche nel caso in cui è chiamato ad applicare l’art. 2, comma 5, c.p. per disciplinare la successione di norme integratrici, avrebbe comunque una residuale possibilità di “interpretare” i fatti di reato antecedenti alla modifica alla luce della nuova norma integratrice pur destinata a valere solo dopo la sua introduzione, allorché ritenga che essa si presti a “segnalare” anche una pregressa e *specificata* inoffensività del fatto⁵².

Come che sia, sono tutti sviluppi che non rilevano nel caso della modifica apportata dall’art. 180, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34: la quale, quand’anche

⁴⁸ V. *supra* nt. 39.

⁴⁹ Cfr. per esempio la sostituzione delle norme richiamate dal diritto penale tributario: D. MICHELETTI, *op. cit.*, 534 ss.

⁵⁰ D. MICHELETTI, *op. cit.*, 538 ss.

⁵¹ D. MICHELETTI, *op. cit.*, 543 ss., spec. 558 ss.

⁵² Si pensi al caso di scuola della sostituzione del limite di velocità (elevato da 50 a 90 km/h) previsto per una strada in cui si è verificato un incidente potenzialmente fonte di responsabilità colposa ex art. 589-*bis* c.p. Ebbene, senza dubbio tale modifica andrà disciplinata ai sensi dell’art. 2, comma 5, c.p. – giacché diversamente ragionando l’autorità amministrativa si troverebbe nelle condizioni di gestire la politica criminale ingenerando un’*abolitio criminis* – ma nulla esclude che il giudice penale, ove ritenga che le condizioni strutturali della strada che hanno suggerito l’elevazione del limite si fossero già concretizzate in precedenza, ben può disapplicare il precedente limite di velocità e riscontrare l’assenza di ogni profilo di colpa in colui che pure aveva viaggiato a un’andatura superiore al limite un tempo vigente. *Mutatis mutandis* è questa la soluzione che si sarebbe dovuta seguire nel caso di modifica mediata delle norme sulla bancarotta in seguito alla riformulazione delle condizioni di fallibilità previste dall’art. 1 l.fall. Vero è infatti che quest’ultima norma integratrice era destinata ad operare a partire dall’1 gennaio 2008, così da imporre in ambito penale l’operatività dell’art. 2, comma 5, c.p. Nulla impedisce però al giudice penale di ritenere inoffensivo il fatto pregresso (specie se realizzato in tempi prossimi alla riforma), sulla base dei nuovi criteri di cui all’art. 1 l.fall., non già perché essi abbiano efficacia retroattivamente, ma perché possono comunque valere a disvelare l’inoffensività della pregressa condotta a fronte dell’identico bene giuridico tutelato. Non si tratta tuttavia in quest’ultimo caso di un automatismo di carattere generale e astratto (come quello che deriverebbe dall’applicazione dell’art. 2, comma 2, c.p.), ma di una valutazione da effettuarsi in concreto alla luce delle particolari caratteristiche del fatto storico oggetto del giudizio.

avesse innescato un'autentica modificazione mediata della fattispecie incriminatrice – cosa che non è (v. *supra* § 3 s.) – reclamerebbe comunque l'operatività dell'art. 2, comma 2, c.p. senza possibilità alcuna di invocare il principio di storicità di cui all'art. 2, comma 5, c.p.