

Stefano Bissaro

Corte costituzionale e “materia penale”

I confini mobili
delle garanzie penalistiche,
tra Costituzione
e Carte internazionali

Collana

di Diritto

FrancoAngeli 

SAGGI E RICERCHE



Il presente volume è pubblicato in open access, ossia il file dell'intero lavoro è liberamente scaricabile dalla piattaforma **FrancoAngeli Open Access** (<http://bit.ly/francoangeli-oa>).

FrancoAngeli Open Access è la piattaforma per pubblicare articoli e monografie, rispettando gli standard etici e qualitativi e la messa a disposizione dei contenuti ad accesso aperto. Oltre a garantire il deposito nei maggiori archivi e repository internazionali OA, la sua integrazione con tutto il ricco catalogo di riviste e collane FrancoAngeli massimizza la visibilità, favorisce facilità di ricerca per l'utente e possibilità di impatto per l'autore.

Per saperne di più:

<https://www.francoangeli.it/autori/21>

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Stefano Bissaro

Corte costituzionale e “materia penale”

I confini mobili
delle garanzie penalistiche,
tra Costituzione
e Carte internazionali

FrancoAngeli 

Collana

di Diritto

SAGGI E RICERCHE

Il volume è stato pubblicato con un contributo del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, ed è stato sottoposto a un processo di *peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

Isbn: 9788835142164

Copyright © 2022 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

Publicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate 4.0 Internazionale* (CC-BY-NC-ND 4.0)

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Copyright © 2022 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835142164

*Ad Alvise,
amico fraterno,
insostituibile*

INDICE

Premessa pag. 11

Parte prima **Il principio di legalità penale:** **inquadramento e coordinate di sistema**

- 1. Lo *specchio* della materia penale, considerazioni introduttive** » 17
1. Il *tema* e la *prospettiva* d'indagine: ragioni e scopi di uno studio sui confini della materia penale nell'ottica costituzionalistica » 17
2. La *metodologia* e il contributo della giurisprudenza costituzionale » 23
- 2. Il principio di legalità penale: le origini e la formalizzazione nell'art. 25, secondo comma, Cost.** » 31
1. Le origini storico-filosofiche del principio di legalità penale » 31
2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la *consacrazione* del principio di legalità penale nel testo della Costituzione » 39
3. Le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale: l'art. 25, secondo comma, Cost. come architrave della cd. *Costituzione penale* » 47
- 3. Lo *stato di salute* del principio di legalità penale, nel prisma della giurisprudenza costituzionale** » 51
1. Cenni introduttivi » 51

2. La riserva di legge e la sua “crisi”, vecchi problemi...	pag. 53
3. (<i>segue</i>) ... e nuove prospettive, tra il cd. <i>judicial activism</i> e gli obblighi di penalizzazione di matrice europea	» 63
4. La centralità della <i>ratio</i> democratica sottesa alla riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. nella più recente giurisprudenza costituzionale	» 84
5. Il principio di determinatezza, alla luce della mancata riforma del Codice penale	» 94
6. Il principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale, dalle stagioni della “prudenza”, alla vicenda <i>Taricco</i>	» 105
7. Il principio di irretroattività <i>in malam partem</i> come principio <i>supremo</i> dell’ordinamento	» 119
8. Il principio di retroattività <i>in bonam partem</i> e il suo peculiare statuto costituzionale	» 129
9. (<i>segue</i>) irretroattività sfavorevole, retroattività <i>in bonam partem</i> ed effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, tra alcune certezze e qualche dubbio	» 140
10. Analogia e spazi interpretativi per il giudice penale: la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale	» 148

Parte seconda

I confini *mobili* della materia penale

4. La materia penale, tra diritto nazionale ed europeo	» 159
1. La nozione di materia penale nel sistema domestico: il criterio nominalistico accolto dal Codice penale	» 159
2. La nozione di <i>matière pénale</i> propria del sistema convenzionale: nascita ed evoluzione della giurisprudenza <i>Engel</i>	» 164
3. (<i>segue</i>) i più recenti tracciati della giurisprudenza della Corte EDU	» 172
4. Il contributo della Corte di giustizia nella perimetrazione di una nozione europea di materia penale	» 178
5. Materia penale e <i>matière pénale</i>: i settori di reale o potenziale sconfinamento	» 187

1. Premessa: l'impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulle categorie nazionali	pag. 187
2. Gli sconfinamenti tradizionali: le misure di sicurezza e il diritto processuale penale	» 197
3. Gli sconfinamenti recenti: l'esecuzione penale	» 215
4. Gli sconfinamenti certi ma problematici: <i>ne bis in idem</i> e meccanismi di doppio binario sanzionatorio	» 218
5. (<i>segue</i>) le novità poste dalla sentenza <i>A e B c. Norvegia</i> e i recenti sviluppi giurisprudenziali	» 229
6. Gli sconfinamenti incerti: il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo e l'incandidabilità alla carica parlamentare	» 238
7. Gli sconfinamenti improbabili: le misure di prevenzione	» 255
8. (<i>segue</i>) e il cd. <i>diritto disciplinare punitivo</i>	» 270
6. Genesi, torsioni e prospettive della giurisprudenza costituzionale sui confini della materia penale	» 281
1. L'ambito di operatività del principio di legalità penale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale: dalle prime decisioni, fino agli anni duemila	» 281
2. La stagione inaugurata dalle sentenze <i>gemelle</i> del 2007 e la svolta del biennio 2009-2010 in materia di confisca	» 284
3. L' <i>actio finium regundorum</i> della Corte costituzionale e la teorizzazione del paradigma della <i>coesistenza</i>	» 289
4. Il consolidamento della teoria dell' <i>assimilazione</i> nella più recente giurisprudenza costituzionale	» 294
5. (<i>segue</i>) il caso della <i>cedevolezza</i> del giudicato penale e le ultime decisioni della Corte costituzionale	» 304
7. I vantaggi (individuali) e i costi (di sistema) di una nozione elastica di materia penale, tra incertezze applicative e imprevedibili esiti giudiziari	» 315
1. La (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali: il ruolo e le responsabilità del giudice comune	» 315
2. Gli effetti della (ri)qualificazione: alcune precisazioni sul modello dell' <i>assimilazione</i>	» 328
3. I rischi di un uso disinvolto dell'interpretazione conforme, tra incertezze applicative e imprevedibili esiti giudiziari	» 333

4. Il sindacato accentrato di costituzionalità come argine alle <i>fibrillazioni giurisprudenziali</i> in materia penale	pag. 344
Ringraziamenti	» 351
Bibliografia	» 353

PREMESSA

Per introdurre le tematiche oggetto del presente volume, può giovare il richiamo ad una riflessione di *Carl Schmitt*, che, nel suo celebre *Un giurista davanti a se stesso*, si risolveva, quasi dolentemente, nell'ammettere di venire anch'egli «dal diritto penale e [di aver] dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione»¹. Si tratta di un'affermazione che la dottrina ha qualificato come «anticonformista e provocatoria»², quando pronunciata dal filosofo tedesco nella prima metà del secolo scorso, che può forse apparire banale se riferita all'attuale contesto italiano: la Costituzione repubblicana, infatti, attraverso alcune importanti previsioni, si occupa di delineare i profili essenziali del magistrato punitivo statale, scolpendo solennemente, nell'art. 25, secondo comma, Cost., il principio di legalità dei reati e delle pene³. Le parole di *Schmitt*, nondimeno, risultano particolarmente preziose in questa sede perché consentono di registrare un tratto che ha caratterizzato in modo peculiare gli studi condotti, negli ultimi anni, intorno alla tematica della ricerca qui presentata: più di quanto non lo sia già stato in passato, infatti, le prospettive di indagine proprie del diritto costituzionale e del diritto penale si sono di recente trovate a convergere verso una *grammatica* comune, perché chiamate ad approcciare gli stessi problemi interpretativi e a *dialogare* l'una con l'altra per proporre delle soluzioni condivise, frutto dell'intreccio delle sensibilità di ciascuna. La *saga Taricco*⁴ e

¹ Cfr. C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, (a cura di) G. Agamben, Neri Pozza editore, 2005, p. 167.

² Così, in particolare, per G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2/2007, p. 1250.

³ Per tutti, v. M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica, 2006; e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001.

⁴ Per una precisa ricostruzione della vicenda, si rinvia ai ricchi contributi raccolti in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018; e AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017; AA.VV.,

le numerose questioni di legittimità costituzionale di cui si è dovuta occupare la Consulta in ordine al cd. *dilemma della materia penale*⁵ confermano, in modo plastico, questa linea di tendenza, tante e tanto rilevanti essendo state le occasioni di confronto tra i costituzionalisti e i penalisti sulle problematiche, di volta in volta, venute in rilievo⁶.

Entro questo preciso scenario, si inserisce il presente volume, con cui si intende studiare il principio di legalità penale, sancito all'art. 25, secondo comma, Cost., nella peculiare prospettiva costituzionalistica, per comprendere lo *stato di salute* delle garanzie ad esso riconducibili e, soprattutto, per tentare di tracciarne il corrispondente ambito di applicazione.

Ora, non si può negare come tradizionalmente il tema delle fondamenta, storico-filosofiche e costituzionali, della legalità penale abbia interessato in modo particolare gli studi penalistici, trattandosi, in effetti, del principio cardine su cui, in via più o meno diretta, gravitano tutte le regole che disciplinano la configurazione, l'interpretazione e la successiva applicazione giudiziale delle fattispecie penali. Non stupisce, allora, che proprio la dottrina penalistica abbia offerto nel corso degli anni le letture più approfondite, con studi che si sono concentrati, nell'ultimo periodo, soprattutto intorno ai fattori di crisi – *endogeni* ed *esogeni*⁷ – che hanno condizionato negativamente la portata garantista dei corollari riferibili al principio di legalità, specie sul *versante storico-formale*⁸,

I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali, (a cura di) A. Bernardi, Jovene, 2016.

⁵ Precisamente, in questi termini, V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 2018.

⁶ In tempi recenti, un significativo confronto a più voci si è avuto in occasione del procedimento referendario che ha interessato l'art. 579 c.p., *Omicidio del consenziente*, nel cui ambito, come noto, è intervenuta anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 50 del 2022: per un inquadramento delle principali problematiche di rilievo costituzionale della vicenda, v., in particolare, AA.VV., *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale. Atti del Congresso del 15 dicembre 2021 svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano*, (a cura di) M. D'Amico, B. Liberali, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2022; e AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, (a cura di) G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022; più in generale, sullo stato di salute del *referendum*, anche alla luce della recente stagione referendaria, v. A. PERTICI, *Il referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022.

⁷ Secondo la precisa ricostruzione proposta da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010.

⁸ Riferendosi al cd. *versante storico-universalistico*, invece, si fa riferimento, in dottrina, a quei corollari del principio di legalità penale – come il principio di determinatezza e il principio di irretroattività *in malam partem*, appunto – che non sono né storicamente né geograficamente condizionati, in quanto condivisi da tutti quegli ordinamenti che, più o meno esplicitamente, si dichiarano informati al principio del *nullum crimen*.

quello che riguarda la selezione delle fonti abilitate ad intervenire nella materia penale. La *crisi* della legalità penale, in altre parole, rappresenta un terreno ampiamente esplorato dalla dottrina penalistica, che, pur nella diversità delle singole posizioni e nella presenza di alcune voci isolate, si è prevalentemente orientata nel senso di una «conservazione e razionalizzazione dell'esistente»⁹, prendendo cioè atto delle trasformazioni in corso, quasi a voler considerare non altrimenti evitabile, in particolare rispetto all'incidenza sulla matrice politico-istituzionale del principio in parola, il superamento del paradigma che avevano in mente i Costituenti, sulla scia degli insegnamenti tramandati dai pensatori illuministi.

Alla luce di questi elementi, non sembra però affatto *fuori tempo* proporre un ulteriore approfondimento sul principio di legalità penale e sui confini *mobili* delle garanzie che lo caratterizzano.

In primo luogo, perché sono numerose e di fondamentale momento le novità poste dalla progressiva affermazione del cd. *diritto penale europeo* e dalla sempre più rilevante attività delle Corti europee nel settore criminale, il cui combinato operare sta imprimendo alcuni significativi e controversi *balzi in avanti*, che hanno già profondamente inciso su molti dei corollari del principio di legalità penale.

In secondo luogo, perché la Corte costituzionale, a partire dal 2007, ha assunto importanti decisioni, sul rapporto tra il sistema penale e le fonti sovranazionali, valorizzando la *ratio* storica del principio sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., in discontinuità rispetto ad una generalizzata tendenza diffusa a livello giurisprudenziale¹⁰: nel già citato caso *Taricco*, in quest'ottica, la Corte è addirittura giunta ad azionare sostanzialmente l'arma dei contro-limiti per bloccare l'ingresso nel nostro ordinamento di una *regola* prodotta dalla Corte di giustizia, a ragione ritenuta in contrasto con il principio di legalità penale, non a caso qualificato, in quell'occasione, come «principio supremo dell'ordine costituzionale, posto a presidio dei diritti inviolabili degli individui»¹¹.

Ancora, perché al netto delle *scosse telluriche* provocate dalle Corti sovranazionali sul sistema domestico, è la stessa traiettoria evolutiva nazionale del principio del *nullum crimen* che ha posto alcuni ineludibili interrogativi di

⁹ Così C. E. PALIERO, *Conclusioni*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017, p. 280 ss.

¹⁰ Ragionano in modo prevalentemente critico su queste tendenze N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019, p. 5; e M. LUCIANI, *Diritto penale e costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, p. 11.

¹¹ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punti nn. 2 e 5 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*; con il medesimo accento evidenziato nel testo, si potrebbe richiamare anche la recente sentenza n. 96 del 2021, con cui la Corte costituzionale, nel ribadire il rilievo sistematico del divieto di analogia in materia penale, ha richiamato la prospettiva culturale nel cui seno sono gemmati i corollari del *nullum crimen*.

fondo, che chiamano in causa gli stessi presupposti dogmatici della legalità penale, per come questa è stata tradizionalmente intesa nel disegno tracciato dal costituente, in omaggio alla sua genesi illuministica.

Da ultimo, e principalmente, perché la ricerca che viene qui presentata, come già si è detto, è condotta nella prospettiva del diritto costituzionale e, come tale, nasce con il proposito di offrire una chiave di lettura particolare, in parte diversa da quelle usualmente proposte rispetto al tema della legalità penale. L'obiettivo che ci si prefigge, in definitiva, nel solco già tracciato da alcune importanti riflessioni proposte dalla dottrina costituzionalistica¹², è quello di provare a ragionare, parafrasando la formula utilizzata dalla Corte in occasione della sentenza n. 50 del 1980, del «volto costituzionale dell'attuale sistema penale»¹³.

¹² In questo senso, v., in particolare, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; e A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

¹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 50 del 1980, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

PARTE PRIMA

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE: INQUADRAMENTO E COORDINATE DI SISTEMA

LO SPECCHIO DELLA MATERIA PENALE, CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Il *tema* e la *prospettiva d'indagine*: ragioni e scopi di uno studio sui confini della materia penale nell'ottica costituzionalistica – 2. La *metodologia* e il contributo della giurisprudenza costituzionale.

1. Il *tema* e la *prospettiva d'indagine*: ragioni e scopi di uno studio sui confini della materia penale nell'ottica costituzionalistica

La scelta di dedicare uno studio al cd. *dilemma della materia penale*¹ – quale nozione perimetrante l'ambito di operatività delle garanzie sottese al principio di legalità penale – appare sostenuta da diverse ragioni, di carattere sia personale, sia più propriamente scientifico².

Sul secondo e più rilevante versante, tale scelta risulta coerente con l'idea di affrontare una tra le questioni maggiormente controverse e discusse³ degli ultimi anni nell'ambito del cd. *diritto penale costituzionale*⁴: non ci si distanzia

¹ Per richiamare l'efficace espressione di V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: la confisca*, in *Federalismi*, 2018.

² Sul versante personale, questa scelta è giustificata dall'interesse che lo scrivente ha maturato, fin dagli inizi del proprio percorso universitario, per lo studio delle interazioni tra il diritto costituzionale e il diritto penale; interesse che si è concretizzato, in particolare, nella elaborazione di una tesi di dottorato dal titolo "Principio di legalità penale. Profili costituzionali", discussa nel gennaio 2019 presso l'Università degli Studi di Milano.

³ Sullo specifico tema dei confini della *materia penale*, v., in particolare, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2020; nonché i lavori monografici di N. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2017; in relazione a questi due volumi si segnalano le preziose riflessioni di F. VIGANÒ, *Recensione. F. Mazzacuva, le pene nascoste*, *Giappichelli, Torino, 2017 e L. Masera, la nozione costituzionale di materia penale*, *Giappichelli, Torino, 2018*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 ottobre 2018; in una prospettiva più generale, sui rapporti tra diritto interno e diritto europeo, v. G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, il Mulino, 2016; e A. BARBERA, *Le Carte dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

⁴ Formula utilizzata in diverse occasioni anche dalla stessa Corte costituzionale: cfr., in particolare, Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto n. 5 *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

troppo dal vero, infatti, se si sostiene che proprio sulla nozione di *materia penale* si è incentrato di recente uno tra i confronti scientifici più vivaci e polifonici⁵, in cui sono stati chiamati a partecipare studiosi di ambiti differenti, tra cui costituzionalisti, in modo sempre più consistente⁶.

A ben vedere, la rilevanza del tema oggetto del presente studio si è fatta apprezzare anche al di fuori dell'ambito accademico, essendo davvero significativo, sia quantitativamente che qualitativamente, il numero di pronunce giurisdizionali⁷ che hanno affrontato la tematica in parola, patrocinando interpretazioni spesso divergenti sui confini – più o meno mobili ovvero più o meno ampi – della *materia penale*⁸. Seguendo la suggestione di un'efficace metafora

⁵ Come non ricordare, in questa prospettiva, tra i moltissimi, il ricco panel di studiosi e operatori del diritto – tra cui Giudici costituzionali, giudici di legittimità e giudici sovranazionali – che sono intervenuti nell'ambito del convegno «La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo», tenutosi presso l'Università degli Studi di Modena nel marzo del 2017, i cui atti sono ora pubblicati in AA.VV., *La materia penale, tra diritto nazionale ed europeo*, (a cura di) M. Donini, L. Foffani, Giappichelli, 2018.

⁶ Come dimostrato, plasticamente, dalla ben nota vicenda *Taricco*, conclusa con la sentenza n. 115 del 2018 della Corte costituzionale: AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene, 2016; e AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017; nel contesto descritto nel testo, peraltro, secondo una approssimativa ma non per questo poco fedele ricostruzione, le tesi proposte a livello dottrinale sono andate polarizzandosi su fronti molto diversi – *euro-entusiasti*, da una parte, e *euro-scettici*, dall'altra – a seconda che il fenomeno della progressiva e, per molti versi, inesorabile contaminazione tra il modello di legalità nazionale ed europeo, sia stata valutata, appunto, con favore o come foriera di criticità e, in quanto tale, avversata; v., per tutti, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in AA.VV., *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, (a cura di) S. Tordini, Bup Editore, 2017.

⁷ Pronunce sia nazionali, che sovranazionali: per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, ci si limita qui a segnalare le pronunce che rappresentano i *leading cases* in materia: *Engel c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976; *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984; e *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006; ed è interessante notare, ancora, che anche in esperienze giuridiche molto distanti da quella italiana, per tradizione e per assetto ordinamentale, si è da tempo posto – in termini altrettanto problematici – il medesimo problema della individuazione dei confini entro cui considerare operanti le garanzie tipiche della *materia penale*: si v. L. FARMER, *The obsession with definition: the nature of crime and critical legal theory*, in *Social & Legal Studies*, 1996, pp. 57 ss.; su questo tema, v. G. L. GATTA, *La 'materia penale' oltre oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 maggio 2018; e, ancora, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 111 ss., il quale dedica un intero capitolo al tema della nozione di *materia penale* nella giurisprudenza costituzionale di Germania, Stati Uniti e Spagna.

⁸ La stessa Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 115 del 2018, sembra fare riferimento alla rilevanza del dibattito avutosi in materia, quando, nel ragionare della prevedibilità della *regola Taricco*, sottolinea che la propria conclusione si rafforza «anche alla luce della sorpresa manifestata dalla comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza

proposta in dottrina, si potrebbe financo ritenere che il concetto di *materia penale* – in ragione della «plurivocità delle declinazioni che lo accompagnano»⁹ e ricordando il volto del personaggio mitologico di Medusa – ha finito quasi per *pietrificare* una consistente parte del dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno alla *quaestio* dell'esatta individuazione del perimetro applicativo delle garanzie sottese al principio di legalità penale¹⁰.

In ogni caso e anche tenendo in disparte l'attualità del tema, affrontare il problema della perimetrazione della *materia penale* significa, da un punto di vista teorico, ragionare di un profilo che presenta, per certi versi, una priorità logica rispetto ad altri¹¹: non sarebbe, forse, neppure così utile ricostruire il contenuto dei singoli corollari sottesi ad un principio costituzionale – come quello di legalità penale sancito all'art. 25, secondo comma, Cost. su cui è incentrata la presente ricerca – se non si fosse anche precisato l'ambito entro cui quegli stessi corollari sono destinati a trovare applicazione¹².

La scelta di soffermarsi, con particolare attenzione, sui confini delle garanzie penalistiche, peraltro, appare perfettamente in linea con l'impostazione condivisa da importanti studi condotti in questo settore negli ultimi anni¹³: ricerche che

Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni» – cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 12*.

⁹ Così precisamente V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 3/2017, p. 989.

¹⁰ Anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 194 ss., «sottolinea la sensazione di disorientamento che coglie lo studioso quando si deve confrontare con la nozione sostanziale di materia penale adottata in sede europea», precisando, inoltre, che «la complessità aumenta se si inserisce tale nozione convenzionale all'interno del più ampio dibattito dottrinale circa l'accezione da attribuire ai concetti di illecito e di sanzione penale, e se la si pone a confronto con l'estensione attribuita alle garanzie penalistiche in sede costituzionale».

¹¹ Per O. CHESSA, *Relazione al VI Seminario annuale con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, p. 1 ss., la nozione di *materia penale* «esibisce ... una priorità logico-sistematica rispetto a ogni altra questione, visto che attiene ai presupposti e ai confini della garanzia costituzionale in oggetto».

¹² Sottolineano questa esigenza L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 1., per cui «come per tutte le garanzie costituzionali, anche per quelle riservate alla materia penale è necessario stabilirne anzitutto l'ambito di applicabilità»; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 7, per il quale, peraltro, la ricerca di una definizione della *materia penale* rappresenta «un tema ricorrente nella letteratura moderna, nella quale sono emersi nel tempo paradigmi teorici tanto numerosi, quanto eterogenei»; e V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 988 ss., secondo cui «chi si proponga ... di indagare il perimetro della nozione di 'materia penale', per stabilirne i confini attuali, si prefigge un compito tanto urgente quanto complesso, trattandosi di un universo sconfinato ma al contempo eterogeneo, ed astrattamente incline ad abbracciare le più diverse costellazioni tipologiche di norme, illeciti e sanzioni».

¹³ Impostazione metodologica già condivisa e autorevolmente proposta da F. VIGANÒ, *Il nulum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in AA.VV., *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, cit.; e G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente:*

hanno posto sotto esame il modello di legalità penale proprio dell'ordinamento italiano – di cui la nozione di *materia penale* rappresenta, all'evidenza, un elemento paradigmatico – attraverso il confronto con il corrispondente modello accolto nel sistema europeo, della CEDU e dell'Unione europea. Raffronto, quest'ultimo, che – proprio in relazione all'ambito di operatività delle garanzie sottese all'art. 25, secondo comma, Cost., da una parte, e all'art. 7 CEDU e al quasi gemello art. 49 CDFUE¹⁴, dall'altra – ha interrogato l'interprete intorno a questioni di massima rilevanza, da un punto di vista teorico anzitutto, ma non meno significativamente da un punto di pratico, considerate le implicazioni derivanti da una più o meno ampia estensione del concetto di *materia penale*¹⁵.

È già possibile anticipare, a tal riguardo, che il confronto tra i due paradigmi non consente di approdare a conclusioni definitive in ordine alla maggiore o minore ampiezza dell'uno rispetto all'altro: se è vero, infatti, quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24 del 2017 – ovverosia che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»¹⁶ –, è parimenti vero, sotto un diverso e simmetrico angolo visuale, che i settori del diritto interno in cui è sconfinato il concetto di *matière pénale* sperimentato in seno alla Corte EDU sono numerosi ed eterogenei¹⁷: come si dirà più diffusamente nel prosieguo del volume, nel corso degli ultimi anni sono stati via via attratte sotto l'egida

la “dimenticanza della legge” e le sue conseguenze nella teoria del reato, in *Archivio penale*, 2/2017; anche per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 194, in questo contesto, «l'approccio che [...] pare scientificamente più corretto di fronte ad un panorama concettuale così complesso è quello di provare per prima cosa a ridurre il tasso di complessità», proprio assegnando precedenza alla questione più articolata, quale è, appunto, quella relativa ai confini della *materia penale*.

¹⁴ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Articolo 49*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, (a cura di) R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, il Mulino, 2001, p. 334 ss.; per i profili legati all'interpretazione da parte del giudice interno v., in particolare, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2012.

¹⁵ Non solo sul versante delle garanzie di natura sostanziale: per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 196, infatti, «definire un fatto illecito come penale o come amministrativo comporta immediate conseguenze innanzitutto in termini di individuazione delle autorità statali competenti per l'accertamento del fatto. Se si verifica un fatto illecito, è necessario sapere subito, e non all'esito di una complessa qualificazione giuridica, se la competenza spetta all'autorità amministrativa, in quanto il fatto configura un illecito amministrativo, o se invece l'autorità di polizia deve al più presto interessare delle indagini l'autorità giudiziaria inquirente, perché i fatti integrano gli estremi di un illecito penale».

¹⁶ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto n. 8 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹⁷ Cfr. *infra* Cap. 5.

dell'art. 7 della CEDU misure che sfuggono, nella dimensione domestica, dal tradizionale ambito di operatività del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost¹⁸.

L'oggetto della ricerca qui presentata mostra un ulteriore elemento di caratterizzazione: si tratta, infatti, di comprendere e provare a chiarire quale sia lo *spazio costituzionale* entro cui è chiamato ad operare, non già un semplice, pur rilevante, principio riconosciuto dalla Carta fondamentale¹⁹, bensì un «principio supremo dell'ordinamento» posto a salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo²⁰. Un principio, insomma, che nelle limpide parole della Corte costituzionale rispecchia l'identità costituzionale del nostro ordinamento e che, come tale, è in grado di veicolare alcuni dei principi che qualificano il nostro ordinamento²¹.

¹⁸ Si può fare riferimento al noto caso della confisca urbanistica, di cui all'art. 44 d.p.r. n. 80 del 2011, la quale, alla luce delle sentenze *Sud Fondi c. Italia*, *Varvara c. Italia* e, più di recente, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, deve considerarsi, ai sensi dell'art. 7 CEDU, come ricompresa nella *matière pénale*; sul tema, v. A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2018; v., anche, V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2015; e F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art 7 Cedu. C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2013; v., altresì, con una prospettiva più ampia sul medesimo tema, M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo. A proposito di Contrada, Varvara, Grande Stevens, Taricco e qualche fratello*, in *Questione giustizia*, 2015.

¹⁹ Principio considerato «fondamentale» – ben prima dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale per F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1279 ss.

²⁰ Affermazione che la Corte costituzionale ha riferito alla parte del principio di legalità scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. che impone la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem* delle norme penali: cfr. Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto n. 2 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*; sul tema, con particolare attenzione ai profili costituzionali della decisione della Corte, v. M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*; e I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?*. Contributi tutti raccolti nel citato volume AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, cit.; si v., anche, nella medesima prospettiva costituzionalistica, O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., p. 301 ss.

²¹ Tra cui, senz'altro, va ricompresa la separazione tra il potere legislativo e il potere giudiziario che proprio nella legalità penale, scolpita dall'art. 25, secondo comma, Cost. individua un preciso referente costituzionale – cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 115 del 2018.

Il diritto penale, del resto, attraverso la scelta degli interessi da presidiare con lo strumento della sanzione penale, esprime le scelte di fondo di un sistema e – proprio come uno *specchio* – finisce per riflettere in modo oggettivo l'essenza più profonda dell'ordinamento e la scala di *valori* su cui lo stesso si costruisce²². Come autorevolmente sostenuto in dottrina²³, infatti, il diritto penale è caratterizzato da profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi ed è proprio per questa ragione che nelle fattispecie che lo riguardano si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie. E non va dimenticato, peraltro, che quando ci si interroga sulle interazioni che legano il diritto costituzionale e il diritto penale «[ci] si trova senza scampo obbligat[i] a misurarsi su questioni antiche e tuttavia mai cessate di attualità, che attengono al senso stesso del vivere assieme e del trasmettersi di un ordine positivo dato, in modo sempre identico a sé, ancorché rinnovato nei suoi contenuti contingenti»²⁴.

Nel perimetro tracciato dalle considerazioni appena proposte, si iscrive precisamente l'obiettivo del presente studio, che può essere compendiato nei seguenti termini: dopo un inquadramento di carattere generale in ordine alle origini (Cap. 2) e allo *stato di salute* delle garanzie riconducibili all'art. 25, secondo comma, Cost. (Cap. 3), si cercherà di ragionare sulle differenti caratterizzazioni dei due modelli di legalità, nazionale ed europeo (Cap. 4), attraverso l'esame delle criticità sottese al loro concreto operare e alla loro reciproca contaminazione (Cap. 5). Si tenterà soprattutto, come in parte già anticipato, di confrontarsi con la problematica definizione dei confini della *materia penale* per verificare se l'evoluzione di questo concetto abbia raggiunto un qualche livello di consolidamento nella giurisprudenza costituzionale o se, alla luce del suo carattere inesorabilmente fluido, esso sia in qualche modo condannato a versare in una situazione di costante assestamento (Cap. 6)²⁵. Da ultimo,

²² Come ricorda autorevolmente M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale* (a cura di) V. Angiolini, Giappichelli, 1990, p. 103; l'A., nel ragionare dei rapporti tra diritto penale e principi costituzionali, evidenzia che la specificità della materia penale «nasce dalla sua intrinseca e ineliminabile politicità, che deriva anche dal suo essere specchio dei valori di fondo dell'ordinamento».

²³ M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, p. 10.

²⁴ Così A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in Aa.Vv., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, (a cura di) E. D'Orlando e L. Montanari, Giappichelli, 2009, p. XI.

²⁵ L'ex Presidente della Corte costituzionale Lattanzi – in occasione della presentazione della relazione della giurisprudenza costituzionale del 2018, tenuta nel corso della riunione straordinaria della Corte costituzionale del 21 marzo 2019 – ha utilizzato le seguenti parole: «ci muoviamo in un cantiere con lavori perennemente in corso, i cui esiti sono soggetti a una continua rimodulazione per trovare il miglior punto di incontro tra i mutamenti di prospettiva che provengono dalle fonti europee e le esigenze proprie del controllo di costituzionalità»; sul tema v., anche, E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione giustizia*, 4/2020.

la ricerca si confronterà con il ruolo che il giudice comune è chiamato a svolgere in un questo *spazio giudiziario europeo*²⁶ sempre più complesso ed articolato (Cap. 7).

Tutte queste tematiche – come già anticipato in premessa – verranno esaminate all'interno del volume muovendo dalla prospettiva del diritto costituzionale, prestando cioè particolare attenzione al fondamento assiologico del principio del *nullum crimen*, al contenuto delle garanzie da esso discendenti, nonché alle ricadute che la sua traiettoria evolutiva ha determinato sulla tenuta del sistema delle fonti del diritto e sulla complessiva architettura costituzionale del nostro ordinamento; un'architettura – e giova ribadirlo con enfasi – ancora oggi imprescindibilmente fondata, come ben evidenziato dalla Corte costituzionale, sulla logica della separazione dei poteri²⁷.

2. La metodologia e il contributo della giurisprudenza costituzionale

Sul piano squisitamente dogmatico sono due gli approcci che possono essere condivisi quando si affronta il problema della delimitazione della *materia penale*²⁸: il primo è quello che privilegia come oggetto d'indagine la natura del fatto illecito, al fine di enucleare i tratti sostanziali che contraddistinguono il concetto di reato dalle altre forme di devianza riprovate dall'ordinamento²⁹; il secondo, invece, assume come fuoco il tema della sanzione, ovverosia delle conseguenze pregiudizievoli riconnesse alla commissione di un determinato comportamento³⁰.

²⁶ Così M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2017.

²⁷ Cfr., soprattutto, Corte cost., sentenza n. 98 del 2021.

²⁸ A tal riguardo, ricorda efficacemente F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2013, p. 1899, che «sin dalla prima lezione di diritto penale, le nozioni di reato e di pena sono chiamate ad individuare le specificità della materia ed i tratti che la contraddistinguono rispetto alle altre branche dell'ordinamento».

²⁹ Su cui, per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), in *Novissimo Digesto*, XIX, p. 15 ss, e la ricca letteratura italiana e straniera ivi riportata.

³⁰ Fondamentali le affermazioni di C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, p. 307 ss., sulle differenze e sui simmetrici profili di omogeneità tra sanzione amministrativa e sanzione penale; è bene comunque ricordare che per molti autori, così per G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001, p. 5, «la pena – la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile dal legislatore – è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto agli altri settori dell'ordinamento».

Né l'una, né l'altra prospettiva possono però dirsi, in senso assoluto, migliori o più efficaci³¹; invero, nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nel corrispondente *case-law* della Corte EDU si registrano precedenti in cui – proprio al fine di individuare l'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche di volta in volta sottoposte a scrutinio – sono stati privilegiati, alternativamente, entrambi gli approcci sopra delineati.

La Corte italiana, in particolare, ha mostrato di assegnare una certa importanza alla dimensione dell'illecito, quando chiamata, in occasione della nota sentenza n. 49 del 2015, a ragionare della possibile riconducibilità della confisca urbanistica, di cui all'art. 44 del d.p.r. n. 80 del 2011, alla *materia penale*: l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale – è stato osservato – «oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la 'effettività dell'imposizione di obblighi e doveri', corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà», per il quale, invero, secondo un consolidato insegnamento della medesima Corte³², «la criminalizzazione, costituendo l'*ultima ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire»³³. In altre e più numerose occasioni³⁴, la Corte costituzionale ha viceversa sviluppato le proprie valutazioni in ordine alla supposta riconducibilità di un istituto entro

³¹ Esprime chiaramente questa posizione F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 13 ss., per cui «non si intende affermare che la definizione del concetto di pena sia logicamente 'prioritaria' rispetto a quella del reato – dato che in ogni contesto storico-sociale emerge spontaneamente una selezione dei fatti caratterizzati da un disvalore qualitativamente diverso, indipendentemente dal riferimento alle conseguenze sanzionatorie».

³² Tra cui, *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 487 del 1989, n. 447 del 1998 e n. 317 del 1996.

³³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 7 del *Considerato in diritto*; considerazioni, quelle riportate nel testo, che seguono altre e fondamentali precisazioni del Giudice delle leggi, che è utile in questa sede riportare per esteso: osserva, infatti, la Corte che «l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato, appena fosse tale da corrispondere, in forza della CEDU, agli autonomi criteri di qualificazione della 'pena', subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente», per poi rilevare che «si sarebbe così operata una saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo. Per effetto di ciò, l'area del diritto penale sarebbe destinata ad allargarsi oltre gli apprezzamenti discrezionali dei legislatori, persino a fronte di sanzioni lievi, ma per altri versi pur sempre costituenti una 'pena' ai sensi dell'art. 7 CEDU».

³⁴ Cfr., tra le molte, Corte cost., sentenza n. 196 del 2010; in quest'occasione, come si dirà più diffusamente nei capitoli conclusivi del volume, la Corte costituzionale ha ricavato la natura sostanzialmente penale della speciale ipotesi di confisca di cui all'art. 186 del Codice della Strada «dall'assenza di valenza preventiva» nella predetta *misura*, la quale era invece contraddistinta da una «funzione repressiva e meramente sanzionatoria»; sul tema, *ex multis*, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 994.

i confini della *materia penale* sul carattere e sull'entità della sanzione posta sotto il suo esame³⁵: di un certo interesse, anche per ciò che si dirà più avanti sull'utilizzo che il Giudice delle leggi fa della giurisprudenza europea in *subiecta materia*³⁶, la sentenza n. 276 del 2016 in materia di incandidabilità. In questo caso, la Corte ha infatti svolto un'ampia ed approfondita analisi delle finalità e degli indici di afflittività propri delle incapacitazioni previste dal d.lgs. n. 235 del 2012, cd. *Decreto Severino*, giungendo infine alla conclusione per cui le *misure* dell'incandidabilità, della decadenza e della sospensione dalla carica elettiva non hanno carattere sanzionatorio, «rappresentando esse solo conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate», onde escludere, in relazione ad esse, l'applicabilità delle garanzie penalistiche apprestate dalla Costituzione e dalla CEDU.

Da parte sua, la Corte europea – che in una prima fase era sembrata privilegiare il criterio della «*very nature of the offence*» per attrarre sotto l'ombrello dell'art. 7 CEDU³⁷ la misura sottoposta al suo scrutinio³⁸ – si è successivamente determinata, con un orientamento andato consolidandosi nel tempo³⁹, nel senso di riconoscere una maggior attenzione al versante delle conseguenze del comportamento sanzionato, e ciò sul presupposto – ben messo in luce dalla dottrina⁴⁰ – che, ai fini dell'estensione delle tutele penalistiche, «ciò che conta non

³⁵ Cfr. *infra* Cap. 7 § 4.

³⁶ In generale, sul tema, v. N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, e N. LUPO - G. RIVOSECCI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. d. amm.*, 6/2013, p. 590 ss.

³⁷ Per un approfondimento sul tema, v. A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (diretto da) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, 2001, p. 256 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17/2009, p. 61 ss.; e V. MANES, *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 258 ss.

³⁸ Il criterio richiamato nel testo è stato utilizzato in molte occasioni dalla Corte EDU proprio per escludere – in ragione della «portata non generale delle disposizioni e della tipologia degli interessi tutelati» – il carattere penale delle misure oggetto di scrutinio in sede convenzionale: cfr., tra le molte, Corte EDU, *Ravnsborg c. Svezia*, sentenza 23 marzo 1994; *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996; e *Matyjek c. Polonia*, sentenza 30 maggio 2006.

³⁹ Oltre allo storico precedente rappresentato dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, possono segnalarsi anche Corte EDU, *Demicoli c. Malta*, sentenza 27 agosto 1991; e *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, sentenza 9 ottobre 2003.

⁴⁰ Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 15, «diventa insensibile al tema della natura e della gravità dell'infrazione, quindi, l'estensione della *matière pénale* finisce essenzialmente per dipendere dall'elaborazione autonoma del concetto di pena».

è che cosa viene proibito, bensì come l'ordinamento reagisce alla violazione di un precetto».

È importante evidenziare fin da subito, comunque, che il modello *nazionale* si distingue da quello *europeo*, più che rispetto alla differente prospettiva – se abbia questa al centro, come principale oggetto di studio, il tema dell'illecito ovvero della sanzione –, per la scelta dei criteri utili a definire i contorni della nozione di *materia penale* valida nei rispettivi contesti: nell'un caso, infatti, quello del sistema italiano, si è scelto di abbracciare un paradigma di tipo *formalistico*; nell'altro, quello europeo, e all'opposto, la Corte EDU ha sempre inteso prescindere dalle scelte classificatorie operate dalle legislazioni nazionali, ancorando le proprie valutazioni ad un paradigma di tipo sostanzialistico⁴¹.

Peraltro, la preferenza per l'uno o l'altro approccio non può che essere giustificata in chiave *teleologica*⁴², essendo ogni ricostruzione dogmatico-teorica principalmente finalizzata a *mettere ordine* e sistematizzare il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, al fine di chiarire l'ambito di applicazione dei principi presi in esame e, di riflesso, quindi, delle garanzie ad essi riconducibili⁴³.

Nella evocata prospettiva *teleologica* – come si dirà più precisamente oltre – si possono apprezzare le scelte che l'ordinamento nazionale, da una parte, e la Corte EDU, dall'altra, hanno compiuto per individuare i criteri sulla cui base determinare i confini della rispettiva *materia penale*. E così, in primo luogo, soltanto per anticipare alcune delle tematiche dei prossimi capitoli, preme ricordare che – per fornire una risposta all'esigenza di chiarezza che la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca pre-codicistica avevano messo in evidenza, a fronte delle insoddisfacenti proposte di definizione dell'illecito penale, in assenza di un valido criterio normativo di distinzione⁴⁴ – il legislatore del 1930 ha optato per una concezione *formale* di reato, legando «la qualificazione come

⁴¹ Cfr. *infra* Cap. 4.

⁴² Mostra particolare attenzione alla prospettiva *teleologica* F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 2.

⁴³ Osserva precisamente F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2013, p. 1899, che «posto che ogni definizione non è né vera né falsa, bensì adeguata o meno rispetto ad uno scopo, criteri ontologici non possono esistere e la materia penale assume forme definite solo se inquadrata in una determinata prospettiva teleologica-assiologica».

⁴⁴ Il codice Zanardelli non prevedeva un criterio formale di individuazione dell'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo, né dei delitti rispetto alle contravvenzioni. Sul tema, si v. T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile – La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni*, in *Diritto penale in trasformazione*, (a cura di) G. Marinucci – E. Dolcini, Giuffrè, 1985, p. 421 ss., che sottolineava come l'adozione legislativa del criterio del «carattere del reato avesse in sostanza affidato all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale la fissazione del discrimine tra le due figure di illecito».

penale di un illecito al tipo di sanzione comminata»⁴⁵, con il correlato obiettivo di risolvere una volta per tutte il nodo della disciplina applicabile⁴⁶. In una direzione opposta, la Corte EDU ha elaborato una nozione autonoma di *matière pénale* – svincolata, come si dirà meglio, dalle etichette formali adoperate dal legislatore nazionale – al precipuo ed esplicitato fine di scongiurare che i processi di decriminalizzazione avviati dagli Stati membri del Consiglio d’Europa⁴⁷, a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, potessero determinare una de-quotazione dello standard di garanzie assicurato dagli artt. 6 e 7 della CEDU.

Da un punto di vista metodologico, si è scelto di approcciare le tematiche anticipate nelle precedenti pagine utilizzando come punto privilegiato di osservazione quello della Corte costituzionale, studiandone a fondo le pronunce e cercando di cogliere le linee di tendenza della sua giurisprudenza in uno *spazio europeo integrato*, in cui le occasioni di confronto con le Corti europee sono sempre più frequenti⁴⁸.

Tale opzione metodologica si giustifica anche in ragione del fatto che proprio la materia penale ha rappresentato negli ultimi anni, per la Corte costituzionale, un ambito di sperimentazione di tecniche argomentative e moduli decisori davvero innovativi⁴⁹.

Sul versante del sindacato delle scelte di dosimetria sanzionatoria⁵⁰, soprattutto, a partire da una importante sentenza del 2016, la Corte costituzionale ha

⁴⁵ Così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 149.

⁴⁶ Per D. PULITANÒ, *Diritto penale*, V ed., 2013, p. 628, «qualificare una sanzione come penale o amministrativa serve ad individuare la disciplina relativa a quel tipo di sanzione entro l’ordinamento giuridico dato; in quali casi si applica, secondo quali criteri, con quali procedure, ad opera di quali organi. L’adozione di un criterio formale consente di identificare con certezza la disciplina applicabile».

⁴⁷ Come osserva precisamente la Corte costituzionale, «fin dalle sentenze 8 giugno 1976, *Engel contro Paesi Bassi*, e 21 febbraio 1984, *Ozturk contro Germania*, [la Corte EDU] ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una ‘pena’ ai sensi dell’art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l’effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU» – cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Cfr., ad esempio, Corte cost., ordinanze n. 216 e 217 del 2021, con cui la Corte costituzionale, in due giudizi di legittimità concernenti la disciplina italiana in materia di MAE - Mandato di arresto europeo, nella parte in cui non prevede alcune ipotesi di rifiuto facoltativo della consegna, ha disposto la rimessione di alcune questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell’Unione europea circa l’interpretazione della decisione quadro 2002/584/GAI.

⁴⁹ L’aspetto evocato nel testo è sottolineato con particolare attenzione nel recente lavoro monografico di O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, 2022.

⁵⁰ Sul tema, v., per tutti, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021; V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*.

inaugurato un nuovo orientamento, che ha consentito di superare quel tradizionale *self restraint* esibito a lungo in materia⁵¹, anche attraverso l'allargamento di alcune tradizionali strettoie processuali; la dottrina, con un'espressione icastica, ha qualificato questo cambio di rotta della giurisprudenza costituzionale evocando il passaggio dalle rime *obbligate*⁵² alle rime *adeguate*⁵³ o *possibili*⁵⁴. Costituisce, infatti, un dato oramai consolidato quello per cui, a differenza del passato, la Corte non sembra più arrestarsi in presenza di una pluralità di soluzioni alternative alla misura sospettata di illegittimità, accontentandosi, per giungere ad un dispositivo di accoglimento, dell'esistenza di punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo⁵⁵, idonei a coprire, sia pur provvisoriamente, il

Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale, Giappichelli, 2019; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2108, P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 191; e S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017; con uno sguardo alla più risalente giurisprudenza costituzionale, v., in particolare, A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 4200 ss.; e S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, p. 136 ss.

⁵¹ Interessante osservare quanto autorevole dottrina già segnalava negli anni settanta in merito a questo tradizionale atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale: A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971: «in linea di diritto, non esistono ostacoli al compimento, da parte della Corte costituzionale, del controllo della ragionevolezza delle norme che fissano la misura delle pene, o delle norme penali in genere, secondo gli stessi criteri che essa segue nel controllo di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico e si deve perciò auspicare che l'autolimitazione cui la Corte opportunamente ricorre nell'esercizio di questo sindacato non si traduca di fatto in una pura e semplice rinuncia ad esercitare quei poteri che la Costituzione ha ad essa affidati».

⁵² L'evoluzione normativa richiamata nel testo è autorevolmente commentata, a partire da un caso problematico venuto in rilievo nella materia penale, da N. ZANON, *Stagioni creative della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale Scientifica, 2020, p. 381 ss.; sul tema, v., anche, D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costringitiva*, in *Sistema penale*, 3 febbraio 2021.

⁵³ Cfr., diffusamente, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., *passim*.

⁵⁴ Cfr., in particolare, S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, p. 183 ss.

⁵⁵ Molto chiaro il punto di vista espresso su questo profilo dalla Corte costituzionale in alcune sue importanti decisioni: «essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non «costituzionalmente obbligate» – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di

vuoto lasciato dall'ablazione della grandezza dichiarata incostituzionale⁵⁶. Pronunce che assumono rilievo se valutate alla luce di una garanzia fondamentale della cd. *Costituzione penale*: la riserva di legge, che assegna il monopolio delle scelte di criminalizzazione al legislatore e che finisce inevitabilmente per limitare gli spazi di manovra dello stesso Giudice costituzionale⁵⁷. In una prospettiva più generale, infatti, tutti i più recenti interventi della Corte, pur giustificati dall'esigenza di armonizzare il sistema penale ai principi costituzionali, si sono dovuti confrontare, in modo più o meno problematico, con la riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost.: non deve quindi sorprendere che proprio la materia penale abbia rappresentato il terreno in cui sperimentare la nuova – ma forse già in via di consolidamento⁵⁸ – tecnica decisoria della sospensione del giudizio, con rinvio a nuovo ruolo e richiesta di intervento al legislatore. Modello impiegato, per la prima volta, nel celebre caso Cappato, con l'ordinanza n. 207 del 2018⁵⁹ poi seguita dalla sentenza n. 242 del 2019⁶⁰, con riferimento all'incriminazione delle condotte di agevolazione al suicidio, ex art. 580 c.p.⁶¹; poi replicato con l'ordinanza n. 132 del 2020, cui ha fatto seguito la successiva

tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia. Resta ferma, d'altra parte, la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali. Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima» – cfr. Corte cost., sentenza n. 222 del 2018, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Per un'analisi delle implicazioni, anche di tipo sistematico, di questo nuovo indirizzo v., per tutti, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2021.

⁵⁷ Cfr. *infra* Cap. 3 §§ 2, 3 e 4.

⁵⁸ Anche se una recentissima decisione, con cui la Corte costituzionale ha disposto un secondo rinvio in materia di ergastolo ostativo, lascia aperti alcuni interrogativi sull'effettiva tenuta dello strumento: «proprio in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori» – cfr. Corte cost., ordinanza n. 122 del 2022.

⁵⁹ A commento della quale, v., in particolare, F. BIONDI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.

⁶⁰ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

⁶¹ A partire da questo caso, sviluppa riflessioni di carattere più generale sul ruolo della Corte costituzionale e sui rapporti che questa intrattiene con i suoi interlocutori A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 2021; e dello stesso A., *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.

sentenza n. 150 del 2021, in materia di diffamazione a mezzo stampa⁶²; ed, infine, con le ordinanze n. 97 del 2021⁶³ e n. 122 del 2022, con cui la Corte ha rinviato – per due volte⁶⁴ – la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale in tema di ergastolo ostativo⁶⁵. Esempi diversi, sul piano delle norme oggetto di scrutinio e dei parametri costituzionali evocati, che però, attraverso il comune ricorso alla innovativa tecnica decisoria del rinvio, sottolineano l’attenzione che la Corte – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale con il legislatore e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni – ha più volte dimostrato rispetto alle *rationes* sottese al principio della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁶⁶.

⁶² Cfr. G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema-Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l’udienza di un anno*, in *Sistema Penale*, 10 giugno 2020; e R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.

⁶³ Cfr. E. DOLCINI, *L’ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021.

⁶⁴ La vicenda, come forse noto, si è poi conclusa, almeno provvisoriamente, con l’adozione dell’ordinanza n. 227 del 2022, con la quale la Corte costituzionale ha deciso di restituire gli atti al giudice *a quo*, a seguito dell’entrata in vigore del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, recante *Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*.

⁶⁵ Sul tema, nella prospettiva costituzionalistica, v., in particolare, F. BIONDI, *Il 4-bis all’esame della Corte costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni*, in *Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (a cura di) G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 33 ss.; con un’attenzione ai profili di diritto comparato, v., inoltre, A. DEFFENU, *Ergastolo ostativo e principio di proporzionalità tra reato e pena: spunti dalle vicende francesi, Per sempre dietro le sbarre? L’ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 89 ss.

⁶⁶ In particolare, per quanto riguarda la *ratio* democratica del principio di legalità, v., per tutti, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione* (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit. e G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001.

2.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE: LE ORIGINI E LA FORMALIZZAZIONE NELL'ART. 25, SECONDO COMMA, COST.

SOMMARIO: 1. Le origini storico-filosofiche del principio di legalità penale – 2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la *consacrazione* del principio di legalità penale nel testo della Costituzione – 3. Le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale: l'art. 25, secondo comma, Cost. come architrave della cd. *Costituzione penale*.

1. Le origini storico-filosofiche del principio di legalità penale

Tradizionalmente associato al brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹, il principio di legalità penale ha conosciuto le sue prime compiute teorizzazioni tra la fine del XVII e l'inizio del XVIII secolo. L'affresco consegnatoci dal diritto romano e dal successivo diritto medievale, infatti, pur se con alcune significative eccezioni², è tale da non poter considerare il principio di legalità penale completamente radicato nella cultura giuridica di quei secoli, essendo in larga misura ancora ammesso il ricorso all'analogia in materia di delitti e di

¹ Su cui, per un inquadramento generale, anche dal punto di vista delle origini storiche del principio, v. G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Giuffrè, 1978, p. 950 ss; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, 1990; M. BOSCARRELLI, *Nullum crimine sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990; G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Utet giuridica, 1994, p. 281 ss; e G. MARTINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1978, p. 950 ss.

² Nel diritto inglese, ad esempio, può essere ricordato il precedente rappresentato dalla *Magna Charta* che, all'art. 39, stabiliva che «nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno». Sul tema, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, 2016; per quanto riguarda il contesto italiano, invece, preme segnalare la costante ispirazione legalitaria dell'età dei Comuni, su cui, tra i molti, U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Cedam, 1955.

pene³. Come noto, sulla scorta delle riflessioni degli illuministi, intorno alla metà del XVII secolo, si assiste invece ad una vera e propria rivoluzione culturale nell'ambito della materia penale⁴, all'esito della quale vengono poste le basi per una legislazione criminale realmente improntata al principio di legalità. Grazie in particolare agli studi di *Montesquieu*⁵, è stata messa in evidenza l'importanza di attribuire al potere legislativo il monopolio delle scelte in ordine ai fatti da punire e alle sanzioni penali da comminare⁶, con l'obiettivo di garantire i cittadini nei confronti degli arbitri non solo del potere giudiziario, bensì anche del potere esecutivo. Dal respiro immortale, in questo senso, le parole di *Montesquieu* sulla necessità di garantire la separazione dei poteri, specie nella materia penale: «i giudici non sono [...] che la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza, né il rigore»⁷. Non meno importanti per la definizione dei presupposti concettuali su cui si sarebbe poi retto il principio del *nullum crimen* i contributi di Cesare Beccaria⁸

³ Strumento – quello richiamato nel testo – che invero ne ha sempre rappresentato un corollario fondamentale, *irrinunciabile*; tale aspetto è ben messo in luce nella manualistica penale; si rinvia, sul punto, a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, 2014, e F. MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, Cedam, 2013.

⁴ Alcuni spunti posso essere rinvenuti nelle opere di Bacone e di altri filosofi del XVII secolo, come *Hobbes* e *Pufendorf*; sul tema, v. M. A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli diciassettesimo e diciottesimo*, Ed. Universitaria, 1974, p. 15 ss.; ancora, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 288.

⁵ Ci si riferisce, come noto, all'opera *De l'Esprit des lois* del 1748. Occorre peraltro rilevare che, per *Montesquieu*, la legalità penale costituisce un aspetto caratterizzante i soli governi repubblicani: mentre la monarchia si fonda su un diritto penale affidato a norme imprecise e disomogenee, dovendo il giudice agire secondo prudenza e non in modo meccanico, la Repubblica democratica esige una legge precostituita, chiara e precisa. Si riportano di seguito, per la loro forza espressiva, le parole del filosofo francese: «quando il potere di legiferare e quello di dare esecuzione alle leggi sono riuniti nella stessa persona o nello stesso organo dello Stato, non esiste libertà, perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso senato creino leggi tiranniche per tirannicamente eseguirle. Ancora, non esiste libertà se il potere di giudicare non è separato dal potere di legiferare e di eseguire le leggi. Se il potere di giudicare fosse congiunto al potere di legiferare, la vita e la libertà dei cittadini sarebbero esposti all'arbitrio, poiché il giudice sarebbe legislatore. Se il potere di giudicare fosse congiunto al potere di eseguire le leggi, il giudice avrebbe la forza di un oppressore» – cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 1748, ed. 1894, libro XI, cap. VI; a commento di queste riflessioni, v., in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 16 ss.

⁶ Cfr., tra i molti, M. D'AMICO, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica, 2006, p. 534 ss.; e L. LANDI, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Cedam, 1979, p. 160 ss.

⁷ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, cit., p. 134.

⁸ Su cui, v. G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 2025 ss.; e prima ancora G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Diritto penale*, Raccolta degli scritti, II, Giuffrè, 1976, p. 686; G. NEPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, p. 499 s.; e M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Giuffrè, 1998.

che, nel suo celebre *Dei delitti e delle pene*, oltre a ribadire il primato del potere legislativo⁹, da una parte, e la soggezione del giudice alla legge¹⁰, dall'altra, ha messo a fuoco l'esigenza che le leggi penali siano formulate in modo «chiaro ed intellegibile», dando così la stura a quello che oggi è comunemente noto come il principio di determinatezza in materia penale¹¹. Beccaria, peraltro, oltre a farsi promotore di idee assolutamente innovative, ha avuto anche il merito di sviluppare le teorie proposte dagli illuministi francesi, giungendo a riconoscere una peculiare ed ulteriore legittimazione al primato del potere legislativo: anche facendo propri alcuni dei più interessanti spunti delle coeve riflessioni di *Rousseau*¹², egli è arrivato ad affermare che lo *ius puniendi* statale non può che risiedere nella mani del legislatore poiché questo «rappresenta tutta la società unita per contratto sociale»¹³.

La sottoposizione del diritto penale al dominio della legge, quale prima aspirazione degli illuministi, ha conosciuto la sua prima consacrazione nel 1774, negli Stati Uniti d'America, contesto nel quale, il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* è stato recepito, per la prima volta, nella *Petition of rights*. Subito ribadito nelle Costituzioni della Virginia e del Maryland, il principio di

⁹ Per Beccaria, infatti, precisamente «le sole leggi possono decretar le pene sui delitti» – cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. Harlem, 1766, (a cura di) F. Venturi, 1981, p. 10.

¹⁰ Come noto, la sfiducia verso la magistratura – in particolare, per quel che riguarda i rischi sottesi alle interpretazioni creative dei giudici – ha rappresentato un elemento centrale della riflessione del filosofo milanese, secondo cui «non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni [...]. Ciascun uomo ha il suo punto di vista; ciascun uomo in tempi differenti ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice con l'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano l'apparenza di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo» – cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 15.

¹¹ Sul carattere assolutamente attuale delle riflessioni di Beccaria, v., tra i molti, G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in AA.Vv., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, (a cura di) S. Moccia, I, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 15; e S. LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2014, p. 2076 ss.

¹² Ci si riferisce, in particolare, alle teorie proposte nel noto J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

¹³ Per una precisa disamina degli influssi esercitati da *Rousseau* sul filosofo milanese, si v. G. FRANCONI, *Beccaria filosofo utilitarista*, in AA.Vv., *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Laterza, 1990, p. 69 ss. La formula riportata nel testo verrà poi utilizzata dalla Corte costituzionale italiana per mettere in evidenza le origini del principio di legalità penale scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost.; nella celebre sentenza n. 487 del 1989, la Corte afferma quanto segue: «anche a parte le vicende storiche che inizialmente motivarono la scelta della riserva di legge penale, ancor oggi la dottrina ricorda che il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, 'unita per contratto sociale'; ed è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì 'per il suo bene e nel suo interesse'» – cfr. Corte cost., sentenza n. 487 del 1989, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

legalità penale è stato poi formalmente riconosciuto in Europa nel Codice austriaco di Giuseppe II, nel 1787, e, successivamente, nell'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui «*nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites*». Una rilevante affermazione del principio è poi contenuta nel Codice francese del 1810 – adottato nel Regno d'Italia, nel 1811, e nel Regno di Napoli, nel 1812 – che, all'art. 4, prevede che «nessuna contravvenzione, nessun delitto, nessun crimine può essere punito con pene che non fossero previste dalla legge prima della loro comminazione»¹⁴.

Come noto, comunque, ad onta dell'utilizzo della lingua latina, si deve a P. J. A. Von Feuerbach¹⁵, e al suo *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts* del 1847, il conio della formula *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁶, utilizzata dal filosofo tedesco per valorizzare alcuni specifici elementi propri del principio di legalità penale: anzitutto, il principio di tassatività, declinato, sul versante dell'interpretazione, come divieto assoluto di ricorrere all'analogia in materia penale¹⁷; e, in secondo luogo, l'esigenza di sanzionare, con lo strumento della pena, unicamente fatti e comportamenti dal possibile accertamento giudiziale, escludendo così dal campo dell'illiceità penale fenomeni come la magia e le convinzioni religiose¹⁸.

Nel contesto italiano, il principio di legalità, dopo alcuni significativi riconoscimenti nel Codice del Regno delle Due Sicilie, del 1819, e nel Codice parmense, nel 1820¹⁹, è stato formalmente ribadito, benché con una formula meno pregnante delle precedenti, nell'art. 26 dello Statuto Albertino a mente del quale «niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla

¹⁴ Per una precisa ricostruzione dell'evoluzione della legislazione penale tra la fine del settecento e il primo ottocento, v. A. LAINGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, (a cura di) S. Vinciguerra, Cedam, 1993, p. 38 ss.

¹⁵ Per un'analisi del pensiero di Feuerbach, v. M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Edizioni di Comunità, 1970.

¹⁶ Cfr., ancora, M. BOSCARRELLI, *Nullum crimine sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990, p. 1.

¹⁷ Interessante notare che Feuerbach assume una posizione meno radicale di Montesquieu e Beccaria per quanto concerne i limiti all'interpretazione ammettendo che «il giudice possa interpretare la legge penale, secondo la sua lettera e anche secondo il suo spirito», precisando comunque che «il giudice non può però spingersi oltre il limite della lettera della legge: in particolare 'deve essere vietata qualsiasi forma di applicazione analogica della legge'. Evidenziano questi profili, tra i molti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 19.

¹⁸ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 535 ss.

¹⁹ Per cui, rispettivamente, «niuno può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso» e «nessun'azione ed omissione è punibile se non si sia violata una legge penale antecedentemente promulgata»; sul tema, si rinvia ai contributi pubblicati all'interno del volume *I codici preunitari e il codice Zanardelli* (a cura di) S. Vinciguerra, cit.

legge, e nelle forme ch'essa prescrive». Realizzata l'Unità d'Italia²⁰, il legislatore del 1889 ha poi consacrato il principio del *nullum crimen*, all'art. 1, comma 1, del Codice Zanardelli, stabilendo, con una formula che tiene insieme le proposte dei progetti preparatori²¹, che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Si tratta di uno snodo certamente rilevante che, tuttavia, deve essere inquadrato nell'ambito del sistema in cui si inserisce – quello italiano di fine 800 – privo di qualsivoglia strumento di controllo circa la conformità della legge allo Statuto Albertino e ai principi in esso affermati²².

La cd. *questione della legalità*²³ ha poi fatto inevitabilmente i conti, a cavallo dei due secoli, con evidenti torsioni, anche di natura autoritaria, in larghe parte conseguenti alle determinazioni di politica-criminale assunte dal Governo per fronteggiare le situazioni eccezionali via via venute ad esistenza nel corso dei decenni²⁴.

²⁰ Per alcuni autori anche il Codice civile del 1865 può essere considerato come rilevante per la progressiva definizione del contenuto di garanzia del *nullum crimen*, avendo previsto, all'art. 4 delle Disposizioni sulle leggi in generale, che «le leggi penali non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi»; su questo aspetto, v., ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 22.

²¹ In tutti i Progetti del Codice che si sono succeduti, a partire dal 1868, il principio di legalità penale veniva espressamente e solennemente affermato: nei testi del 1868, del 1870 e del 1873 il principio veniva compendiato nella formula «nessun fatto è punibile se non in forza di espressa disposizione della legge»; in quello del 1877 e del 1883 «è reato ogni azione od omissione che è punita per espressa disposizione della legge penale»; ed, infine, nel testo del 1875 il principio veniva formulato in modo molto ampio, con una precisa esplicitazione del principio di irretroattività in *malam partem*: «nessun fatto è punibile se non per espressa disposizione della legge e con pene stabilite prima che fosse commesso»; sul tema v. G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, 1890, vol. I, p. 97; e, più di recente, ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 22.

²² La letteratura, sul tema, è molto ricca: ci si limita, in questa sede, oltre a richiamare la dottrina costituzionalistica più risalente, a rinviare a A. C. JEMOLO, M. S. GIANNINI, *Lo Statuto Albertino*, Sansoni, 1946; ai contributi raccolti nel volume *Storia dello Stato italiano dall'Unità ad oggi*, (a cura di) R. Romanelli, Ed. Donzelli, 1995; a G. REBUFFA, *Lo Statuto Albertino*, il Mulino, 2003, p. 145 ss.; e D. MIGLIUCCI, *Storia e Costituzione. Le basi giuridiche e istituzionali dei 150 anni d'Italia*, FrancoAngeli, 2011.

²³ Formula utilizzata da F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine ottocento tra 'giustizia penale eccezionale' e 'repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale*, in *Quad. Fior.*, 1/2007, p. 709.

²⁴ Tanto da far affermare al criminologo Enrico Ferri, fondatore della rivista *La scuola positiva*, che «di fronte alle leggi eccezionali di Crispi [...] il *nullum crimen sine lege* appariva ribaltato: 'sarà delitto non aver commesso alcun delitto'; per un'ampia ricostruzione delle posizioni dottrinali di fine '800, v., ancora, F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine ottocento tra 'giustizia penale eccezionale' e 'repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale*, cit., p. 709.

Riproposto dal legislatore del 1930 nei medesimi termini del codice Zanardelli²⁵, sotto la rubrica *Reati e pene: disposizione espressa di legge*, il principio di legalità penale ha quindi attraversato, pur se con enormi difficoltà, l'intero ventennio fascista²⁶. Infatti, benché considerato, nelle intenzioni dello stesso Guardasigilli Rocco, come un «presidio massimo per la libertà dei cittadini»²⁷, il principio del *nullum crimen* ha subito profondissime violazioni, fino a svuotarsi del tutto, in talune particolari circostanze, del suo contenuto di garanzia²⁸. Basterebbe ricordare, in questa prospettiva, come negli anni della dittatura fascista il Parlamento, lungi dal costituire diretta espressione della volontà popolare, fosse stato trasformato nella Camera dei fasci e delle Corporazioni; e la legge contemplata dalla stessa rubrica dell'art. 1 del Codice, pertanto, più che il risultato del dibattito parlamentare tra esponenti della maggioranza e dell'opposizione democraticamente eletti, ha rappresentato in quegli anni il prodotto di un «sistema che aveva calpestato tutte le libertà politiche e si basava sul partito unico»²⁹, senza qualsivoglia legittimazione rappresentativa³⁰. Peraltro, se è vero che le restrizioni basate sul censo, sull'istruzione e sul sesso avevano prima contraddistinto anche la vita parlamentare dell'epoca statutaria, è parimenti vero che sussiste una notevole differenza qualitativa tra la il concetto di rappresentanza propria dell'età liberale e quella dell'epoca fascista, in cui, a ben vedere, la dialettica tra le forze politiche era stata completamente eliminata,

²⁵ Nella Relazione al Progetto definitivo del Codice, a firma dell'allora Guardasigilli, si legge che «il codice Zanardelli [ha costituito] un modello di tecnica legislativa per tutta la legislazione penale straniera venuta in luce dopo il 1889 ed altresì per i Progetti, che si vanno ognora redigendo all'estero. Ciò spiega perché [sono state escluse] innovazioni troppo dissonanti dalle fondamentali partizioni sistematiche, accolte dal Codice vigente, le quali hanno trovato consenzienti altre legislazioni recentissime, ove proprio dal nostro Codice sono passate»; per una analisi del contesto in cui nasce il Codice Rocco, v., in particolare, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 3 ss.

²⁶ Si deve dare atto, per completezza espositiva, che il legislatore del 1930 ha ulteriormente previsto, all'art. 199 c.p., che anche le misure di sicurezza siano attratte sotto l'egida della legalità: «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti».

²⁷ Prosegue il Guardasigilli precisando che la libertà dei cittadini «non può essere penalmente limitata, se non in seguito ad un espresso divieto del legislatore, né con sanzioni, che non siano state da questo stabilite».

²⁸ Puntuali riflessioni sul tema in P. PAZIENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979, p. 261 ss.; G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Giuffrè, 1960, p. 272 ss.; e E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, Utet giuridica, 1988, p. 279 ss.

²⁹ Così testualmente G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quad. Fior.*, 2/2007.

³⁰ Sul conseguente carattere plebiscitario delle elezioni del Parlamento fascista, v. A. AQUARONE, *Il fascismo e la riforma della rappresentanza. La legge elettorale del 1928*, in *Le riforme elettorali in Italia: 1848 – 1994*, (a cura di) G. Sabbatucci, Unicopli, 1995, p. 129 ss.

e le minoranze addirittura indotte alla clandestinità o all'esilio, quando non rachiuse nelle patrie galere o inviate al confino³¹.

Sul versante della copertura democratica delle scelte di politica criminale, occorre ulteriormente rilevare che gli atti aventi forza di legge di cui alla nota l. 100 del 1926, *Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme di legge*, sono stati largamente impiegati dal Governo nella materia penale, con radicale cesura dell'originario collegamento, d'ispirazione illuministica, tra «la legge penale e [la] selezione dei beni giuridici da tutelare penalmente espressa dai cittadini attraverso i loro rappresentanti»³². In un simile contesto, come è stato detto³³, il principio di legalità e i suoi corollari hanno conseguentemente assunto un valore meramente formale, in buona sostanza riconducibile alla mera predeterminazione legale delle fattispecie incriminatrici.

Ad ogni buon conto, per quanto qui più interessa³⁴, preme segnalare che è dalle complessive modalità di funzionamento del sistema della giustizia penale fascista che è possibile concludere nel senso del progressivo snaturamento del principio del *nullum crimen*, ovvero, secondo una lettura dottrinale più netta ma certamente non priva di solidi argomenti a sostegno³⁵, dell'«assoluta inutilità e futilità del principio enunciato nell'art. 1 c.p.». Al riguardo, infatti, è stato precisamente osservato che il principio di legalità penale richiede, come presupposto necessario affinché le garanzie ad esso correlate non si traducano in vuoti proclami, l'esistenza una magistratura autonoma e indipendente capace di garantirne il rispetto e l'attuazione³⁶. Senza indugiare sul punto, è sufficiente rammentare che il sistema fascista aveva previsto la possibilità – in particolare, per la repressione del dissenso politico – di ricor-

³¹ Sottolinea questo aspetto, ancora, G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., p. 986 ss.

³² Così I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015, p. 15.

³³ Sul tema della distinzione tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale, si rinvia a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teorie del garantismo penale*, Laterza, 1998, V ed., p. 71 ss.

³⁴ Il dibattito formatosi intorno alla cd. *sublimazione autoritaria* del sistema penale liberale è in realtà molto ricco: si rinvia, in questa sede, a T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nell'età della codificazione*, in *La questione criminale*, numero speciale dedicato a *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, 1981, p. 90; nello stesso volume si vedano i contributi di G. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, p. 71 ss.; e G. MARI-NUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, pp. 297-299.

³⁵ Ci si riferisce al più volte citato G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., p. 1000.

³⁶ Si veda, così, G. NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, (a cura di) L. Violante, Einaudi, 1997, pp. 757-847.

re alternativamente a strumenti diversi dal Codice penale e dal processo penale ordinario, a seconda delle peculiari contingenze del momento³⁷, e che, più in generale, la magistratura era stata del tutto privata delle minime garanzie di autonomia e indipendenza, sia esterna, nei confronti del potere politico, che interna, con riferimento alla subordinazione gerarchica dei giudici inferiori verso i giudici superiori³⁸. Insomma, la realtà cui si sono dovuti confrontare i Costituenti – quando, a partire dal 1946, sono stati chiamati a ragionare dei presidi da riconoscere nella materia penale sostanziale – era profondamente compromessa dalle derive autoritarie del ventennio e, in questo quadro, il principio scolpito nel citato art. 1 del Codice Rocco radicalmente ridimensionato, e per alcuni, addirittura, ridotto ad espressione di garanzie dal carattere assolutamente *velleitario*³⁹.

Da ultimo, a margine di questo breve *excursus* storico, giova segnalare che comunque neppure la dittatura fascista – con il suo carico di autoritarismo, particolarmente odioso quando declinato nella materia criminale – sembra essere riuscita a lacerare completamente e irreversibilmente l’eredità dei pensatori illuministi⁴⁰: infatti, è proprio in questa prospettiva che può essere apprezzata, in disparte tutte le criticità prima evidenziate, la scelta del legislatore del 1942 di ribadire, nell’ambito delle *Disposizioni sulle leggi in generale* poste in apertura del nuovo Codice civile, il divieto di analogia in materia penale⁴¹.

³⁷ Su questo specifico aspetto, si rinvia a G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccioli*, (a cura di) L. Lacchè, Ed. Univ. Mac., 2007.

³⁸ Su cui, ampiamente, G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, (a cura di) G. Quazza, Einaudi, 1973, p. 136 ss.

³⁹ Più in generale, occorre rilavare che tutte le esperienze totalitarie del novecento hanno offerto esempi drammatici in ordine alla violazione del nucleo minimo di garanzia del principio del *nullum crimen*. Come non segnalare, in questo senso, le dinamiche successive all’avvento del regime nazista in Germania: l’originario testo del par. 2 del Codice penale del 1871 – secondo cui «un’azione può essere sottoposta a pena, solo se questa pena era legislativamente stabilita prima che l’azione fosse commessa» – veniva infatti modificato, dalla legge del 28 giugno 1935, entrata in vigore l’1 settembre dello stesso anno, nei seguenti termini: «sarà punito chi commette un fatto che la legge dichiara punibile o che merita punizione secondo l’idea di fondo di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo. Se non trova diretta applicazione al fatto nessuna precisa legge penale, il fatto sarà punito secondo la legge la cui idea di fonda meglio gli si attaglia»; si rinvengono puntuali rilievi sull’evoluzione del diritto penale nazista in M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 31 ss; e in G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 293.

⁴⁰ Sul tema v. G. MARINUCCI, *L’analogia e la ‘punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2007, p. 1254 ss.

⁴¹ Come noto, l’attuale art. 14 delle *Disposizioni sulle leggi in generale* prevede che «le leggi penali [...] non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la consacrazione del principio di legalità penale nel testo della Costituzione

L'analisi del dibattito tenutosi in Assemblea Costituente intorno al principio di legalità penale consente di mettere in luce alcuni importanti elementi, in ordine sia alla rilevanza, in termini assoluti⁴², del principio formalizzato nell'attuale art. 25, secondo comma, Cost.⁴³, sia alla portata dei singoli corollari ad esso riferibili.

Dalle parole dei Costituenti emerge, anzitutto e in modo pressoché unanime⁴⁴, una attenzione particolare rispetto all'esigenza di consacrare il principio di legalità penale nella Carta costituzionale, con l'obiettivo di porre le garanzie ad esso sottese al riparo dalle mutevoli dinamiche della legislazione ordinaria⁴⁵.

Principi e diritti certamente indiscutibili, quelli discendenti dall'art. 25⁴⁶, che dovevano essere «trincera[ti] nella Costituzione», poiché, pur trattandosi di

⁴² «Qui sono in giuoco i destini del futuro del diritto penale democratico italiano, perché se noi rimarremo ancorati al principio di legalità così come è espresso in questa Costituzione potremo guardare all'avvenire con serenità e con fiducia; mentre se dovessimo sacrificare questo principio, il regno dell'arbitrio starebbe davanti a noi con tutte le conseguenze dannose e pericolose» – così l'On. G. Bettiol, nella seduta del 26 marzo 1947.

⁴³ Si rinvia, sul tema, oltre alla manualistica penalistica – G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit.; e F. MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, Cedam, 1988 –, alle opere monografiche dedicate allo studio delle norme che, come l'art. 25, secondo comma, Cost., appartengono alla cd. *Costituzione penale*: P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, 1953; P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Priulla, 1953; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Eri, 1968; e P. G. GRASSO, *Il principio 'nullum crimen sine lege' nella Costituzione italiana*, Giuffrè, 1972.

⁴⁴ Minoritarie le posizioni di chi considerava non necessario formalizzare il principio all'interno della Costituzione, essendo lo stesso già previsto dal Codice penale (in particolare, dall'art. 1 e 2). Tra questi si possono segnalare gli interventi dell'On. C. Caristia nella seduta del 18 settembre 1946, espressivi di tesi che, tuttavia, sono state subito smentite: «la preoccupazione dell'On. Caristia, che in questa sede si ponga una norma superflua perché già contenuta nel codice, non abbia ragion d'essere. Sebbene il Codice parli di irretroattività della legge penale, si sa benissimo che può venirne un'altra retroattiva, come purtroppo è avvenuto anche in questo ultimo periodo [...] il fatto è stato possibile perché la Costituzione non era più una realtà. Bisogna mettere perciò questo divieto nella Costituzione, perché non sia più possibile emanare norme che abbiano valore retroattivo» – così l'On. M. Cevolotto nella medesima seduta del 18 settembre 1946.

⁴⁵ «Questo principio deve restare fermo nella Costituzione, come uno dei pilastri delle garanzie della libertà del cittadino», così si esprimeva, nella seduta del 27 marzo 1947, l'On. G. Leone; nella medesima prospettiva, si possono apprezzare le parole dell'On. G. Bellavista: «è stato un bene, ripeto, riaffermare nella nostra Costituzione questo sacro preambolo del nostro Codice penale; è stato un bene perché questa è la maniera con la quale fortificare quel principio e indirizzare ammonimento solenne al legislatore futuro, che da questo principio non si può decampare».

⁴⁶ Volutamente non si fa riferimento al solo secondo comma dell'art. 25, essendo l'espressione riportata nel testo riferita, dal Presidente della Commissione per la Costituzione l'On. M.

principi immortali – «non perché nati sulla Bastiglia in fiamme, ma perché nati con l'uomo: *'non scriptae sed natae leges'*, a dirla con Cicerone»⁴⁷ –, la più recente esperienza statutaria aveva offerto numerosi e drammatici esempi di come questi stessi potessero venir *solemnemente violati*⁴⁸, ancorché formalmente riconosciuti a livello di legislazione primaria. E così, coerentemente con questa premessa, è parsa quindi prevalente, fin dai primi interventi, la linea di chi considerava la circostanza del già avvenuto riconoscimento del principio nel Codice penale Rocco inidonea a giustificare la mancata costituzionalizzazione dello stesso. Parole illuminanti, sul punto, sono state spese dall'On. Tupini: «che il Codice penale attuale affermi già questo principio non è motivo sufficiente perché lo si debba omettere in sede costituzionale poiché è la legge penale che deve prendere norma dalla Costituzione e non già questa da quella»⁴⁹.

Di quello che è stato condivisibilmente considerato, nel corso delle sedute delle Commissioni e dell'Assemblea Costituente, come «uno dei pilastri della libertà del cittadino», sono stati evidenziati, in particolare e con una certa insistenza, i corollari della irretroattività e della determinatezza delle norme penali. Se è vero infatti che, nelle intenzioni dei Costituenti, l'affermazione del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. aveva lo scopo principale di riconoscere – proprio sulla scorta degli insegnamenti degli illuministi – il ruolo centrale del Parlamento nelle scelte di politica criminale, quale organo rappresentativo del popolo⁵⁰; è altrettanto vero che, benché richiamata l'importanza

Ruini, nella relazione che accompagna il Progetto di Costituzione, anche al diritto di agire e difendersi in giudizio, di cui all'attuale art. 24, primo comma, Cost., e di non essere distolti dal giudice naturale, di cui all'attuale primo comma dell'art. 25.

⁴⁷ Così testualmente l'On. G. Bellavista, seduta del 26 marzo 1947.

⁴⁸ In questi termini si esprime ancora l'On. G. Leone, nella più volte citata seduta del 27 marzo 1947, citando a tal fine i precedenti rappresentati dal diritto penale nazista e dal diritto penale sovietico. Sulla compatibilità tra il principio di legalità penale e i regimi totalitari, si veda G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Utet giuridica, 1994, p. 291 ss; e, nella dottrina più risalente, T. NAPOLITANO, *L'evoluzione del diritto penale sovietico dall'ottobre 1917 ai giorni nostri*, GP, 1931, I, p. 1017 ss; e G. VASSALLI, *La giurisprudenza penale germanica in materia d'analogia*, *Rivista Diritto Penale*, 1937, p. 907 ss.

⁴⁹ Così l'On. U. Tupini, nella seduta del 18 settembre 1946; nello stesso senso, può essere richiamato l'intervento dell'On. A. Moro secondo cui «il fatto, però, che questo principio sia oggi nel Codice non può impedire a chi fa una Costituzione, che deve garantire da tutti i punti di visti la libertà individuale, di porre nella Costituzione stessa quei principi».

⁵⁰ Non a caso, in Assemblea Costituente, vi fu chi parlò di «uno dei principi fondamentali, non solo del diritto penale, democratico, liberale, ma uno dei principi fondamentali della civiltà del mondo» – così l'On. G. Leone nel corso della seduta del 27 marzo 1947); sottolinea il rilievo operato nel testo I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 16; sul medesimo tema, v., *ex multis*, R. A. FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, (a cura di) P. Calamandrei, A. Levi, Firenze, 1950, p. 220 ss.; E. BERNAREGGI, *L'attività legislativa e la volontà popolare nel*

della legge, come fonte caratterizzata da *qualità irrinunciabili*⁵¹, i più significativi interventi in Assemblea si sono orientati nel senso di valorizzare i citati corollari dell'irretroattività *in malam partem* e della determinatezza, rimanendo così in disparte, o comunque oggetto di minori attenzioni, l'ulteriore corollario del principio di legalità, rappresentato come noto dalla riserva di legge⁵². Al riguardo, peraltro, è forse possibile ritenere che, per i Costituenti, rispetto all'esigenza di garantire la necessaria copertura democratica delle scelte di politica criminale del legislatore, solide garanzie potessero già rinvenirsi nel complessivo impianto della Costituzione; quest'ultima, infatti, ha inteso assegnare un ruolo assolutamente centrale proprio al Parlamento⁵³, limitando lo spazio di intervento del Governo⁵⁴, nonché prevedendo, nella materia della libertà personale – su cui sono destinate inevitabilmente ad incidere le sanzioni penali –, una riserva di legge di tipo assoluto⁵⁵. E questo pare, in effetti, il primo dato di interesse, che può giustificarsi, anche in ragione della particolare cornice storica in cui si sono svolti i lavori preparatori della Costituzione repubblicana. Del resto, che la «*la Constitution n'est tombé pas par le ciel*»⁵⁶, con ciò volendo sottolineare la stretta correlazione tra il contesto in cui la Carta fondamentale è stata scritta e i contenuti che ne caratterizzano la struttura generale, è assunto valido con riguardo a qualsivoglia documento in cui sono affermati i principi fondanti l'ordinamento giuridico di uno Stato. E ciò, nondimeno, è particolarmente vero con riferimento proprio all'art. 25, secondo comma, in relazione al quale lo spettro degli abusi perpetrati nel ventennio fascista, sul versante dell'applicazione retroattiva e analogica delle norme penali, ha rappresentato

regime democratico. Saggio di diritto costituzionale comparato, Giuffrè, 1949, p. 45 ss.; e, più di recente, M. D'AMICO, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 536 ss.

⁵¹ Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 9.

⁵² Sulla cui attuale tenuta, si segnalano già in questa sede i contributi di N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; e C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.

⁵³ Si veda, ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 28 ss.

⁵⁴ Come ampiamente noto, la Costituzione, agli artt. 76 e 77, prevede alcuni limiti all'utilizzo di poteri normativi da parte del Governo; sul tema, tra i molti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, vol. II, tomo I, Cedam, 1993; e V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Rivista Diritto costituzionale*, 1996.

⁵⁵ Su cui, per tutti, L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, cit., p. 7; e G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, p. 54.

⁵⁶ Così F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2009, p. 673.

un tema ricorrente nelle riflessioni e nelle successive determinazioni dei Costituenti. Non è quindi un caso che su questi specifici profili si sia concentrato prevalentemente il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente. L'On. G. Bettiol, uno dei più sensibili al tema della legalità penale, ebbe a dire, a tal proposito, che «dopo vent'anni di sofferenze inenarrabili in cui è stato violentato, è bene che la nuova Costituzione, la prima Costituzione della Repubblica italiana, sancisca il principio secondo il quale: *'nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege'*»⁵⁷.

Tutte queste considerazioni, peraltro, possono agevolmente spiegare la ragione della scelta di affrontare il tema della responsabilità personale e, con essa, in particolare, dei requisiti delle norme penali⁵⁸, nell'ambito dei lavori della Prima sottocommissione della Costituzione⁵⁹, nelle sedute immediatamente successive a quelle in cui si è discusso della libertà personale (di cui all'attuale art. 13 Cost.) e prima di quelle in cui si è dibattito il tema della libertà di domicilio (oggi tutelata, come noto, dall'art. 14 Cost.)⁶⁰. Attraverso l'esame delle formule con cui il principio di legalità penale è stato diversamente recepito e formalizzato nel corso dei lavori assembleari, è possibile svolgere alcune riflessioni ulteriori⁶¹. In questa prospettiva, preme rilevare come, nella versione originaria⁶², proposta su iniziativa dell'On. La Pira e dell'On. Basso, del principio in commento sono stati valorizzati partitamente il principio di legalità del reato e il principio di legalità della pena, in uno con il principio di determinatezza (in questa prima fase espressamente riconosciuto): «nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso; non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge». All'esito di alcune modifiche sulla sua formulazione, oltre che sulla numerazione progressiva, il testo, per la parte che più interessa, è stato

⁵⁷ Così precisamente l'On. G. Bettiol nella seduta del 26 marzo 1947.

⁵⁸ Sul tema si vedano le acute riflessioni di P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1632 ss.

⁵⁹ Chiamata, secondo le parole del suo Presidente, ad «elaborare i principi generali della nuova Costituzione, nonché i diritti fondamentali della libertà persona umana» – cfr. *Resoconti Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Discussioni, Sottocommissione*, p. 1.

⁶⁰ Condivide questa lettura, ancora, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 17.

⁶¹ Sul valore, in termini generali, dei lavori preparatori si rinvia a F. MOLTENI, *Influenza dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della legge*, in *Rass. Dir. Pubblico*, 1958, p. 379 ss.

⁶² Si tratta, in particolare, dell'art. 5 che espressamente prevedeva che «Nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso. Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La responsabilità è personale. Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo. La pena di morte non è ammessa se non nei codici penali militari di guerra. Non possono istituirsi pene crudeli né irrogarsi sanzioni collettive».

presentato alla Commissione per la Costituzione in seduta plenaria nei seguenti termini: «nessuno [...] può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo». Di tutta evidenza l'introduzione e la specificazione all'interno di quello che sarebbe successivamente diventato l'art. 25, secondo comma, Cost., del principio di retroattività favorevole⁶³, inizialmente non contemplato dalla proposta discussa dalla Prima Sottocommissione. Il rilievo è tutto tranne che banale, se solo si tiene a mente che la giurisprudenza della Corte costituzionale più recente, in ragione delle differenti *rationes* riconducibili ai due principi, ha precisamente distinto l'addentellato costituzionale del principio di irretroattività *in malam partem*, da una parte (come ancorato proprio all'art. 25, secondo comma, Cost.), e del principio di retroattività *in bonam partem*, dall'altra (desumibile quest'ultimo dall'art. 3 Cost.)⁶⁴. Per chi, dunque, si trovi a ragionare dell'evoluzione del principio di legalità, un simile passaggio assume un significato particolare, vieppiù se si considera che il testo infine approvato, prima del coordinamento finale⁶⁵ – per cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge in vigore prima del fatto commesso» – esclude il principio di retroattività favorevole, almeno sul piano formale, dal perimetro del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

La scelta – presa, in quel contesto, in omaggio al paradigma esplicitato dagli stessi Costituenti secondo cui «bisogna togliere il troppo ... e aggiungere il necessario»⁶⁶ – appare oggi, alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi

⁶³ Sul tema, tra i molti, v. F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani 2014*, (diretto da) R. Garofoli, T. Treu, Ist. Enc. It., 2014 e F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 settembre 2011.

⁶⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 393 e 394 del 2006, e 236 del 2011, con cui la Corte ha riconosciuto uno statuto di assoluta inderogabilità al principio di irretroattività *in malam partem*, quale fondamentale corollario del principio di legalità ex art. 25, secondo comma, Cost. Si veda, sul tema, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in www.cortecostituzionale.it, 2014.

⁶⁵ A tal riguardo, si segnala soltanto che, il 22 dicembre 1947, l'On. M. Ruini, a nome del comitato di coordinamento, ha comunicato che per un mero errore di stampa, al secondo comma dell'articolo, non era stata inserita la parola "entrata" prima delle parole "in vigore", chiedendo (e poi ottenendo) che questa fosse ripristinata.

⁶⁶ L'espressione è ancora dell'On. G. Bettiol secondo cui precisamente, nella seduta del 26 marzo 1947: «è stato detto, mi pare, in questa Assemblea, un po' malignamente, che da questo progetto di Costituzione bisognava togliere il troppo e il vano. Ma occorre anche dire, non malignamente, che bisogna aggiungere il necessario, perché vi sono situazioni molto importanti, ormai consolidate nel campo della legislazione penale, che non hanno

in materia, oltre che opportuna, del tutto condivisibile in quanto sostenuta da numerose giustificazioni⁶⁷. Anticipando in questa sede alcuni argomenti che verranno sviluppati più avanti nel presente studio⁶⁸, può osservarsi come il punto di partenza della richiamata giurisprudenza costituzionale sia, in questo senso, assai chiaro: il principio di retroattività *in bonam partem* – pure previsto a livello di legislazione ordinaria dall’art. 2, commi 3 e 4, c.p.⁶⁹ – «non è stato costituzionalizzato dall’art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l’irretroattività delle norme incriminatrice e, in generale, delle norme penali più severe». Sicché, è stato più volte ribadito, anche di recente⁷⁰, esso «ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa». Il principio di retroattività della *lex mitior* ha, infatti, una valenza ben diversa rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole: quest’ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, essendo espressione «dell’esigenza della ‘calcolabilità’ delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale»⁷¹; viceversa, il principio di retroattività *in bonam partem* non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione, per l’ovvia ed assorbente ragione che «la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l’autore si era libera-

trovato in questo progetto una conferma o un riverbero: tale è il problema delle misure di sicurezza».

⁶⁷ Di un certo interesse, al riguardo, le parole, dell’On. G. Leone: «per quanto poi attiene al problema della legge più favorevole, io penso che non sia questa la sede per risolverlo, sia perché questo è un problema di dettaglio, nel quale il legislatore futuro potrebbe anche essere di diverso avviso, senza con questo mancare alla nostra tradizione; sia perché, secondo me, se fosse risolto dovremmo occuparci di una serie di problemi (come quello della successione delle leggi penali eccezionali e temporanee) estranei all’economia di una Carta costituzionale».

⁶⁸ Cfr. *infra* Cap. 3 § 8.

⁶⁹ A mente dei quali, come noto: «se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell’articolo 135. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, *Considerato in diritto n. 10*; nonché le decisioni ivi segnalate Corte cost., sentenze n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995.

⁷¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4*. A commento della decisione si vedano, in particolare, i contributi di V. MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; e I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall’impostazione divergente (sentt. n. 393 e n. 394 del 2006)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

mente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo». E tuttavia, come è stato autorevolmente osservato⁷², lungi dall'essere privo di qualsiasi copertura costituzionale, il principio di retroattività favorevole trova il proprio fondamento nel principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., il quale, come noto, impone «in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»⁷³. Da cui però, come si è detto, un'importante conseguenza che in questa sede può essere solo accennata: il collegamento del principio delle retroattività *in bonam partem* con il principio di uguaglianza ne rappresenta, ad un tempo, anche il limite, potendosi esso ritenere suscettibile, a differenza del principio di irretroattività sfavorevole, «di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»⁷⁴.

Si osservi, ancora, che il raffronto tra la formula proposta in seno alla Prima Sottocommissione e quella definitivamente approvata dall'Assemblea nel dicembre del 1947 consente di introdurre un ulteriore tema di interesse, sul quale la stessa Corte costituzionale è stata chiamata ad interrogarsi nei primi anni della sua attività. Come si è anticipato, nell'attuale formulazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. è scomparso il riferimento al principio della legalità della pena, esplicitamente affermato nel progetto iniziale e successivamente conservato, con alcuni ritocchi (formali e sostanziali) fino alla seduta plenaria dell'Assemblea Costituente. La dottrina si è quindi domandata, a tal proposito, se il legislatore costituente, nell'operare una simile *mutilazione*⁷⁵, avesse realmente inteso escludere dalla garanzia costituzionale il principio *nulla poena sine lege*. A risolvere i dubbi da taluno prospettati sul tema è intervenuta in modo netto la Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 15 del 1962⁷⁶, ha riconosciuto – disattendendo il contrario assunto dell'Avvocatura dello Stato secondo cui non sarebbe costituzionalmente garantito il principio della legalità della pena sancito nell'art. 1 c.p.

⁷² Tra i molti, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011*, cit.

⁷³ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995.

⁷⁵ Efficace espressione di P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, cit., p. 1633.

⁷⁶ Si tratta di una decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma primo, d.lgs. 5 agosto 1947, n. 871, in relazione all'art. 25, secondo comma, della Costituzione; si osservi, incidentalmente, che questo precedente è stato più volte richiamato dalla Corte costituzionale in riferimento a questioni di costituzionalità che denunciavano, a vario titolo, l'irragionevolezza di alcune scelte di dosimetria sanzionatoria del legislatore – cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 142 del 2017, punto n. 4.2 del *Considerato in diritto*.

– che l’art. 25, secondo comma, della Costituzione, con la formula «nessuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», non soltanto proclama il principio della irretroattività della norma penale, ma dà fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. E poiché – prosegue ancora la Corte – tale «potestà si esplica mediante l’applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto antigiuridico, non si può contestare che pure la individualizzazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge»⁷⁷. Non ha quindi nessun pregio, secondo la condivisibile lettura del Giudice costituzionale, il rilievo di chi sostiene che l’art. 25, secondo comma, Cost. – essendo stata soppressa nella sua formulazione definitiva la frase «e con le pene da essa [legge] stabilite» – non conterrebbe, oltre al principio di legalità del reato, anche il principio di legalità della pena⁷⁸. Invero, un’attenta disamina degli emendamenti proposti e poi votati in relazione all’articolo in parola consente di affermare che tale soppressione fu proposta ed approvata unicamente per evitare che, con riguardo al fenomeno della successione di norme penali nel tempo, rimanesse pregiudicato il principio dell’applicazione della norma più favorevole al reo, infine escluso quest’ultimo, come visto, dal fascio di garanzie sottese all’art. 25, secondo comma, Cost.⁷⁹. Pur avendo votato l’articolo nella formulazione che sembra escludere, almeno a livello testuale, il principio *nullum poena sine lege*, i Costituenti erano assolutamente consapevoli della necessità di doverlo costituzionalizzare, al pari del principio *nullum crimen sine lege*; al riguardo, ebbe a dire l’On. G. Leone che la pena «è implicita nel concetto di legge penale, perché quando si dice che non si può punire per una legge non in vigore al momento del fatto, si fa accenno ai due momenti, precetti e sanzione»⁸⁰. Sullo sfondo del dibattito sembra infatti potersi rintracciare l’idea, non esplicitata ma ben chiara nelle menti dei Costituenti, per cui, benché differenziati nel rispettivo contenuto, i due principi – quello della legalità del reato e quello della legalità della pena – sono entrambi «elementi costitutivi coesenziali del principio di legalità, quasi come le due facce di una stessa medaglia»⁸¹. Conclusivamente, sul punto, è possibile ribadire come l’attuale formula dell’art. 25, secondo comma, Cost., interpretata alla luce delle discussioni in Assemblea Costituente, offra una precisa sponda in termini di garanzia costituzionale, sia

⁷⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 15 del 1962, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁸ Su cui, anche, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 31 ss.

⁷⁹ È la stessa Corte costituzionale a riconoscere che dalla circostanza dell’avvenuta soppressione della formula «non può farsene scaturire un effetto che influisca sulla estensione sostanziale del principio di legalità» – cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 15 del 1962, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

⁸⁰ Così l’On. G. Leone, nella seduta del 15 aprile 1947.

⁸¹ Cfr. P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio ‘nulla poena sine lege’*, cit., p. 1638.

al principio *nullum crimen sine lege*, sia all'omologo *nulla poena sine lege*. E tale conclusione, come si dirà diffusamente nel prosieguo dello studio, determina implicazioni di primario momento, specie per quel che riguarda i limiti del sindacato della Corte costituzionale sulle scelte di dosimetria sanzionatoria del legislatore.

3. Le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale: l'art. 25, secondo comma, Cost. come architrave della cd. *Costituzione penale*

La formalizzazione del principio di legalità penale all'interno della Carta fondamentale ha comportato, secondo l'unanime lettura della dottrina, la costituzionalizzazione di tutti quei corollari che ne hanno contrassegnato l'evoluzione nel corso dei secoli: del principio della riserva di legge, anzitutto, che assegna al soggetto-Parlamento il monopolio della scelte di politica criminale; del principio di determinatezza, che impone al legislatore di descrivere in modo chiaro e puntuale le fattispecie penali e che, allo stesso tempo, gli prescrive di incriminare unicamente fatti suscettibili di essere provati in sede giudiziaria⁸²; del principio di irretroattività *in malam partem*, che vieta, per l'appunto, sia al legislatore che al giudice, di configurare e dare applicazione alla norma penale in via retroattività, determinando una situazione di complessivo svantaggio per il soggetto coinvolto⁸³; e, da ultimo, il principio di tassatività o divieto di analogia, che esclude la possibilità di estendere la legge penale a casi analoghi, ma diversi, da quelli espressamente contemplati in essa⁸⁴.

⁸² Per tutti, in questo senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 25 ss., che, valorizzando la duplice valenza del principio di determinatezza, hanno costruito una particolare tassonomia, in forza della quale vengono distinti, appunto, il principio di precisione, da una parte, e il principio di determinatezza, dall'altra, per riferirsi, rispettivamente, all'esigenza che le leggi penali siano formulate in modo chiaro e che incrimino fatti *provabili* nel processo. La Corte costituzionale, da parte sua, utilizza in modo ampio e onnicomprensivo il concetto di *determinatezza*, salvo quanto si preciserà in relazione ad alcune pronunce della Corte (come, ad esempio, in occasione della sentenza n. 247 del 1989).

⁸³ In proposito, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 284, ha sottolineato come «la connessione del principio di irretroattività con quello di legalità non è solo teorica e funzionale, ma logica e pertanto intima ed indissolubile, anche se sono esistiti ordinamenti che hanno violato il canone di irretroattività senza formalmente violare i canoni della riserva di legge e della tipicità, o si è cercato di fare apparire che la violazione della irretroattività non ricorreva perché le incriminazioni erano implicite nell'ordinamento preesistente».

⁸⁴ Sul tema, tra i molti, M. BOSCARDELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Trecani, 1990, p. 5, che riferisce come il divieto di analogia *in malam partem* sia reclamato dal principio di tassatività, il quale «desumibile in modo soltanto implicito, ma altrettanto sicuro, dalla *ratio* dell'art. 25, secondo comma, Cost., quale corollario e completamento logico dei principi della riserva di legge e della irretroattività, starebbe ad indicare il dovere del legislatore di

Ora, la lettura combinata di questi corollari consente, alla luce delle importanti prese di posizione emerse nel dibattito avutosi in Assemblea Costituente, di ricostruire il fondamento assiologico e le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale, nel contesto del disegno originario tracciato dalla Costituzione repubblicana⁸⁵.

Anzitutto, nella riserva di legge contenuta nell'art. 25, secondo comma, Cost. è possibile rintracciare la matrice politico-istituzionale del principio di legalità, per la quale, nel quadro della separazione dei poteri già prefigurata da *Montesquieu* e Beccaria, il monopolio della potestà punitiva compete unicamente al Parlamento, essendo, da una parte, il potere esecutivo espressione della sola maggioranza parlamentare e, dall'altra, il potere giudiziario privo di qualsivoglia investitura democratica. Su questa stessa linea, la Corte costituzionale – richiamando l'ispirazione illuministica del principio sancito all'art. 25, secondo comma, Cost. – ha ricordato come il monopolio del legislatore statale sia fondato, nella materia penale, sul suo «essere rappresentativo della società tutta, 'unita per contratto sociale'»⁸⁶, precisando che «è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì per il suo bene e nel suo interesse»⁸⁷.

Con questa chiave di lettura, l'idea che sia la legge lo strumento più idoneo per garantire il bene fondamentale della libertà personale⁸⁸ si giustifica non soltanto in ragione della rappresentatività del potere – quello legislativo, appunto – che è chiamato ad approvarla – il quale, lo si è detto, è espressione «non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo»⁸⁹ – ma anche per il fatto che il Parlamento assume le sue determinazioni «all'esito di un procedimento che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»⁹⁰, in

procedere, al momento della creazione della norma, ad una precisa determinazione della fattispecie legale, affinché risulti tassativamente stabilito ciò che è penalmente lecito e ciò che è penalmente illecito»; v., anche, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 1988, p. 97 ss.

⁸⁵ Ricorda C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, che «ogni corollario deve necessariamente partecipare della stessa *ratio* del principio generale cui risulta servente» e che «premesso che la riserva di legge è un corollario del principio sovraordinato di legalità penale, ne consegue che la riserva possiede la medesima *ratio* di tale principio, ovvero quella garantista».

⁸⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 487 del 1989, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ Cfr., ulteriormente, Corte cost., sentenza n. 487 del 1989, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

⁸⁸ Così F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1981, p. 232 ss.

⁸⁹ Così G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, p. 968 ss.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

relazione al quale, peraltro, è previsto, sia pur in via solo eventuale e successiva, il controllo di conformità alla Costituzione da parte della Corte costituzionale⁹¹.

Si è osservato, in un'ottica di carattere generale, che l'art. 25, secondo comma, Cost. ha superato l'idea di una legalità come esclusiva *Magna Charta del delinquente*, secondo la consueta formula di *Von Listz*, dal momento che – nel richiedere una manifestazione di volontà dell'organo costituzionalmente preposto alla formazione della legge e ponendo quindi l'accento sul carattere democratico della nascita della fattispecie astratta di reato – la Costituzione repubblicana si prefigge di «proteggere chiunque dall'applicazione di una pena casuale o indiscriminata e comunque arbitraria e di ergersi così a presidio della libertà di ogni singolo cittadino»⁹². Proprio questa doppia giustificazione – in chiave sia liberal-garantista, sia democratica⁹³ – caratterizza la *ratio* originaria del principio di legalità sancito nell'art. 25, secondo comma, Cost.⁹⁴.

Sulla scia dei pensatori illuministi, peraltro, nelle riflessioni dei Costituenti si era fatta strada l'idea che per limitare i possibili abusi del potere giudiziario – così presidiando le esigenze di calcolabilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta, secondo la formula proposta dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 364 del 1988 sull'*error iuris* – sarebbe stato necessario imporre al legislatore di configurare le fattispecie penali utilizzando espressioni comprensibili e inequivoche, coerentemente con l'assunto per cui soltanto «in leggi precise e chiare possono trovare, in ogni momento, cosa è lecito e cosa è vietato». Nel medesimo orizzonte di garanzia, un ruolo fondamentale viene giocato anche dal principio di irretroattività *in malam partem* che, condividendo la medesima *ratio* del principio di determinatezza, assicura l'affidamento dei consociati a che il «se e il quanto della punizione [siano] determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto»⁹⁵, così evitando il rischio di sopraffazioni del giudice o del legislatore.

⁹¹ Il cui intervento, peraltro, come dimostrano alcuni importanti precedenti del 2014 – sentenze n. 5 e n. 32 del 2014 – può rappresentare l'occasione per ribadire le istanze di democraticità sottese alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

⁹² Su questo profilo, in particolare, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, sub. Art. 1, Giuffrè, 2004, p. 31 ss.

⁹³ A tal riguardo, v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2/2007; per S. PAJINO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, p. 467 ss., «garantismo e democraticità sono le due parole chiave che servono per comprendere le discussioni sul principio di legalità, esprimendo probabilmente i nodi concettuali essenziali del problema»

⁹⁴ Per L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 2 ss., «potrebbe addirittura risultare inutile interrogarsi se l'istituto della riserva di legge risponda ad un'esigenza garantista, o, invece, democratica, posto che i due profili risultano in concreto storicamente inscindibili e assolutamente compenetrati come elementi essenziali della struttura dello Stato di diritto che entrambe le ideologie – democratica e liberale, appunto – hanno concorso a determinare».

⁹⁵ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 101.

Le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale, in definitiva, sembrano tutte convergere, nel disegno tracciato dal Costituente, verso la necessità di tutelare la libertà di autodeterminazione dei consociati nei confronti dei possibili arbitri del potere statale. Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo del lavoro, è possibile tracciare una ideale linea di continuità tra questa impostazione e alcune recenti affermazioni della Corte costituzionale, con cui si è fatto riferimento proprio alla prospettiva culturale nel cui seno è germogliato il principio di legalità penale⁹⁶, per risolvere una complessa questione in materia di analogia. In tempi recenti, ancora, il Giudice delle leggi ha anche ribadito che le garanzie del *nullum crimen* operano come un limite al legittimo esercizio del potere politico e stanno al cuore stesso del concetto di «stato di diritto»⁹⁷.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 98 del 2021, punto n. 2.4 del *Considerato in diritto*.

⁹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 4.3.1 del *Considerato in diritto*; per un approfondimento del legame evocato nel testo, v., in particolare, G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità* (a cura di) G. Pino, V. Villa, il Mulino, 2016.

3.

LO STATO DI SALUTE DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE, NEL PRISMA DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. La riserva di legge e la sua *crisi*, vecchi problemi... – 3. (*segue*) ... e nuove prospettive, tra il cd. *judicial activism* e gli obblighi di penalizzazione di matrice europea – 4. La centralità della *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost. nella più recente giurisprudenza costituzionale – 5. Il principio di determinatezza, alla luce della mancata riforma del Codice penale – 6. Il principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale, dalle stagioni della “prudenza”, alla vicenda *Taricco* – 7. Il principio di irretroattività *in malam partem* come principio *supremo* dell’ordinamento – 8. Il principio di irretroattività *in bonam partem* e il suo peculiare statuto costituzionale – 9. (*segue*) irretroattività sfavorevole, irretroattività *in bonam partem* ed effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, tra alcune certezze e qualche dubbio – 10. Analogia e spazi interpretativi per il giudice penale: la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale.

1. Cenni introduttivi

Dopo aver richiamato le origini, storico-filosofiche, del principio di legalità penale e le sue molteplici *rationes*, è possibile procedere con una sintetica analisi dei suoi principali corollari riferibili, per come intesi e valorizzati nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Con questo preliminare approfondimento si vuole provare a comprendere lo *stato di salute* del principio sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost.; e ciò per tentare di tracciare le coordinate di sistema entro cui si inserisce la specifica questione della perimetrazione dei *confini* della *materia penale*, alla quale, come anticipato nella premessa, è dedicata l’analisi condotta nella seconda parte del volume.

Nella prospettiva appena segnalata, si è ritenuto di concentrare l’attenzione, anzitutto, sulla fase genetica delle fattispecie penali, prendendo in esame le principali problematiche relative al corollario che in essa assume primaria rilevanza, vale a dire la *riserva di legge*; in un secondo momento si è scelto di ragionare delle modalità con cui le stesse fattispecie penali sono – o, meglio, dovrebbero essere – formulate, in omaggio al principio di determinatezza, per esaminare, poi, il tema dei

limiti della loro applicabilità in sede giudiziaria, venendosi a confrontare con le criticità correlate al divieto di irretroattività sfavorevole, al simmetrico principio di retroazione *in bonam partem* e al divieto di analogia¹.

Si potrebbe obiettare che, così procedendo, si finisce per affrontare prioritariamente un aspetto – quello della *riserva di legge*, appunto – che rappresenta una specificità del solo sistema italiano², dando così spazio, soltanto in seconda battuta, alle tematiche che tradizionalmente vengono ricondotte al cd. *versante a-storico-universalistico* della legalità penale e che, come tali, costituiscono un patrimonio condiviso da tutti i sistemi giuridici moderni, anche di tradizione molto diversa tra loro³. Tuttavia, tale opzione metodologica, pur non essendo ovviamente l'unica in astratto possibile, appare in linea con la più importante manualistica⁴, risultando allo stesso tempo anche coerente con l'idea di mettere in evidenza le questioni rispetto alle quali il confronto con il modello di legalità penale accolto nel sistema sovranazionale offre gli spunti di maggior interesse. Non si può negare, infatti, che proprio la riserva di legge costituisce la garanzia che più delle altre ha subito gli effetti di quelle scosse telluriche che l'evoluzione del diritto penale di matrice giurisprudenziale⁵, da una parte, e la progressiva affermazione del cd. *diritto penale europeo*, dall'altra, hanno provocato nel sistema nazionale⁶.

¹ E tutto ciò in linea con quanto precisamente osservava F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1981, p. 231 ss., per cui «la disposizione opera su tre piani: fonti, interpretazione e formulazione tecnica delle norme, validità della legge penale nel tempo. Essa fissa, corrispondentemente a tali piani, tre principi: riserva assoluta di legge, tassatività o determinatezza della legge penale e irretroattività della norma penale».

² La precisazione è qui formulata utilizzando come termine di paragone il sistema convenzionale, che, come noto, non prevede la riserva di legge tra le garanzie ricavabili dall'art. 7 CEDU: sul tema v. V. MANES, *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012; il discorso cambia – e la stessa esistenza di una riserva di legge nella materia penale perde il carattere di unicità segnalato nel testo – se si allarga l'orizzonte ad altri ordinamenti nazionali: a mero titolo di esempio, può essere qui richiamato l'art. 25 della Costituzione spagnola che prevede, con una formulazione che riecheggia proprio l'omologo articolo della Carta fondamentale italiana, che «nessuno può essere condannato o punito per azioni o omissioni che nel momento in cui si verificano non costituiscono reato, omissione o infrazione amministrativa, secondo la legislazione vigente in quel momento», espressamente riconoscendo il principio della riserva di legge.

³ Secondo la precisa ricostruzione di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, che, appunto, distingue tra *versante storico-formale* e *versante a-storico-universalistico*.

⁴ Per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 27 ss; e degli stessi A., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 59 ss.; e G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2018.

⁵ Sul tema, da ultimo, v. G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022; e E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.

⁶ Secondo l'efficace metafora proposta da F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, cit., p. 1.

2. La riserva di legge e la sua crisi: vecchi problemi...

Della riserva di legge prevista all'art. 25, secondo comma, Cost. si è soliti sottolineare alcune caratteristiche in particolare: il suo fondamento assiologico, conforme al ruolo cardine del Parlamento come espressione della volontà popolare⁷; la sua natura «tendenzialmente assoluta»⁸ e i conseguenti vincoli che da essa discendono, nei confronti del potere esecutivo, al momento della configurazione delle fattispecie penali, e del potere giudiziario, nella successiva fase applicativa⁹. Contestualmente a questi rilievi di carattere teorico, è diffuso nelle riflessioni che la dottrina propone in questo ambito il riferimento all'esistenza di alcune – per alcuni, molteplici – *zone di sofferenza* in cui la riserva di legge in parola ha progressivamente disvelato criticità e debolezze¹⁰: lungo questa direzione, diversi autori hanno messo in discussione l'attualità della tesi per cui, nel richiedere che sia la legge a compiere le scelte sul «se, che cosa e come punire», l'art. 25, secondo comma, Cost. demanda al solo Parlamento nazionale il monopolio delle scelte di politica criminale¹¹. Questa tesi – che riflette l'ispirazione illuministica del principio di legalità¹² – si è tradizionalmente fondata su alcuni presupposti dogmatici, che si riferiscono, congiuntamente, alla legge

⁷ Su cui, in particolare, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione* (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit.

⁸ Elemento su cui, pur con alcune sfumature, vi è concordia in dottrina, quantomeno formale: v., tra i molti, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Editoriale scientifica, 2012, p. 23 ss.

⁹ E ciò in coerenza con la tesi proposta da L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, p. 2 ss., per cui il principio della riserva di legge «prima che relazione tra atti, riguarda i rapporti tra gli organi da cui quegli atti emanano»; nello stesso senso già L. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, 6° ed., II, pt. 1, Cedam, 1993, p. 61.

¹⁰ Sul tema, v., anche, C. E. PALIERO, *Il diritto penale liquido. Pensieri post-delmansioniani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1109 ss.; e, più di recente, M. PELISSERO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022; per un'analisi di un tema classico degli studi costituzionalistici nell'ambito della riserva di legge in materia penale, v. I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, (a cura di) E. D'Orlando e L. Montanari, Giappichelli, 2009, pp. 3-37.

¹¹ Tesi che era autorevolmente sostenuta da G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, p. 965 ss, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976, II, p. 682 ss.: «la sola ragione che giustifichi la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale risiede nella rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti si attende che l'esercizio avvenga non arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse»; sul tema, nella dottrina costituzionalistica, v., ancora, L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, cit., e M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit.

¹² Cfr. *supra* Cap. 2 § 1.

come atto e alla legge come esito di un particolare procedimento¹³: secondo questa ricostruzione¹⁴, infatti, l'art. 25, secondo comma, Cost. chiama in causa una fonte – la legge¹⁵ – che tipicamente formula norme generali ed astratte; che è soggetta ad un meccanismo ufficiale di pubblicazione, ciò che fa ragionevolmente presumere la sua accessibilità e conoscibilità; che è relativamente stabile nel tempo e che è soggetta, ai sensi dell'art. 134 Cost., al controllo di legittimità costituzionale; ed, ancora – si tende sovente a rimarcare – la legge è prodotta dal Parlamento, che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, in quanto eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale¹⁶; la legge, inoltre, è risultato di un procedimento – quello legislativo disciplinato dagli artt. 72 e ss. Cost.¹⁷ – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza¹⁸; e, infine, il regime di pubblicità cui sono assoggettate le procedure parlamentari presuppone, sia pur indirettamente, un confronto anche con la pubblica opinione¹⁹.

¹³ In questa sede riproponendo la puntuale classificazione di G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità* (a cura di) G. Pino – V. Villa, il Mulino, 2016.

¹⁴ Come riferisce, in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹⁵ Nel senso delle precisazioni contenute nel testo, autorevole dottrina costituzionalistica ha sottolineato le irrinunciabili qualità della legge, pur nel contesto di una progressiva perdita di centralità della stessa nel sistema delle fonti: così per N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019, p. 6 ss., «la legge, in quanto atto normativo, pur con tutti i suoi difetti, continua a possedere una qualità irrinunciabile nelle democrazie contemporanee: quella di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in un'Assemblea rappresentativa, potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera legittima rappresentanza politica, composta da maggioranza e minoranze». Per gli A., inoltre, «questa qualità procedimentale della legge può essere svilita finché si vuole, ma resta d'importanza centrale, anche per la ricostruzione attuale del ruolo del giudice e della funzione giurisdizionale nelle nostre società».

¹⁶ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenze nn. 487 del 1989 e 394 del 2006.

¹⁷ V., tra i molti, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Quest. Crim.*, 1980, p. 179 ss., ora in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, I, 1997, p. 1273 ss., per cui, in particolare, «il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezze, è ancora (...) il mezzo più idoneo a garantire (...) il bene fondamentale della libertà personale».

¹⁸ Insiste sulle peculiarità del procedimento legislativo, tra i molti, N. ZANON, *Su alcuni attuali problemi della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 317 ss., per cui «in Parlamento, il procedimento di formazione della legge penale – questo è il modello! – è aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, ed è adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione, che può sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza».

¹⁹ Osserva M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, p. 3, che «una propria valenza garantista la legge l'ha mantenuta, sia perché la sede del procedimento legislativo è più trasparente di quella del procedimento amministrativo che si conclude con l'adozione della fonte regolamentare, sia perché in una temperie spirituale che esalta il sostanzialismo è la forma della legge, in quanto forma, che già di per sé costituisce presidio dei diritti dei cittadini».

Quali e quanti di questi fattori possano ancora oggi essere validamente considerati come qualificanti, da un punto di vista sostanziale, la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. è un interrogativo che in questa sede può essere soltanto sfiorato. È però possibile ritenere – per provare a tracciare le coordinate di sistema a cui si è fatto riferimento in apertura – che le risposte che oggi vengono fornite a questo stesso interrogativo sono molto diverse da quelle che la dottrina avrebbe formulato nel passato.

Ora, tra i principali elementi sintomatici di quella che la dottrina da tempo, con formule più o meno caratterizzanti²⁰, va qualificando come la *crisi della legalità penale*²¹, la perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti rappresenta un elemento centrale²², che presenta una rilevanza particolare proprio nella prospettiva del diritto costituzionale²³. Si tratta, del resto, di un fenomeno profondamente radicato nelle dinamiche legislative italiane²⁴, che si inserisce

²⁰ Sul tema, anche per i molti riferimenti dottrinali proposti, C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 1/2015, p. 181 ss.; e M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, p. 3 ss.

²¹ Crisi che per F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. Fior.*, II, 2007, p. 1286, si declina su molteplici versanti: è possibile per l'A. «distinguere tra una crisi filosofica, una crisi giuridica ed infine una crisi istituzionale. Questa triplice aggettivazione di un fenomeno sostanzialmente unitario serve solo per sottolineare come la caduta di fiducia nella bontà ordinante della legge possa trovare radici che partono da un mutamento delle convinzioni relative allo stesso rapporto tra soggetto umano e realtà oggettiva, per passare poi alle trasformazioni subite dalle concezioni del diritto specie sotto la spinta della globalizzazione, per finire con le vicende modificative, di quei meccanismi istituzionali sui quali poggiava il 'pregio politico' della legge negli stati liberal-democratici».

²² Precisamente per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, p. 6, «la perdita di centralità della legge del Parlamento nel sistema delle fonti, unita anche allo scadimento della qualità della legislazione, sono i fattori che determinano la crisi di un settore nel quale domina il principio che affida al legislatore le scelte di politica criminale, pretendendo da parte dello stesso la capacità di produrre norme chiare e precise».

²³ Sul tema, tra i molti, F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla 'crisi della legge', Trasformazioni della delega legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, (a cura di) F. Modugno, Giuffrè, 2000, p. 2 ss.; e G. DE FIORES, *La crisi della legge. Trasformazioni dello stato-nazione e produzione normativa*, in *Lo stato della democrazia*, (a cura di) C. De Fiores, FrancoAngeli, 2003, p. 88 ss.; v., anche, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2007, II, p. 1276, per cui «l'entrata in crisi della ratio democratica della riserva di legge costituisce il riflesso – nel settore specifico del diritto penale – della più generale crisi della democrazia».

²⁴ Nella dottrina penalistica, per G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 85, simili fattori di crisi sarebbero «diagnosticabili anche fuori dai confini italiani», pur avendo, secondo la lettura critica proposta dall'A., proprio in Italia, subito «una perversa accentuazione»; nella medesima prospettiva, per C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale: segnali in con-*

nel più ampio contesto della progressiva marginalizzazione degli organi rappresentativi e che, evidentemente, coinvolge nei suoi fondamenti l'intera architettura dell'ordinamento statale, con importanti riflessi anche sulla stessa tenuta della forma di governo parlamentare²⁵.

La dottrina costituzionalistica²⁶ si è a lungo confrontata con queste tematiche e, pur nella diversità delle riflessioni proposte, ha unanimemente ragionato di una *crisi* della rappresentanza in termini drammatici, definendo come parimenti drammatica la necessità di superare lo *status quo*²⁷. Il progressivo abbandono della *legge*, quale privilegiata fonte per governare e normativizzare le istanze provenienti dalla società²⁸ è stato provocato da una serie combinata di

trotendenza sulla crisi della riserva di legge, cit., p. 18, i fattori di *stress* – cui l'istituto storicamente più pregnante della legalità penale (la riserva di legge, appunto) è sottoposto – sono «riscontrabili in maniera differente ma pressoché costante in tutti gli ordinamenti giuridici statuali, [e] vanno dall'eclissi di rappresentatività del Parlamento alle disfunzioni interne al procedimento legislativo, passando per la scarsa efficacia del controllo esercitato da parte dell'opinione pubblica e per i distorti rapporti funzionali tra Parlamento e giudici, tanto costituzionali quanto ordinari, sino all'abuso delle fonti governative».

²⁵ V, in particolare, R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, 2011, p. 15 ss., che sottolinea le profonde connessioni tra il sistema delle fonti e gli assetti della forma di governo parlamentare; per un'analisi delle criticità sottese alla possibile interazione tra decreti legge e legge di delegazione legislativa e tra decreti legge e decreti legislativi, v., in particolare, A. PERTICI, *La delegazione legislativa: dalle distorsioni (con particolare riferimento ai rapporti con i decreti-legge) alle ipotesi di riforma in Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, cit., p. 150 ss.

²⁶ Tra i molti, v. A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017; e, dello stesso A., *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in *Consulta online*, 3/2016; v., anche, P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015; meritano di essere segnalate sul tema anche le preziose riflessioni di L. FERRAJOLI, *Il processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano*, 2010, per cui «dietro la pretesa valorizzazione della rappresentanza politica si nasconde una deformazione profonda delle istituzioni rappresentative, responsabile non solo della crisi della dimensione legale e costituzionale della democrazia, ma anche della tendenziale dissoluzione della sua dimensione politica e rappresentativa»; e dello stesso A., più di recente, *Democrazie e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

²⁷ In questi termini, rispettivamente, I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, Relazione svolta al XXXI Convegno AIC su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Trento, 11-12 novembre 2016, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 7; e G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, 2016, p. 228.

²⁸ Per una ricca disamina delle qualità della legge, v., *ex multis*, P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. Fior.*, 1/2007, p. 18 ss.; e, più di recente, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., *passim*.

fattori: l'ingresso di fonti secondarie²⁹, anche nel settore penale³⁰, e, soprattutto, il ricorso abusivo, da parte dell'esecutivo, ad atti aventi forza di legge³¹. A ben vedere, la signoria del Governo³² sulle fonti del diritto assume, proprio nella materia penale, una dimensione del tutto singolare, non solo in ragione della

²⁹ A cui si aggiunge per C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, cit., p. 1, «la tendenza all'autonormazione (soprattutto in materia di codici di comportamenti e responsabilità colposa) e nella penetrazione, anche nel diritto penale, del cd. *soft law*, quale insieme di 'fonti atipiche non disciplinate da norme sulla produzione giuridica, improntate al mero principio di effettività e in questa prospettiva tutt'altro che irrilevanti ancorché non dotate di piena obbligatorietà»; sul tema, v. anche A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e 'soft law'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, p. 536 ss; e, nella dottrina costituzionalistica, R. BIN, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne* (a cura di) A. Somma, Giappichelli, 2009, p. 31 ss.

³⁰ Sul tema v. V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva 'politica' e specificazione 'tecnica'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, p. 87 ss.; e E. CARACE, *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 4825 ss.; per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 32, «è il carattere altamente tecnologizzato delle moderne società, in cui la disciplina giuridica degli interessi in gioco richiede dunque conoscenze e competenze specifiche raramente presenti nell'organo parlamentare, a spingere verso l'intervento del potere esecutivo col suo apparato di ministeri e di correlativi uffici tecnici a essere – almeno teoricamente – in grado di elaborare la disciplina per campi sempre più numerosi di materie reclamanti protezione giuridica».

³¹ Già M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, 2000, p. 4, osservava puntualmente che «oggi la produzione penale è affidata a fonti diverse [dalla legge]. E non soltanto l'impiego massiccio di atti con forza di legge in materia penale denota l'indifferenza del potere politico al nucleo forte del principio di legalità penale, ma la stessa produzione normativa penale primaria si affida sempre più spesso e volentieri a integrazioni da parte di fonti secondarie».

³² L'espressione è di M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Giappichelli, 2011 p. IX, secondo l'A. la signoria del Governo si manifesterebbe principalmente nella riluttanza a rispettare le regole procedurali prescritte per l'adozione dei decreti-legge, dei decreti legislativi, delle ordinanze di necessità ed urgenza, dei regolamenti di delegificazione. Il Governo, infatti, «si sente in condizione di disporre a piacimento del sistema delle fonti». Sul tema, v., anche, F. BIONDI, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza in assenza dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza: sintomo di forza o di debolezza del Governo "in" Parlamento?*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, (a cura di) G. D'Elia, G. Tiberi, M. P. Viviani Schlein, Giuffrè, 2012, pp. 79-102; e A. SAITTA A., *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., p. 485 ss. Si tratta, peraltro, di un fenomeno così evidente che anche al di fuori delle riflessioni giuridiche ne viene registrata l'ampiezza: per M. CALISE, *La terza Repubblica: partiti contro presidenti*, Laterza, 2006, p. 53, «vuoi per bypassare mediazioni o veti incrociati parlamentari, vuoi per rispondere tempestivamente ad emergenze economiche o internazionali, vuoi semplicemente per concentrare al vertice le scelte più delicate e controverse, il governo è diventato in Italia il principale produttore di atti normativi».*

pregnanza della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., bensì anche alla luce del peculiare atteggiarsi, nell'ambito dello *ius criminale*, dell'esigenza – a cui, in effetti, gli strumenti normativi che la Costituzione assegna all'esecutivo sanno meglio rispondere – di dare risposte all'elettorato in tempi rapidi³³ e, soprattutto, certi³⁴. Peraltro, che possa essere proprio la minaccia della pena a spingere il Governo ad abusare degli atti aventi forza di legge per dimostrare la propria capacità decisionale, nella ricerca dell'immediatezza nel rapporto con l'elettorato di riferimento, è un dato che gli studiosi del cd. *diritto penale simbolico* hanno largamente valorizzato³⁵ e che ha trovato nelle recenti legislature plurime conferme³⁶. Da questo punto di vista, la drammatica

³³ Sul tema v., in particolare, A. MANZELLA, *Il Parlamento*, cit., p. 155, per il quale, peraltro, l'uso del tempo in Parlamento rappresenta un problema di politica istituzionale «per almeno tre gravi ragioni. La prima è quella di dare all'intero sistema di governo certezza e predeterminazione sui tempi della decisione parlamentare. La seconda è quella di assicurare il coordinamento temporale alla moderna legislazione di intervento (...). La terza è la necessità di garantire il diritto della maggioranza a decidere, superando eventuali ostruzionismi di minoranza». In questa prospettiva, paradigmatica è la recentissima vicenda del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, recante *Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*, con note di C. CUPELLI, *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sistema penale*, 17 novembre 2022.

³⁴ Sulla “certezza” dei tempi parlamentari e sulle conseguenti ripercussioni sul ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo, v., in particolare, F. BIONDI – S. LEONE, *Il Governo “in” Parlamento. Evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012; per E. ROSSI, *Quali possibili rimedi per la decretazione d'urgenza?*, in *Fuga dalla legge?*, cit., 100, 101, in tale contesto «andrebbero individuate delle soluzioni più creative e generali, proprio in considerazione del fatto che i decreti-legge costituiscono l'asse portante dell'azione di governo ed in quanto, come si è detto oggi, altri strumenti non garantiscono eguale celerità e medesima certezza di risultato sul piano della produzione legislativa. Proprio per questo occorrerebbe probabilmente agire su quel piano, per fare in modo che il Parlamento possa discutere ed esaminare, con la stessa certezza di tempi del decreto-legge, anche altre leggi, di iniziativa parlamentare o governativa. Questo forse potrebbe allentare la tensione attualmente gravante sull'uso della decretazione d'urgenza nonché sul disegno di legge di conversione».

³⁵ Per tutti, AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016; e A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Giuffrè, 1990, p. 19 ss.; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) M. Donini e M. Papa, Giuffrè, 2007; e E. MUSCO, *Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione?*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, (a cura di) M. C. Bassiuni, A. R. Latagliata e A. M. Stile, Giuffrè, 1991; sul tema, v., anche, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, p. 123 ss.; e L. FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019.

³⁶ Così, per esempio, per M. SESTIERI, *Note di politica criminale in materia di caporalato*, in *La legislazione penale*, 2017, in relazione alla legge 29 ottobre 2016, n. 199, recante *Disposizioni*

esperienza della pandemia Covid-19 non rappresenta un'eccezione, posto che il Governo è intervenuto massicciamente, durante la prima fase emergenziale, con una serie di decreti legge volti a sanzionare le condotte violative delle misure di contenimento³⁷. Non è possibile qui indagare i profili problematici che simili interventi hanno posto, su cui la dottrina, costituzionalistica e penalistica, si è comunque già soffermata con attenzione³⁸; il richiamo alla stagione pandemica e alle modalità con cui il decisore politico si è mosso nel settore penale aiuta però a sottolineare la linea di tendenza sopra segnalata, che è ancora evidentemente in essere nel contesto attuale.

Questa *fuga dalla legge*³⁹, in ogni caso, ha determinato una profonda ed oggettiva alterazione degli equilibri tra Parlamento e Governo⁴⁰; non deve sorprendere, allora, il fatto che abbia avuto una certa presa l'idea che la *ratio* della riserva di legge in materia penale non possa dirsi garantita dalla semplice – ma spesso, appunto, irrilevante – presenza delle forze di minoranza in Parlamento, che vengono sovente estromesse dalle scelte di contenuto penalistico⁴¹: se è vero, infatti, che, nelle sue elaborazioni dottrinali più raffinate, si è ragionato

in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo; e per G. LOSAPPIO, Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni 'stradali'. Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale, in Archivio Diritto penale contemporaneo, 30 giugno 2016, il quale descrive la riforma in parola come «frutto di opzioni politico-criminali di impostazione mediatico-emergenziale», precisando inoltre che «in questo contesto non sorprende che la nuova disciplina sia diffusamente caratterizzata da svariati errori di scrittura, difficoltà di lettura e coordinamento sistematico, profili di irrazionalità e ricorrenti tracce di irragionevolezza/sproporzione, alcune delle quali persino di dubbia legittimità costituzionale».

³⁷ Tra cui F. HELFERICH, *Contatto e contagio. Il diritto penale e le misure di contenimento del coronavirus*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2020.

³⁸ Sul tema, per un'analisi degli aspetti di rilievo penalistico, v., G. L. GATTA, *Emergenza COVID-19 e 'fase2': misure limitative e sanzioni nel d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in *Sistema penale*, 18 maggio 2020; più in generale, v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 2020; e V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, 2020.

³⁹ Secondo la già citata formula di R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, cit.

⁴⁰ In proposito, è allora senz'altro possibile condividere la tesi di chi ha registrato nella «contrazione di carattere sostanziale [subita] dalla funzione decisionale del Parlamento» e nel conseguente stato di marginalizzazione della «legge parlamentare nel quadro di processi di regolazione sempre più complessi ed articolati». I fattori che più hanno inciso sulla tenuta della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; nella dottrina costituzionalistica gli studi che hanno indagato lo «spostamento del potere normativo primario dal Parlamento al Governo» sono davvero numerosi: v., per tutti, U. DE SIERVO, *Ma chi fa i decreti legislativi?*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) F. Coccozza, S. Staiano, Giappichelli, 2001, p. 497 ss.

⁴¹ V., diffusamente, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 33 ss.

della riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., segnalando l'importanza che «la discussione e la deliberazione in tema di delitti e di pene [siano basate] sulla interazione e sulla collaborazione tra le diverse forze politiche, in modo tale che la minoranza sia il più possibile coinvolta sia nella fase di elaborazione delle scelte, sia nella deliberazione finale in termini di auspicabile co-decisione»⁴²; è altrettanto vero che, nelle ultime legislature in particolare, si sono registrate forti spinte tese a soffocare la dialettica tra maggioranza e minoranza e che, non di rado, si è addirittura dubitato dello stesso diritto delle minoranze a interloquire, nel dibattito parlamentare, sulle misure penali oggetto d'esame⁴³.

Il tema in parola, come è facile intuire, è tale da coprire orizzonti molto vasti, che chiamano in causa, oltre alle questioni già richiamate, anche quelle relative al funzionamento delle regole sulle procedure parlamentari, con problematiche di una certa rilevanza allorché si ragioni degli strumenti di cui può disporre il Governo per *dirigere* la propria maggioranza⁴⁴, accelerando l'approvazione dei disegni di legge di iniziativa governativa⁴⁵. Anche nella materia penale, peraltro, il Governo ha fatto ricorso alla questione di fiducia⁴⁶, servendosi talvolta

⁴² Così G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1253 ss., il quale richiama una riflessione di S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005, p. 467 ss., per cui le decisioni politiche – anche ovviamente quelle relative al se e come punire – «per essere democratiche devono essere adottate mediante il concorso tra maggioranza e minoranza. Almeno, deve essere possibile il concorso tra la prima e la seconda: il principio di maggioranza come principio funzionale è una regola di chiusura, che deve essere 'sopportata' per consentire al sistema di mantenere una sua funzionalità. I presupposti per il superamento del principio di maggioranza, però, non devono mai venir meno».

⁴³ V., ancora, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 34, il quale, in questa prospettiva, mette in luce «l'alterazione delle regole sul funzionamento interno delle assemblee, con uno sbilanciamento a favore dell'asse Governo-maggioranza, soprattutto con riferimento alla formazione del calendario dei lavori e dell'ordine del giorno, incidendo per tale via significativamente sulle modalità di svolgimento degli stessi, sulle priorità dei temi da trattare e sui tempi assegnare al dibattito ed alle opposizioni».

⁴⁴ Secondo la consueta formula proposta da L. ELIA, *La "stabilizzazione" del governo dalla Costituente ad oggi*, relazione al Convegno dell'Accademia dei Lincei su "La Costituzione ieri e oggi", Roma, 9-10 gennaio 2008, in *Astrid.eu*.

⁴⁵ Sul tema, v., ancora, F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, cit.

⁴⁶ Con una prospettiva di carattere generale, è poi utile segnalare che, nel corso della XVII legislatura, ad esempio, la questione di fiducia è stata posta ben 69 volte (con un equilibrio perfetto: 34 volte alla Camera e 35 al Senato) e che il 52,4 % delle leggi di conversione è stato approvato attraverso almeno un voto di fiducia – cfr. Servizio Studi – Osservatorio sulla legislazione - Appunti del Comitato per la legislazione, "La produzione normativa nella XVII legislatura", p. 43. Sul tema v., per tutti, A. MANZELLA, *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti tra maggioranza e opposizione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n.5-6/1969, ora in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Giuffrè, 1970, pp. 250 e ss; e, più di recente, G. RIVOCCHI, (voce) *Fiducia parlamentare*, in *Dig. Disc. Pubbl.*,

anche del cd. *binomio del diavolo*, facendo cioè ricorso, contestualmente, alla questione di fiducia e al maxi-emendamento⁴⁷, finendo, all'evidenza, in tutti questi casi, per strozzare il dibattito parlamentare⁴⁸.

La prassi delle ultime legislature ha mostrato alcuni esempi davvero emblematici di questo modo di legiferare nella materia penale, in cui, addirittura, nelle ipotesi più patologiche, il Governo non ha esitato a porre più volte la questione di fiducia, in entrambi i rami del Parlamento, durante l'*iter* di conversione di un decreto legge, su un maxi-emendamento interamente sostitutivo del testo originario: così, per esempio, nella *stupefacente* vicenda che la Corte costituzionale ha affrontato in occasione della sentenza n. 32 del 2014; in questo caso, il Governo ha posto la questione di fiducia, sia alla Camera che al Senato, su un maxi-emendamento sostitutivo dell'intero testo della legge di conversione di un provvedimento d'urgenza ex art. 77 Cost., peraltro in una materia che, nelle stesse parole della Corte, attesa la delicatezza delle scelte di natura politica, giuridica e scientifica ad essa sottese, «avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge»⁴⁹.

Con lo stesso spirito critico, può essere segnalata la *Riforma Orlando* – con cui, nella XVII legislatura, è stata portata a termine un'ampia ed articolata revisione del Codice penale e, soprattutto, del Codice di rito⁵⁰ – che è stata approvata con un doppio voto di fiducia, prima al Senato e poi alla Camera e che

Utet giuridica, 2008; v., anche, I. LOLLI, *Decreti-legge e disegni di legge: il Governo e la 'sua' maggioranza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, p. 17.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014, punto n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Nella dottrina costituzionalistica, v. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, (a cura di) E. Gianfrancesco e N. Lupo, Luiss University Press, 2007; e E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 809 ss.; anche nelle riflessioni della dottrina penalistica, c'è chi – come C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 33 ss. – ha evidenziato che «i fattori di erosione della riserva di legge attingono anche la fase procedimentale; sono così stigmatizzate talune 'distorsioni interne al procedimento legislativo', quali in particolare: 1) il ricorso ai c.d. maxi-emendamenti da parte del Governo, volti ad elidere la discussione in aula sul testo da approvare ed il confronto con le opposizioni; 2) l'abuso del ricorso alla 'questione di fiducia', con una sorta di *ultimatum* imposto alla maggioranza parlamentare circa l'approvazione incondizionata del testo normativo, pena le dimissioni del Governo in caso di mancata approvazione (leggasi ratifica); 3) il combinato tra maxi-emendamento e questione di fiducia, con apposizione di quest'ultima rispetto all'approvazione del primo, in modo da azzerare le possibilità di insuccesso della ratifica del testo».

⁴⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014, punto n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ La *Riforma Orlando* ha inciso significativamente su molti istituti di parte generale, come la prescrizione: in proposito, v. S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2017; anche la disciplina processuale è stata largamente rivista, specie sul versante delle impugnazioni: su questi

conteneva al suo interno importanti deleghe per la riforma dell'ordinamento penitenziario⁵¹, per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali⁵², oltre che per la materia delle intercettazioni e delle impugnazioni⁵³. Ancora, nella scorsa legislatura, in sede di conversione del decreto n. 113 del 2018, cd. *Sicurezza*, il Governo ha posto la questione di fiducia su un maxiemendamento interamente sostitutivo del testo originario, peraltro introducendo *ex novo* fattispecie penali non previste nel provvedimento originariamente licenziato ai sensi dell'art. 77 Cost.⁵⁴. Può essere richiamata anche la controversa riforma *Spazzacorrotti*⁵⁵ che ha inciso profondamente su diversi istituti, di diritto sostanziale e processuale e che è stata approvata all'esito

aspetti, tra i molti, AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) A. Scafati, Giappichelli, 2017; e C. SCACCIANOCE, *La Riforma 'Orlando' e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla 'specificità' dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, in *Archivio penale*, 3/2017.

⁵¹ Su cui, A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2017; sul tema, più in generale, E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2018; e, più di recente, F. DELLA CASA, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta della centralità del carcere*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 giugno 2018; e G. DI ROSA, *Le solitudine in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2018.

⁵² V., tra i molti, G. L. GATTA, *Riforma Orlando: la delega in materia di misure di sicurezza personali. Verso un ridimensionamento del sistema del doppio binario*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2017.

⁵³ Su cui, A. MARANDOLA, *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 ottobre 2017.

⁵⁴ Si tratta, per esempio, del delitto di cui al nuovo art. 669-bis c.p., ai sensi del quale «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque esercita l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o attraverso il ricorso a mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà, è punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000. È sempre disposto il sequestro delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere l'illecito o che ne costituiscono il provento»; e del delitto di cui all'art. 600-octies c.p., modificato nei seguenti termini: «a) è aggiunto, in fine, il seguente comma: "Chiunque organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto è punito con la reclusione da uno a tre anni"; b) la rubrica è sostituita dalla seguente: "Impiego di minori nell'accattonaggio. Organizzazione dell'accattonaggio».

⁵⁵ Legge 9 gennaio 2019, n. 3, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*; per tutti, v. V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2019; nonché, per l'esame di alcuni profili processuali di rilievo, L. LUDOVICI, *Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge 'spazzacorrotti'*, in *Diritto penale e processo*, 6/2019, p. 768; e E. MARZADURI, *Disciplina delle accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9 gennaio 2019 n. 3*, in *La legislazione penale*, 2019.

dell'apposizione della questione di fiducia su un maxiemendamento interamente sostitutivo del disegno di legge. La più recente riforma del processo penale – che prende il nome dalla Ministra della Giustizia, Prof. Marta Cartabia, che l'ha promossa⁵⁶ – si presta ad essere catalogata in modo analogo: in entrambi i rami del Parlamento, infatti, il Governo ha posto la questione di fiducia, limitando fortemente il dibattito in aula.

Insomma, alla luce del quadro qui descritto, appare ben lontano – non solo, evidentemente, nel tempo – il pensiero del Prof. Giacomo Delitala che, nella prospettiva di una piena valorizzazione delle istanze di democraticità sottese all'art. 25, secondo comma, Cost., auspicava un Parlamento capace di rappresentare la «sede in cui le voci discordi dell'opposizione (...) [potessero riuscire a] contrastare la 'dittatura della maggioranza'»⁵⁷.

3. (segue) ... e nuove prospettive, tra il cd. *judicial activism* e gli obblighi di penalizzazione di matrice europea

Le dinamiche descritte in precedenza identificano soltanto una porzione di quelle *zone di sofferenza* che la riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. sta faticosamente attraversando; vi sono almeno due ulteriori fattori che è necessario richiamare, sia pur nell'economia di una descrizione sintetica, per tentare di fornire un quadro d'insieme che tenga conto anche degli aspetti di maggiore novità: sul versante interno, la profonda alterazione dei rapporti funzionali tra il Parlamento e i giudici – comuni e costituzionali – con «estroflessione dell'ambito di competenza dei secondi a danno del primo»⁵⁸; sul versante dei cd. fattori *esogeni* di crisi della riserva di legge penale, la progressiva compromissione degli spazi di discrezionalità del legislatore nazionale a fronte della crescente incidenza dei vincoli sovranazionali e della giurisprudenza delle Corti europee che, in molti casi, quegli stessi vincoli hanno contribuito a definire⁵⁹.

I due fattori, a ben vedere, sono interconnessi: il cd. *judicial activism* di alcuni magistrati nazionali, infatti, viene problematicamente in rilievo – proprio

⁵⁶ Si tratta precisamente della legge 27 settembre 2021, n. 134, *Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*; su cui, per tutti, G. L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Cartabia'*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021; e E. SCORZA, *La riforma della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Osservatorio AIC*, 1/2022.

⁵⁷ Così G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 688.

⁵⁸ Così precisamente V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., p. 518 ss.

⁵⁹ A livello di Unione europea, si è fatto spesso cenno in dottrina all'attivismo della Corte di giustizia: per tutti, v. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009.

perché in tensione con le *rationes* sottese alla riserva di legge in materia penale – quante volte ci si incammini sul terreno del confronto con le fonti sovranazionali⁶⁰.

In tale contesto, non si può ignorare il carattere fisiologico – quasi *inevitabile*⁶¹ – di una certa discrezionalità giudiziale⁶², per quanto concerne sia l'individuazione del preciso quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, sia

⁶⁰ In una prospettiva generale, per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 45, «da tempo si segnala il crescente attivismo giudiziario, che ha portato 'sia ad un tendenziale primato del diritto penale giurisprudenziale (...), sia alla assunzione da parte del potere giudiziario di un ruolo (sostanziale) della politica criminale; in collaborazione con il potere politico-legislativo ma, non di rado, anche in contrapposizione con esso»; sul tema, v. anche G. FIANDACA, *La legalità penale*, cit., p. 137 ss.; e V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 34, per cui la crescita esponenziale degli strumenti ermeneutici a disposizione dell'interprete è «direttamente proporzional[e] al proliferare delle fonti incidenti nella materia penale»; inoltre, si vedano anche le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, p. 1, per il quale «gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità».

⁶¹ Per G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 93, è infatti importante «registrare come oggi cominci finalmente, tra gli stessi penalisti, a far breccia (ancorché persistenti resistenze, dovute in parte a ritardo culturale, in parte a comprensibili preoccupazioni garantiste) la scoperta – divenuta, nel frattempo, una verità quasi banale fuori dal recinto penalistico – che il giudice in qualche modo e misura crea (ancorché rimanga impreciso il significato di questo 'creare'), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali: e come a tale scoperta inizi ad accompagnarsi, ad un tempo, la presa di consapevolezza o (almeno) il dubbio che non possa accadere altrimenti».

⁶² La più autorevole dottrina costituzionalistica, peraltro, ha notato da tempo il generale «diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giurisdizione che non nella legislazione» – cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012; sullo stesso tema, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011 e, dello stesso A., N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015.; anche di recente è stato autorevolmente osservato che «ormai da tempo la cultura giuridica ha messo in soffitta un certo "positivismo ingenuo" che riduceva l'attività interpretativa a mera esecuzione della legge. Certamente in una società democratica dobbiamo riconoscere che esiste una discrezionalità giudiziaria, ma bisogna interrogarsi su quali sono i limiti di tale discrezionalità, affinché i Giudici siano i primi garanti dei nostri diritti e non si trasformino, magari involontariamente, in una minaccia per gli stessi» – cfr. G. PITRUZZELLA, *Prefazione*, in O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, 2022; in generale sul tema, v. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, 2015.

la conseguente applicazione della regola di diritto in esso ricostruita⁶³. Da questo punto di vista, con estrema lungimiranza aveva già delineato le problematiche in gioco *Hans Kelsen* il quale ebbe a dire, nella prima metà del secolo scorso, che «quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere 'politico' che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione»⁶⁴.

Con la consapevolezza che si discute di vertiginose questioni di fondo⁶⁵ – che incrociano tematiche su cui la migliore dottrina⁶⁶ per lungo tempo si è confrontata⁶⁷ –, ci si limita qui a segnalare che è senz'altro possibile registrare un rapporto di proporzionalità inversa tra la qualità della legislazione⁶⁸ e il ruolo, più o meno creativo, della giurisprudenza chiamata a darvi applicazione nei casi concreti: in quest'ottica, allora, è senz'altro condivisibile il ragionamento di chi

⁶³ Sottolinea questa duplice dimensione dell'attività dell'interprete V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 22, per cui «è proprio la creatività del giudice – il suo contributo quantitativamente crescente e qualitativamente mutato nell'applicazione e prima ancora nella ricostruzione del 'diritto', ovvero la sua discrezionalità 'enormemente aumentata' – il 'dato di realtà' che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale». Sul medesimo tema, diffusamente, R. BIN, *Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, 2015, secondo il quale la discrezionalità del giudice nell'applicazione delle leggi «è enormemente aumentata da quando, oltre alla legge, il giudice si trova ad applicare direttamente principi tratti dalla Costituzione e persino da altri ordinamenti» e che «sempre più spesso le valutazioni del giudice sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell'alveo dei criteri fissati dal legislatore».

⁶⁴ Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981, p. 242.

⁶⁵ Espressione che utilizza V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 28, proprio per introdurre il tema della giurisprudenza-fonte delle Corti sovranazionali e dei, correlati, vincoli che condizionano l'attività dei giudici comuni.

⁶⁶ Per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993, cap. XXIV, e, dello stesso A., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992, pp. 108-112.

⁶⁷ Sul versante penalistico, v. D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p. 29 ss., il quale osserva che «diversamente dai padri nobili illuministi del pensiero penale moderno, siamo oggi ben consapevoli che l'interpretazione della legge è un'impresa conoscitiva ineludibile. Riguarda innanzi tutto i destinatari dei precetti; l'applicazione del diritto penale sta innanzi tutto nell'osservanza dei precetti. Proprio il disincanto rispetto all'ideale di un azzeramento dell'interpretazione (cioè di una assoluta certezza e chiarezza del messaggio legislativo, e della riduzione del giudizio sul giusto e l'ingiusto a giudizio di fatto) impone di prendere sul serio il problema dello scarto da quell'ideale. Il linguaggio del diritto (non diversamente dal linguaggio ordinario) non è riducibile a calcolo logico»; e F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 giugno 2016, p. 4 ss., per cui «è un passaggio ormai in atto da molto tempo quello che nel campo del diritto penale vede corrispondere al declino della 'legalità della legge' una crescente valorizzazione della 'legalità effettuale'».

⁶⁸ Non solo, evidentemente, nella materia penale: sul tema, v. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, p. 3 ss.

sostiene che tanto più il legislatore è impreciso, equivoco o contraddittorio⁶⁹, quanto più potranno trovare spazio interpretazioni creative, volte a ricavare da quelle stesse previsioni significati precisi e chiari⁷⁰. Il tema dell'ampiezza dei poteri interpretativi del giudice penale, su questo crinale, finisce inevitabilmente per intercettare quello della determinatezza delle norme penali e del correlato divieto di analogia *in malam partem*⁷¹, nonché, in una prospettiva ancora più in generale, quello della stessa complessiva organicità del sistema penale⁷².

Fatte queste premesse, è importante ancora ribadire – sulla scorta della dottrina che in modo critico si è interrogata sul punto⁷³ – che, in taluni casi, la

⁶⁹ Per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 59, «il problema si è sviluppato indubbiamente anche in ragione della cattiva qualità delle norme penali, dai testi talvolta oscuri, non al passo coi tempi e (...) in ragione della mancata riforma del codice penale fascista del 1930»; l'A., inoltre, nello svolgere articolate riflessioni sul tema, ricorda il comunicato con cui il Presidente della Repubblica ha accompagnato la promulgazione della legge di conversione sulla sicurezza pubblica (che si componeva di tre articoli, rispettivamente, di 32, 30 e 66 commi, come risultato della apposizione della questione di fiducia su tre maxiemendamenti): «la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme devono poter essere 'riconosciuti' (Corte costituzionale n. 364 del 1988) sia da chi ne è il destinatario sia da chi deve darvi applicazione. Il nostro ordinamento giuridico risulta seriamente incrinato da norme oscuramente formulate, contraddittorie, di dubbia interpretazione o non rispondenti ai criteri di stabilità e certezza della legislazione: anche per le difficoltà e le controversie che ne nascono in sede di applicazione» – cfr. Comunicato del 15 luglio 2009, in *quirinale.it*.

⁷⁰ Per V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018, p. 12, «al di là dei fisiologici adattamenti ermeneutici, è vero pure che ci sono casi dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca (affidata a 'clausole generali', definizioni tautologiche, concetti vaghi o indeterminati, o veri e propri Ventilbegriffe), o persino ambigua e fuorviante»; nello stesso senso, per C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmanniani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2014, p. 1099 ss., «quanto più la norma applicabile è incerta, tanto più si amplia lo spazio di intervento del formante giurisprudenziale, e ciò proprio per la particolare attitudine di questo a districarsi, nella materia oggetto della regolazione, 'tra le maglie della rete'».

⁷¹ Precisamente per M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998.

⁷² Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1669 ss.; sul tema anche A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale 'frammentario' a un diritto 'frammentato'*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2016; sul tema, inoltre, DE GASPERIS, *Il 'nuovo' reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, 2/2015, p. 1624 ss.; già per M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, 1984, p. 8, «l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo».

⁷³ Su cui, in particolare, v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 13 ss.; e I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 59 ss.

stessa attività della Corte costituzionale, attraverso il ricorso massiccio a decisioni di inammissibilità per omessa interpretazione conforme⁷⁴, ha favorito, anche nella materia penale, il diffondersi di pratiche interpretative non sempre ortodosse, capaci di contribuire, nelle loro derive più patologiche, alla progressiva lacerazione della cd. *legalità legale*⁷⁵. In questo complesso scenario, peraltro, lo stesso giudizio di legittimità costituzionale – *accentrato*, secondo la scelta operata dai Costituenti⁷⁶ – ha talvolta assunto problematiche coloriture di *diffusività*⁷⁷, venendo sostituito «da un sindacato caso per caso, con effetti im-

⁷⁴ Come ricorda M. D'AMICO, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, (a cura di) M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, 2008, p. 499 ss., «il tema dell'interpretazione conforme a Costituzione è uno degli snodi problematici di qualsiasi sistema di giustizia costituzionale, in quanto caratterizza il rapporto fra Corte costituzionale e giudici comuni e, in ultima analisi, concorre a qualificare in modo definitivo la stessa natura e la stessa legittimazione costituzionale (...). Il problema dell'interpretazione conforme viene 'ributtato' sui giudici comuni, a partire dal caso emblematico della nota sentenza n. 356 del 1996 (...) ed è in questa fase che vengono progressivamente alla luce (...) le problematiche poste dall'utilizzo 'disinvolto' dell'interpretazione conforme. In quest'ottica mutata, si evidenzia il possibile rischio di alterare il carattere accentrato del sindacato di costituzionalità e, da ultimo, e la soggezione del giudice alla legge»; su quest'ultimo profilo, v. anche M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'*, in *Foro amm.-TAR*, VI, supplemento al n. 7-8, 2007, p. 87 ss.; E. CATELANI, *I problemi di attuazione/applicazione della Costituzione tra interpretazione "conforme" e prospettive di riforma costituzionale*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?* (a cura di) G. Brunelli – G. Cazzetta, Giuffrè, 2013; e V. ANGIOLINI, *L'«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., pp. 1-11

⁷⁵ Il paradigma dell'interpretazione «conforme a [...] si è affermato, da tempo, in modo indiscusso, imponendo una lettura delle fonti, di volta in volta, "conforme a Costituzione", "conforme al diritto comunitario" (ora dell'Unione); "conforme a Convenzione" (europea dei diritti dell'uomo), "conforme al diritto internazionale" (...) In questo modo, però: a) si è lacerata la legalità legale, non più semplicemente modellata (come si dovrebbe) dalla legalità costituzionale, ma da questa interamente sostituita; b) il giudice comune si è sostanzialmente sostituito al giudice costituzionale, rimpiazzando l'incidentalità e il controllo accentrato con un controllo para-diffuso di costituzionalità; c) il giudice costituzionale, a sua volta, ha indebitamente ridotto il raggio di applicazione di una previsione che appare essenziale per la certezza del diritto come quella di cui all'art. 136 Cost., che impone l'annullamento delle leggi illegittime» – cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)* in *Rivista AIC*, 3/2012; dello stesso A., v. anche, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi*, 2007, il quale sottolineava i rischi dell'interpretazione conforme, potenzialmente capace, in assenza di controlli, di trasformarsi in «normazione».

⁷⁶ Si vedano sul tema i ricchi contributi raccolti in AA. V.V., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni* (a cura di) B. Caravita, Giappichelli, 2021.

⁷⁷ Cfr. Av.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*. *Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, (a cura di) E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, 2002; con un'attenzione particolare ai risvolti penalistici, per V. MANES, *Il*

prevedibili, che anziché la certezza del diritto assicura, negli slogan delle dottrine entusiaste, la ‘certezza dei diritti’, la quale, nella realtà, è però spesso il trionfo del soggettivismo occasionalistico applicato alla giurisdizione, attraverso interpretazioni pretesamene conformi a Costituzione, che non di rado prescindono dal testo di legge»⁷⁸.

Molto spesso le interpretazioni *creative* proposte dalla giurisprudenza oltrepassano i confini testuali della fattispecie oggetto del giudizio concreto, con la conseguenza che, in simili casi, inalterata la formulazione legislativa, la stessa area di rilevanza penale subisce, a seconda dei casi e secondo valutazioni discrezionali dell’interprete, un’ estensione o un ridimensionamento⁷⁹. A ben vedere, la casistica degli interventi creativi della giurisprudenza penale è davvero

giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, cit., p. 87, «l’apertura a momenti di controllo diffuso – tipicamente sottesi al potere/dovere di disapplicazione – sul contrasto tra diritto penale e diritti fondamentali, a fronte della loro congenita trasversalità e astrattezza, rischia di trasferire in capo al giudice comune margini di valutazione e di bilanciamento vertiginosi, chiamandolo a valutazioni assiologiche che, nel nostro sistema, sono istituzionalmente rimesse al controllo accentrato di legittimità: con il quale si è ‘misurato’ un codice penale autoritario al metro dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Costituzione democratica, detergendone le incrostazioni più illiberali».

⁷⁸ Cfr. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., pp. 319-320; a sostegno della propria tesi, l’A. richiamava un interessante caso in cui la Corte di Cassazione aveva interpretato in modo *antiletterale* l’art. 275, comma 3, c.p.p., sull’obbligo di applicazione della misura cautelare in carcere: in quell’occasione, la Suprema Corte aveva stabilito che potessero essere applicate misure diverse quando fossero stati acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, idonei a dimostrare che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte anche mediante restrizioni non carcerarie della libertà personale. Dello stesso A., v., anche, *L’ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015. Sul tema, v. anche M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalla sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 1/2012; e T. E. EPIDENDIO, *Violenza sessuale di gruppo: la crisi dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale (Nota a Cass. Sez. Un. Pen. 20 gennaio 2012, n. 4377)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 408 ss.; criticamente, sul crescente *trend* che spinge verso surrettizie aperture al controllo diffuso di costituzionalità, v., anche, O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012.

⁷⁹ Per G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 95, la lettura «o rilettura costituzionalmente orientata di testi normativi vecchi o nuovi, bisognosi di correttivi ortopedici per renderli legittimi a cospetto della Costituzione, si avvale di tecniche e stili argomentativi (argomentazioni per principi dallo spettro generale e indeterminato, giudizi di valore, bilanciamenti tra valori o principi ecc.) che non potrebbero essere più lontani da quella scienza o dogmatica di stampo strettamente concettualistico-legalistico che appariva, fino ad alcuni addietro, la più congeniale a un principio di riserva di legge concepito alla vecchia maniera giuspositivistica». Sulla stessa linea F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., p. 1293 ss., per il quale «interpretazione adeguatrice, costituzionalmente orientata (...) hanno definitivamente messo in

molto ricca e densa di implicazioni pratiche⁸⁰: tra le molte, possono qui segnalarsi le vicende *ILVA* e *Ethernit*, su cui la dottrina anche costituzionalistica molto ha ragionato nel corso degli anni⁸¹, nell'ambito delle quali sono state poste interessanti questioni sui limiti dell'attività interpretativa nella materia della tutela penale dell'ambiente; ed ancora, nella medesima prospettiva, è utile ricordare che la più rigorosa dottrina penalistica ha spesso criticamente commentato – in quanto ritenute espressive di un *diritto penale di lotta*⁸² – le interpretazioni proposte dalla giurisprudenza di legittimità sulla fattispecie di corruzione, di cui al previgente art. 318 c.p., sulla ipotesi di rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, prevista e punita dall'art. 437 c.p., nonché sul reato di getto pericoloso di cose, di cui all'art. 674 c.p.; e, più di recente, è stato possibile rintracciare un vivace attivismo giudiziario in merito all'interpretazione della causa di

ginocchio il paradigma politico-istituzionale dell'onnipotenza democratica della legge fondata sulla presunzione di legittimità/intangibilità dei suoi contenuti». Sulla complessità dell'interpretazione conforme in materia penale, v., ancora, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 48, «l'interpretazione conforme è dunque anche, ad un tempo, tecnica di integrazione e di sviluppo (*Rechtsfortbildung*) del sistema normativo 'europeo' (lato sensu inteso), di armonizzazione indiretta ma immediata (perché prescinde dall'*interpositio legislatoris*), e parallelamente – non solo nella prospettiva della Convenzione EDU – fattore di irradiazione dei diritti fondamentali nei diversi Stati membri».

⁸⁰ Per una precisa ricostruzione dei filoni giurisprudenziali più significativi al riguardo, v., per tutti, V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018; e M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e le sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2016, p. 15 ss.; si segnalano, sul tema, anche le preziose riflessioni di V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Jovene, 2009.

⁸¹ Sulla vicenda *Ilva*, v. A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC*, 3/2014, p. 1 ss.; e G. ARCONZO, *Note critiche sul 'decreto legge ad Ilvam', tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2012, p. 16 ss.; dello stesso A., *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, 15 febbraio 2013, p. 28 ss.; sulla vicenda *Ethernit*, v. G. M. FLICK, *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1/2015; per un commento critico dell'esito della vicenda, v. anche G. L. GATTA, *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Ethernit*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 24 novembre 2014.

⁸² Così M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, (a cura di) R. E. Kostoris e R. Orlandi, Giapichelli, 2006, p. 19 ss.; e, dello stesso A., *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito interno sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, p. 55 ss.

non punibilità dell'art. 384 c.p.⁸³, della nozione di privata dimora contemplata dall'art. 624-*bis* c.p. e dell'ambito applicativo della fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico, di cui all'art. 615-*bis* c.p.

Di indubbio interesse, ai presenti fini, il dibattito che si è animato, a margine del procedimento penale a carico di Marco Cappato⁸⁴, intorno all'interpretazione della fattispecie di *Istigazione o aiuto al suicidio*, di cui all'art. 580 c.p., che punisce, con un trattamento sanzionatorio molto severo, la condotta di chi determini altri al suicidio o rafforzi l'altrui proposito, ovvero ne agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione. Questo caso consente di evidenziare come anche le interpretazioni *in bonam partem*, volte a ridurre l'area del penalmente rilevante, possano porre seri problemi di compatibilità con la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., finendo anche in questi casi l'interprete per sostituirsi al legislatore nelle valutazioni sull'opportunità di punire o non punire una determinata condotta. Nel corso del noto procedimento a carico di Cappato, si era fatta strada, fin dalle indagini preliminari⁸⁵, l'idea che la condotta realizzata dall'imputato – consistita nell'accompagnamento, presso una struttura sanitaria straniera, di un soggetto determinatosi al suicidio in piena autonomia – potesse essere interpretata come non rientrante nel perimetro applicativo dell'art. 580 c.p., pur a fronte di un significativo precedente della Cassazione⁸⁶

⁸³ Cfr. *infra* Cap. 3 § 10.

⁸⁴ Si vedano, per tutti, i contributi di M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*; e A. CONTINIELLO – G. POGGIALI, *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale*; entrambi pubblicati in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017; per il carattere antitetico delle tesi sostenute, possono segnalarsi gli scritti M. RONCO, *L'istigazione o l'aiuto al suicidio*, in *Centrostudiliviatino.it*, 4 settembre 2017 e di M. D'AMICO, *L'art. 580 c.p. e la sua incostituzionalità. Scegliere di morire 'degnamente' e 'aiuto' al suicidio. I confini della rilevanza penale davanti alla Consulta*, in *Corriere giuridico*, 6/2018, p. 737 ss.

⁸⁵ Nella richiesta di archiviazione del 2 maggio 2017, i Pubblici ministeri milanesi scrivevano che «sembra più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma, che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale». A commento del provvedimento, v. P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017.

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. I pen., sentenza n. 3147 del 1998. A commento della decisione, volendo M. C. BISACCI, *Brevi considerazioni in margine di un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*, in *Cass. Pen.*, 3/1999, p. 871 ss.; e F. INTRONA, *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2000; si tratta di una sentenza emessa dalla Cassazione in riforma di una decisione della Corte d'appello di Messina del 10 giugno 1997, con nota di E. FELICI, *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in *Giur. Merito*, 1998, p. 731 ss.

che aveva in senso opposto chiarito come, nel tipizzare le condotte di aiuto al suicidio, il legislatore avesse inteso punire «qualsiasi forma di aiuto o di agevolazione di altri del proposito di togliersi la vita, agevolazione che può realizzarsi in qualsiasi modo: ad esempio, fornendo i mezzi per il suicidio, offrendo istruzioni sull'uso degli stessi, rimuovendo ostacoli o difficoltà che si frappongono alla realizzazione del proposito etc.»⁸⁷. Per corroborare questa particolare interpretazione, veniva valorizzata, *inter alia*, una decisione del G.U.P. presso il Tribunale di Vicenza⁸⁸ che, in un caso analogo, aveva sostenuto come le condotte di agevolazione incriminate dall'art. 580 c.p. fossero «solo quelle direttamente e strumentalmente connesse all'attuazione materiale del suicidio», che si pongono, in altre parole, «essenzialmente come condizione di facilitazione del momento esecutivo del suicidio stesso»; ovvero, secondo quanto precisato nella conforme decisione della Corte d'Appello di Venezia⁸⁹, che risultino «in necessaria relazione con il momento esecutivo del suicidio»⁹⁰. Senza potersi dilungare sul punto⁹¹, è utile sottolineare che tale interpretazione non sembra considerare l'inequivoco dato testuale della fattispecie in commento, la quale punisce chiunque agevoli «in qualsiasi modo l'esecuzione» dell'altrui gesto suicida⁹², nel cui ambito sono dunque destinate

⁸⁷ Ulteriormente ribadendo, su questa linea, che «l'ipotesi dell'agevolazione al suicidio prescinde totalmente dall'esistenza di qualsiasi intenzione, manifesta o latente, di suscitare o rafforzare il proposito suicida altrui»; essa, semmai, presuppone che «l'intenzione di auto sopprimersi sia stata autonomamente e liberamente presa dalla vittima».

⁸⁸ Cfr. G.U.P. Vicenza, sentenza del 14 ottobre 2015, con note di F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. Pen.*, 2/2017, p. 31 ss.; e C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2017, p. 308 ss.

⁸⁹ Cfr. Corte d'App. Venezia, sentenza del 10 maggio 2017.

⁹⁰ Non è privo di rilievo, peraltro, sottolineare che, nel caso deciso con questi due provvedimenti, la condotta dell'imputato – consistita, come nel caso di specie (pur se con talune differenze di cui non occorre qui dar conto), nell'accompagnamento dell'aspirante suicida – era stata esclusa dall'area della tipicità penale dell'art. 580 c.p., principalmente, perché ritenuta «del tutto fungibile», dal momento che il soggetto assistito nell'esecuzione delle proprie volontà auto-soppressive si trovava nelle condizioni di poter procedere autonomamente al viaggio e, quindi, di poter dare esecuzione in autonomia al proprio proposito.

⁹¹ L'unico addentellato normativo cui potrebbe eventualmente agganciarsi l'interpretazione restrittiva *de qua* è rappresentato dalla nozione di «esecuzione» di cui fa appunto menzione l'art. 580 c.p. Il G.U.P. di Vicenza e, con esso, la Corte d'Appello di Venezia e la stessa Procura presso il Tribunale di Milano – nella fase delle indagini preliminari del procedimento a carico di Cappato – hanno infatti ritenuto che «soltanto l'aiuto reso negli ultimi e decisivi frangenti che precedono il gesto finale potrebbe assumere rilevanza penale», ai sensi dell'art. 580 c.p.

⁹² Nell'ordinanza con cui il G.I.P. presso il Tribunale di Milano ha imposto l'imputazione coatta nei confronti di Cappato si legge che: «l'impiego del verbo agevolare denota già, in sé, l'intenzione del legislatore di sanzionare ogni condotta che materialmente renda possibile l'altrui convincimento. Anche facendo riferimento ad un qualunque dizionario della lingua italiana, al fine di cogliere il co-

a ricadere tutte quelle condotte che rappresentano «validi, necessari antecedenti causali del suicidio», pur se poste in essere, in ipotesi, anche a distanza di tempo dalla verifica dell'evento auto-soppressivo. Del resto, lo stesso concetto di «aiuto» – contemplato nella rubrica dell'art. 580 c.p. – «riassume in sé ogni condotta che sia compiuta dal soggetto terzo e senza la quale l'esito mortale non si sarebbe verificato». Una simile lettura, in altre parole, sembra tradire la struttura a forma libera del reato *de quo* – paradigma cui, come noto, l'ordinamento ricorre proprio per presidiare beni giuridici di primaria rilevanza – traducendosi in una sorta di *interpretatio abrogans* della medesima fattispecie o comunque in una sua impropria e radicale manipolazione, perché finalizzata a circoscriverne l'area della tipicità penale, in dispregio della formulazione testuale dell'art. 580 c.p.⁹³, con una evidente alterazione della scelta di politica criminale operata, a suo tempo, dal legislatore e mai smentita, in forza della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost⁹⁴. Ben ha fatto, in definitiva, la Corte d'Assise – sul presupposto della impossibilità di torcere la fattispecie a tal punto da escludere la rilevanza penale della condotta materiale posta in essere dall'imputato – a rivolgersi al Giudice costituzionale per ottenere una pronuncia manipolativa con efficacia *erga omnes*. Si aggiunga, peraltro, che la soluzione interpretativa patrocinata dal Collegio milanese è stata avallata anche dalla stessa Corte costituzionale che, nell'ordinanza n. 207 del 2018⁹⁵, ha riconosciuto che «risulterebbe in contrasto con la lettera della disposizione, poiché si tradurrebbe in una *interpretatio abrogans*»⁹⁶ ritenere punibile, ai sensi del 580 c.p., la sola

mune significato del verbo in questione, il termine in analisi viene spiegato come 'rendere facile qualcosa, favorire qualcuno, assistere': agevolare, in altre parole, non vuol dire altro che aiutare (come, peraltro, dice la stessa rubrica dell'art. 580 c.p.) consapevolmente un soggetto nella realizzazione di un proposito già consolidato» – cfr. Ordinanza G.I.P., 10 luglio 2017, p. 8.

⁹³ Così F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* cit.; l'A. rilevava che l'accompagnamento in auto ha comunque «costituito una *condicio sine qua non* per la realizzazione nella sede svizzera del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto è pertanto un mero sofisma in quanto la condotta agevolatrice è quella in concreto tenuta dall'agente *hic et nunc*».

⁹⁴ È utile qui ricordare quanto affermato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 223 del 2015: «ben vero che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa conservazione, nel tempo, dei valori normativi già affermati nell'ordinamento» – cfr. Corte cost., sentenza n. 223 del 2015, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁹⁵ A commento della decisione, v., in particolare, A. RUGGERI, *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 2018; M. BIGNAMI, *Il caso cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018; e C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità dell'autodeterminazione alla morte*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018, punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

condotta agevolativa che sia, al contempo, generativa o rafforzativa dell'intento suicida.

Sotto un diverso profilo, le interpretazioni creative proposte dalla giurisprudenza – oltre a compromettere la tenuta della riserva di legge in materia penale – possono arrivare a condizionare lo stesso funzionamento del sistema *accentrato* di giustizia costituzionale; si rintracciano, infatti, alcuni interessanti casi in cui il giudice comune si attribuisce arbitrariamente il compito di svolgere, in luogo della Corte, un sindacato di costituzionalità sulle fattispecie penali che è tenuto ad applicare nei casi concreti⁹⁷. In tale contesto, la vicenda *De Tommaso* offre un esempio assolutamente paradigmatico: come si dirà meglio nei prossimi capitoli⁹⁸, nel dare seguito alla decisione della Corte EDU del febbraio 2017, le Sezioni Unite, con la nota sentenza *Paternò*⁹⁹, hanno enunciato il principio di diritto secondo il quale «l'inosservanza delle prescrizioni generiche di 'vivere onestamente' e 'rispettare le leggi', da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2001»¹⁰⁰. Orbene, questa soluzione sembra porsi irrimediabilmente in contrasto con quanto ribadito dalla Corte costituzionale, in occasione della più volte citata sentenza n. 115 del 2018, proprio in merito ai limitati spazi interpretativi che il giudice comune può legittimamente ritagliarsi nel settore *penale*, nonché, più in generale, con le regole che governano il giudizio di costituzionalità nel nostro ordinamento. Con questa sentenza, difatti, le Sezioni Unite si sono spinte ben oltre il lecito confine dell'interpretazione, ponendo in essere un vero e proprio scrutinio di costituzionalità, al metro del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., sulla fattispecie prevista dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, fino ad estromettere dal relativo campo di applicazione ipotesi – quelle, appunto, del «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» – espressamente previste a livello testuale. Il massimo organo nomofilattico, in questo modo, è in fin dei conti giunto ad *usurpare* un'attribuzione di spettanza esclusiva della Corte costituzionale, peraltro, sottovalutando l'impossibilità di estendere *erga omnes* e in via retroattiva gli effetti della propria decisione¹⁰¹. E

⁹⁷ Già N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 319, osservava che, in taluni casi, «il giudice comune si è sostituito al giudice costituzionale, [e] il giudizio in via incidentale si è avvizzito (anche quantitativamente: basta ascoltare i dati statistici contenuti nelle sempre più allarmate conferenze stampa annuali dei Presidenti della Corte), per essere sostituito da un controllo paradiffuso di costituzionalità».

⁹⁸ Cfr. *infra* Cap. 5 § 7.

⁹⁹ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*.

¹⁰⁰ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*, p. 18.

¹⁰¹ Impossibilità ribadita da copiosa giurisprudenza di legittimità: cfr., in particolare, Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 26259 del 2016, Imp. *Mraidi*; sul fronte costituzionale, invece, il riferimento è alla celebre sentenza n. 230 del 2012 con cui la Corte ha dichiarato non fondata la

non deve quindi sorprendere che alcuni mesi dopo la sentenza *Paternò*, una sezione semplice della Corte di Cassazione, nel caso *Sorresso*¹⁰² – anch'essa riconoscendo l'insanabile *deficit* di determinatezza di una fattispecie incriminatrice fondata su precetti tanto vaghi, ma ritenendo allo stesso tempo impraticabile la strada dell'emendabilità, per via interpretativa, del vizio accertato –, ha più correttamente deciso di sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, chiamando in causa il Giudice delle leggi.

La sensazione che si ha, a fronte del mosaico giurisprudenziale che si è soltanto tentato di abbozzare nelle precedenti pagine, è che, in taluni casi, le stesse fondamenta su cui la tradizione illuministica aveva fondato l'«edificio giuridico-moderno»¹⁰³, individuando nel principio del *nullum crimen* e nel principio della separazione dei poteri che ne sta alla base¹⁰⁴ gli elementi fondamentali per garantire l'equilibrio dell'intero sistema penale, siano oggi messe fortemente in discussione¹⁰⁵. In questa prospettiva, se è vero che l'immagine di un giudice *bouche de la loi* appartiene ad una dimensione storica superata¹⁰⁶, tanto che in

questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. «nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite»; v., in argomento, D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenza penale*, 2017.

¹⁰² Su cui, F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2017.

¹⁰³ V., in proposito, P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, 2012, p. 3 ss.; e dello stesso A., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, *passim*.

¹⁰⁴ La stretta correlazione tra il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e il principio della separazione dei poteri, scolpito nell'art. 101, secondo comma, Cost. è ben evidenziata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 11*; sulla stessa linea, è sembrata più di recente muoversi la Corte costituzionale, nell'ambito della nota vicenda *Taricco*, di cui all'ordinanza n. 24 del 2017 e alla sentenza n. 115 del 2018.

¹⁰⁵ In questa prospettiva, per A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4/2016, «la tesi secondo cui il giudice si limita a dichiarare un'entità preesistente o a svelare cosa dica il diritto o a concretizzarne il materiale nascosto, anche quando determini una nuova regola o norma, è una utile concessione al tranquillizzante modello di giudice come 'bocca del legislatore' che è ormai superato».

¹⁰⁶ Per cui «sembra aver ragione chi ha sottolineato come il giurista 'recettore' (di sostanze) – precipitato del positivismo giuridico e della sua metodologia avalutativa e contemplativa – abbia ormai lasciato il campo al giurista 'tessitore' (di relazioni); e che il giudice – per lungo tempo prigioniero della veste e della funzione di 'macchina per sillogismi' utopizzata dall'illuminismo giuridico (e così divulgata dalla propaganda giuridica borghese), appaia ormai una sorta di 'rapsodo' – deuteragonista del legislatore, e lector in fabula – impegnato, anzitutto, a ricostruire le diverse tessere del mosaico giuridico, secondo una metodologia che – mutatis mutandis – sembra richiamare ben più le cadenze dinamiche dell'interpretatio medievale che non quelle anodine della mera esegesi» – cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti*

dottrina si è ragionato, in riferimento alla stagione corrente, di un'«epoca dei giudici»¹⁰⁷ o dell'«età del protagonismo giudiziale»¹⁰⁸; è altrettanto vero, però, che qualsiasi interpretazione creativa – con cui, più o meno sensibilmente, viene manipolato il dato testuale della fattispecie astratta confezionata in sede legislativa – finisce per intaccare, a prescindere dagli effetti *in bonam* o *in malam partem* che ne derivano, il cuore stesso della riserva di legge in materia penale¹⁰⁹.

A questo riguardo, allora, si potrebbero utilmente richiamare le preziose riflessioni di Umberto Eco – per il quale «bisogna iniziare qualsiasi discorso sulla libertà dell'interpretazione da una difesa del senso letterale»¹¹⁰ – per ribadire ancora una volta che l'esegesi non è come il letto di *Procuste*, su cui poter «serviziare a piacimento la *littera legis*»¹¹¹, e che, di conseguenza, «nei casi di resistenza ermeneutica del testo» l'unica possibilità che ha l'interprete per incidere sul contenuto della fattispecie è quello di sollecitare l'intervento della Corte costituzionale.

Il nostro ordinamento, in questo senso, non ammette che il giudice possa assumere una funzione paralegislativa¹¹², ponendo in essere forme di *norma-*

sovranazionali, cit., p. 21; su questa stessa linea, per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 59, «si è consapevoli che un giudice bocca della legge non può esistere, ma, allo stesso tempo, si ritiene che il diffondersi di una cultura dell'interpretazione programmaticamente incline a riconoscere, anche in materia penale, ampi poteri interpretativi alla magistratura possa essere pericoloso».

¹⁰⁷ Così G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, p. 296 ss.

¹⁰⁸ Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 85 ss.

¹⁰⁹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2015, p. 46 ss., ha segnalato il «rischio che si è rivelato tutt'altro che teorico: il rischio di capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico»; dello stesso A., v., anche, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, (a cura di) M. Donini e R. Orlandi, Bononia University Press, 2015.

¹¹⁰ Così U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990, p. 26.

¹¹¹ L'immagine del mito classico di Procuste è richiamata e ulteriormente giustificata da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 57.

¹¹² N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione: leggendo la "libertà e la legge" di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, p. 262, ragionando criticamente su questi aspetti, osserva che «l'entrata in vigore di un testo normativo di qualunque genere, anziché rappresentare l'introduzione di una nuova regola dal contenuto determinato e misurabile, costituisce solo il punto di partenza di una «lotta» per la specificazione del suo significato e, dunque per la definizione della regola stessa. Si inizia col testo della norma, ma non si finisce affatto con esso. In questa «lotta» per la specificazione del significato delle regole poste dal legislatore il ruolo realmente decisivo

zione mascherata: egli, infatti, è imbrigliato, da una parte, nelle maglie dell'insuperabile confine tracciato dal dato testuale della fattispecie che è chiamato ad applicare, e, dall'altra, dalle regole che governano il giudizio di legittimità costituzionale, che gli vietano di sostituirsi alla Corte nel sindacato sulla conformità a Costituzione della medesima fattispecie. Su questa stessa linea, peraltro, la Corte costituzionale ha rimarcato che «se è vero che anche 'la più certa delle leggi ha bisogno di 'letture' ed interpretazioni sistematiche, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*»¹¹³, osservando che il giudice comune riveste, in ogni caso, un «ruolo essenziale nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa» rilevante nel caso concreto¹¹⁴.

Tanto detto in ordine al cd. *judicial activism*, occorre ora confrontarsi con alcune delle problematiche che discendono dalla progressiva emersione del c.d. *diritto penale europeo*¹¹⁵, le quali, a ben vedere, necessiterebbero di una autonoma trattazione per essere apprezzate in tutte le loro sfumature ed implicazioni

è assunto da un potere giudiziario che – quantomeno nei casi più critici e importanti – non si limita affatto ad «invenire» qualcosa di già dato, ma, attraverso le proprie sentenze, crea nuovo diritto, eventualmente colmando inerzie e carenze dei poteri politici». Lo stesso A. ricorda, in proposito, che «coloro che continuano a ritenere che la separazione dei poteri non sia soltanto un "assillo", ma un imperativo costituzionale derivante da norme positivamente vigenti [...] sottolineano che un ruolo creativo di diritto, in democrazia, spetta innanzitutto a chi ha ottenuto la legittimazione insita nel consenso del "popolo"».

¹¹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁴ In questo contesto, sembrano valere, in tutta la loro forza evocativa, le parole utilizzate da un insigne costituzionalista: «la tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti genera l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri. Come mostrano le strutture triangolari delle capriate che reggono le volte per secoli e secoli, i due montanti si uniscono al centro e li scaricano le loro forze opposte: perché ne risulti un equilibrio bisogna che siano ben distanziati i punti in cui essi si fissano alla base e che l'ancoraggio sia saldo. La costruzione dello Stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto siano ben distanziati alla base e in essa saldamente fissati» – così precisamente R. BIN, *Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, 2015.

¹¹⁵ Tra i molti, v. M. D'AMICO, *Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo*, in *La giustizia penale nella Convenzione*, (a cura di) F. Ruggieri, Giuffrè, 2003, p. 55 ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Giuffrè, 2005; G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, (a cura di) I. Trujillo, F. Viola, il Mulino, 2007, p. 143 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006; C. SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Giuffrè, 2007; e dello stesso A., *Le regole dell'incoerenza - Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010; e L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona (Atti del Convegno di Catania, 28-29 maggio 2010)*, (a cura di) G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, 2011, p. 207 ss.

pratiche¹¹⁶; problematiche che, allo stesso modo, anche se da un fronte, per così dire, esterno, contribuiscono a mettere in discussione le radici dell’impianto che ha storicamente sostenuto la garanzia della riserva di legge in materia penale.

Fino a qualche decennio fa, era assai diffusa e addirittura ritenuta quasi scontata, fra gli addetti ai lavori, la convinzione dell’inesistenza di un diritto penale propriamente europeo¹¹⁷, tanto era forte la ritrosia degli Stati membri ad accettare l’incursione di fonti sovranazionali, diverse da quelle interne, nel settore a più alto tasso di statualità – quello penale, appunto – da sempre espressione del sovranismo e dell’autarchia punitiva nazionale¹¹⁸. Il successivo percorso evolutivo dell’integrazione europea, nonostante alcune incertezze e provvisorie battute d’arresto¹¹⁹, ha segnato, proprio nella materia penale¹²⁰, tappe davvero importanti¹²¹, imponendo, anche gli studiosi più ostili all’affermazione

¹¹⁶ Le quali, a ben vedere, sono rese ancora più complesse dall’effettiva entrata in funzione dell’*European public prosecutor’s office – EPPO*: sul tema, v., per tutti, A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, 2021; e L. TAVASSI, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, 2022, entrambi pubblicati su *Sistema penale*.

¹¹⁷ Su questo aspetto, v., M. D’AMICO, *Il principio di legalità in materia penale tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, 2006, p. 153 ss., che richiama i lavori di R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Cedam, 1986, p. 5, e G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Giuffrè, 1989, p. 5 ss.; più in generale, per un’analisi del processo di integrazione europea nella prospettiva costituzionalistica, G. AMATO, *L’integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018; N. ZANON, *Rapporti tra le Corti europee e le Corti nazionali, in Quali diritti avremo in Europa? Costituzione per l’Europa e interesse nazionale – Quaderni della Fondazione Magna Carta*, 2005; M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una Costituzione senza Stato*, (a cura di) G. Bonacchi, il Mulino, 2001, p. 73 ss.; E. CATELANI, *L’ordinamento giuridico italiano nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, Editoriale scientifica, 2014.

¹¹⁸ Così A. BERNARDI, *Presentazione*, in C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit.

¹¹⁹ Su cui, in particolare, M. D’AMICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, (a cura di) A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, ESI, 2003, p. 191 ss.; più in generale, su questo tema v. A. APOSTOLI, *La Carta dei diritti nei lavori della Convenzione sul futuro dell’Europa. Le tappe successive all’adozione della Carta di Nizza*, Promodis Italia, 2003; della stessa A., v., anche, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: la Convention entra in una fase decisiva*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2000; e *La Carta dei diritti dell’unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Promodis Italia, 2000.

¹²⁰ In particolare, nel campo della lotta alle frodi contro il bilancio UE: su cui, tra i molti, A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell’Unione. Dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 ottobre 2016; sul tema, v., anche, M. PELLEGRINO, *Cooperazione giudiziaria penale nella UE. Dalle origini alla Procura Europea*, nella collana *Temi europei ed internazionali*, (a cura di) A. Venegoni, Exeo editore, 2016.

¹²¹ Tra i molti, sul tema, v. M. DELMAS – MARTY, *Quelle politique pénale pour l’Europe?*, Paris, 1993, G. GRASSO, *L’incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati*

di un diritto penale a livello europeo, un deciso cambio di prospettiva: le modifiche introdotte a livello normativo dal Trattato di Lisbona, unitamente al ruolo, sempre più incisivo, della Corte di Giustizia hanno così determinato la definitiva consacrazione di una vera e propria *politica criminale europea*¹²².

La presa d'atto di questa mutata realtà non è però riuscita a scalfire del tutto l'idea che l'Unione europea e il diritto penale siano in realtà fondati su logiche di legittimazione opposte e che, pertanto, pur se «scesi a patti l'un con l'altra» nel corso degli ultimi anni, residui e sia destinata a riproporsi nel futuro una sorta di incompatibilità di tipo strutturale tra i due: del resto, come taluno ha precisamente osservato, «il diritto penale europeo è caratterizzato (...) dall'incontro tra il principio di prevalenza del diritto comunitario e quello di riserva di legge del diritto penale, che determina un universo giuridico paradossale, composto per un verso da norme – quelle comunitarie – prevalenti, ma incompetenti, e, per altro verso, da altre norme – quelle penali nazionali – competenti in via esclusiva, ma subordinate alle prime»¹²³. Non può, peraltro, dimenticarsi, in una prospettiva ancor più generale, che proprio il cd. *diritto penale europeo* costituisce una perfetta cartina di tornasole dello stadio di avanzamento del processo di integrazione europeo¹²⁴: come è stato sostenuto, infatti, la «ibrida natura che oggi caratterizza l'Unione, a metà tra uno stato federale e comunità internazionale di Stati, è ben rappresentata dalla configurazione delle competenze dell'ordinamento sovranazionale in materia penale»¹²⁵.

Tra le tappe di maggior rilievo va senz'altro menzionato il Trattato di Lisbona, con cui, come noto, è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, approvata a Nizza nel 2000¹²⁶; ciò che ha consentito all'art. 49 – che in essa afferma il principio di

membri: nascita di una 'politica criminale europea'?, in *Indice penale*, 1993, p. 65 ss.; S. CANESTRARI, L. FOFFANI, (a cura di) *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, 2005, p. 165 ss.

¹²² Così, tra i molti, S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Enc. Treccani*, 2014.

¹²³ Per C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, Giuffrè, 2013, p. 34.

¹²⁴ Così, in particolare, per M. D'AMICO, *Trattato di Lisbona, diritti e 'tono costituzionale'*, in *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, (a cura di) M. D'Amico, P. Bilancia, Giuffrè, 2009, p. 67 ss.; più di recente della stessa A., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 3/2017.

¹²⁵ In questi termini si esprime I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 64, la quale, peraltro, sottolinea che «non convince che gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. possano fungere da *passerpartout* per il diritto penale dell'Unione, che non garantisce l'osservanza di alcune garanzie irrinunciabili collegate, in vario modo, all'art. 25, secondo comma, Cost.».

¹²⁶ Da ultimo, v. AA. V.V., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, (a cura di) C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, Giappichelli, 2021.

legalità in materia penale¹²⁷ – di conoscere un progressivo e significativo consolidamento nell’orizzonte d’intervento delle istituzioni europee: non sorprende, quindi, che la Corte di Giustizia, con la sentenza *Taricco-bis*, abbia rimarcato «l’importanza, tanto nell’ordinamento giuridico dell’Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile»¹²⁸. Si tratta, a ben vedere, di un principio ascrivito nel novero dei principi generali del diritto dell’Unione europea già da lungo tempo¹²⁹, assurdo oggi, proprio a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, a diritto fondamentale di rango primario, che, conformemente all’art. 51, § 1, della Carta, si applica agli Stati membri nell’attuazione del diritto dell’Unione, e cioè rispetto a quei particolari ambiti in cui si sia già registrata una cessione di sovranità in favore delle Istituzioni dell’Unione.

In questo contesto, vi sono davvero numerose questioni che meriterebbero, a motivo della loro rilevanza, un esame dettagliato: questioni che andrebbero probabilmente lette sotto una nuova luce, dopo l’effettiva entrata in funzione della *Procura europea*¹³⁰ che – come è stato detto – rappresenta una novità di grande impatto¹³¹; l’obiettivo del percorso di approfondimento proposto in questo paragrafo è però quello di segnalare alcune direttrici di fondo.

¹²⁷ Per tutti, v. M. D’AMICO, *Articolo 49*, in *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea* (a cura di) R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, il Mulino, 2001, p. 334 ss.; e della stessa A., *Article 49 – Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offenses and Penalties*, in *Human Rights in Europe*, (a cura di) W.T.B. Mock, G. Demuro, Carolina Academic Press, 2010.

¹²⁸ Cfr. Corte di giustizia, *M.A.S., M.B.*, C-42/17, § 51.

¹²⁹ Su cui, tra i molti, M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, cit., p. 197 ss.

¹³⁰ Su cui v., in particolare,, A. BERNARDI, *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, in *Sistema penale*, 25 novembre 2021; L. SALAZAR, *L’adeguamento interno da parte italiana al Regolamento Eppo alla vigilia dell’avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 6 aprile 2021; e R. BELFIORE, *L’adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla procura europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, 30 luglio 2020; per un esame invece dei prodromi dell’Eppo v., tra i molti, M. D’AMICO, *L’introduzione del principio di legalità in materia penale nella Carta dei diritti: problemi e prospettive*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2003; sul tema v., anche, M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l’Union européenne*, Editions Economica, 1997, e la sua seconda versione di qualche anno dopo, curata sempre da M. DELMAS-MARTY – J.A.E. VERVAELE, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Intersentia, 2000, e un altro studio più recente curato da K. LIGETI, *Toward a Public Prosecutor for the European Union*, Hart Publishing, 2013.

¹³¹ Queste le parole dell’allora Ministra della Giustizia, in occasione della presentazione in Parlamento della relazione annuale sull’amministrazione della giustizia, in data 19 gennaio 2022: «la Procura europea rappresenta una innovazione lungimirante e necessaria nel momento in cui ingenti quantità di fondi europei stanno per essere messi in circolazione. “Follow the money”»:

Con questo preciso spirito, va rilevato che alcuni interessanti problemi teorici sono stati posti, nel corso degli ultimi anni, dalla questione del cd. *inadempiamento statale sopravvenuto*: formula che viene utilizzata per riferirsi al caso in cui, a fronte di un obbligo di tutela penale europeo – prima *soddisfatto* con una legge di attuazione – il legislatore nazionale decida, in un secondo momento, di fare un passo indietro, escludendo o limitando la rilevanza penale della condotta per la quale in sede europea si reclama una risposta penale¹³².

Per affrontare questa specifica tematica è necessario richiamare una importante decisione della Corte costituzionale, la sentenza n. 28 del 2010: in quest'occasione, la Corte ha scrutinato una questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Venezia, in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., sull'art. 183, comma 1, lett. n), quarto periodo del d.lgs. n. 152 del 2006 – nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, comma 20, del d.lgs. n. 4 del 2008 – «nella parte in cui prevede che le ceneri di pirite rientrano tra i sottoprodotti non soggetti alle disposizioni contenute nella parte quarta del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006». Così vengono inquadrati i termini della questione da parte della Corte costituzionale: «rilevato il contrasto tra la norma censurata e le direttive comunitarie sui rifiuti, nonché l'impossibilità di disapplicare la stessa da parte del giudice rimettente e la non necessità del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, resta da risolvere il problema degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma extrapenale, che, sottraendo temporaneamente le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti, ha escluso, durante il periodo della sua vigenza, precedente all'abrogazione ad opera del d.lgs n. 4 del 2008, l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale dei rifiuti alla fattispecie oggetto del giudizio principale»¹³³. È una pronuncia molto importante

l'ha insegnato a tutti Giovanni Falcone, il primo a comprendere già nel lontano 1991 la necessità di proteggere gli interessi finanziari dell'Europa. E l'istituzione della procura europea, con i suoi 22 procuratori delegati in Italia, è frutto della profetica intuizione del grande magistrato italiano, il cui sacrificio continua a dare frutti a trent'anni dalla strage di Capaci, che ricorderemo a maggio, seguita a luglio da quella di via D'Amelio in cui perse la vita Paolo Borsellino.

¹³² Cfr., per tutti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 112, che tiene correttamente distinta l'ipotesi del cd. *inadempiamento originario*, rispetto alla quale non sarebbe possibile chiedere un intervento integrativo della Corte costituzionale, che verrebbe, in sostanza, chiamata a pronunciare una sentenza con *effetti in malam partem*. In dottrina – così M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 558 – taluno si è chiesto, a tal riguardo, se «una futura riforma costituzionale non potrebbe attribuire alla Corte, per questo caso, un limitato potere di intervento, definendone nel contempo con precisione i confini».

¹³³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 28 del 2010, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

perché per la prima volta – dando seguito all’indirizzo inaugurato con la storica sentenza n. 170 del 1984¹³⁴ – la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma interna – precisamente una *lex intermedia* che aveva escluso la punibilità di un fatto precedentemente e successivamente previsto come reato – perché ritenuta in contrasto con una direttiva dell’Unione europea. Accanto all’interessante riferimento, contenuto nella motivazione, alla Carta di Nizza, quale elemento di conferma e copertura europea del principio del *favor rei*, è utile, ai nostri fini, mettere in rilievo il passaggio in cui la Corte costituzionale ha osservato che «se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie (...), ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano»¹³⁵.

La sentenza, in questa stessa prospettiva, si inserisce nel solco della giurisprudenza costituzionale sulle cd. *norme penali di favore*, pur essendo differenti i parametri tenuti in considerazione dalla Corte¹³⁶; anche in questo caso, infatti, ragionando dei possibili effetti della propria decisione, la Corte ha ribadito, che «altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni d’illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»¹³⁷.

Per completare questa breve trattazione sull’incidenza del *diritto penale europeo* sulla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., deve essere

¹³⁴ Con nota di A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono ‘cogenti e sovraordinate’*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, p. 1134 ss.

¹³⁵ In questa prospettiva, sottolinea la rilevanza della decisione M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 10, osservando che «la Corte costituzionale ha ritenuto sindacabili norme di favore interne per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in quanto contrastanti con norme dell’Unione europea prive di effetto diretto – sentenza n. 28 del 2010 –, ammettendo dunque che scelte di politica criminale in bonam partem compiute dal legislatore nazionale potessero “soccombere” dinanzi ai vincoli dell’ordinamento comunitario».

¹³⁶ «Occorre precisare inoltre che, nel caso di specie, il giudice rimettente ha posto un problema di conformità di una norma legislativa italiana ad una direttiva comunitaria, evocando i parametri di cui agli artt. 11 e 117 Cost., senza denunciare, né nel dispositivo né nella motivazione dell’atto introduttivo del presente giudizio, la violazione dell’art. 3 Cost. e del principio di ragionevolezza intrinseca delle leggi. Ciò esclude che la questione oggi all’esame di questa Corte comprenda la problematica delle norme penali di favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006» – cfr. Corte cost., sentenza n. 28 del 2010, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

¹³⁷ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 28 del 2010, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

nuovamente evocata la sentenza n. 32 del 2014 – con cui, come più volte precisato, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune previsioni introdotte in sede di conversione di un decreto legge, sanzionandone il carattere *eccentrico* rispetto al contenuto originario del provvedimento governativo – questa volta per ragionare dell'influenza che il diritto dell'Unione può avere, proprio nel settore penale, nei confronti della stessa Corte costituzionale¹³⁸. In quest'occasione, infatti, a sostegno della propria conclusione in ordine alla reviviscenza della disciplina abrogata con le previsioni dichiarate incostituzionali, la Corte aveva sottolineato come «la materia del traffico degli stupefacenti [fosse tuttora] oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea»¹³⁹ e che, pertanto, «se non si [fosse] determinata la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.p.r. n. 309 del 1990, [sarebbero] restate non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione», con conseguente violazione del diritto dell'unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. Proprio l'esigenza di evitare un possibile *inadempimento statale sopravvenuto* ha quindi indotto la Corte a disporre la reviviscenza della normativa previgente, peraltro con effetti anche *in malam partem*, come già si è detto. Tale precisazione – che la Corte non ha inteso qui approfondire, essendosi infatti limitata ad introdurre l'argomento con la formula «è appena il caso di notare che» – apre una serie di cruciali interrogativi che ripropongono le questioni sottese alla teorizzazione degli obblighi costituzionali di tutela penale su cui, in questa sede, non ci si può dilungare oltre. Ci si limita, però, ed in conclusione, a sottolineare come la lettura congiunta delle sentenze n. 28 del 2010 e n. 32 del 2014 – che pur si differenziano

¹³⁸ In aggiunta, si può ricordare che tra le ragioni che hanno spinto la Corte costituzionale a dichiarare l'inammissibilità del recente quesito referendario in materia di stupefacenti (di cui al d.p.r. n. 309 del 1990), un posto di rilievo è stato riconosciuto proprio alla normativa UE e agli standard minimi di incriminazione che la stessa impone agli Stati membri: «rileva poi la decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, la quale, nel dettare norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, ha indicato anche la coltivazione della cannabis tra le condotte per le quali i singoli Stati devono applicare sanzioni penali» – cfr. Corte cost., sentenza n. 51 del 2022, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

¹³⁹ «Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte internazionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definitivo dalle rispettive legislazioni nazionali» – cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

notevolmente, come visto, per il merito delle questioni affrontate – sembrerebbe per alcuni autori poter confermare l'idea dell'esistenza di una sorta di «forza passiva rinforzata»¹⁴⁰ con riguardo alle norme approvate nel rispetto dei vincoli discendenti dalle (sia pur indirette) scelte di politica criminale assunte a livello europeo¹⁴¹. In altre parole, è stato sostenuto che una norma adempitiva di un obbligo di tutela penale comunitariamente imposto possa essere validamente abrogata soltanto da una successiva norma che sia a sua volta comunitariamente compatibile. Se così fosse davvero, l'incidenza sulla riserva di legge nazionale raggiungerebbe livelli massimi – per alcuni, peraltro, neppure accettabili¹⁴² –, condizionando la discrezionalità legislativa al punto da escludere una eventuale depenalizzazione che frustrasse le esigenze di protezione richieste a livello europeo, configurando così una «politica criminale europea a senso unico». È comunque utile segnalare, in proposito, che non è mancato, in dottrina, chi ha suggerito di applicare proprio all'ipotesi dell'*inadempimento statale sopravvenuto* il modello tracciato dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 394 del 2006 e riproposto nella sentenza n. 28 del 2010, per arrivare a giustificare un sindacato di costituzionalità sulla norma nazionale violativa dell'obbligo di matrice europea: la scelta di incriminazione (e la conseguenza peggiorativa per il singolo), si è detto, anche in questo caso, «non deriverebbe dalla decisione della Corte ma – una volta rimossa la legge comunitariamente illegittima e, come deve ritenersi, la clausola abrogativa – dalla (reviviscenza) della legge precedente, in realtà l'unica legge costituzionalmente conforme perché rispettosa dell'obbligo comunitario»¹⁴³.

¹⁴⁰ Su cui, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet giuridica, 1988, p. 64, il quale evidenzia che, tra le fonti atipiche, assumono particolare rilievo proprio «quelle che sono legate alla costituzione da un vincolo di natura speciale (formale o sostanziale) che non si esaurisce nella mera non contraddizione, ma si arricchisce della esigenza di procedimenti specializzati e/o di contenuti particolari. Dove esiste questo vincolo di costituzionalità speciale, si dice, ci si trova di fronte a leggi aventi anche una forza o efficacia speciale, poiché una legge successiva comune (che non rispettasse le forme o non assumesse i contenuti costituzionali) non potrebbe abrogarli».

¹⁴¹ In questa prospettiva, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 113, sottolinea come «si tratta di un fenomeno che, volendo, potrebbe essere descritto con il concetto di materia 'coperta da riserva comunitaria', dove tale concetto vorrebbe appunto esprimere una 'forza di resistenza' alla norma correttamente traspositiva dell'obbligo comunitario».

¹⁴² Così, per esempio, per C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, cit., p. 51 ss., che sottolinea come «negare al Parlamento nazionale la possibilità di depenalizzare viola (...) una componente essenziale del principio costituzionale di riserva di legge che, ponendosi a garanzia del valore relativo della pena, deve garantire la possibilità di rimettere in discussione le opzioni di penalizzazione».

¹⁴³ Così precisamente V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 112.

Insomma, le questioni sul tappeto – quando si ragiona delle ricadute domestiche dell'avvento del cd. *diritto penale europeo* – sono, all'evidenza, numerose e decisamente complesse: sullo sfondo di esse, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona e del conseguente assestamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁴⁴, sembra profilarsi sempre più nettamente l'immagine di un Parlamento nazionale esautorato delle prerogative che la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. gli assegna.

4. La centralità della *ratio democratica* sottesa alla riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. nella più recente giurisprudenza costituzionale

Nei precedenti paragrafi, tra le varie questioni richiamate, si è sottolineato come il ricorso agli atti aventi forza di legge nella materia penale è andato a tal punto normalizzandosi, nel corso degli ultimi anni, da diventare lo strumento ordinario con cui introdurre fattispecie incriminatrici e riscrivere quelle già esistenti. La Corte costituzionale – che non ha mai convintamente ostacolato il consolidamento di una simile prassi, ammettendo, senza particolari incertezze, ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., anche gli atti normativi del Governo¹⁴⁵ – è sembrata, a partire da alcune importanti pronunce del 2014, porvi qualche freno, sanzionando le più gravi storture nel ricorso agli strumenti di cui agli artt. 76 e 77 Cost.

¹⁴⁴ Che in un caso più recente sembra comunque tenere in considerazione il ruolo del legislatore nazionale, riconoscendogli un ampio margine di apprezzamento nel settore penale; v., in proposito, C. CUPELLI, *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di Giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2018, che sottolinea l'importanza della conclusione raggiunta dalla Corte europea per la quale: «il principio di effettività non osta ad una normativa nazionale, come quella in esame nel procedimento principale, che prevede che l'omesso versamento, entro i termini prescritti dalla legge, dell'IVA risultante dalla dichiarazione annuale per un determinato esercizio integri un reato punito con una pena privativa della libertà unicamente qualora l'importo IVA non versato superi una soglia di rilevanza penale pari a 250.000 euro».

¹⁴⁵ Con alcuni significativi *obiter dicta*, la Corte costituzionale è in qualche caso giunta a valorizzare le specificità del procedimento legislativo ordinario: come non ricordare, in questa prospettiva, la sentenza n. 487 del 1989, in cui la Corte ebbe a precisare che «la letteratura illuministica (...) più che affidare il monopolio della competenza penale alla legge in quanto atto-fuori, lo attribuisce all'organo-Parlamento, anche se il medesimo venne considerato quale produttore, attraverso determinate forme, dell'atto stesso. Se è vero che è da quest'ultimo che derivano, attraverso la norma penale, le vicende costitutive della punibilità, è anche vero che la legge e il risultato d'un processo posto in essere dal soggetto-Parlamento; ed è soprattutto a quest'ultimo che fu rivolta l'attenzione delle teorie penal-illuministiche. Come la dottrina penalistica successiva all'avvento della Costituzione, nel ricercare la ratio della riserva di legge penale, ha tenuto a sottolineare, in modo particolare, il procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte

Questo filone giurisprudenziale – che, come detto, non esclude in astratto la possibilità che il Governo intervenga nella materia penale con gli strumenti che la Costituzione gli attribuisce – contiene nondimeno, accanto ad alcuni suggestivi spunti¹⁴⁶, utili indicazioni sui criteri e sulle regole da rispettare, quando si decida di ricorrere agli atti aventi forza di legge di cui agli artt. 76 e 77 Cost. nella materia penale. All'interno di questa cornice, le pronunce di seguito esaminate sembrano tutte, con le diverse sfumature proprie di ciascun particolare caso, condivisibilmente muoversi nel senso di una valorizzazione del fondamentale ruolo ricoperto dall'istituzione parlamentare nel procedimento di formazione delle fattispecie penali. Sullo sfondo delle argomentazioni proposte dalla Corte pare dunque riposare l'idea che la problematica della compatibilità, con la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., degli interventi del potere esecutivo debba essere risolta alla luce della *ratio* sostanzialistica propria di quest'ultima. Per verificare, in altre parole, se un decreto-legge o un decreto legislativo possano dirsi rispettosi della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., è necessario, per la Corte, tenere a mente che quest'ultima, lungi dal rilevare unicamente sul piano formale, intende piuttosto assicurare che, a prescindere dal tipo di procedimento seguito, la scelta di politica criminale che precede l'introduzione o l'eliminazione del precetto e della sanzione penale provenga, anche se in modo indiretto, dal Parlamento rappresentativo.

Un primo momento di indubbio rilievo è rappresentato dalla sentenza n. 5 del 2014, con cui la Corte è stata chiamata a confrontarsi con un esempio assolutamente emblematico delle criticità sottese ad un utilizzo distorto della delega legislativa. Siamo nel 2012 e il Tribunale di Verona, prima, e il G.U.P. presso il Tribunale di Treviso, poi, sollevano una serie di questioni di legittimità, lamentando, in buona sostanza, la carenza di potere in relazione ad un preciso intervento abrogativo messo in atto dal Governo, con un decreto legislativo, in materia di associazioni paramilitari¹⁴⁷. Le peculiarità della fattispecie investita

di criminalizzazione adottate dalla maggioranza, la dottrina penal-illuministica individuò il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare 'contro se stesso'».

¹⁴⁶ Ci si riferisce, in particolare, al già citato passaggio in cui la Corte ha affermato che «una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguito le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.» – cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014, punto n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁷ Più nello specifico, i rimettenti avevano impugnato, per contrasto con gli artt. 18, 25, secondo comma, e 76 Cost., l'art. 2268 del d.lgs. n. 66 del 2010, nella parte in cui, al numero 297 del comma 1, abrogava il d.lgs. n. 43 del 1948, e dell'art. 1 del d.lgs. n. 213 del 2010, laddove modificava il d.lgs. n. 179 del 2009, espungendo, con l'Allegato B, dalle norme mantenute in

dalla censura di illegittimità¹⁴⁸, in uno con l'ampiezza, sul versante dei parametri evocati, della prospettazione dei rimettenti¹⁴⁹, hanno offerto l'*assist* alla Corte per formulare una serie di importanti considerazioni sul tema in commento.

In primo luogo, dopo aver ricordato che l'abrogazione di una qualsiasi fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si pone in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. – il quale «demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante» – la Corte ha puntualizzato che «se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal Governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti»¹⁵⁰. Ciò significa che, quante volte, come nel caso di specie, deducendo una violazione dell'art. 76 Cost., sia proposta dal giudice *a quo* una questione di legittimità costituzionale di una norma di rango legislativo adottata dal Governo su delega del Parlamento, il sindacato della Corte costituzionale non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge¹⁵¹: questo principio, infatti, nelle limpide parole della Corte,

vigore dall'Allegato 1 del citato d.lgs. n. 179 del 2009, il d.lgs. n. 43 del 1948. Alla vigilia della decisione della Corte, D. NOTARO, "Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari, in *Diritto penale e processo*, 4/ 2012, p. 443 ss., aveva osservato che il caso sottoposto all'attenzione della Consulta non rientra fra quelli per i quali è considerato ammissibile il sindacato costituzionale, non essendo in particolare riconducibile al novero delle *norme penali di favore* censurabili, posto che «la situazione determinata dal legislatore appartiene al novero delle modifiche insorte diacronicamente e non ai casi di contraddizione dell'ordinamento per contemporanea esistenza di disposizioni speciali che si ispirano a criteri discriminatori rispetto ad altra previsione di portata generale», comunque proponendo una conclusione possibilista sui margini di intervento della Corte costituzionale; sul tema, v. anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 100.

¹⁴⁸ Per una precisa ricostruzione del contesto normativo di riferimento e delle numerose anomalie nell'intervento posto in essere dal Governo con i d.lgs. citati nel testo, v., in particolare, F. PACINI, "Abrogatio non petita, accusatio manifesta": la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948, in *Federalismi*, 2014, p. 3 ss.

¹⁴⁹ Di un certo interesse, nella prospettiva del diritto costituzionale, anche l'invocazione dell'art. 18, secondo comma, Cost.; v. M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵¹ Per M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, cit., «la riserva di legge in materia penale non solo non costituisce un ostacolo all'ammissibilità del sindacato in malam partem su tali norme, ma al

«rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa»¹⁵². Insomma, su questa linea, «la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene (...) strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*»¹⁵³; anche perché – ha precisato ulteriormente la Corte, nel solco di altre importanti pronunce – se si ragionasse diversamente, si rischierebbe «di creare delle zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione»¹⁵⁴.

Venendo, dopo tutte queste premesse, al merito delle questioni sollevate, è utile ricordare che la Corte conclude nel senso della fondatezza della censura avanzata dai rimettenti, in ragione del fatto che le norme impugnate, con cui era stata determinata l'abrogazione della fattispecie che incrimina le condotte di associazionismo di tipo miliare di cui al d.lgs. n. 43 del 1948, avevano ecceduto i limiti della delega in relazione a tutte le norme di legge attributive di poteri di intervento. Come anticipato, non si tratta di una pronuncia con cui la

contrario – e questo rappresenta, a nostro parere, il passaggio forse più significativo di tutta la motivazione della Corte – tale principio risulterebbe a sua volta violato da una norma che incida sul “trattamento penale di alcun fatti” e che sia contenuta in un decreto legislativo assunto in violazione dell'art. 76 Cost.».

¹⁵² Cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵³ Gli stessi giudici *a quibus*, peraltro, avevano ricordato che «secondo la giurisprudenza costituzionale il principio della riserva di legge in materia penale, posto dall'art. 25, secondo comma, Cost., impedisce a[lla] Corte interventi in *malam partem*, rimessi esclusivamente al potere legislativo» sostenendo, però, come «nel caso in esame [fosse] proprio quel principio a giustificare una pronuncia di illegittimità costituzionale, perché le norme impugnate sarebbero state adottate dal Governo in mancanza della necessaria delega e quindi sarebbero state introdotte nell'ordinamento in violazione della riserva di legge» – cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*; aggiungeva ancora la Corte che «le questioni incidentali di legittimità sono ammissibili quando la norma impugnata è applicabile nel processo d'origine e, quindi, la decisione della Corte è idonea a determinare effetti nel processo stesso; mentre è totalmente ininfluenza sull'ammissibilità della questione il 'senso' degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per le parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge» – cfr. Corte cost., sentenze n. 98 del 1997 e n. 294 del 2011.

Corte costituzionale ha negato, *apertis verbis* e su un piano generale, la possibilità che sia Governo a porre in essere valutazioni di politica criminale, ed anzi, in coerenza con quel granitico indirizzo interpretativo che ammette l'utilizzo del decreto legislativo nella materia penale, tale circostanza è data per presupposta nel ragionamento proposto dalla Corte. Tuttavia – avendo riconosciuto un'autonoma violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., come conseguenza della scelta del Governo di abrogare, nel silenzio della delega, una vigente fattispecie incriminatrice – la Corte ha posto le prime, solide, basi per una giurisprudenza ben più rigorosa sul rispetto delle indicazioni fornite dal legislatore delegante nella materia penale; giurisprudenza che, evidentemente, si aggiunge a quella già formata, più in generale, sul rispetto dei criteri di cui all'art. 76 Cost., ma che, proprio perché riferita ad un ambito in cui vige una riserva di legge di particolare pregnanza, è destinata ad assumere un significato tutto particolare. Il passaggio più significativo della sentenza è quello in cui la Corte energicamente ribadisce che la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost. preclude al Governo qualsiasi autonoma scelta di criminalizzazione, dovendosi quest'ultimo considerare sempre vincolato, in modo rigoroso, alle indicazioni ricevute dal Parlamento e non potendo in nessun caso assumere determinazioni contrastanti con quelle del legislatore delegante.

Sotto questo stesso profilo, la rilevanza della decisione può essere ulteriormente apprezzata perché la Corte non ha ritenuto ostativo, allo scrutinio nel merito delle questioni sollevate dai rimettenti, il fatto che dal proprio *dictum* potessero derivare effetti *in malam partem*. L'esigenza di sanzionare un intervento normativo posto in essere in palese contrasto con la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. è stata, in quest'occasione, ritenuta prevalente, da parte della Corte, nel bilanciamento con il pur rilevante interesse a non aggravare, attraverso lo stesso giudizio di legittimità costituzionale, il complessivo regime punitivo già in essere¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Questo specifico argomento viene ribadito anche in pronunce più recenti: così, ad esempio, nella sentenza n. 8 del 2022, in materia di abuso d'ufficio, con cui la Corte costituzionale ricorda che «se l'esclusione delle pronunce in *malam partem* mira a salvaguardare il monopolio del *soggetto-Parlamento* sulle scelte di criminalizzazione, sarebbe illogico che detta preclusione possa scaturire da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, i quali pretendano di 'neutralizzare' le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio – quale il Governo, che si serve dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione [...], o le Regioni, che legiferino indebitamente in materia penale, loro preclusa [...]; ovvero che possa derivare da interventi normativi operati senza il rispetto del corretto iter procedurale, che pure assume una specifica valenza garantistica nella cornice della riserva di legge, connessa al fatto che il procedimento legislativo «implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione» [...], consentendo, così, alle une e all'altra un apporto critico alle «scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza» – cfr. Corte cost., sentenza n. 8 del 2022, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

In definitiva, l'accertamento della violazione, accanto all'art. 76 Cost., proprio dell'art. 25, secondo comma, Cost. assume, lungo un orizzonte che trascende il caso concreto, una valenza ben precisa, che passa attraverso il riconoscimento del fondamentale ruolo del Parlamento nelle valutazioni di politica criminale, non solo in positivo – *quando punire* –, bensì anche in negativo – *quando non punire*¹⁵⁶ –. Come è stato efficacemente osservato in dottrina, allora, la sentenza n. 5 del 2014 ha determinato una significativa estensione del contenuto di garanzia della legalità penale, contribuendo al superamento di una visione della riserva di legge orientata esclusivamente – e forse *riduttivamente* – al *favor rei* e alla tutela del cittadino rispetto agli abusi repressivi della sanzione penale¹⁵⁷.

In tempi più recenti, la Corte è tornata ad occuparsi, sia pur talvolta in via indiretta, del tema dei limiti della decretazione delegata in materia penale, affrontando, in alcune interessanti occasioni, censure di legittimità promosse in relazione ai d.lgs. n. 7 e 8 del 2016, adottati dal Governo in attuazione della l. 67 del 2014. Così, anzitutto, nella sentenza n. 109 del 2017, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Varese in relazione agli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 del d.lgs. n. 8 del 2016, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 25 secondo comma, e 27 Cost.¹⁵⁸.

In questo contesto, la Corte ha sviluppato una ricca trama di argomenti riconoscendo, in un passaggio assai rilevante, che, nel ritenere applicabili alle sanzioni oggetto di depenalizzazione le garanzie tipiche della legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., il giudice *a quo* ha finito per svilire apertamente l'«auto-qualificazione legislativa» della sanzione come puramente nominale e, così facendo, [ha] trascura[to] un preciso dato testuale, parte di una

¹⁵⁶ Così, ancora, M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, cit.

¹⁵⁷ Sul tema, diffusamente, M. D'AMICO, *Sulla ‘costituzionalità’ delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 4/1990, p. 275; nonché più di recente, sviluppando tale impostazione, M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Manbosco Editrice, Pavia, 2012, p. 200 ss, dove si afferma come la valutazione di ammissibilità del sindacato della Corte basata, nella materia penale, esclusivamente sulla tipologia degli effetti delle pronunce di accoglimento – *in malam* piuttosto che *in bonam partem* – «disegnerebbe una riserva di legge ‘a senso unico’, introducendo una deroga al sistema costituzionale di organizzazione delle fonti e di ripartizione delle competenze tra gli organi dello Stato, deroga che non trova una giustificazione di rango parimenti costituzionale in grado di legittimarla».

¹⁵⁸ In proposito, è utile ricordare che in questo caso il rimettente – sul presupposto della natura *sostanzialmente penale* della sanzione di cui all'art. 3, comma 4, del citato d. lgs n. 8 del 2016 – aveva dubitato della legittimità costituzionale della scelta operata dal Governo di applicare retroattivamente il nuovo regime sanzionatorio anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo di depenalizzazione.

complessiva e discrezionale scelta legislativa di depenalizzazione»¹⁵⁹. Pur non avendo il rimettente censurato direttamente il rapporto tra legge delega e provvedimento governativo, la sentenza merita comunque di essere segnalata perché, con essa, la Corte ha rimarcato l'importanza, sul terreno del confronto con le fonti sovranazionali, delle scelte classificatorie operate dal legislatore nazionale, riferendosi, nel caso di specie, ad un decreto legislativo adottato dal Governo¹⁶⁰.

Ben più centrata sul tema dei limiti che può incontrare il Governo nell'utilizzo dello strumento di cui all'art. 76 Cost. è la sentenza n. 127 del 2017: in quest'occasione, il Tribunale ordinario di Bari aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 76 e 77 Cost., questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 3, e 8, comma 1, del citato d.lgs. n. 8 del 2016, attraverso una diretta censura delle modalità con cui il Governo aveva esercitato la delega ricevuta con l'art. 2, comma 2, della l. n. 67 del 2014. Per inquadrare i termini della questione, è utile ricordare che, con tale legge, il Parlamento aveva incaricato *in parte qua* il Governo di trasformare in illeciti amministrativi diverse tipologie di reati, individuati sia genericamente, in base al tipo di trattamento sanzionatorio (cd. depenalizzazione *cieca*, relativa ai reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, con l'eccezione dei reati riconducibili ad un elenco di specifiche materie), sia nominativamente (con riferimento a particolari condotte ritenute non più meritevoli di pena). Nella prospettiva del rimettente, la mancata depenalizzazione dei reati previsti dal codice penale e puniti con sole pene pecuniarie – come quello di cui all'art. 392 c.p., di cui era questione nel giudizio principale – avrebbe costituito una violazione dei principi e criteri direttivi stabiliti dal legislatore delegante e, dunque, degli artt. 76 e 77 Cost.

A questo riguardo, la Corte ha osservato, anzitutto, che «non erra il giudice *a quo* nel sottolineare che la scelta di escludere dalla depenalizzazione i reati del codice puniti con pena pecuniaria non trova riscontro esplicito nella legge delega», in cui, come visto, «la clausola generale di depenalizzazione sembra fare indistinto riferimento a 'tutti i reati' puniti con sola pena pecuniaria, senza differenziare fra fattispecie contemplate nel codice penale e ipotesi previste dalle leggi penali speciali»¹⁶¹. Sotto un diverso ma correlato profilo, l'esistenza di oggettive incertezze nella stessa ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi, lungi dall'essere priva di valenza, rileva per la Corte nel senso di accentuare la «responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque

¹⁵⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁰ Cfr. *infra* Cap. 6 § 3.

¹⁶¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 127 del 2017, punto n. 4.1. del *Considerato in diritto*.

nell'alveo delle scelte di fondo operante dalla legge delega, senza contrastare gli indirizzi generali desumibili da questa»¹⁶². Di assoluto rilievo, ai nostri fini, il passaggio in cui la Corte ha precisato che la coerenza tra la legge delega e il decreto legislativo – in generale necessaria per un corretto utilizzo dell'art. 76 Cost.¹⁶³ – assume «peculiare crucialità quando (...) siano in questione scelte di politica criminale compiute dal Parlamento, nel senso della depenalizzazione di alcune fattispecie di reato»; in questa cornice, pertanto, «il controllo sul rispetto dell'art. 76 Cost., e quindi sulle modalità di esercizio, da parte del Governo, della funzione legislativa delegata, è anche strumento di garanzia del principio della riserva di legge sancito, in materia penale, dall'art. 25, secondo comma, Cost., che attribuisce al Parlamento funzione centrale, tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare»¹⁶⁴.

Dando concreta applicazione al paradigma elaborato per la prima volta in occasione della sentenza n. 5 del 2014 e qui pedissequamente riproposto, la Corte ha riconosciuto che la previsione impugnata – con cui il Governo aveva stabilito che la depenalizzazione non dovesse estendersi ai reati (puniti con sola pena pecuniaria) previsti dal codice penale – non viola i principi e criteri direttivi della legge delega, posto che «a fronte di elementi testuali della legge delega suscettibili di divergenti letture, il Governo si è assunto consapevolmente la responsabilità di effettuare una specifica scelta di 'riempimento' normativo, alla luce di una plausibile interpretazione dell'art. 2 della legge n. 67 del 2014»¹⁶⁵. In altre parole, e significativamente, «la consapevole scelta del legislatore delegato di interpretare i principi e i criteri direttivi della delega nel senso che le fattispecie di reato inserite nel codice penale, punite con sola pena pecuniaria, sono escluse dalla depenalizzazione, ha

¹⁶² Cfr. Corte cost., sentenza n. 127 del 2017, punto n. 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶³ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, e n. 199 del 2013.

¹⁶⁴ Cfr. Corte cost., sentenza 127 del 2017, punto n. 4.2. *Considerato in diritto*.

¹⁶⁵ Interessante che, per la Corte costituzionale, «non priva di significato, ai fini del controllo operato da questa Corte, è anche la circostanza che il parere della competente Commissione parlamentare, reso sullo schema di decreto legislativo, e condotto alla luce dei contenuti della relazione illustrativa appena ricordati, abbia ritenuto che l'esclusione dei reati codicistici dalla depenalizzazione rientrasse nell'ambito delle possibili scelte del legislatore delegato (parere della Commissione giustizia della Camera dei deputati espresso in data 3 dicembre 2015). Ben vero che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il parere delle Commissioni parlamentari non è vincolante e non esprime interpretazioni autentiche della legge di delega [...], ma è altrettanto vero che esso costituisce pur sempre elemento che, come in generale i lavori preparatori, può contribuire alla corretta esegesi della stessa [...]. E proprio dalla mancata censura in sede parlamentare questa Corte ha già potuto argomentare come non si fosse in presenza di una violazione della legge delega» – cfr. Corte cost., sentenza n. 127 del 2017, punto n. 4.4 del *Considerato in diritto*.

costituito legittimo esercizio della discrezionalità spettante al Governo nella fase di attuazione della delega, nel rispetto della ratio di quest'ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale»¹⁶⁶. Su queste basi, la sentenza sembra aver ricercato – e poi positivamente raggiunto – un ragionevole punto di equilibrio tra l'ineliminabile discrezionalità di cui gode il legislatore delegato – chiamato, pur se nei limiti della lettera e della finalità della legge delega, ad interpretarne il contenuto – e le specificità della materia – quella penale, appunto – in cui il decreto legislativo è destinato a trovare applicazione.

Anche nella successiva sentenza n. 215 del 2017 la Corte si è trovata a giudicare della legittimità costituzionale di una porzione dell'intervento messo in campo dal Governo in attuazione della delega di cui alla legge n. 67 del 2014¹⁶⁷. In questo caso, la Corte militare d'appello di Roma aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 52 Cost., una questione di legittimità costituzionale dell'art. 226 del c.p.m.p., «nella parte in cui sottopone a sanzione penale condotte del tutto estranee al servizio o alla disciplina militare o, comunque, non afferenti a interessi delle Forze armate dello Stato». Il rimettente, in particolare, aveva considerato irragionevole, perché non sorretta da alcuna base giustificativa razionale, la scelta del Governo di depenalizzare, con il più volte citato d.lgs. n. 7 del 2016, le condotte di ingiuria di cui all'art. 594 c.p., senza intervenire sulla parallela fattispecie prevista per gli appartenenti ai corpi militari. Tenendo in disparte le pur rilevanti valutazioni compiute dalla Corte sulla specialità dell'ordinamento militare¹⁶⁸, interessa qui mettere in evidenza il passaggio in cui è stato riconosciuto che «la mancata ricomprensione dell'art. 226 c.p.m.p. nell'ambito della abrogazione di reati che ha coinvolto l'art. 594 c.p. ad opera del d.lgs. n. 7 del 2016 rientra sicuramente tra le scelte che il legislatore può compiere discrezionalmente, incontrando il limite della manifesta

¹⁶⁶ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 127 del 2017, punto n. 4.5 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁷ Su cui, con particolare attenzione ai profili di merito della decisione, P. RIVELLO, *Su una pronuncia della Corte costituzionale in materia di diritto penale militare*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2017; e, più di recente, S. STURNIOLO, *“Ufficiale e gentiluomo”? Le “ragioni” del diritto penale militare in una recente decisione della Corte costituzionale in materia di ingiuria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.

¹⁶⁸ A tal riguardo, la Corte ha osservato che «ogni eventuale disparità di trattamento tra militari e civili va ovviamente valutata alla luce della peculiare posizione del cittadino che entra (attualmente per propria scelta) nell'ordinamento militare, caratterizzato da specifiche regole ed esigenze (ordinanze n. 186 del 2001 e n. 562 del 2000), sia soprattutto perché, con riferimento particolare alla censura sollevata dai rimettenti, non risulta affatto irragionevole imporre al militare una più rigorosa osservanza di regole di comportamento, anche relative al comune senso civico, quali quella di non recare offesa all'onore o al decoro di altri soggetti inseriti nel medesimo ordinamento, continuando così ad assistere con sanzioni penali le eventuali infrazioni a tali regole» – cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2017, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*.

irragionevolezza»¹⁶⁹. Degno di nota è inoltre il successivo rilievo con il quale, appoggiandosi ai suoi precedenti in materia¹⁷⁰, la Corte ha sottolineato che il principio per cui il Parlamento ricopre una funzione centrale tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare risulta, «a maggior ragione, applicabile anche al caso ora in esame, nel quale, in realtà, la scelta di politica criminale compiuta non ha determinato la trasformazione di illeciti penali in illeciti amministrativi, ma – per la prima volta, e con innovazione ben più radicale – ha trasferito determinate condotte dal campo del diritto penale, e delle relative sanzioni, a quello del diritto civile»¹⁷¹. La sentenza alla fine ha dichiarato non fondata la questione sollevata ed è rilevante perché – nel solco di quella consolidata giurisprudenza costituzionale che ha confermato la legittimità della presenza di norme penali in un decreto legislativo¹⁷² – con essa è sembrata trovare una ulteriore conferma l'idea che, nella misura in cui sia approvato dal Governo nel rispetto dei criteri e dei limiti tracciati dalla legge delega, l'adozione del decreto legislativo non pone affatto problemi rispetto alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁷³.

In tempi ancora più recenti, in altre due occasioni la Corte è stata chiamata a scrutinare delle scelte compiute dal Governo in esecuzione di una delega, ribadendo l'indirizzo inaugurato con la sentenza n. 5 del 2014: una prima volta, con la sentenza n. 189 del 2019¹⁷⁴, a fronte di una censura che lamentava l'avvenuta depenalizzazione delle condotte di inosservanza degli obblighi di natura economica nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio, di cui all'art. 570-bis c.p.; in sostanza, i rimettenti qui si dolevano del fatto che un simile risultato fosse stato raggiunto dal Governo con un utilizzo improprio dell'art. 76 Cost., attraverso un eccesso di delega rispetto alle previsioni della *Riforma Orlando*. In una seconda e più

¹⁶⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2017, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 127 del 2017, n. 5 del 2014, n. 364 del 2004; e ordinanza n. 212 del 2004.

¹⁷¹ «Attraverso la previsione di illeciti, i quali, se commessi con dolo, obbligano l'autore, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno, anche al pagamento di una sanzione pecuniaria civile, i cui proventi sono destinati al bilancio dello Stato secondo quanto previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 7 del 2016» – cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2017, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁷² Sul tema, v., anche, M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, cit., p. 34.

¹⁷³ Ciò, evidentemente, non esclude che il medesimo decreto possa essere censurato in relazione ad un diverso parametro costituzionale: ad esempio, come nel caso di specie, l'art. 3 Cost.

¹⁷⁴ Con commento di E. DE LIA, *La perdurante rilevanza penale dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 189/2019*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2019; e F. LAZZERI, *La riforma attuativa della "riserva di codice" non ha abolito il delitto di violazione degli obblighi economici nei confronti dei figli di coppie non coniugate: infondate le questioni di legittimità relative all'art. 570-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 18 novembre 2019.

recente occasione, definita con la sentenza n. 105 del 2022¹⁷⁵, la Corte costituzionale ha sindacato la legittimità costituzionale dell'art. 586-*bis* c.p., comma 7, come configurato dall'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 21 del 2018, attuativo della cd. *riserva di codice*; anche in questo caso, oggetto delle censure dei giudici a *quibus* era un uso asseritamente scorretto del potere legislativo delegato, da parte del Governo, il quale, nel traslare all'interno del testo del codice la citata fattispecie incriminatrice, aveva illegittimamente operato una *abolitio criminis* parziale delle condotte di commercializzazione di sostanze dopanti, quando realizzare senza la finalità di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti.

A margine di queste recenti pronunce della Corte costituzionale, è a questo punto possibile formulare alcune considerazioni conclusive: è importante rimarcare, in primo luogo, come la Corte abbia più volte riconosciuto che, da un punto di vista metodologico, lo scrutinio sull'osservanza dei canoni costituzionali formalizzati all'art. 76 Cost. si traduce, se riferito alla materia penale, in uno strumento di controllo della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; in secondo luogo e di riflesso, che la verifica della Corte, pur essendo in questo contesto più penetrante, non esclude in termini assoluti che possano dirsi legittime, al metro del combinato disposto di cui agli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost., scelte poste in essere discrezionalmente dal Governo, sempre comunque «nel rispetto della ratio [della legge delega]»¹⁷⁶.

In sintesi e concludendo su questo punto, può senz'altro dirsi che, in riferimento alla generalizzata prassi del ricorso allo strumento del decreto legislativo per introdurre o modificare le fattispecie penali, la più recente giurisprudenza costituzionale, senza rimeditare il tradizionale orientamento in materia, ha comunque offerto alcuni significativi *segnali in controtendenza*, che, se adeguatamente valorizzati e sviluppati, potranno in futuro «rappresentare un punto di svolta (da tempo atteso ed invocato) in relazione agli eccessi della (e nella) delegazione legislativa»¹⁷⁷.

5. Il principio di determinatezza, alla luce della mancata riforma del Codice penale

Dopo aver esaminato il fondamento dogmatico della riserva di legge e dopo averne identificato i principali fattori di crisi, si può procedere con l'analisi del

¹⁷⁵ Con nota a prima lettura di C. BRAY, *Eccesso di delega nell'attuazione del principio di 'riserva di codice': il commercio di sostanze dopanti è punito a prescindere dal fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*, in *Sistema penale*, 12 maggio 2022.

¹⁷⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 127 del 2017, punto n. 4.5. del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁷ Qui riproponendo l'espressione di C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, cit., p. 186.

successivo corollario del *nullum crimen*: il principio di determinatezza, parimenti ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost. e chiamato, come già anticipato, a guidare l'attività di normazione del legislatore nel settore criminale.

Per apprezzare compiutamente, nella sua reale portata garantista, il principio di determinatezza occorre calarsi nel contesto di un sistema, quello penale nazionale, «che, a causa della mancata riforma del Codice Rocco, sembra rinunciare a qualsiasi pretesa di organicità e di razionalità»¹⁷⁸. La convivenza tra la Costituzione e il Codice del 1930 – in ragione dell'evidente contraddittorietà fra le rispettive scale di valori – ha determinato, fin dagli albori dell'esperienza repubblicana, una radicale indeterminatezza, che assunto già da subito una consistenza di tipo strutturale¹⁷⁹. Tale era intesa la distanza, in termini assiologici, tra la Costituzione e il Codice penale, che, prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, alcuni giudici avevano addirittura considerato abrogate le fattispecie incriminatrici contenute nel secondo, perché ritenute incompatibili con la tavola valoriale espressa dalla prima. Per parte sua, la Corte costituzionale, patrocinando un indirizzo interpretativo di segno opposto a quello condiviso da alcuni giudici di merito¹⁸⁰, ha ritenuto, fin dalla sua prima decisione del 1956¹⁸¹, di poter – *rectius*: dover – giudicare questioni di legittimità aventi ad oggetto anche norme penali anteriori alla Costituzione¹⁸² e tale opzione, per

¹⁷⁸ Così M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 22 ss.; sullo stesso tema, v. anche F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, 1999, p. 168 ss.; e G. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquecento repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, p. 5 ss.

¹⁷⁹ «Perché tutte le norme presenti nel codice ed espressione di valori diversi rispetto a quelli costituzionali devono essere interpretate alla luce della Costituzione, rinunciando così a priori al carattere della mera 'esecuzione' da parte del giudice della legge penale» – così precisamente M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 24.

¹⁸⁰ In un interessante caso del 1949, il Tribunale di Roma aveva ritenuto che, in conseguenza dell'entrata in vigore della Carta fondamentale, l'art. 724 c.p. – incriminante le condotte di bestemmia nei confronti delle *Divinità o [dei] simboli della religione cattolica* – fosse stato, per l'appunto, abrogato, sulla base dell'argomento per cui «le norme relative ai delitti contro la religione dello Stato (si badi: tutte le norme) erano state [travolte] dalla Costituzione in vigore, che non riconosce più la religione cattolica come religione di Stato» – cfr. Trib. Roma, Sez. I, sentenza del 29 maggio 1949, *Imp. Pellicano*.

¹⁸¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 1 del 1956.

¹⁸² Nella prima decisione resa dalla Corte costituzionale si legge quanto segue: «l'assunto che il nuovo istituto della 'illegittimità costituzionale' si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali. Tanto nell'uno quanto nell'altro

quanto interessa qui rilevare, ha finito per dare conforto all'idea che il Codice penale non avrebbe dovuto necessariamente essere riformato, nella sua integrità, potendo sopravvivere, benché di volta in volta adattato, al mutato quadro costituzionale¹⁸³. In questo contesto, nondimeno, il principio in parola ha subito una profonda compromissione: la «pulizia interpretativa»¹⁸⁴ che ha necessariamente investito, ad opera soprattutto della Corte costituzionale, le fattispecie presenti nel Codice penale ha dato la stura negli anni ad un sempre più evidente contrasto con il nucleo irrinunciabile del principio di determinatezza; la decisione della Corte ha non di rado introdotto elementi di incertezza o, in ogni caso, reso meno agevole l'intelligibilità del precetto attinto dalla declaratoria d'incostituzionalità.

Un esempio concreto può aiutare per dimensionare le considerazioni testé formulate: con la sentenza n. 27 del 1975, la Corte ha dichiarato l'illegittimità incostituzionale dell'art. 546 c.p., «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»¹⁸⁵. La pronuncia merita di essere richiamata perché, con essa, attraverso un complesso dispositivo manipolativo, la Corte costituzionale ha inciso profondamente sulla fattispecie impugnata – la quale puniva, indistintamente e senza specificazioni di sorta, la condotta di «chi cagiona[va] l'aborto di una donna, col consenso di lei» – operando su tre distinti livelli: l'art. 546 c.p., infatti, è stato modificato, rispetto all'originaria formulazione, anzitutto, dal dispositivo della sentenza (*primo livello*), il quale, a sua volta, ha rinviato esplicitamente alle motivazioni (*secondo livello*), nell'ambito delle quali, in ordine all'aspetto specifico del «pericolo grave per

caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria» – cfr. Corte cost., sentenza n. 1 del 1956.

¹⁸³ Per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 26, «la Wertordnung costituzionale si innesta sulla Wertordnung del legislatore 'fascista', la quale, anche sul piano strutturale, come è stato più volte osservato, anche in occasione dei progetti di riforma del codice penale, è incompatibile con la prima».

¹⁸⁴ Secondo la felice espressione utilizzata da M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 13.

¹⁸⁵ Del merito della decisione, può ricordarsi, sia pur incidentalmente, che la Corte ha affermato che la tutela del concepito, avendo un diretto fondamento costituzionale nell'art. 31, secondo comma, Cost., può giustificare l'intervento del legislatore volto a prevedere sanzioni penali; quest'ultimo, però, posto che il predetto interesse viene in collisione con altri beni che godono pur essi di tutela costituzionale, non può «dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione»; e ciò anche perché, secondo la celebre formula proposta con la sentenza *de qua*, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare».

la salute della madre», è stato richiesto l'intervento del legislatore (*terzo livello*)¹⁸⁶. Anche a voler qui tacere delle ripercussioni che la sentenza ha avuto sul corollario della riserva di legge – in quanto, pur se adottata *in bonam partem*, ha sconfinato nello spazio di discrezionalità del legislatore¹⁸⁷ –, non v'è chi non veda come un tale intervento della Corte costituzionale finisca per incidere in radice sulla tenuta del principio di determinatezza; risulta compromessa, infatti, per gli interpreti e, soprattutto, per i consociati, la comprensione del significato e del perimetro applicativo dell'incriminazione colpita dalla dichiaratoria di incostituzionalità, frustrando in tal modo le fondamentali esigenze discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Ed è interessante mettere in rilievo che anche la giurisprudenza costituzionale più recente offre significativi riscontri alle problematiche sopra delineate: in questo senso, le sentenze n. 32 del 2014 e n. 229 del 2015 confermano, in modo forse ancora più netto rispetto al passato, quanto possa concretamente incidere, con il proprio intervento, la stessa Corte costituzionale sull'intelligibilità della fattispecie penale, pregiudicandone, ad un tempo, l'accessibilità e la prevedibilità.

Su questi due casi, in ragione della loro specifica rilevanza, è il caso di soffermarsi brevemente, dedicando un supplemento di attenzione.

Nel primo, come già visto, la Corte ha modificato il testo della fattispecie di cui all'art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309 del 1990, facendo rivivere, in quanto mai validamente abrogate, le previsioni vigenti prima della modifica apportata alla materia degli stupefacenti con le norme dichiarate incostituzionali. Ora, il risultato pratico dell'operazione correttiva messa in campo dalla Corte – il quale, solo, deve essere tenuto in considerazione per ragionare della possibilità che la fattispecie in parola possa, ancora oggi, validamente orientare le scelte di azione dei consociati – è davvero paradigmatico: l'art. 73, comma 1, citato è infatti proposto (in tutte le raccolte normative a disposizione) nella formulazione dichiarata incostituzionale e soltanto in una nota a piè di pagina¹⁸⁸ è con-

¹⁸⁶ «Ma ritiene la Corte che sia obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione: e perciò la liceità dell'aborto deve essere ancorata ad una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificare» – cfr. Corte cost., sentenza n. 27 del 1975.

¹⁸⁷ Come testimoniato dalle numerose ribellioni dei giudici comuni, che ne hanno, appunto, censurato il contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.; sul tema, v., tra i molti, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, 1984, p. 69 ss.

¹⁸⁸ Questo, per esteso, il contenuto della nota: «comma così modificato dall'art. 4-bis, co. 1, lett. b), d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. Successivamente, la Corte costituzionale, con sentenza 12-25 febbraio 2014, n. 32

tenuta la precisazione relativa all'intervento della Corte costituzionale, con l'indicazione del testo da ritenersi attualmente vigente (che corrisponde a quello in vigore prima della modifica del 2005, poi censurata dalla Consulta). E così, un soggetto che si determinasse, per le più svariate ragioni, sulla base della sola formulazione riportata nel corpo dell'articolo, omettendo di leggere il contenuto di una delle numerose note a piè di pagina, potrebbe scoprire, suo malgrado, che la reazione sanzionatoria prevista dall'ordinamento in risposta alla sua condotta è più severa di quella che si sarebbe potuto legittimamente attendere. Si tratta, ovviamente, di una vicenda tutta particolare, che chiama in causa, tre le molte, anche le problematiche relative all'opportunità di (ri)formulare le norme penali interessate dalle pronunce della Corte costituzionale e che, in ogni caso, ha ad oggetto una fattispecie già di per sé piuttosto singolare, costruita attraverso il rinvio alle tabelle ministeriali, per l'indicazione delle sostanze vietate¹⁸⁹.

Nel secondo caso citato, la Corte ha invece dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3, lett. b), e comma 4, della legge n. 40 del 2004¹⁹⁰,

(Gazz. Uff. 5 marzo 2014, n. 11 – Prima serie speciale), ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale del suddetto art. 4-bis, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272. Per completezza di informazione si riporta il testo del presente comma nella formulazione anteriore alla sostituzione disposta dall'art. 4-bis del suddetto d.l. 272/2005: «1. Chiunque senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene, fuori dalle ipotesi previste dall'articolo 75, sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, è punito con la reclusione da otto a venti anni e con la multa da euro 25.822 (lire cinquanta milioni) a euro 258.228 (lire cinquecento milioni)».

¹⁸⁹ Il richiamo a questo paradigmatico caso consente di introdurre, sulla scorta dei più recenti tracciati della giurisprudenza (anche europea), le problematiche che circondano i canoni di accessibilità e di prevedibilità della fattispecie penale, quali precipitati del principio di determinatezza scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. Sul tema, da ultimo, con un'attenzione particolare alla prospettiva convenzionale, v. V. ZAGREBELSKY, *Legalità penale. La posizione della corte europea dei diritti umani*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.

¹⁹⁰ Su cui, in particolare, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 15 ss., per cui, entrambi i requisiti posti dalla Corte concorrono a rendere la norma penale imprecisa o indeterminata: «il primo requisito (la selezione può riguardare solo embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), in quanto i criteri di gravità di cui si discorre sono del tutto vaghi: infatti, non è possibile individuare una volta per tutte malattie genetiche gravi a partire dalla diversa fattispecie dell'interruzione di gravidanza dopo il primo trimestre, in cui peraltro il medico è tenuto a compiere valutazioni caso per caso. Il secondo requisito (la apposita struttura pubblica) in quanto a ben vedere, se si può concedere che sia chiaro cosa si intenda con struttura pubblica, vi sono una serie di aree grigie, come le cliniche convenzionate, rispetto alle quali la norma è lacunosa e imprecisa. Inoltre, vediamo che il dispositivo si riferisce ad "apposite" strutture pubbliche, ma in questo momento cliniche ad hoc non sono state istituite. Il termine "apposite" riferito alle strutture pubbliche, in assenza di una norma di attuazione, o rende inoperante l'intervento della Corte, perché tali strutture ancora non esistono, o deve essere svuotato di significato dall'interprete».

«nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche». Anche in questo caso, ci si trova al cospetto di una manipolazione assai complessa, con cui la Corte ha fatto riferimento, contestualmente, ad una serie articolata di elementi esterni alla fattispecie – alcuni dei quali ricavabili da un differente testo di legge, la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza; altri da saperi di carattere medico-scientifico –, rendendo piuttosto difficile, per il destinatario del precetto, comprendere il confine di tipicità dell'originaria incriminazione e, di riflesso, determinarsi in modo consapevole¹⁹¹.

Anche dal già citato caso *Cappato* – e dalla manipolazione dell'art. 580 c.p. che la Corte costituzionale ha realizzato con la sentenza n. 242 del 2019 – si ricavano indicazioni analoghe: alcune concrete vicende processuali dimostrano, infatti, quanto possa essere difficile – e, in fin dei conti, anche opinabile – ricostruire con precisione la specifica condizione della “dipendenza dai trattamenti di sostegno vitale”¹⁹², che la stessa Corte, appunto, ha individuato quale limite esterno per la punibilità dell'agente¹⁹³.

A ben guardare, però, non sono unicamente i dispositivi di accoglimento che hanno condizionato e possono condizionare in negativo la concreta operatività delle garanzie sottese al principio di determinatezza: di fatti, anche quando la Corte ha in passato deciso, pur riscontrando vizi di illegittimità costituzionale, di prediligere decisioni di infondatezza – spesso di tipo interpretativo –, suggerendo ai giudici comuni la soluzione ermeneutica da seguire, è entrata in profonda crisi l'idea che le singole ipotesi delittuose siano informate ai canoni di chiarezza e determinatezza imposti dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Si possono utilmente richiamare, a tal fine, i casi in cui la Corte è stata chiamata a giudicare le fattispecie punitive dello sciopero, che sono state interpretate nel senso di trasformare le medesime incriminazioni in limiti *esterni* al diritto

¹⁹¹ Vale senz'altro la pena ricordare che la Corte costituzionale, in occasione della storica sentenza sull'*error iuris* del 1988, ha riconosciuto che l'oscurità del testo esclude la rimproverabilità del comportamento, penalmente rilevante, posto in essere dall'agente, proprio valorizzando le esigenze di determinatezza e chiarezza delle fattispecie penali – cfr. Corte cost., sentenza n. 364 del 1988.

¹⁹² Sul punto, v. F. LAZZERI, *A che punto è la notte? La liceità dell'aiuto al suicidio, oltre DjFabo: la nozione di “trattamenti di sostegno vitale” nella sentenza sul caso Trentini*, in *Sistema penale*, 27 luglio 2020.

¹⁹³ La letteratura sulla vicenda è davvero sterminata: si segnalano, in questa sede, le preziose riflessioni di M. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.

riconosciuto all'art. 40 della Costituzione¹⁹⁴; con lo stesso spirito, possono citarsi anche le pronunce che la Corte ha emesso nella materia dei cd. *reati di opinione*¹⁹⁵, con cui la stessa ha cercato di persuadere i giudici comuni ad applicare in modo restrittivo, per escludere profili di contrasto con l'art. 21 Cost., le relative fattispecie previste dal Codice penale. In tutti questi casi, la norma penale è stata stressata dall'interpretazione proposta dalla Corte costituzionale, al punto da farle esprimere un significato molto diverso rispetto a quello contenuto nel corrispondente enunciato linguistico, con evidenti ripercussioni sul principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Insomma e in generale, la scelta di non provvedere, per via legislativa, ad una organica riforma del Codice penale – in uno con la conseguente, per certi versi inevitabile, opera di *armonizzazione* messa in campo dalla Corte – ha ostacolato la piena realizzazione delle garanzie sottese al principio di determinatezza in materia penale. Una riforma, si badi, che la stessa Corte ha non di rado suggerito, talvolta in modo anche esplicito – senza mai poter giungere ad imporne l'approvazione ovviamente –, in essa comunque intravedendo la migliore strada percorribile per adeguare, ai principi dettati dalla Costituzione, le fattispecie incriminatrici vigenti nell'ordinamento: così nella nota sentenza 409 del 1989, in cui la Corte si è riferita ad un progetto di revisione dell'intero impianto codicistico, poi risoltosi in un nulla di fatto, osservando come il legislatore avesse «attivato finalmente lo studio di una legge-delega per la riforma del codice penale»¹⁹⁶; e, più di recente, con la sentenza n. 134 del 2012, riferendosi ad un profilo specifico, la Corte ha ribadito con forza «l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma delle pene accessorie, che lo rende pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma, Cost.»¹⁹⁷.

Sulla scia delle riflessioni condotte dalla migliore dottrina su questo tema¹⁹⁸, è possibile notare che alla mancata revisione del Codice penale è andata accompagnandosi, nel corso degli anni, una legislazione penale piuttosto confusa – per taluni, addirittura *schizofrenica*¹⁹⁹ – che ha privilegiato interventi di tipo set-

¹⁹⁴ Per tutti, D. PULITANÒ, *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 4/1982, p. 321 ss.

¹⁹⁵ Sul tema, v., in particolare, M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) V. Angiolini, Giapichelli, 1992, p. 103 ss.

¹⁹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 409 del 1989, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 134 del 2012, punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁸ Sia costituzionalistica, che penalistica: v., in proposito, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit.; e F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza del diritto penale: la fattispecie*, Cedam, 1979.

¹⁹⁹ Così per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 28, per cui «l'evoluzione del diritto penale comporta una sorta di 'schizofrenia', in quanto lo stesso legislatore perde spesso di vista le finalità generali di politica criminale, per

toriale, cui ha fatto seguito una progressiva dispersione delle fattispecie incriminatrici «nel cosmo delle leggi penali *extra codicem*»²⁰⁰, in alcuni casi al di fuori dello stesso perimetro penale²⁰¹. L'ipertrofia e il carattere spesso frammentato della produzione normativa in materia penale hanno causato una sempre crescente marginalizzazione del Codice, quale fondamentale testo di riferimento per le scelte di azione dei consociati²⁰², contribuendo, con il passare degli anni, alla definizione di un quadro normativo assai complesso, di difficile comprensione, dai tratti talvolta labirintici²⁰³.

La sopravvenienza degli *input* di criminalizzazione di matrice europea, in questo senso, ha senz'altro concorso a pregiudicare la tenuta, sul versante della sua organicità, del complessivo sistema penale, essendo frequentemente chiamato il legislatore nazionale ad intervenire in relazione a specifici settori per far fronte, in modo tempestivo, agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea²⁰⁴. Non si può ignorare il fatto che la qualità della normazione penale dipende in larga misura anche dalla scelta degli strumenti normativi utilizzati e che, per l'effetto, il ricorso

punire specifiche condotte criminose, perseguendo così obiettivi circoscritti e in contrasto fra loro. Ciò conduce dunque ad una perdita di chiarezza dell'insieme, che incide sulla chiarezza delle singole fattispecie penali».

²⁰⁰ Per M. PAPA, *Dal Codice penale 'schemorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2018, p. 139, «nei suoi oltre ottanta anni di vigenza, lo sappiamo bene, il codice Rocco è diventato un luogo di norme stratificate e incoerenti; eterogeneo nello stile e disordinato nei contenuti (e massimamente nei livelli sanzionatori)».

²⁰¹ Per M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 9, «un chiaro esempio di come le scelte di politica criminale del legislatore siano state, negli ultimi anni, orientate nel senso di privilegiare una legislazione frammentaria è dato dalla legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita. Agli artt. 12 e 13 della citata legge, infatti, sono previste numerose fattispecie penali (con regimi sanzionatori anche molto severi – da dieci a venti anni in nei casi più gravi) poste a presidio di beni giuridici di primario rilievo costituzionale».

²⁰² In questo contesto, peraltro, c'è chi ha osservato che «l'ipertrofia del diritto penale ha senza dubbio reso più complicato il lavoro interpretativo quotidiano degli operatori, che sono chiamati a districarsi per la risoluzione dei casi concreti in una congerie di testi normativi con caratteristiche diverse tra di loro» – cfr. S. DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2018.

²⁰³ Per M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, cit., p. 44, «il nostro ordinamento è un colabrodo di disposizioni generiche, imprecise, ambigue, vaghe, il cui significato viene affidato al progressivo affinamento macinato in sede curiale».

²⁰⁴ Alla luce di tutte queste circostanze, pertanto, non deve sorprendere che, in occasione della promulgazione di una legge di conversione incidente sulla materia della sicurezza pubblica, il Presidente della Repubblica, in data 15 luglio 2009, non ha esitato a rilevare, dopo aver ricordato che «la formulazione, la struttura e i contenuti delle norme devono poter essere 'riconosciuti' sia da chi ne è il destinatario sia da chi deve darvi applicazione, che il nostro ordinamento giuridico risulta seriamente incrinato da norme oscuramente formulate, contraddittorie, di dubbia interpretazione o non rispondenti ai criteri di stabilità e certezza della legislazione: anche per le difficoltà e le controversie che ne nascono in sede di applicazione».

massiccio agli strumenti normativi a disposizione del Governo, ispirati spesso da logiche emergenziali, ha contribuito a determinare il superamento di una politica criminale d'insieme, attenta alle finalità generali delle scelte di criminalizzazione e all'equilibrio reciproco dei vari interventi approntati nel settore penale²⁰⁵. Esprime con chiarezza questa tendenza la prassi di intervenire sulle singole cornici edittali delle fattispecie di parte speciale non per far fronte ad un aggravato allarme sociale rispetto al comportamento incriminato, ma al solo fine di aumentare il relativo termine di prescrizione per fronteggiare le lungaggini dei processi penali, senza però al contempo rivedere in modo organico le pertinenti previsioni di parte generale, di cui agli artt. 157 ss. c.p.

In definitiva, la scelta sulle tecniche di redazione delle fattispecie penali²⁰⁶ – nella sempre valida alternativa tra il paradigma della costruzione casistica e quello della costruzione per clausole generali – può avere ripercussioni di primario momento sulla, più o meno ampia, area di discrezionalità dell'interprete e, di riflesso, sul rispetto della *ratio* sottesa al principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Ebbene, alcuni segnali in controtendenza sembrano potersi rintracciare nelle più recenti legislature, in cui – pur se nella perdurante inerzia di una organica revisione del Codice penale – sono state realizzate alcune importanti riforme, esplicitamente rivolte a rivitalizzare le istanze di garanzie sottese al principio di determinatezza; la più significativa novità è senz'altro rappresentata dal d.lgs. n. 21 del 2018²⁰⁷: il

²⁰⁵ E tutto ciò, invero, rappresenta il risultato, sul versante della determinatezza, del fenomeno del progressivo spostamento della produzione normativa in materia penale dal Parlamento rappresentativo verso il Governo, sulle cui coordinate di fondo già si è ragionato a lungo nella sezione dedicata alla riserva di legge.

²⁰⁶ «Così il principio di determinatezza della legge penale, che pure nasce con la funzione di stabilire un rapporto corretto fra Stato, cittadini e giudici, sembra appartenere più al mondo evanescente delle tecniche di redazione delle leggi» – cfr. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 16.

²⁰⁷ È utile ricordare che, verso la fine degli anni novanta, il legislatore è in taluni casi intervenuto per riscrivere fattispecie incriminatrici già vigenti, precisandone gli elementi costitutivi di più incerta lettura, con l'obiettivo di ridurre lo spazio di discrezionalità riservato all'interprete, in omaggio alla *ratio* storica del principio di determinatezza. In questa stessa direzione, peraltro, già si era mossa una interessante circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – cfr. Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contenente *Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 624 ss.; a commento della quale, v. F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987, p. 230 ss – emanata nel 1986, rivolta a tutti gli Uffici legislativi dei ministeri, contenente criteri per la formulazione delle fattispecie penali, con cui si era raccomandato al futuro legislatore penale di evitare clausole di portata troppo ampia, per limitare il più possibile l'arbitrio del giudice nell'individuazione delle condotte penalmente rilevanti.

Governo ha approvato tale decreto²⁰⁸, imprimendo una accelerazione nel lungo e tormentato percorso di ravvicinamento della legislazione penale agli standard imposti dall'art. 25, secondo comma, Cost. La novità più rilevante è contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 21 del 2018 che ha introdotto, all'art. 3-bis c.p., il principio della c.d. *riserva di codice*²⁰⁹, stabilendo che le «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Nelle esplicitate intenzioni del legislatore delegante²¹⁰, l'innovazione è da ricollegarsi all' «esigenza di assicurare una migliore conoscenza dei precetti» e di garantire, per conseguenza, l'effettività della funzione rieducativa della pena, di cui all'art. 27 Cost.: la cd. *riserva di codice*, in questo senso,

²⁰⁸ Recante *Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; per un breve commento del contenuto del decreto, v. S. BERNARDI, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa. A proposito del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2018; e, più di recente, S. DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2018.

²⁰⁹ Tra i molti, v. L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Cedam, 2001, p. 27 ss.; C. F. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, (a cura di) U. Curi – G. Palombarini, Donzelli Editore, 2002, p. 99 ss.; S. SENESE, *La riserva di codice*, ivi, p. 79 ss.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 142; N. MAZZACUVA, *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Crit. dir.*, 1998, p. 155 ss.; e C. E. PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 1011 ss.

²¹⁰ Interessanti anche le considerazioni proposte dal Ministro della Giustizia allora in carica: «l'attuazione di tale principio è l'indispensabile presupposto per una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni da parte dei cittadini, conoscenza che consente di perseguire l'obiettivo del legislatore sul piano della piena attuazione del principio di legalità anche nei riflessi relativi alla funzione della pena. Da qui l'enunciazione di una norma di principio che riserva al codice la tutela penale dei beni essenziali della vita e di protezione della comunità civile e che può dare l'avvio ad un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimetta al centro del sistema il codice penale e ponga le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo dello Stato secondo ragionevole rapporto rilievo del bene tutelato/sanzione penale. La norma inserita nella parte generale del codice penale costituirebbe un principio generale che il legislatore dovrebbe necessariamente tenere in conto, spiegando le ragioni del suo eventuale mancato rispetto; una norma di indirizzo di sicuro rilievo, idonea quantomeno a mutare le attuali modalità della legislazione penale» – cfr. A. ORLANDO, *Riserva di codice. L'importanza di un principio che guarda al futuro*, ne *Il Manifesto* del 23 luglio 2017.

costituirebbe un presupposto indefettibile perché l'ordinamento possa dirsi conforme ai principi costituzionali che regolano l'esecuzione della pena²¹¹, con ciò sottolineando il nesso che avvince il principio di determinatezza, da una parte, e il principio di colpevolezza, dall'altra²¹². Istanze di razionalizzazione, quelle appena citate, che si accompagnano, sotto un diverso profilo, all'idea di un diritto penale *minimo* o *essenziale* e al connesso auspicio che la riforma possa innescare «un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il Codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo secondo un ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale»²¹³.

Forse accompagnata da un'eccessiva enfasi del legislatore nei confronti delle potenzialità insite nella cd. *riserva di codice*²¹⁴, le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 21 del 2018 sembrano potersi comunque apprezzare proprio nell'ottica di una valorizzazione delle garanzie sottese al principio di determinatezza: da un lato, infatti, numerose fattispecie prima ospitate in testi normativi *extra codicem* vengo trasferite all'interno del Codice, con l'obiettivo di intraprendere una opera di razionalizzazione del complessivo sistema penale; dall'altra, appunto, che, nel futuro, le nuove incriminazioni dovranno, in linea di principio, essere inserite nel testo codicistico, così garantendo quella organicità di cui, con enfasi, parlavano gli illuministi che per primi avevano ragionato intorno al principio di determinatezza delle fattispecie penali. Di un certo rilievo è la stretta

²¹¹ Attraverso l'inserimento nello stesso codice penale di «tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato».

²¹² Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 464 del 1988.

²¹³ Sottolinea con enfasi questo elemento S. BERNARDI, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa. A proposito del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit.

²¹⁴ Tra questi, in particolare, M. PAPA, *Dal Codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2018, p. 138, per cui «che il codice penale possa svolgere, nel comunicare i precetti penali alla comunità generale, una funzione assertiva, imperativa e ideologica è del tutto normale. La forza soggiogante di tale comunicazione è, dal punto di vista preventivo, perfino da auspicare. Ma che questo tipo di comunicazione costituisca una condizione essenziale perché si realizzi la rieducazione del condannato pare essere, per le ragioni dette, fortemente discutibile. Obiettivi e metodi della rieducazione sono, come abbiamo sottolineato, sociologicamente e psicologicamente molto più complessi. Non credo corrisponda ai valori fondanti del principio rieducativo immaginare che il condannato sia oggetto di un trattamento che lo riduca a "spettatore paralizzato dal curaro", cui non resta che contemplare passivamente la raffigurazione perfetta del diritto penale offerta dal codice "città-ideale"».

correlazione che la riforma ha registrato tra il suddetto principio e la finalità rieducativa della pena, nel solco della più significativa giurisprudenza costituzionale formatasi in materia e in coerenza con la tesi di chi in dottrina ha sottolineato che «una legge tanto imprecisa da risultare ‘assolutamente oscura’ non consente di muovere all’agente un rimprovero di colpevolezza»²¹⁵.

Per completezza, va detto che, all’indomani dell’entrata in vigore della legge delega, in dottrina erano state avanzate alcune obiezioni sull’impianto generale della riforma: era stata, in particolare, messa in evidenza la circostanza che il principio di nuovo conio è inserito all’interno di una previsione di rango primario, come tale inidonea a vincolare in modo stringente le future scelte del legislatore. Con rilievi ancora più critici, alcuni autori hanno poi messo in discussione lo stesso presupposto della riforma e cioè che esista, per davvero, un Codice da rivitalizzare: c’è chi, sul punto, ha infatti osservato provocatoriamente che «deportando nel Codice alcune fattispecie prima collocate nelle leggi speciali, il d.lgs. n. 21 del 2018 finisce per accentuare la trasformazione del codice stesso, che da “città ideale” del diritto penale diviene un mero “centro di accoglienza” per reati migranti»²¹⁶. Da ultimo, può dirsi che, pur rimanendo senz’altro valida, in proposito, la riflessione di chi, in dottrina, ha rilevato che il miglioramento della conoscenza di un precetto «non può passare solo e soltanto dal suo posizionamento all’interno di un determinato testo normativo»²¹⁷, è possibile comunque ritenere che il segnale lanciato dal legislatore sia piuttosto significativo e vada nella direzione, tracciata in modo autorevole dalla Corte costituzionale con alcune sue recenti decisioni, di una valorizzazione delle istanze di prevedibilità e di accessibilità riconosciute, non solo a livello interno, nell’art. 25, secondo comma, Cost., ma anche a livello europeo, dall’art. 7 CEDU e dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.

6. Il principio di determinatezza nella giurisprudenza costituzionale, dalle stagioni della “prudenza”, alla vicenda *Taricco*

L’esame della giurisprudenza costituzionale sviluppatasi con riguardo al principio di determinatezza in materia penale ha restituito per lungo tempo un dato piuttosto netto²¹⁸: vale a dire, una fortissima sproporzione quantitativa tra

²¹⁵ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 121.

²¹⁶ In questi termini, M. PAPA, *Dal Codice penale ‘scheumorfico’ alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, cit.

²¹⁷ Così S. DE FLAMMINEIS, *L’età della (apparente) codificazione. Brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2018.

²¹⁸ Tra i molti, v. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, ESI, 2001, p. 33 ss; e F. PALAZZO,

le pochissime sentenze di accoglimento e le numerose sentenze di rigetto e, quasi per paradosso, la più alta significatività delle seconde rispetto alle prime, le quali – come è stato detto – sembrano «prestarsi meno a delineare linee di tendenza relativamente omogenee e definite, visto e considerato il carattere per così dire estremo delle fattispecie esaminate»²¹⁹.

Pur avendo precisamente ricostruito, fin dalle sue prime decisioni in materia, il fondamento del principio di determinatezza nell'art. 25, secondo comma, Cost. – come espressione dello sbarramento che il principio di legalità frappone agli interventi del potere giudiziario, obbligando a questo scopo il legislatore a formulare norme chiare e precise – la Corte costituzionale si è per lungo tempo prudentemente attestata su «una linea di indiscriminata conservazione e salvataggio dell'esistente»²²⁰, rigettando le numerose questioni di legittimità promosse dai rimettenti al fine di denunciare la vaghezza o la genericità delle fattispecie penali di volta in volta venute in rilievo in sede giudiziaria.

La prima sentenza su cui è interessante soffermarsi è la n. 27 del 1961²²¹, con cui la Corte inaugura l'orientamento che è andato poi caratterizzando la successiva giurisprudenza, almeno fino alla prima *svolta* degli anni ottanta: chiamata in quel caso a scrutinare, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost., l'espressione «mestieri analoghi», contenuta nell'art. 121 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, di cui al r.d. n. 773 del 1931, la Corte ha osservato, in via generale, che «il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano a una descrizione sommaria, o all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato», sottolineando come «in taluni casi le norme penali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive [...] ovvero anche, come appunto nella norma impugnata, di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come «e simili», «e altri simili», «e altri analoghi»²²². Dalla lettura della sentenza n. 27 del 1961 emerge,

Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di) A. M. Stile, Jovene, 1991, p. 25 ss.

²¹⁹ In questi termini, v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, ESI, 2006, p. 61.

²²⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 143.

²²¹ A commento della quale, v., anche, C. ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 536 ss.

²²² Della motivazione, dal contenuto assai conciso e sintetico, è importante segnalare il passaggio conclusivo, in cui la Corte ha precisato quanto segue: «in tali casi, ufficio dell'interprete

come è stato detto in dottrina²²³, una sensibilità piuttosto scarsa dimostrata dalla Corte costituzionale in ordine alle esigenze di determinatezza della fattispecie penale: l'intento della Corte, in effetti, a partire da questa prima occasione e per diversi lustri successivi²²⁴, è sembrato, piuttosto, quello di ritenere conforme all'art. 25, secondo comma, Cost. ipotesi formulate in modo generico ed impreciso, in relazione alle quali l'interprete era in sostanza chiamato ad una costante opera di riempimento e precisazione dell'enunciato legislativo.

Nel solco di questa importante decisione, si inseriscono numerose pronunce²²⁵, in cui la giustificazione da parte della Corte di formule vaghe ed equivoche è stata rafforzata, addirittura, con l'utilizzazione di dispositivi di manifesta infondatezza²²⁶. In questa prima stagione della sua giurisprudenza sul principio di determinatezza, la Corte costituzionale è sembrata rivolgere la sua attenzione principalmente nei confronti delle scelte di redazione delle fattispecie penali operate dal legislatore, giungendo, in molti casi, a confermare l'assunto per cui «il principio di legalità si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie, ma, in talune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato». Già si è detto, però, che il problema dell'insufficiente determinatezza di talune fattispecie incriminatrici è stato talvolta risolto dalla Corte costituzionale attraverso decisioni che hanno circoscritto, per via interpretativa, l'area di punibilità della condotta incriminata, rendendola in tal modo conforme a Costituzione. Occasioni, tutte queste, in cui la Corte, ricorrendo al paradigma delle sentenze interpretative di rigetto – e quindi pur non incidendo direttamente sulla disposizione – ha comunque finito per trasformare il contenuto precettivo della fattispecie «spezzando la corrispondenza fra l'enunciato normativo e la ratio della norma». Può essere ricondotta entro questo gruppo di decisioni, tra le molte, la n. 15 del 1973, con

non è di applicare per analogia la norma a casi da essa non previsti, bensì di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 27 del 1961.

²²³ Per tutti, v. M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit.

²²⁴ Cfr. Corte cost., sentenze n. 121 del 1963, n. 44 del 1964, n. 133 del 1973, n. 236 del 1975, n. 49 del 1980 e n. 79 del 1982.

²²⁵ Cfr. Corte cost., ordinanze n. 169 del 1983, n. 195 del 1983 e n. 169 del 1985.

²²⁶ Per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 35, «la Corte ribadisce propri indirizzi giurisprudenziali di rigetto delle questioni: in questo caso, ciò che viene reso indiscutibile, ma che invece verrà successivamente messo in discussione, è il rifiuto del giudice costituzionale di effettuare un giudizio su eventuali carenze di determinatezza di norme penali».

cui la Corte ha dichiarato non fondata *nei sensi di cui in motivazione* una questione di legittimità costituzionale promossa sull'art. 654 c.p., *Manifestazioni e grida sediziose*: modificando un precedente orientamento – che aveva escluso profili di incostituzionalità sul presupposto che i comportamenti incriminati dalla norma avrebbero implicato «sempre eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni e pericolo per l'ordine pubblico»²²⁷ –, la Corte ha, in questo caso, interpretato il termine «sedizione» in un senso più restrittivo, rilevando come esso sia tale da implicare «ribellione, ostilità, eccitazione al sovvertimento delle pubbliche istituzioni» quante volte «in concreto (...) produ[ca] un evento pericoloso per l'ordine pubblico»²²⁸. A ben vedere, però, benché mossa dall'intento di chiarire il perimetro di tipicità dell'art. 654 c.p. e, allo stesso tempo, di superare i profili di contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero, la Corte ha ottenuto il risultato opposto, introducendo elementi di confusione ed incertezza in ordine al confine tra lecito e illecito, così ostacolando quella imprescindibile funzione di orientamento che è propria di ogni fattispecie penale²²⁹.

²²⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 120 del 1957.

²²⁸ Per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, cit., p. 37, nota 128, si è giustamente osservato che il riferimento da parte della Corte costituzionale al cd. «atteggiamento di ribellione, insofferenza, ostilità, idoneo a creare pericolo per l'ordine pubblico» dilaterrebbe «a dismisura la nozione in argomento» e sarebbe lesivo dell'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto verrebbe attribuito alla nozione di sedizione un significato indeterminato, e dell'art. 21 Cost., dal momento che «all'ostilità o all'insofferenza può, senza alcun dubbio, essere ricondotta ogni forma di dissenso, ossia anche la mera estrinsecazione del proprio pensiero, che non può, invece, costituire oggetto di alcuna repressione penale»; sul tema, v., anche, B. PELLEGRINO, *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare, con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in *Rass. Giust. Mil.*, 3/1979, p. 122.

²²⁹ Parimenti riconducibili al filone giurisprudenziale sopra richiamato sono le decisioni che la Corte ha assunto in relazione alle fattispecie di vilipendio: così, per esempio, con la sentenza n. 20 del 1974, con cui è stata dichiarata non fondata, *nei sensi di cui in motivazione*, una questione sollevata sull'art. 290 c.p. Per la Corte, al fine di superare i dubbi di legittimità prospettati dal rimettente ai sensi dell'art. 21 Cost., spetta all'interprete distinguere tra una critica legittima, espressione, appunto, della libertà di manifestazione del pensiero, e una critica illegittima, «diretta a negare ogni rispetto, prestigio, fiducia all'istituzione considerata, inducendo i destinatari al disprezzo di questa o, addirittura, a ingiustificate disobbedienze». In questo modo, però, è evidente come la stessa determinazione del confine di liceità della condotta vilipendiosa sia condizionato all'apprezzamento discrezionale del giudice chiamato a risolvere il caso specifico, con buona pace dell'esigenza di uguaglianza ed uniformità di trattamento che una formulazione chiara ed inequivoca, rispettosa del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., senz'altro garantisce. Degna di nota, in questo senso, la sentenza n. 188 del 1975: si tratta, ancora una volta, di una sentenza di rigetto interpretativa che la Corte ha assunto a fronte dell'impugnativa promossa dal rimettente sull'art. 403 c.p., *Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di persone*. In questo caso, in coerenza con il tratto distintivo di questa prima stagione della sua giurisprudenza, la Corte ha precisato che la «necessaria tassatività della fattispecie non si risolve, né si identifica nella più o meno completa descrittività», esplicitando precisamente che

I primi momenti di discontinuità della giurisprudenza della Corte sul principio di determinatezza si sono registrati negli anni ottanta, contesto nel quale il Giudice costituzionale è sembrato guardare alle esigenze di garanzia sottese al principio scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. con una rinnovata attenzione.

In questa prospettiva, merita di essere segnalata, pur non riguardando direttamente una fattispecie incriminatrice, la sentenza n. 177 del 1980, con cui la Corte ha affrontato una questione di legittimità costituzionale promossa in relazione ad una misura di prevenzione disciplinata dalla legge n. 1423 del 1956. La Consulta, in quest'occasione, è stata chiamata a scrutinare, in particolare, l'elemento della «proclività a delinquere» che il legislatore aveva posto a fondamento della misura *ante delictum* di cui era questione nel giudizio principale, giungendo alla conclusione che la previsione impugnata «non descrive né una o più condotte, né alcuna 'manifestazione' cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale», rimettendo al giudice – e, prima di lui, al pubblico ministero ed alle autorità di polizia proponenti e segnalanti –, «già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento» l'individuazione delle «manifestazioni» rilevanti per l'applicazione della misura. La formula «proclivi a delinquere», entro queste coordinate, ed in ragione della sua genericità, «non svolge[va] la funzione di autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei 'casi' (come vogliono sia l'art. 13, che l'art. 25, terzo comma, Cost.), ma offr[iva] agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità»²³⁰: da cui l'illegittimità costituzionale della norma censurata «nella parte in cui elenca tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che 'per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere».

Di poco successiva, è la storica sentenza n. 96 del 1981²³¹, con cui la Corte, questa volta intervenendo direttamente su una fattispecie incriminatrice, ha dichiarato incostituzionale il delitto di plagio di cui all'art. 603 c.p., per la prima volta valorizzando le capacità invalidanti dell'art. 25, secondo comma, Cost. Si tratta di un fondamentale arresto che ha contribuito a precisare il contenuto di garanzia del principio di determinatezza, posto che l'art. 603 c.p. è stato, in quest'occasione, ritenuto incostituzionale non per una difettosa formulazione

è rimesso «al giudice di puntualizzare specificatamente il contenuto di riferimenti in apparenza indeterminati».

²³⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 117 del 1980, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

²³¹ A commento della decisione, si vedano i contributi di P. G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza della realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. Cost.*, 1/1981, p. 804 ss.; e M. BOSCARELLI, *A proposito del principio di 'tassatività'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, p. 1147 ss.; convinto della conformità a Costituzione dell'art. 603 c.p. era, invece, P. NUVOLONE, *Considerazioni sul delitto di plagio*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, (a cura di) P. Nuvo-lone, Cedam, 1982, pp. 284 – 285.

letterale della fattispecie – profilo, questo, che pur se cautamente era stato considerato nella prima stagione della giurisprudenza costituzionale –, bensì perché l'ipotesi concreta in esso contemplata non poteva essere accertata con un sufficiente grado di certezza in sede giudiziaria²³². È utile segnalare che intorno alla fattispecie qui in discussione – incriminante la condotta di chi «sottopone una persona al proprio potere in modo da ridurla in totale stato di soggezione» – si era animato un vivace dibattito tra gli studiosi, tanto era diffusa la convinzione che, con essa, il legislatore avesse affidato all'arbitraria determinazione del giudice l'individuazione in concreto degli elementi costitutivi del reato, con evidenti profili di contrasto, appunto, con il principio di determinatezza. Da parte sua, dopo una ricca ricostruzione dell'evoluzione storica della fattispecie, la Corte ha proceduto a distinguere, dal punto di vista teorico, due differenti declinazioni del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.: l'intelligibilità del precetto, da una parte, e la corrispondenza alla realtà fenomenica della condotta materiale descritta dalla norma incriminatrice, dall'altro.

In linea con l'andamento cartesiano delle funzioni matematiche $\sin(x)$ e $\cos(x)$, dopo un primo *apice* raggiunto con le sentenze degli anni ottanta appena richiamate, il percorso di valorizzazione sostanziale del principio di determinatezza è sembrato rallentare, tornando ad assestarsi su coordinate negative²³³, in occasione delle pronunce sul cd. *disastro innominato* e sulle prescrizioni del «vivere onestamente e del rispettare le leggi», del biennio 2008-2010²³⁴. Con queste due decisioni, infatti, la Corte costituzionale è sembrata riproporre lo schema delle prime stagioni, salvando dalla declaratoria di incostituzionalità

²³² Ed è segnatamente su questa duplice articolazione che parte della dottrina ha, come già si è detto, proposto la distinzione tra il principio di precisione, nel primo caso, e il principio di determinatezza, nel secondo: così, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., *passim*.

²³³ M. D'AMICO, *Reati e pene*, in *Viva Vox Constitutionis*, (a cura di) V. Onida e B. Randazzo, Giuffrè, 2005, p. 19, osserva che, negli anni 2004-2005, si «conferma l'indirizzo giurisprudenziale che tende, nella maggior parte, ad assolvere espressioni normative indeterminate laddove sia possibile una interpretazione che riduca il margine di incertezza della norma».

²³⁴ Cfr., rispettivamente, Corte cost., sentenze n. 327 del 2008 e n. 282 del 2010; merita di essere ricordata anche la più recente sentenza n. 172 del 2014, che ha riguardato la fattispecie di atti persecutori, di cui all'art. 612-*bis* c.p., la quale ha parimenti conosciuto letture molto critiche in dottrina: v., in particolare, E. LO MONTE, *Il commiato della legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2013, p. 222 ss., per cui «la fattispecie incriminatrice, già viziata da macroscopiche carenze di determinatezza-tassatività, ha ricevuto nella fase applicativa una 'lettura' completamente svincolata dal contesto ordinamentale, con il risultato di rendere il comando legislativo ulteriormente evanescente e del tutto avulso dalla realtà; si è assistito, in sostanza, alla trasformazione della figura criminosa in una sorta di 'illimitato contenitore' capace di racchiudere qualunque violazione della prescrizione legislativa»; l'A. richiama, in proposito, il lavoro di D. PULITANÒ, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 799 ss.

fattispecie incriminatrici formulate dal legislatore in modo assai generico²³⁵. Le curve goniometriche, come noto, sono però destinate a risalire e, così, anche l'orientamento della Corte costituzionale sul principio *de quo* è tornato, di recente, a registrare un nuovo *picco* – fondamentale e forse definitivo – nell'ambito della celebre vicenda *Taricco*; nel cui contesto, come già anticipato, ne è stata addirittura riconosciuta la preminenza gerarchica rispetto ai normali principi costituzionali, in ragione della sua natura qualificante «l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale».

Andando con ordine e operando alcune inevitabili approssimazioni²³⁶, giova ricordare che l'intera vicenda trae origine dalla decisione che la Grande Camera della Corte di Giustizia aveva assunto, nel settembre 2015, in risposta ad una serie di quesiti pregiudiziali formulati dal G.U.P. di Cuneo, che ad essa si era rivolto per denunciare le patologie del sistema prescrizione previsto dagli artt. 160 e 161 c.p.²³⁷. Sulla ritenuta impossibilità di giungere in tempo utile ad una definitiva affermazione della responsabilità penale degli imputati, il G.U.P. di Cuneo aveva prospettato in particolare una violazione degli artt. 101, 107, 109 e 119 TFUE, riconoscendo che «qualora fosse consentito disapplicare le disposizioni nazionali di cui [agli artt. 160 e 161 c.p.], sarebbe possibile garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione», con

²³⁵ Per C. SOTIS, “*Tra Antigone e Crete, io sto con Porzia*”. *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017, p. 15 ss., «questa sentenza, tuttavia, nonostante i suoi caveat, ha finito comunque per spostare il baricentro della determinatezza dal piano della posizione della norma a quello della sua applicazione, lasciando quindi scoperta una questione cruciale: fino a quando questo deve e può avvenire e quando invece il deficit di determinatezza deve essere affrontato per la sua via “naturale”? Cioè – a scanso di equivoci – mediante rinvio incidentale alla Corte costituzionale?».

²³⁶ Per una precisa ricostruzione delle tappe processuali della vicenda si vedano i contributi raccolti in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2016; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, 2017; e, più di recente, A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, 2017; e, più di recente, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, 2018.

²³⁷ Si vedano i contributi di F. ROSSI DAL POZZO, *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia. Note a Trib. Cuneo, 17.01.2014*, G.U.P. Boetti, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 febbraio 2014; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, p. 2 ss.; D. MICHELETTI, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco: dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Legis. Pen.*, 2016, p. 3 ss.; e O. MAZZA, *Scelte politiche “europee” e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, 2016.

un perfetto *assist* alla successiva decisione della Corte di Giustizia. Senza poter qui ricostruire tutte le problematiche sottese alla risposta europea²³⁸, si può notare che, seguendo uno spunto proposto nelle conclusioni dell'Avv. Generale²³⁹, la Corte europea aveva chiamato in causa come parametro l'art. 325 TFUE – che non era stato direttamente evocato dal giudice del G.U.P. di Cuneo (!) – per ribadire l'esistenza dell'obbligo che, nella lotta contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione, compromessi dalle condotte poste in essere dagli imputati del procedimento *a quo*, grava in capo agli Stati membri in ordine all'adozione di misure dissuasive ed effettive, oltreché equivalenti rispetto a quelle che gli stessi apprestano per combattere le frodi che incidono sui loro interessi finanziari²⁴⁰. Sul piano del merito, la Corte di giustizia aveva riconosciuto che le regole codicistiche in materia di prescrizione – introducendo un principio in base al quale, in presenza di atti processuali interruttivi, il termine massimo non può essere in alcun caso prolungato di oltre un quarto della sua durata iniziale – «date la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all'adozione di una sentenza definitiva, [avrebbero potuto] neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione».

Su queste premesse, la Corte di Lussemburgo si era pronunciata in modo perentorio: il giudice nazionale, che avesse ritenuto le previsioni di cui agli artt. 160 e 161 c.p. non idonee a soddisfare gli obblighi discendenti dall'art. 325 TFUE nella lotta contro le frodi all'IVA, avrebbe dovuto «garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni [...] senza chiedere o attendere la previa rimozione di dette disposizioni in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». L'operazione richiesta al giudice nazionale, nella prospettiva della Corte europea, non avrebbe determinato «affatto una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista tale diritto». Nessun contrasto dunque con il principio di legalità dei reati e delle pene, pur riconosciuto agli artt. 49 della Carta di Nizza e 7 CEDU: a prescindere dalla qualificazione formale – come sostanziale o processuale – assegnata all'istituto della prescrizione nei

²³⁸ Per tutti, v. M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., p. 97 ss.

²³⁹ V., tra i molti, F. CAPOTORTI, *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in *Eurojus*, 20 luglio 2015; M. SERRAINO, *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell'oblio. La Corte di giustizia disvela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Legis. Pen.*, 2015, p. 5 ss.

²⁴⁰ Cfr. Corte di giustizia, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, sentenza 26 febbraio 2013.

singoli ordinamenti nazionali, l'allungamento del termine prescrizione e la sua immediata applicazione nei procedimenti ancora pendenti non avrebbero comportato una lesione dei diritti garantiti dal principio del *nullum crimen*²⁴¹.

All'indomani della sentenza europea, in dottrina e nella giurisprudenza domestica²⁴², era andata nettamente prevalendo la tesi per cui la non-applicazione richiesta dalla Corte di Lussemburgo fosse tale da determinare delle conseguenze pratiche radicalmente incompatibili con le garanzie sottese al principio di legalità penale di cui all'art. 25, comma secondo, Cost., sotto il *cotè* dell'irretroattività *in malam partem* e della determinatezza. In proposito, si era infatti sostenuto – sul presupposto della natura sostanziale della prescrizione e della sua, conseguente, attrazione nel circuito della legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. – che la scelta di non applicare gli artt. 160 e 161 c.p. si sarebbe concretamente tradotta in una applicazione retroattiva di una disciplina di sfavore; e che, in ragione della vaghezza e genericità delle condizioni poste dalla Corte di Giustizia a fondamento della richiesta di non-applicazione – sulla *gravità* e sul *numero considerevole di casi*²⁴³ – l'osservanza del *dictum* europeo avrebbe avuto gravi ed irreparabili ripercussioni anche sul principio di determinatezza.

In uno scenario giurisprudenziale che è parso fin da subito molto ricco e polifonico²⁴⁴, la Corte d'Appello di Milano, prima, e la Corte di Cassazione,

²⁴¹ È il caso di rimarcare come la Corte di Giustizia rafforzi la propria conclusione, su questo specifico aspetto, richiamando – per vero forse non così puntualmente – la pronuncia della Corte EDU (*Coeme e. a. c. Belgio* del 22 giugno 2000), la cui giurisprudenza, come noto, viene in considerazione, nell'interpretazione delle previsioni della Carta di Nizza ai sensi della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, § 3, CDFUE.

²⁴² Tra i contributi stranieri si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza, gli scritti di M. LASSALLE, *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in *European Law Blog*, 27 ottobre 2015; S. PEERS, *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, in *EU Law Analysis*, 22 settembre 2015; e M. CAIANIELLO, *Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24 (2016), p. 1 ss.

²⁴³ La cui impunità sarebbe stata conseguenza della applicazione delle norme regole previste, a livello interno, dagli artt. 160 e 161 c.p. Sulle criticità riferibili alle due condizioni poste dalla Corte di Giustizia (e alle interpretazioni proposte dalla giurisprudenza), sia consentito il rinvio a S. BISSARO, *I 'nodi' della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.

²⁴⁴ Non erano infatti mancati arresti giurisprudenziali *fuori dal coro*, conformi alla decisione della Corte europea, con i quali si era proceduto alla non-applicazione del termine massimo previsto dal combinato disposto di cui agli artt. 160 e 161 c.p., escludendo qualsiasi profilo di contrasto con il principio di legalità in materia penale – cfr. Cass., sez. III pen., sentenza 17 settembre 2015, n. 2210; a commento della pronuncia si veda F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*,

poi, con argomenti largamente sovrapponibili, avevano ritenuto di sollevare una questione di legittimità sull'art 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325 TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia del settembre 2015, rivolgendo esplicitamente alla Corte costituzionale una richiesta di attivazione dei controllimiti, al fine di bloccare l'ingresso nel nostro ordinamento della *regola Taricco*.

Da parte sua – persuasa dell'idea che fosse preferibile abbracciare una strategia diplomatica, senza per questo dover arretrare, *anche d'un solo passo*, nella valorizzazione del nucleo più profondo del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. – la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 24 del 2017, aveva deciso di formulare una serie di complessi quesiti pregiudiziali, chiedendo in sostanza alla Corte di Giustizia se, con la pronuncia del 2015, avesse realmente inteso imporre al giudice nazionale l'applicazione della *regola Taricco*, anche qualora da ciò dovesse derivare una violazione del principio di legalità penale, quale «principio supremo qualificante l'identità costituzionale dell'ordinamento italiano». Una sorta di *ultimatum*, come è stato detto in dottrina²⁴⁵, elegantemente formulato, ma inequivoco nella sua sostanza. E così, *re melius perpensa* – edotta, in particolare, delle peculiarità proprie del sistema italiano in materia di prescrizione (rimaste a margine della sua prima decisione), nonché dell'ampiezza del principio di legalità riconosciuto all'art. 25, secondo comma, Cost. – la Corte di Giustizia aveva quindi deciso di rimeditare il precedente orientamento, fornendo indicazioni più puntuali sull'ambito di operatività dell'obbligo imposto al giudice nazionale, dando l'impressione di assecondare la linea distensiva e dialogante proposta dalla Corte costituzionale²⁴⁶. Nel

22 gennaio 2016; G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Archivio penale*, 2016; e L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Archivio penale*, 2016.

²⁴⁵ Così A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco*, in una prospettiva che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017), in *Consulta online*, 2017; e A. MARTUFI, *La minaccia dei controllimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 maggio 2017; di diffida parla invece G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017.

²⁴⁶ Per tutti, v. V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, che efficacemente rileva come «sia la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, sia la Corte di giustizia nella sua pronuncia in risposta al rinvio, rivendicano la sovranità dell'ordinamento di cui sono custodi: la prima, attraverso la tutela, anche dinanzi al diritto europeo, dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cui appartiene il principio di legalità penale); la seconda, attraverso una specifica distribuzione dei compiti (tra giudice nazionale e legislatore nazionale) in ossequio al prevalente interesse europeo».

dettaglio, con la sentenza *Taricco-bis*, del dicembre 2017, dando ampio respiro alle istanze di garanzia sottese ai corollari del principio del *nullum crimen* – riconosciuto, anche nella dimensione europea, agli artt. 49 Carta di Nizza e 7 CEDU²⁴⁷ –, la Corte di Giustizia aveva precisato, da una parte, che la *regola Taricco* non potesse in nessun caso essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l’ha dichiarata, ovvero prima dell’8 settembre del 2015; e, dall’altra, che fosse rimesso alla verifica delle autorità giudiziarie nazionali lo scrutinio sull’applicabilità della regola in parola ai fatti commessi successivamente alla pubblicazione della prima sentenza *Taricco*.

Nuovamente chiamata a pronunciarsi, con la sentenza n. 115 del 2018, la Corte costituzionale ha ribadito con forza²⁴⁸ – per taluni, invero, spingendosi oltre quanto necessario per la soluzione del caso concreto²⁴⁹ – le posizioni espresse nell’ordinanza n. 24 del 2017: da un lato, riconoscendo che l’autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia, non è il giudice comune²⁵⁰, bensì la stessa Corte costituzionale, cui spetta in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell’Unione è in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili

²⁴⁷ «Ciò senza pregiudicare, come invece da alcuni sostenuto, il primato del diritto dell’Unione, ma più semplicemente ammettendo una limitazione della sua uniforme applicazione, con ritrazione dell’art. 325 TFUE a favore dell’applicazione dell’art. 49 Carta (che è sempre e comunque norma di diritto dell’Unione)» – così per C. AMALFITANO, *La “saga Taricco”*: dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa c-105-14 all’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, in *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, (a cura di) C. Amalfitano, cit., p. 11-12.

²⁴⁸ Non è mancato chi ha osservato come, a differenza dell’ordinanza n. 24 del 2017, «la Corte costituzionale [è] sembra[ta] parlare questa volta un linguaggio diverso, quello dell’identità costituzionale a cui si affianca una attitudine oppositiva e non cooperativa e dialogica rispetto alle ragioni di Lussemburgo» – così C. AMALFITANO e O. POLLICINO, *Jusqu’ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018, p. 2.

²⁴⁹ I procedimenti principali pendenti davanti alla Corte d’Appello di Milano e alla Corte di Cassazione riguardavano fatti anteriori alla data spartiacque dell’8 settembre 2015. Circostanza, questa, che aveva spinto, non irragionevolmente, l’Avvocatura dello Stato e una parte del giudizio davanti alla Corte d’Appello di Milano a formulare una richiesta di restituzione degli atti. Su questa linea, sembra esprimersi anche P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritto Comparati*, 5 giugno 2018; la Corte costituzionale comunque offre un argomento in risposta a questi rilievi, osservando che «riconoscere solo sulla base della sentenza M.A.S. [ovverosia la sentenza *Taricco-bis*] l’avvenuta prescrizione significherebbe comunque fare applicazione della ‘regola Taricco’, sia pure individuandone i limiti temporali» – cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁰ «A tale scopo il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto» – cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

della persona; dall'altro, che l'irrimediabile *deficit* di determinatezza che investe sia le condizioni poste dalla Corte di giustizia a base dell'obbligo di disapplicazione, sia, più in generale, la stessa formulazione dell'art. 325 TFUE, è tale da impedire all'interprete di trarre da esse una regola sufficientemente chiara, che possa validamente orientare le scelte di azione dei consociati²⁵¹. In questo senso – è addirittura intuitivo – nelle chiare parole della Corte, che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la 'regola' che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione, in presenza di condizioni estremamente vaghe e generiche. Decidendo nel senso della non fondatezza tutte le questioni sollevate, la Corte ha conclusivamente rilevato che «a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarrata la strada senza eccezioni all'ingresso della 'regola Taricco' nel nostro ordinamento»²⁵².

Di fondamentale importanza, ai presenti fini, la parte della decisione in cui la Corte, portando alle sue compiute e rigorose conseguenze teoriche l'orientamento inaugurato con l'ordinanza n. 24 del 2017, ha ribadito che il principio di determinatezza si declina in una duplice dimensione «perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque 'una percezione sufficiente chiara ed immediata dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta'»²⁵³. La Corte ha quindi affermato che a nessun giudice può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale, svincolandosi dal governo dalla legge al quale è invece soggetto, ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost²⁵⁴: rispetto al diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale, come già si è avuto modo di segnalare nel corso dello studio, non può che essere un *posterius*, incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra,

²⁵¹ Peralto, ha osservato ancora la Corte nella sentenza in commento, l'inapplicabilità della 'regola Taricco', secondo quanto riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia nella pronuncia del dicembre 2017, ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma anche nel diritto dell'Unione; sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata dalla Consulta con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna concreta ragione di contrasto tra il *dictum* europeo e i principi costituzionali che regolano la materia penale sostanziale scolpiti all'art. 25, secondo comma, Cost.

²⁵² Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 14 del *Considerato in diritto*.

²⁵³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁴ Sia consentito il rinvio a S. BISSARO, *I nodi della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, cit., p. 235 ss.

individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può figurarsi leggendolo. Le garanzie che circondano il principio della *lex scripta* ricoprono un ruolo davvero centrale nell'economia della decisione: su di esse, infatti, attraverso il richiamo ad importanti pronunce del passato – come quella storica sull'*error iuris*, n. 364 del 1998 –, la Corte si è fondata per (ri)tracciare i confini dell'attività giurisdizionale: «se è vero che anche la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche, resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione».

Quale, in sintesi, l'eredità che la vicenda *Taricco* consegna all'interprete che intenda riflettere sull'attuale portata del principio di determinatezza? L'affermazione più significativa è sicuramente quella che la Corte ha proposto con l'ordinanza n. 24 del 2017 e poi ribadito con la sentenza n. 115 del 2018, e cioè che il predetto principio deve essere iscritto nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale²⁵⁵. Da questo punto di vista, lo scarto che è possibile registrare rispetto alle prime pronunce degli anni sessanta e settanta e alle più recenti sul cd. *disastro innominato* e sulle prescrizioni del «vivere onestamente» e del «rispettare le leggi» è davvero notevole e denso di molteplici significati: esso, per quanto più interessa rilevare, attesta, in modo plastico e forse irreversibile, una mutata sensibilità della Corte costituzionale rispetto all'esigenza di perimetrare lo spazio di discrezionalità riservato all'interprete penale, attraverso un'implicita ma netta valorizzazione del principio della separazione dei poteri, declinato nella materia criminale proprio dal principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.²⁵⁶. Parimenti significative – anche se forse meno *costose* in termini sistematici – le considerazioni della Corte costituzionale sulla prevedibilità dell'applicazione della fattispecie penale, come diretto precipitato del principio di determinatezza, qui riferite precipuamente alla *regola Taricco*, ma proposte in una dimensione generale. Su questa linea, l'esigenza garantista sottesa alla calcolabilità delle possibili con-

²⁵⁵ M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018, p. 11, osserva come «la sentenza n. 115 del 2018, in questa prospettiva, non è soltanto un punto di riferimento per l'affermazione di alcuni fondamentali principi della civiltà giuridica di fronte ai *dérappages* del diritto europeo, ma anche un monito a mantenere nei rispettivi confini l'azione del giudice e quella del legislatore. Ho già ricordato come, oggi, un vasto movimento di pensiero tenda a cancellare quei confini e a ragionare sulla *nomopoiesi tout confondu*».

²⁵⁶ Per M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, cit., p. 44, «un proficuo lascito dell'ordinanza Taricco potrebbe davvero essere il rilancio della forza deontica di un principio [quello di determinatezza, appunto] che finora ha avuto davvero poco successo nella pratica».

seguenze penali della propria condotta – storicamente riconnessa, nella giurisprudenza costituzionale, al corollario dell’irretroattività *in malam partem*²⁵⁷ – viene, nell’occasione, riconnessa dalla Corte al principio di determinatezza, con una scelta che forse non incide sulla portata pratica dello stesso principio, ma che, in chiave simbolica, sembra testimoniare un’apertura della Corte alla giurisprudenza della Corte EDU che, proprio sviluppando il canone della prevedibilità, ha, nel corso degli anni, definito la statuto del principio di legalità sancito all’art. 7 CEDU

In conclusione, è utile dar conto che il corso avviato con le decisioni rese nella vicenda *Taricco* ha ricevuto una importante conferma con la sentenza n. 140 del 2021²⁵⁸, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 83, comma 9, del d.l. n. 18 del 2020, nella parte in cui prevede la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali sono rinviati ai sensi del precedente comma 7, lettera g), e in ogni caso, non oltre il 30 giugno 2020. Questa pronuncia marca una importante differenza con una precedente decisione, la n. 278 del 2020 – su cui ci soffermerà più avanti²⁵⁹ – che ha interessato del pari le scelte assunte durante la pandemia in materia di giustizia penale: in questo caso del 2021, la Corte costituzionale ha ravvisato una violazione del principio di legalità, a motivo del fatto che il rinvio delle udienze, cui la legge ricollegava la sospensione della prescrizione, costituiva il contenuto «soltanto eventuale di una misura organizzativa che il capo dell’ufficio giudiziario può adottare, quale facoltà solo genericamente delimitata dalla legge quanto ai suoi presupposti e alle finalità da perseguire». La Corte, più nel dettaglio, ha riconosciuto che la misura organizzativa del dirigente dell’ufficio, cui era correlato l’effetto sospensivo dei termini di prescrizione, non trovava nelle disposizioni di legge adeguata specificazione circa le condizioni e i limiti legittimanti il rinvio del processo. Infatti, era solo al momento dell’adozione del provvedimento di rinvio che si completava e integrava, caso per caso, la fattispecie legittimante il rinvio stesso; in questo

²⁵⁷ Osservano, sul punto, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 101, che «in uno Stato liberale di diritto, il cittadino deve poter sapere, prima di agire, se dal suo comportamento potrà derivare una responsabilità penale, e quali siano le eventuali sanzioni in cui potrà incorrere: solo a queste condizioni può compiere libere scelte di azione, assumendosi la responsabilità dei suoi comportamenti. Se invece il giudice o il legislatore potessero disporre ex post della sua libertà personale, il cittadino sarebbe alla mercé dello Stato, che, come il mostro biblico, sarebbe solo un oppressivo Levitano».

²⁵⁸ Su cui, v. S. CORBETTA, *Incostituzionale la sospensione nel periodo Covid in caso di rinvio del processo per motivi organizzativi*, in *Quotidiano giuridico*, 2021; e L. SOTTILE, *Nel dedalo del principio di legalità durante l’emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Osservatorio AIC*, 6/2021.

²⁵⁹ Cfr. *infra* Cap. 3, § 7.

modo, la regola speciale finiva per avere un'imprevedibile variabilità non dissimile da quella che avrebbe avuto il contenuto della regola *Taricco*, di derivazione europea, evocata qui dalla Corte per ribadire, ancora una volta, la centralità del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge e del principio di determinatezza in materia penale. Ad avviso della Corte, inoltre, la normativa censurata esibiva un radicale *deficit* di determinatezza, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta della regola processuale designata dal legislatore sul decorso della prescrizione²⁶⁰.

7. Il principio di irretroattività *in malam partem* come principio supremo dell'ordinamento

Seguendo lo schema metodologico tracciato in apertura di capitolo, dopo aver ragionato intorno alla riserva di legge e al principio di determinatezza, è giunto il momento di soffermarsi sulle regole che governano l'applicazione nel tempo delle fattispecie penali, prendendo ora in esame le più interessanti questioni che attengono, in particolare, al principio di irretroattività *in malam partem* e al simmetrico principio di retroattività favorevole.

Nelle materie diverse da quella penale, il divieto di retroattività della legge «non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale», trovando infatti il proprio fondamento nell'art. 11 delle *Preleggi*, secondo cui, come noto, «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». La sua osservanza, in coerenza con questa fondamentale premessa, è quindi generalmente rimessa alla prudente valutazione del legislatore, che, salvo casi di estrema necessità, dovrebbe ad asso attenersi seguendo l'idea che «sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti predefiniti [rappresenta] uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile»²⁶¹. Trattasi, secondo quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale, di un principio di «civiltà giuridica»²⁶², che garantisce la tutela dell'affidamento che i cittadini ripongono nella riconducibilità delle proprie azioni e dei rapporti giuridici che li vedono coinvolti ad una norma vigente e quindi conoscibile nel momento in cui tali azioni e rapporti hanno luogo.

La materia criminale, nondimeno, come più volte detto, è regolata da principi del tutto particolari e, proprio sul versante dei limiti temporali, l'art. 25,

²⁶⁰ Cfr. Corte cost., sentenza, n. 140 del 2021, con cui la Corte ha dichiarato «assorbite le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento, sia all'art. 3 Cost., sia allo stesso art. 25, secondo comma, Cost., sotto il profilo della irretroattività della legge penale sfavorevole».

²⁶¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 118 del 1957.

²⁶² Cfr. Corte cost., sentenza n. 13 del 1977.

secondo comma, Cost. ha, per l'appunto, costituzionalizzato il divieto di retroazione sfavorevole. Intorno all'esigenza di inserire questo principio nel testo della Carta fondamentale, benché fosse già considerato a livello di legislazione primaria – dall'art. 11 delle *Preleggi* e, nel settore penale, dall'art. 1 del Codice –, i Costituenti si erano espressi in modo unanime²⁶³. Possono qui ricordarsi le parole dell'On. Tupini per il quale «che il Codice penale attuale affermi già questo principio non è motivo sufficiente perché lo si debba omettere in sede costituzionale poiché è la legge penale che deve prendere norma dalla Costituzione e non già questa da quella»²⁶⁴; e quelle dell'On. Bellavista per cui è «bene riaffermare nella nostra Costituzione questo sacro preambolo del nostro Codice penale, (...) perché questa è la maniera con la quale fortificare quel principio e indirizzare ammonimento solenne al legislatore futuro, che da questo principio non si può decampare»²⁶⁵.

Dal principio di irretroattività scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. discende, in primo luogo, un divieto per il legislatore rispetto all'attribuzione di efficacia retroattiva ad una legge che contenga una nuova incriminazione: circostanza che si verifica sia quando la legge individua una figura di reato integralmente nuova, comprensiva di una classe di fatti in precedenza sprovvisti di rilevanza penale, sia quando la legge incide su fattispecie penali già esistenti, ampliandone il perimetro applicativo²⁶⁶. Il principio di irretroattività vieta al legislatore, altresì, di attribuire efficacia retroattiva ad una legge che comporti un peggioramento del complessivo trattamento sanzionatorio in relazione ad un fatto già previsto come reato²⁶⁷: non possono, pertanto, essere introdotte leggi che aggravano, in relazione a fatti del passato, il regime delle pene principali, delle pene accessorie e degli effetti penali della condanna, ovvero leggi che, in

²⁶³ Cfr. *supra* Cap. 2 § 2.

²⁶⁴ Così l'On. U. Tupini, nella seduta del 18 settembre 1946; nello stesso senso, può essere ricordato l'intervento dell'On. A. Moro secondo cui «il fatto, però, che questo principio sia oggi nel Codice non può impedire a chi fa una Costituzione, che deve garantire da tutti i punti di vista la libertà individuale, di porre nella Costituzione stessa quei principi».

²⁶⁵ Così, appunto, l'On. G. Bellavista nella seduta del 27 marzo 1947.

²⁶⁶ La casistica è evidentemente molto ricca: si può ricordare la riforma che ha interessato la fattispecie di riciclaggio, di cui all'art. 648 c.p., che è stata modificata dal legislatore, nel 1993, nel senso di prevedere, tra le condotte tipiche, anche quella della «sostituzione di denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo».

²⁶⁷ Nella sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*, la Corte ha precisato che «è dunque in controverso che il principio de quo trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali».

qualunque modo, modificando la disciplina di istituti che incidono sulla pena – come le circostanze del reato, la sospensione condizionale della pena, etc.²⁶⁸ –, rendano più severa la risposta sanzionatoria approntata dall’ordinamento²⁶⁹.

Chiarite le coordinate essenziali in cui il principio in parola è chiamato a spiegare i propri effetti, è possibile, a questo punto, procedere con l’esame della *ratio* sottesa al divieto di retroattività, attraverso l’esame della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia.

Il punto di approdo delle decisioni della Corte che hanno interessato il corollario dell’irretroattività sfavorevole è rappresentato dalla più volte citata sentenza n. 115 del 2018 che, sviluppando le già rocciose affermazioni contenute nell’ordinanza n. 24 del 2017, ha ribadito come esso esprima un «principio supremo dell’ordinamento posto a presidio dei diritti individuali dell’individuo»: l’ambizione dei Costituenti di *trincerare* il principio di irretroattività²⁷⁰, mettendolo al riparo dalle mutevoli dinamiche della legislazione ordinaria, ha così raggiunto il suo apice massimo, essendo ora pacificamente escluso che lo stesso, in quanto principio qualificante l’identità genetica dell’ordinamento – non solo penale quindi –, possa addirittura formare oggetto di una revisione costituzionale ai sensi dell’art. 138 Cost.

Per raggiungere questo fondamentale risultato interpretativo, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha segnato alcune tappe importanti nel corso degli anni.

Anzitutto, nella sentenza n. 148 del 1983 – che ha dato l’abbrivio alla giurisprudenza sulle cd. *norme penali di favore* – la Corte ha riconosciuto che «è un

²⁶⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, la quale – come si dirà ampiamente nei prossimi capitoli – ha riconosciuto anche alla materia dell’esecuzione penale l’operatività delle garanzie dell’art. 25, secondo comma, Cost.

²⁶⁹ Nella sentenza n. 223 del 2018, la Corte costituzionale ribadisce infatti come sia «generalmente riconosciuto che dall’art. 25, secondo comma, Cost. («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») discende un duplice divieto: un divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante; e un divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato. Tale secondo divieto è, del resto, esplicitato nelle parallele disposizioni delle carte internazionali dei diritti umani e, più in particolare, nell’art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, della CEDU («Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»); nell’art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, firmata a New York il 16 dicembre 1966, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 (Patto internazionale sui diritti civili e politici), («Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»); nonché nell’art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (CDFUE), che riproduce in modo identico la formulazione contenuta nella CEDU» – cfr. Corte cost., sentenza n. 223 del 2018, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁰ Richiamando l’espressione utilizzata dall’On. G. Bellavista nella seduta del 26 marzo 1947.

fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost. [...] ad esigere certezza e irretroattività dei reati e delle pene»²⁷¹, mettendo così sullo stesso piano, con un approccio metodologico che verrà riproposto dalla Corte nelle recenti decisioni della saga *Taricco*, entrambi i corollari del *versante storico-universalistico*.

Ancora, nella quasi coeva pronuncia n. 51 del 1985, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 2, comma 5, c.p. «nella parte in cui rende applicabili alle ipotesi da esso previste le disposizioni contenute nei commi secondo e terzo dello stesso art. 2 c.p.», in tal modo escludendo che la disciplina prevista da un decreto-legge non convertito possa retroagire rispetto ai fatti pregressi. Con questa decisione, la Corte ha riconosciuto come il principio di irretroattività *in malam partem* – che viene ospitato in numerosi documenti di diritto internazionale, come l'art. 8 della *Déclaration* del 1989, l'art. 11, n. 2, della *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo*, e, da ultimo, dall'art. 7, n. 1, della CEDU²⁷² – si ponga come «superiore principio di civiltà (della stessa civiltà nella quale la nostra Costituzione s'inserisce)»²⁷³. Nella stessa sentenza, la Corte ha poi messo a fuoco il contenuto del principio, precisando – con una formulazione forse un po' arcaica – che esso si identifica e si collega con quello della tendenziale libertà della persona dalla riprovazione e dalla repressione ed appresta alla persona stessa «una garanzia di copertura dalle (mediante l'attribuzione ad essa di una posizione d'indifferenza rispetto alle) vicende d'inasprimento della legislazione penale considerate nei loro effetti generali»²⁷⁴.

Sul medesimo tracciato, alcuni anni più tardi, nella storica sentenza n. 364 del 1988, pur ponendo l'accento sul parametro della colpevolezza, di cui all'art. 27, primo e terzo, comma Cost., la Corte ha avuto cura di rilevare che non è senza significato la circostanza che il principio di legalità sia espressamente costituzionalizzato, in sede penale, dall'art. 25, secondo comma, Cost.: essendo in gioco l'applicazione delle più gravi sanzioni giuridiche – si legge nella sentenza – la Costituzione ha inteso particolarmente garantire i soggetti attraverso la *prævia lex scripta*, individuando nei principi di tassatività e irretroattività

²⁷¹ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 148 del 1983, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

²⁷² È interessante segnalare la scarsa attenzione che la Corte mostra, in questa pronuncia, proprio rispetto al parametro convenzionale, richiamato addirittura dopo la *Declaration* del 1989.

²⁷³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 51 del 1985, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁴ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 51 del 1985, punto n. 5 *Considerato in diritto*, in cui la Corte ha ulteriormente precisato che «attesa la sua particolare rilevanza, quale rivelata dalla sua posizione e dal suo contenuto, non può dunque escludersi senz'altro che il principio, oltre che rispetto a fenomeni normativi del tipo 'successorio', trovi applicazione (come del resto ha ritenuto questa Corte con le pronunce sopra indicate) all'interno di (e/o in riferimento a) vicende del tipo di alternatività sincronica fra situazioni normative (quali sono o cui sono collegate sia la dichiarazione d'illegittimità costituzionale che la mancata conversione di un decreto-legge)».

delle norme penali incriminatrici lo strumento per garantire i cittadini e «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»²⁷⁵.

Di assoluta intangibilità del principio ha poi precipuamente parlato la Corte in occasione della sentenza n. 161 del 2004, sul cd. *falso in bilancio*, ribadendo come, in forza dell'art. 25, secondo comma, Cost., nessuno possa essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva un reato meno grave²⁷⁶.

Nella ricostruzione dello statuto costituzionale del principio in commento, è inoltre imprescindibile il confronto con la sentenza n. 394 del 2006, con cui, come già visto, la Corte ha accolto, per la prima volta nella sua storia, una questione di legittimità avente ad oggetto una cd. *norma penale di favore*²⁷⁷. Nell'occasione, con una motivazione molto solida, la Corte ha osservato che il principio di irretroattività si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenze della 'calcolabilità' delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, condizione indefettibile per determinarsi in modo libero e consapevole. La sentenza, peraltro, ha convincentemente messo in evidenza le interrelazioni tra il principio in parola, da una parte, e il principio di colpevolezza e la funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., dall'altra: «ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo – sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto – quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione». Aspettativa, quest'ultima, che verrebbe all'evidenza frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente. Insomma, per fugare qualsivoglia incertezza interpretativa, si può dire che il principio di irretroattività *in malam partem* si connota come «valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali»²⁷⁸ e che, trovando diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost., riguarda l'esercizio della potestà punitiva statale in tutte le sue espressioni: e, cioè, come già si è detto, sia con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; sia in ordine alla modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso.

²⁷⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 364 del 1988, punto n. 16 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 161 del 2004, punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁷ Per tutti, v. N. ZANON, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, in *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, (a cura di) L. Zilletti, F. Oliva, Edizioni ETS, 2007, pp. 53-60.

²⁷⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*.

Con la successiva sentenza n. 322 del 2007, scrutinando l'art. 609-*sexies* che sancisce l'irrelevanza dell'errore sull'età della persona offesa in materia di reati sessuali, la Corte è tornata ad affrontare il tema qui in discussione, circondando di ulteriori presidi la relazione che avvince il principio d'irretroattività *in malam partem* e il principio di colpevolezza. Con tono fermo, la Corte ha puntualizzato che i fondamentali principi di garanzia in materia penale «in tanto si connotano come tali, in quanto 'resistono' ad ogni sollecitazione di segno diverso», precisando che il principio di colpevolezza, per l'appunto, partecipa di una finalità comune al principio d'irretroattività sfavorevole, in quanto mira, al pari di questo, «a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ('calcolabilità') delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta»²⁷⁹.

Nella storica sentenza n. 230 del 2012 la Corte ha poi ulteriormente ribadito che «l'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di 'calcolabilità' delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale»²⁸⁰.

La ricognizione della giurisprudenza costituzionale sul principio di irretroattività sfavorevole ci riporta così alle citate pronunce adottate dalla Corte nell'ambito della *saga Taricco* – l'ordinanza n. 24 del 2017 e la sentenza n. 115 del 2018 – che ne hanno sancito il carattere «supremo», annoverandolo entro quella speciale categoria di principi costituzionali che qualificano l'identità del nostro ordinamento. Sia consentita una ulteriore annotazione su questo aspetto: in disparte le pur rilevanti peculiarità del caso, non sembra privo di rilievo il fatto che la Corte abbia scelto di compiere quest'importante salto di qualità in ordine alla quotazione costituzionale del principio di irretroattività *in malam partem* decidendo una questione avente ad oggetto l'istituto della prescrizione²⁸¹, ovvero sia un istituto che, pur essendo pacificamente ricondotto nel circuito della legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.²⁸², ne occupa, per

²⁷⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 322 del 2007, punto n. 2.3 del *Considerato in diritto*, passaggio in cui la Corte ha correttamente osservato che una tale «'calcolabilità' verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili».

²⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

²⁸¹ Anzi, più precisamente, un aspetto del regime prescrizionale, quello cioè relativo alla durata massima dell'allungamento del termine in presenza di atti processuali interruttivi; su questo specifico elemento, v. P. PERINI, P. FARAGUNA, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza 'Taricco' alla prova dei controlimiti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2016.

²⁸² Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006, ordinanze n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999.

così dire, uno spazio di confine, in prossimità della frontiera con il diritto processuale penale²⁸³ e che, per altro verso, è da tempo bersaglio di molteplici critiche e censure, a livello sia nazionale che europeo²⁸⁴. Come suggerito da alcuni autori²⁸⁵, tale scelta esprime la condivisibile esigenza della Corte costituzionale di riaffermare, in ogni caso, l'intangibilità del nucleo essenziale del principio di legalità penale, a prescindere cioè dalla buona o cattiva *fama* vantata dallo specifico istituto sottoposto all'esame di costituzionalità²⁸⁶.

Nello stesso orizzonte, si iscrive anche la più recente sentenza n. 32 del 2020, secondo cui dall'art. 25, secondo comma, Cost. discende pacificamente tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato. La pronuncia interessa perché la Corte costituzionale ha messo ben in evidenza come il divieto di retroattività *in malam partem* mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si

²⁸³ Per tutti, v. D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 settembre 2014; e, più di recente, T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la 'crisi' del diritto penale tra le Corti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2017; e F. BASILE, *La prescrizione che verrà*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 maggio 2017.

²⁸⁴ Si fa riferimento, in particolare, al caso *Cestaro c. Italia*: Corte EDU, sentenza 7 aprile 2015, ric. *Cestaro*. Per un commento a prima lettura, v. F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2015; v. anche F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz- Pertini"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2015.

²⁸⁵ Così, in particolare, S. CATALANO, *Il caso Taricco: una fuga in avanti?*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, cit., p. 261, per cui ciò che «va considerato è che alle origini del diritto costituzionale sta la necessità di difendere anche il più indifeso individuo nei confronti degli abusi dei pubblici poteri, indipendentemente dagli obiettivi presi in considerazione dalle autorità. Inoltre, la difesa dei principi deve essere fatta 'sul serio', a prescindere dalla 'simpatia' o 'antipatia' di chi di volta in volta ne potrà beneficiare. Anzi, l'importanza dei principi si coglie proprio nella consapevolezza che essi sono così centrali da dover essere difesi anche nei confronti dell'individuo 'peggiore' e più riprovevole. L'alternativa non è altra se non quella di sacrificare il principio di cui nessuno, nemmeno l'individuo più probo e onesto, potrà poi più beneficiare».

²⁸⁶ In senso opposto, invece, c'è chi, in modo autorevole, ha sostenuto che «parrebbe quanto meno stravagante voler considerare parte integrante dell'«identità costituzionale» italiana, e come tale da difendere contro l'Europa, costi quel che costi, il diritto dello Stato italiano di violare i propri obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione garantendo la sistematica impunità degli autori di gravi frodi fiscali, ovvero il diritto di quegli stessi evasori – non riconosciuto, a mia scienza, da alcuno degli ordinamenti che ci circondano – di calcolare in anticipo dopo quanto tempo sarà finalmente garantita loro l'impunità» – così F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 maggio 2016.

esporrà trasgredendo il precetto penale: e ciò sia per garantirgli – in linea generale – la «certezza di libere scelte d’azione»; sia per consentirgli poi – nell’ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico – di compiere scelte difensive, con l’assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna²⁸⁷. Un importante elemento di novità di questa sentenza si coglie nella successiva argomentazione proposta dal Giudice costituzionale: il principio in parola risponde, infatti, ad una seconda *ratio*, altrettanto cruciale²⁸⁸, operando in definitiva e in una prospettiva di sistema come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di «stato di diritto». Un concetto, quest’ultimo, che – nelle parole della Corte – «evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una legge pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare».

Ebbene, quanto osservato nelle precedenti pagine sembra dar conto di un quadro complessivo piuttosto chiaro, oltre che consolidato in merito alla valenza sistematica del divieto di retroattività *in malam partem*.

Il titolo di questo paragrafo si potrebbe però porre anche nella forma interrogativa per domandarsi se davvero il principio di irretroattività sia un *principio supremo*²⁸⁹. Questo interrogativo potrebbe essere suggerito dal fatto che, durante i mesi della pandemia, una specifica – e assai controversa – vicenda, in cui è stata coinvolta anche la Corte costituzionale, ha finito quasi per mettere in discussione gli approdi della giurisprudenza prima esaminata.

²⁸⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 3.4.1 del *Considerato in diritto*.

²⁸⁸ «Come già acutamente colse una celebre decisione della Corte Suprema statunitense a qualche anno appena di distanza dalla proclamazione del divieto di *ex post facto laws* nella Costituzione federale, il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell’individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti. Quel divieto – scriveva nel 1798 la Corte Suprema – deriva con ogni probabilità dalla consapevolezza dei padri costituenti che il Parlamento della Gran Bretagna aveva spesso rivendicato, e in concreto utilizzato, il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus rei publicae*, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite. Ma quelle leggi, osservava la Corte, in realtà «erano sentenze in forma di legge»: null’altro, cioè, che «l’esercizio di potere giudiziario» da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari» – cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 3.4.1 del *Considerato in diritto*.

²⁸⁹ In relazione alla possibilità evocata nel testo, giova ricordare quanto osservava acutamente G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1976, e cioè che «la scelta del titolo non è mai semplice. Soprattutto preoccupa il fatto che le parole usate suscitano nel lettore evocazioni a volte diverse da quelle che l’autore vorrebbe suggerire. Di qui l’insegnamento scherzoso – ma giusto – di un caro Maestro, che vorrebbe il titolo alla fine, non all’inizio dei nostri lavori».

È noto a tutti che, per fronteggiare la diffusione del virus Covid-19, il legislatore ha adottato nella primavera del 2020 una serie di provvedimenti, che hanno inciso fortemente sulle libertà fondamentali di tutti i consociati²⁹⁰; sul versante penalistico e processual-penalistico, una misura che ha fatto molto discutere ha riguardato la sospensione dei procedimenti penali, ai sensi dell'art. 83, comma 4, d.l. n. 18 del 2020, e la conseguente sospensione del corso della prescrizione per il periodo dal 9 marzo all'11 maggio 2020²⁹¹. Tale misura ha immediatamente sollevato dubbi di legittimità in rapporto a due diversi principi: la ragionevole durata del processo e, appunto, l'irretroattività *in malam partem*, dal momento che il prolungamento del termine finale del corso della prescrizione si risolve in una modifica normativa sfavorevole per chi sia chiamato a rispondere di un reato antecedentemente commesso, ponendosi in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale – opportunamente sollecitata da una serie di giudici di merito²⁹² – si era fatta strada nella giurisprudenza di legittimità la tesi della manifesta infondatezza²⁹³, sul presupposto che la modifica del regime prescizionale, correlata ad un fattore esogeno – come l'emergenza sanitaria – presentasse un carattere generale, proporzionato e temporaneo e realizzasse un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali, nessun dei quali può dirsi assoluto e inderogabile. Tesi che la dottrina aveva immediatamente criticato posto che l'assoluta inderogabilità del divieto di applicazione

²⁹⁰ Tra i moltissimi, v., in particolare, B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; I. MASSA PINTO, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 2020; e il lavoro monografico di E. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, 2020; per un approfondimento proprio degli aspetti legati ai riflessi della pandemia sui diritti, specie delle categorie più vulnerabili v., per tutti, M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020.

²⁹¹ In un contesto diverso, già il decreto-legge 28 aprile 2009, n. 39, *Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*, convertito, con modificazioni, in legge 24 giugno 2009, n. 77, aveva previsto, all'art. 5, una sospensione dei processi penali, nonché, espressamente, la sospensione, per la stessa durata, del corso della prescrizione e la giurisprudenza di legittimità ne ha più volte fatto applicazione con riferimento a condotte, penalmente rilevanti, poste in essere prima del d.l. n. 39 del 2009 – cfr., *ex multis*, Cass, sez. III pen., sentenza n. 5982 del 2013.

²⁹² Il giudizio di costituzionalità sulla previsione richiamata nel testo è stato promosso dal Tribunale ordinario di Siena con due ordinanze del 21 maggio 2020, dal Tribunale ordinario di Spoleto con ordinanza del 27 maggio 2020 e dal Tribunale ordinario di Roma con ordinanza del 3 luglio 2020, iscritte, rispettivamente, ai numeri 112, 113, 117 e 132 del registro ordinanze 2020 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 34 e 40, prima serie speciale, dell'anno 2020.

²⁹³ Cfr., in particolare, Cass., sez. III pen., sentenza n. 21367 del 2020.

retroattiva *in malam partem*, come più volte sottolineato in questo volume, appartiene alla radice illuministica del principio di legalità, il quale è primariamente «volto a evitare possibili abusi e sopraffazioni da parte del legislatore e del giudice anche e proprio a fronte di vere o asserite emergenze che mettono a rischio la vita del paese o la tenuta dell'ordinamento»²⁹⁴.

La risposta della Corte costituzionale non mette in discussione questi principi²⁹⁵ ma, pur se con argomenti diversi da quelli proposti in Cassazione, giunge parimenti ad escludere l'illegittimità, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost., della scelta che il legislatore ha assunto in materia di prescrizione²⁹⁶. Gli argomenti essenziali della tesi giustificazionista sposata dalla Corte si fondano sull'assunto che la disciplina emergenziale di cui all'art. 83 rappresenta una ipotesi di generalizzata sospensione del procedimento penale per esigenze di tutela della salute pubblica e che, quindi, la disciplina emergenziale deve essere ricondotta alla regola espressa nell'art. 159, co. 1 c.p., che attraverso un automatismo ancora la sospensione del termine di prescrizione del reato alla sospensione del procedimento penale «imposta da una particolare disposizione di legge»²⁹⁷. Tanto è sufficiente, ad avviso della Corte, per escludere la violazione del principio di irretroattività, atteso che, proprio in virtù della disciplina dell'art. 159 c.p.²⁹⁸, al momento del fatto l'autore sapeva o era comunque in

²⁹⁴ Per tutti, con note critiche su queste pronunce, G. L. GATTA, *Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2020.

²⁹⁵ La Corte costituzionale ha infatti ribadito il carattere inderogabile del principio di legalità ex art. 25, secondo comma, Cost., inteso in senso lato come comprensivo della garanzia della irretroattività della legge penale sfavorevole all'agente; e ha ribadito altresì, in linea con la propria giurisprudenza, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione del reato, che ricade pertanto nell'area coperta dal suddetto principio e dai suoi corollari (precisione o determinatezza) – cfr. G. L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 2020.

²⁹⁶ Con accenti critici, si veda il commento di A. MORELLI, *La garanzia dell'irretroattività penale nella sent. n. 278/2020: una dissenting opinion*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 411 ss.; il titolo di questo contributo induce a sottolineare un aspetto di assoluto rilievo della decisione: il Giudice relatore Prof. Nicolò Zanon è stato sostituito per la scrittura delle motivazioni dal Giudice redattore Dott. Giovanni Amoroso e, come noto, questa circostanza è l'unica che consente di registrare una forma di dissenso all'interno del collegio; per un approfondimento su questo tema v., in particolare, Av. Vv., *The dissenting opinion. Selected essays* (a cura di) G. Ragone, N. Zanon, Giuffrè, 2019; e B. CARAVITA, *Ai margini della dissenting opinion*, Giappicheli, 2021.

²⁹⁷ Come ben evidenzia G. LEO, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sistema penale*, 1 marzo 2022.

²⁹⁸ Che, lo si ricorda, prevede che «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge».

grado di sapere «che se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione». Una soluzione che però lascia l'amaro in bocca²⁹⁹, perché probabilmente non riesce a rispondere in modo convincente all'obiezione di chi – come i giudici *a quibus* che avevano chiesto un intervento correttivo della Corte costituzionale – lamentava il fatto che una simile costruzione faciliterebbe l'elusione delle garanzie costituzionali, potendo il legislatore introdurre nuove cause di sospensione del processo per allungare i termini di prescrizione.

Cosa si trae, in definitiva, da questa complessa vicenda? Che l'affermazione del carattere inderogabile di un principio, pur essendo un presupposto necessario per la sua tutela nei singoli casi concreti, non sempre è una garanzia sufficiente, posto che stratagemmi argomentativi o percorsi ermeneutici articolati potrebbero – a maggior ragione in contesti emergenziali – giungere addirittura a paralizzarne l'efficacia.

8. Il principio di retroattività *in bonam partem* e il suo peculiare statuto costituzionale

La mancanza, nel testo della Costituzione, di una esplicita menzione del principio di retroattività favorevole è stata ritenuta dalla Corte costituzionale, in un corposo *obiter dictum* proposto in occasione della sentenza n. 277 del 1990³⁰⁰, il portato di un'incertezza dei Costituenti non già sulla necessità di

²⁹⁹ Sentenza che ha meriti e limiti per R. BARTOLI, *Con una finta la consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al covid*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021.

³⁰⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 277 del 1990, punto n. 3 del *Considerato in diritto*; il passaggio è davvero rilevante e merita di essere riportato per esteso: «la mancanza, nella Costituzione, d'esplicita menzione del predetto principio e l'approvazione dell'ordine del giorno Giovanni Leone ed altri, soppressivo della seconda parte del secondo comma dell'art. 20 del progetto (dove costituzionalmente si sanciva la retroattività della legge posteriore favorevole al reo: cfr. seduta antimeridiana del 15 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente) sembra dar torto ai giudici a quibus. Senonché, i lavori preparatori vanno studiati ed approfonditi nelle motivazioni che conducono alle conclusioni soppressive. In tanto, vale preliminarmente chiedersi se sia, per sé, sufficiente, al fine d'escludere l'appartenenza alla Costituzione d'un determinato principio, peraltro sempre appartenuto all'ordinamento previgente, il silenzio (e non l'esplicita esclusione). Ma, di più, v'è da osservare che l'assoluta, stragrande maggioranza dei Costituenti non ha avuto mai dubbi sulla costituzionalizzazione anche del principio di retroattività della legge penale "successiva", favorevole al reo. Ed infatti, nella seduta antimeridiana del 25 gennaio 1947 dell'adunanza plenaria della Commissione per la Costituente, l'art. 19 del progetto risultava così formulato: «Nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale, preconstituito per legge; né può essere punito se non in virtù di una legge già in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo». Va aggiunto che gran parte degli

costituzionalizzare il medesimo principio, bensì sull'ampiezza delle corrispondenti deroghe³⁰¹. Ed è utile precisare, per introdurre l'esame della successiva giurisprudenza costituzionale, che, con la pronuncia citata, pur non prendendo una posizione netta in merito alla questione, la Corte costituzionale è sembrata comunque ammettere che il principio in parola, pur se costituzionalmente rilevante, possa essere soggetto a deroghe da parte del legislatore ordinario.

Lungo questa stessa strada interpretativa, invero, si era da tempo mossa la più attenta dottrina penalistica³⁰² che ne aveva rinvenuto il fondamento costituzionale nel principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., facendo valere, a tal proposito, la possibile irragionevolezza sottesa alla scelta di applicare lo stesso trattamento penale in relazione ad un fatto che, per mutate valutazioni della coscienza sociale accolte dal legislatore, non è più considerato reato o è

emendamenti proposti alla seconda parte del secondo comma dell'art. 20 (il contenuto dell'art. 19 era stato intanto parzialmente trasferito nell'art. 20 del progetto) ancora prevedevano come costituzionalizzato anche il principio di retroattività della legge penale "successiva" favorevole al reo (cfr. verbali della ricordata seduta antimeridiana del 15 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente). L'accordo, nell'ora citata seduta, non fu raggiunto soltanto sull'ampiezza delle nozioni di leggi eccezionali e temporanee e cioè sull'ampiezza delle deroghe al principio, in sé accettato, della retroattività della legge "successiva" favorevole al reo: fu soltanto per il mancato accordo su tal punto che venne proposto l'ordine del giorno, approvato, soppressivo dell'esplicita menzione della retroattività della legge penale "posteriore" favorevole al reo. Queste considerazioni non intendono, certo, giungere a respingere, in questa sede, l'opinione tradizionale in materia ma valgono a chiarire da una parte che quasi tutti i Costituenti non furono per nulla alieni dal costituzionalizzare anche il principio di retroattività della legge penale, successiva al fatto, favorevole al reo e d'altra parte che gli stessi Costituenti furono ben "attenti e preoccupati" delle eccezioni al principio della predetta retroattività. Resta da vagliare - ma non è questa la sede - se la rimessione al legislatore ordinario della risoluzione delle questioni attinenti alla successione di leggi penali nel tempo (così si esprimevano i Costituenti) esprima disinteresse, da parte degli stessi Costituenti, per il tema, con la conseguenza dell'assoluta "libertà", in proposito, del legislatore ordinario oppure equivalga a concessione a quest'ultimo della sola discrezionale valutazione in ordine alle leggi eccezionali, temporanee (e finanziarie) uniche idonee a derogare al principio di retroattività delle leggi penali "posteriori" favorevoli al reo.

³⁰¹ Osservava l'On. G. Leone che «per quanto poi attiene al problema della legge più favorevole, io penso che non sia questa la sede per risolverlo, sia perché questo è un problema di dettaglio, nel quale il legislatore futuro potrebbe anche essere di diverso avviso, senza con questo mancare alla nostra tradizione; sia perché, secondo me, se fosse risolto dovremmo occuparci di una serie di problemi (come quello della successione delle leggi penali eccezionali e temporanee) estranei all'economia di una Carta costituzionale»; sul tema, v., per tutti, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, cit., p. 89 ss.

³⁰² Nella manualistica, v., in particolare, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 97 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Giuffrè, 2012, p. 102 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., 2008, Giuffrè, p. 38 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, III ed., Giappichelli, 2009, p. 170 ss.

comunque sanzionato in modo più mite. In questo senso – si diceva – proprio il canone della ragionevolezza esclude che, sopraggiunta una legge più mite, possa dirsi ancora giustificata la punizione di un fatto in applicazione della cornice edittale non più in vigore³⁰³.

Volgendo lo sguardo verso la giurisprudenza costituzionale più recente, occorre segnalare che la definizione dello statuto del principio di retroattività della *lex mitior* è stata proposta in modo rigoroso dalla Corte costituzionale con le citate sentenze n. 393 e 394 del 2006. In queste occasioni, è stato anche chiarito che l'ambito di operatività del principio non deve essere limitato alle sole disposizioni concernenti la misura della pena, ma va esteso, al pari del simmetrico principio di irretroattività *in malam partem*, a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo³⁰⁴.

Nel caso deciso con la sentenza n. 393 del 2006³⁰⁵, la Corte ha osservato che il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* – quale emerge dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto dell'Unione – impone di ritenere che il valore da esso tutelato possa essere sacrificato da una legge ordinaria soltanto in favore di interessi di analogo rilievo³⁰⁶: ciò implica, sul versante dello scrutinio di costituzionalità, che la «scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine

³⁰³ Sul tema, v. F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, (a cura di) M. D'Amico, B. Randazzo, Giuffrè, 2011, p. 2005 ss.; e, dello stesso A., *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2014.

³⁰⁴ Nella sentenza n. 236 del 2011, si legge inoltre che «come chiarito dalla sentenza n. 393 del 2006, infatti, «la norma del codice penale [che sancisce la regola generale della retroattività della *lex mitior*] deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione “disposizioni più favorevoli al reo” si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in melius alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato».

³⁰⁵ Si vedano i commenti di O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, e E. AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la “costituzionalizzazione” del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 419 ss.

³⁰⁶ Nella specie, «quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo» – cfr. Corte cost., sentenza n. 393 del 2006, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole»³⁰⁷.

La Corte è quindi giunta a sperimentare questo paradigma, prendendo in esame una questione di legittimità avente ad oggetto una norma transitoria, contenuta nella legge n. 251 del 2005, cd. *ex Cirielli*, con cui il legislatore aveva subordinato l'applicazione delle nuove previsioni di favore «ai soli procedimenti penali in cui non [fosse] stata dichiarata l'apertura del dibattimento». In modo *tranchant*, essa ha affermato come la scelta effettuata dal legislatore non fosse assistita da ragionevolezza, non essendo idoneo il momento spartiacque individuato con la norma impugnata – «l'apertura del dibattimento», di cui all'art. 492 c.p.p. –, a correlarsi significativamente ad un istituto di carattere generale come la prescrizione, e al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento, legato al rilievo che il decorso del tempo fa diminuire l'allarme sociale e rende più difficile l'esercizio del diritto di difesa. Più in particolare, ha rilevato la Corte che l'incombente previsto dall'art. 492 c.p.p. – che peraltro non connota indefettibilmente tutti i processi di primo grado (difettando nei riti alternativi, come il giudizio abbreviato, che hanno la funzione di deflazionare, appunto, lo stesso dibattimento) – non rientrava nel novero degli eventi processuali cui il legislatore ha attribuito rilevanza ai fini dell'interruzione del decorso della prescrizione ai sensi dell'art. 160 c.p.³⁰⁸. Insomma, l'opzione compiuta dal legislatore, con riguardo ai processi di primo grado già in corso, di subordinare l'efficacia, *ratione temporis*, della nuova disciplina sui termini di prescrizione dei reati all'apertura formale del dibattimento non si conformava al canone della necessaria ragionevolezza, determinando una violazione dell'art. 3 Cost.

Con affermazioni ancora più puntuali ed approfondite, la Corte è tornata ad occuparsi del tema con la *gemella* sentenza n. 394 del 2006, in cui è stata chiamata, come si è ampiamente detto, a vagliare la legittimità costituzionale di una cd. *norma penale di favore* in materia di falsi elettorali. In termini generali, la Corte ha anzitutto osservato come il principio di retroattività della norma penale più favorevole non abbia alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione per cui, nei casi in cui questo viene in rilievo, «la *lex mitior* sopraggiunge alla commissione del fatto, al quale l'autore

³⁰⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 393 del 2006, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

³⁰⁸ In proposito, la Corte ha precisato che «se è vero che all'apertura del dibattimento questa Corte ha talora attribuito rilievo, ciò è avvenuto a fini del tutto estranei all'ambito di operatività della prescrizione: ad esempio, per individuare il momento della devoluzione, al giudice della cognizione piena del merito, di tutta la gamma delle attribuzioni giurisdizionali, anche cautelari» – cfr. Corte cost., sentenza n. 393 del 2006, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo»³⁰⁹. Su questo fondamentale assunto, nella giurisprudenza costituzionale³¹⁰, si è quindi sempre escluso che il principio di retroattività *in mitus* possa trovare copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost., non condividendone la *ratio* sostanziale.

Per ricostruire il contenuto del principio in parola, come precisamente rilevato dalla Corte nella sentenza n. 394, è poi necessario tenere in considerazione la concezione oggettivistica del diritto penale, per cui «la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevole di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena»³¹¹. Ciò aiuta a comprendere il perché quando la valutazione del legislatore in ordine al disvalore di un comportamento muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno, ovvero non più proporzionato – le ragioni dell'uguaglianza poste alle basi del principio di retroattività favorevole impongono che tale mutamento si riverberi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere il fatto in un momento anteriore: non sarebbe ragionevole, in questo senso, trattare in modo diverso condotte umane identiche, differenziate solo per il momento di realizzazione, quante volte il legislatore abbia manifestato la volontà di attenuare o, in ipotesi, anche escludere la risposta punitiva dell'ordinamento in relazione a quelle stesse condotte. La Corte ha nondimeno rimarcato che il collegamento del principio di retroazione favorevole all'art. 3 Cost. ne segna, ad un tempo, il fondamento ed anche il limite: «nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»³¹².

Queste due fondamentali pronunce non hanno però chiarito definitivamente in quali casi il legislatore è autorizzato a limitare l'operatività del principio di retroattività *in bonam partem*: a ben vedere, infatti, la formula proposta in tali precedenti – per cui le deroghe al principio sono possibili «se superano un vaglio positivo di ragionevolezza in quanto mirino a tutelare interessi di analogo rilievo a quelli soddisfatti dalla prescrizione (efficienza del processo, salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale) o relativi a

³⁰⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato*

³¹⁰ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 80 del 1995, n. 6 del 1978, n. 164 del 1974; ordinanza n. 330 del 1995.

³¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*.

³¹² Cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 74 del 1980.

esigenze dell'intera collettività connesse a valori costituzionali» – si presta a letture non univoche, come confermato dalle successive occasioni in cui la Corte ha messo in pratica tale paradigma.

Nella sentenza n. 72 del 2008, per esempio, la Corte ha ritenuto priva di fondamento una questione di legittimità relativa all'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione «ai processi pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione». In questo caso, la Corte ha ritenuto non irragionevole la scelta operata dal legislatore, in quanto «l'esclusione dell'applicazione retroattiva della prescrizione più breve non discende dall'eventuale verificarsi di un certo accadimento processuale, ma dal fatto oggettivo e inequivocabile che processi di quel tipo siano in corso ad una data certa»; nello stesso senso deporrebbe anche la circostanza che nel processo sia già stata pronunciata una sentenza (di primo grado o di secondo grado), la quale, in ogni caso, è «significativamente correlata all'istituto della prescrizione, come si desume dall'art. 160 c.p., che considera rilevante ai fini della prescrizione la sentenza (oltre il decreto di condanna ed altri atti processuali)»³¹³. La non irragionevolezza della scelta è ulteriormente comprovata dal rilievo che, con essa, essendo il materiale probatorio, in linea di massima, acquisito nei giudizi in discussione, il legislatore ha inteso evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, con l'idea quindi di tutelare interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale)³¹⁴.

Nello stesso anno, con la sentenza n. 215 del 2008, la Corte ha dichiarato incostituzionale una disposizione contenuta nella legge finanziaria del 2006 – precisamente, l'art. 1, co. 547, l. 23 dicembre 2005 n. 266 – che escludeva in modo generalizzato l'efficacia retroattiva dell'abolizione delle fattispecie contravvenzionali in materia di apparecchi per il gioco d'azzardo, di cui all'art. 110, co. 9, TULPS, contestualmente trasformati in illeciti amministrativi. La Corte ha osservato che la scelta del legislatore si pone in contrasto con il canone

³¹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 72 del 2008, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

³¹⁴ «Dalla ragionevolezza della scelta operata dal legislatore discende, infine, anche la non fondatezza delle questioni prospettate in riferimento agli artt. 10, secondo comma, e 11 della Costituzione, e ciò sulla base delle affermazioni contenute nella sentenza n. 303 del 2006 che, nel riconoscere la portata generale dei principi ricavabili dai trattati internazionali circa l'applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli all'imputato, ha anche ammesso che a tale applicazione si può derogare sulla base di un vaglio positivo di ragionevolezza, nella specie sussistente» – cfr. Corte cost., sentenza n. 72 del 2008, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

della ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.³¹⁵, in quanto «l'indiscriminata deroga recata dalla norma impugnata non è correlata ad interessi di rilievo costituzionale analogo all'interesse che il singolo vanterebbe a non vedersi esposto alle conseguenze penali di condotte ormai punite come illecito amministrativo»³¹⁶.

I più recenti sviluppi della giurisprudenza – europea prima e costituzionale poi – hanno confermato l'idea che, per ricostruire precisamente il fondamento del principio di retroattività favorevole, sia necessario volgere lo sguardo, oltre l'art. 3 Cost., tenendo in considerazione i referenti normativi di matrice sovranazionale. Su quest'orizzonte, come è facile intuire, assume primaria rilevanza l'art. 7 CEDU che, pur non riconoscendo espressamente il principio in parola³¹⁷, è stato interpretato dalla Corte EDU in modo estensivo, fino a farvi ricomprendere, appunto, anche il principio della *lex mitior*: al fine rendere le garanzie riconosciute dalla Convenzione «concrete ed effettive, e non teoriche e illusorie», la Corte EDU «ha registrato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale, che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla commissione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale»³¹⁸.

Nella sentenza *Scoppola*, in particolare, rimeditando un precedente e consolidato orientamento³¹⁹, la Corte europea ha affermato, da un lato, che è coerente

³¹⁵ Nell'occasione, la Corte ha anche ribadito che «secondo la giurisprudenza di questa Corte la regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. della Costituzione, non è priva di un fondamento costituzionale. Per il principio di uguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l'abolito criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del fatto tipico devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione giustificativa» – cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2008, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

³¹⁶ «Essa, invero, contraddice gli obiettivi della depenalizzazione, rappresentati, in base alla relazione al disegno di legge divenuto legge n. 266 del 2005, dalla necessità di assicurare maggiore celerità di definizione dei procedimenti e di demandare l'irrogazione delle sanzioni all'organo con maggiori competenze tecniche del settore, l'Ufficio regionale dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato» – cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2008, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

³¹⁷ Vale la pena qui riproporre nuovamente per esteso il contenuto dell'art. 7 CEDU: «nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

³¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

³¹⁹ «La Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa *X c. Germania* e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il

con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice penale applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata e, dall'altro e di riflesso, che (continuare a) infliggere una pena più severa *solo* perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo³²⁰. Per la Corte EDU, infatti, è necessario tenere in considerazione i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza, per evitare di infliggere pene che lo Stato e la collettività che essa rappresenta considerano ormai eccessive: l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce così in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, soddisfacendo un altro elemento fondamentale dell'art. 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni³²¹. Nella stessa prospettiva, è del pari imprescindibile il richiamo all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione³²², che invece proclama in termini espressi il principio della *lex mitior*: benché identico nel contenuto – in forza della clausola di equivalenza di cui all'art. 53, par. 3, della stessa Carta, che gli attribuisce la stessa portata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte EDU al *quasi gemello* art. 7 CEDU –, l'art. 49 della Carta ha però una capacità di penetrazione differente, assai più rilevante, posto che, come noto, il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, così configurando un obbligo di disapplicazione rispetto alle norme interne con essa confliggenti³²³. È senz'altro utile

giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato» – cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, § 109.

³²⁰ Il nuovo orientamento è stato confermato in una successiva pronuncia – cfr. Corte EDU, *Morabito c. Italia*, sentenza 27 aprile 2010 – con cui la Corte europea ha ribadito che «le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato», sottolineando però che l'art. 7 riguarda solamente le norme penali sostanziali e, in particolare, le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere.

³²¹ Cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, §§ 108-109.

³²² In forza del quale come già precisato, «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

³²³ Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia aveva ritenuto che il principio della *lex mitior* facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e, come tale, dovesse essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia stessa garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario (sen-

ricordare, a tal riguardo, che l'art. 49, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale³²⁴, viene in rilievo soltanto allorché si versi entro l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta.

Ebbene, nel contesto di quella che è stata efficacemente definita come una protezione del principio di retroattività «a cerchi concentrici»³²⁵, non deve quindi sorprendere che la Corte di Cassazione, alcuni anni dopo la sentenza *Scoppola*, si sia convinta nel promuovere una questione di legittimità costituzionale sul più volte citato art. 10, comma 3, della legge n. 215 del 2005³²⁶, questa volta valorizzando il parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, come interpretato proprio nella sentenza della Grande Camera del 2009. In occasione della sentenza n. 236 del 2011³²⁷, la Corte ha dovuto affrontare due questioni in particolare: in primo luogo, se il riconoscimento, da parte della giurisprudenza europea, del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua iscrizione tra le garanzie sancite

tenza 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; tale principio è stato successivamente ribadito dalle sentenze 11 marzo 2008, *Jager*, C-420/06, e 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11.

³²⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 80 del 2011 e n. 210 del 2013: in quest'ultimo caso la Corte ha rigettato un'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura generale dello Stato che aveva sostenuto come, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sarebbe stata «impressa una diversa configurazione al rapporto tra le norme della CEDU e l'ordinamento interno. (...) indipendentemente dalla formale adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea, i diritti elencati dalla Convenzione sarebbero stati ricondotti all'interno delle fonti dell'Unione, sia in via diretta e immediata, tramite il loro riconoscimento come 'principi generali dell'ordinamento', sia in via mediata, come conseguenza del riconoscimento che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati». Nella più recente sentenza n. 190 del 2020, la Corte ha anche ricordato che «si è più volte rilevato come il giudice rimettente sia chiamato a dare contezza delle ragioni per cui la disciplina censurata vale ad attuare il diritto dell'Unione. In mancanza, la prospettazione dei motivi di asserito contrasto tra la norma denunciata e il parametro costituzionale risulta generica, con conseguente inammissibilità della relativa questione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 190 del 2020, punto n. 3 del *Considerato in diritto*; cfr., anche, Corte cost., sentenze n. 279 del 2019, n. 37 del 2019, n. 194 del 2018, n. 111 del 2017, n. 63 del 2016.

³²⁵ Formula proposta da F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani*, cit., p. 9 ss.

³²⁶ Già colpito in una sua parte, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 393 del 2006, e per converso salvato, nella parte residuale, con la pronuncia n. 72 del 2008.

³²⁷ A commento della decisione, v. E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme CEDU: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, il quale ritiene «assolutamente condivisibile la posizione assunta sotto tale profilo dalla Corte Costituzionale nella sentenza in questione, con la quale il Giudice delle leggi apre un significativo spiraglio a difesa della sovranità dell'ordinamento italiano, garantendosi un sindacato che le consente di svolgere il proprio fondamentale ruolo sistemico, ma tutelando, nel contempo, l'autonomia funzionale delle autorità giurisdizionali interne nonché la discrezionalità del legislatore ordinario».

dall'art. 7 CEDU, oltre a fargli acquistare autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, se cioè esso debba essere considerato come assoluto e inderogabile (al pari del principio di irretroattività *in malam partem*), ovvero se esso, in presenza di particolari ragioni giustificative, possa essere limitato o derogato; in secondo luogo, se il principio in parola riguardi solamente le disposizioni che prevedono il reato e la pena o anche qualunque altra disposizione che incida sul trattamento penale, come quelle sulla prescrizione oggetto dell'impugnazione nel caso di specie.

In ordine alla prima questione³²⁸, la Corte costituzionale ha correttamente rilevato che nulla aveva specificato la sentenza *Scoppola* in merito alla possibilità che, in presenza di particolari circostanze, il principio della retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni³²⁹: anzi, posto che la Corte EDU aveva, in quel caso, puntualizzato che la retroattività non può essere esclusa *solo* perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del fatto, è legittimo e condivisibile «concludere che la soluzione possa essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti»³³⁰. Per la Corte costituzionale, in altri termini, anche nell'universo convenzionale, al principio della *lex mitior* deve essere riconosciuto uno statuto di tendenziale – ma non assoluta – inderogabilità, potendo l'effetto della retroattività *in bonam partem* essere limitato, in presenza di valide ragioni giustificative. A ben vedere, peraltro, già nella citata sentenza n. 215 del 2008, e quindi prima della sentenza *Scoppola*, la Corte costituzionale aveva precisato che il principio in parola è suscettibile di limitazione e deroghe, sottolineando allo stesso tempo come «in ragione della peculiare rilevanza dell'interesse da esso tutelato, dimostrata dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, come pure dalla sua appartenenza alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea [...] e al diritto internazionale [...] tali limitazioni e deroghe devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo»³³¹.

Quanto alla seconda questione, la Corte ha ribadito che il principio riconosciuto dalla CEDU non coincide con quello che vive nel nostro ordinamento ed

³²⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, punto n. 13 del *Considerato in diritto*.

³²⁹ Sul tema della possibilità di derogare al principio della *lex mitior*, v. F. MAZZACUVA, *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2016, in cui viene commentata una interessante decisione della Corte EDU, *Gouarré Patte c. Andora*, sentenza 12 gennaio 2016, che ha rilevato una violazione dell'art. 7 CEDU proprio in relazione alla mancata applicazione retroattiva di una legge più favorevole entrata in vigore successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna pronunciata nei confronti del ricorrente.

³³⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, punto n. 13 del *Considerato in diritto*

³³¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 215 del 2008, punto n. 7 del *Considerato in diritto*

è regolato dall'art. 2, comma 4, c.p.: «quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni»³³².

Su queste basi, la Corte ha quindi concluso nel senso che il principio di retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla Corte europea come precipitato dell'art. 7 CEDU, non riguarda le norme sopravvenute che modificano la disciplina della prescrizione³³³: del resto – si legge ancora nella sentenza n. 236 – «dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (*Coeme e altri c. Belgio*) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati».

In definitiva, la Corte ha considerato che la norma impugnata nel caso di specie – l'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, nei processi pendenti in appello o avanti alla Corte di cassazione – non si ponesse in contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e quindi non violasse l'art. 117, primo comma, Cost. Si tratta di una sentenza con cui il Giudice delle leggi – pur registrando una sostanziale equipollenza, sul piano del contenuto – tra la concezione nazionale e convenzionale del principio di retroattività favorevole, ha quindi colto l'occasione per ribadire le differenti aree di competenza ed influenza dei rispettivi parametri.

9. (segue) irretroattività sfavorevole, retroattività *in bonam partem* ed effetti delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, tra alcune certezze e qualche dubbio

Quando si affronta la questione dei rapporti tra i principi di irretroattività *in malam partem* e di retroattività *in bonam partem*, da una parte, e le regole

³³² Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, punto n. 14 del *Considerato in diritto*.

³³³ «Una volta individuati i limiti oggettivi del principio di retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla Corte europea sulla base dell'art. 7 CEDU, è agevole la conclusione che esso non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso sfavorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione de tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato» – cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011, punto n. 15 del *Considerato in diritto*.

che governano gli effetti nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale, dall'altra, si è portati a registrare alcune certezze e qualche elemento di dubbio.

Prima di tutto le certezze: la circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione non può comportare – come conseguenza della sua rimozione da parte della Corte costituzionale – l'assoggettamento a pena, o a una pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, privo di rilevanza penale od era sanzionato con una pena più mite. Questa conclusione si basa sulle imprescindibili esigenze di calcolabilità che animano il principio di irretroattività *in malam partem*. È il punto di approdo di una giurisprudenza costituzionale che affonda le sue radici nelle prime pronunce sulle cd. *norme penali di favore*³³⁴ e che è andata – come già osservato – irrobustendosi nel corso degli anni³³⁵.

Su queste solide premesse, lo statuto di assoluta inderogabilità del principio di irretroattività *in malam partem* finisce per condizionare la stessa efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale, limitando l'operatività della regola generale, enunciata dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, della l. 87 n. 1953, concernente la privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima³³⁶: mette conto ricordare, infatti, che, quando la Corte interviene su una cd. *norma penale di favore*, il principio di irretroattività sfavorevole impone al giudice *a quo* di dare comunque applicazione alla norma dichiarata incostituzionale, per evitare di sottoporre l'imputato del procedimento principale – che ha, evidentemente, posto in essere la condotta prima del *novum* rappresentato dalla decisione della Corte – ad un trattamento penale più severo, in violazione, appunto, del divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. In tutte le occasioni in cui è stata chiamata a ragionare dei possibili effetti *in malam partem* della propria decisione³³⁷, la Corte ha infatti ribadito che «altro è la garanzia che i

³³⁴«Nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale una norma penale abbia escluso l'antigiuridicità, potrebbe venire penalmente condannato per il solo effetto d'una sentenza di questa Corte, che dichiarasse illegittima la norma stessa», essendovi in gioco «un fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost. (...) ad esigere certezza ed irretroattività dei reati e delle pene» – cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 1983, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

³³⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*.

³³⁶ Per una disamina completa delle problematiche legate all'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale, v., in particolare, M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, (a cura di) M. D'Amico, F. Biondi, Editoriale scientifica, 2018.

³³⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 223 del 2015.

principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendone l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità (...), altro è il sindacato cui le stesse norme [penali] devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»³³⁸.

In ragione di alcune controverse prese di posizione della recente giurisprudenza di legittimità, sembra invece più complesso ragionare del rapporto tra il principio di retroattività favorevole e gli effetti della decisione di accoglimento della Corte costituzionale, quantomeno per il profilo che attiene al modo in cui il *dictum* della Corte si inserisce nei fenomeni successivi. Il nodo problematico, per essere più precisi, riguarda la possibilità che il principio della *lex mitior* – pur se dotato di una copertura costituzionale depotenziata rispetto al principio di irretroattività *in malam partem* – venga considerato, al pari di quest'ultimo, comunque insensibile alla declaratoria di incostituzionalità, sì da garantire, in ogni caso, alla norma dichiarata incostituzionale una indiscriminata efficacia retroattiva, senza distinzione tra i fatti *concomitanti*, commessi nella vigenza della norma dichiarata incostituzionale, da una parte, e i fatti *pregressi*, commessi prima della sua entrata in vigore, dall'altra. A tal proposito, è utile ricordare un dato di ordine normativo, come tale non contestabile: l'art. 2, comma 4, c.p. – nel prevedere che «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile» – afferma il principio di retroattività favorevole, riconoscendone l'applicabilità anche alla cd. *lex intermedia*, nei casi in cui siano, per l'appunto, plurime le leggi che si susseguono dalla data di commissione del fatto sanzionato al momento di celebrazione del corrispondente giudizio³³⁹; ciò comporta che la legge in concreto di maggior favore – tra tutte quelle succedutesi in quest'arco temporale – è quella destinata, proprio in omaggio al principio della *lex mitior*, a trovare applicazione a vantaggio dell'imputato.

Si tratta, allora, di verificare se un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale incidente su una delle leggi intermedie abbia, o meno, una qualche influenza sul funzionamento del modello codificato all'art. 2, comma 4, c.p. e se, più nel dettaglio, della norma favorevole dichiarata incostituzionale possano beneficiare anche coloro che hanno commesso il fatto prima della sua entrata in vigore, i cd. *fatti pregressi*. Nessuna questione di rilievo sembra vi-

³³⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 1983, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

³³⁹ Per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 124, «la lettera dell'art. 2, co. 4, c.p. – che si riferisce, al plurale, a 'leggi posteriori' diverse da quella vigente al tempo della commissione del fatto – non consente di dubitare che la legge più favorevole al reo possa essere anche una cd. legge intermedia, non più in vigore al momento del giudizio».

ceversa porsi con riguardo a coloro che abbiano realizzato la condotta sanzionata nella vigenza della norma dichiarata incostituzionale, i cd. *fatti concomitanti*, in favore dei quali, sulla base di quanto costantemente affermato dalla Corte in merito agli effetti delle pronunce sulle cd. *norme penali di favore*, il principio di irretroattività *in malam partem* impone di applicare comunque la norma dichiarata incostituzionale.

In un interessante caso deciso nel 2016, la Corte di Cassazione ha avuto modo di confrontarsi con queste problematiche, affrontando, nello specifico, il tema della retroattività della *lex mitior* nell'ipotesi in cui il venir meno del reato dipenda da una legge abrogativa poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale³⁴⁰: la pronuncia costituisce la coda finale della vicenda giudiziaria che ha occasionato la sentenza n. 5 del 2014³⁴¹, e che aveva avuto, come visto, la sua origine nella scelta del legislatore, poi ritenuta incostituzionale per eccesso di delega, di abrogare il delitto previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 43 del 1948, incriminante le condotte di associazionismo militare con scopi politici. A valle della decisione della Corte, il G.U.P. di Bergamo ha deciso di emettere una sentenza di non luogo a procedere, in favore degli imputati, ritenendo che a questi stessi dovesse comunque applicarsi la norma successiva *favorevole*, in forza del disposto dell'art. 2, comma 2, c.p., senza che potesse assumere rilievo, in tal senso, la circostanza che quella stessa legge fosse stata *medio tempore* dichiarata incostituzionale. In senso opposto, considerando che la norma di cui era questione nel giudizio – in quanto mai validamente abrogata dalla legge colpita dalla decisione di incostituzionalità – dovesse applicarsi agli imputati, che avevano commesso il fatto prima della sua entrata in vigore, veniva presentato ricorso in Cassazione. La sentenza, con cui la Suprema Corte ha rigettato il ricorso, accreditando la conclusione del G.U.P. di Bergamo, ha destato molte perplessità in dottrina³⁴²; i giudici della Corte di cassazione sembrano, in effetti, aver subito un abbaglio rispetto al concreto ambito di operatività del principio di retroattività favorevole, del quale hanno proposto un'impropria interpretazione estensiva, finendo per obliterare le differenze tra questo e il principio di irretroattività *in malam partem*.

³⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I Pen., sentenza n. 24834 del 2016, Imp. *Augussori e a.*

³⁴¹ Su cui, ancora, M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle 'zone franche' dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 febbraio 2014, p. 242 ss.

³⁴² Piuttosto critico il punto di vista di F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 ottobre 2017, il quale si sofferma, in particolare, sul fatto che la Cassazione ha erroneamente appiattito «su di un unico livello valutativo due fenomeni completamente distinti, uno dei quali soltanto determina l'eliminazione radicale, con effetto ex tunc, di una norma dell'ordinamento».

Nell'occasione, la Cassazione ha passato dettagliatamente in rassegna la giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi in materia, per poi concludere nel senso che non è mai stata decisa la questione se la norma favorevole espunta dall'ordinamento per effetto di una sentenza di accoglimento possa spiegare effetti nei confronti del procedimento *a quo*, anche in favore di chi abbia commesso il fatto prima della sua entrata in vigore. Ribadito il carattere pacifico del principio per cui l'eventuale ablazione della norma di favore da parte della Corte non può, in nessun caso, ripercuotersi negativamente sulla posizione dell'imputato che abbia commesso il fatto sotto l'impero della norma dichiarata incostituzionale, i cd. *fatti concomitanti*³⁴³, la Cassazione ha ritenuto – e qui sembra annidarsi l'equivoco di fondo della pronuncia – di poter estendere tale principio anche a vantaggio di chi abbia commesso il fatto *prima* dell'entrata in vigore della norma poi giudicata incostituzionale, i cd. *fatti progressi*, sul presupposto che comunque – e cioè a prescindere dalla relativa sorte – quest'ultima sarebbe intervenuta nella realtà giuridica determinando una abolizione del reato precedentemente in vigore, innovando, sia pur provvisoriamente, l'ordinamento penale. Due, in sostanza, gli argomenti portati dalla Suprema Corte a sostegno della propria conclusione: il primo, per il quale non avrebbe senso, al fine di dimensionare l'efficacia del principio di retroattività *in mitus*, distinguere tra il fenomeno *fisiologico* dell'abrogazione della norma incriminatrice e quello *patologico* della dichiarazione di illegittimità; il secondo, per cui, a ragionare diversamente, si finirebbe per creare una intollerabile situazione di discriminazione, con connessa violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., tra coloro che hanno definito la propria posizione processuale nel periodo in cui la norma poi dichiarata incostituzionale è rimasta in vigore e quanti, per legittime scelte difensive, sono ancora imputati nel momento in cui sopraggiunge la decisione della Corte. Incidentalmente, è interessante notare come la Cassazione abbia, in questo caso, richiamato anche la sentenza costituzionale n. 10 del 2015³⁴⁴, per ricordare – in modo non del tutto conferente – che gli effetti temporali della decisione della Corte costituzionale possono essere modulati «in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale [vada a] determinare il sacrificio

³⁴³ Nel solco tracciato dalla sentenza n. 148 del 1983 e, più recentemente, riproposto con la sentenza n. 223 del 2015.

³⁴⁴ Su cui, per tutti, v. V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1/2016; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, 2015, p. 220 ss.; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; e T. GIUPPONI, *La Corte e il 'suo' processo. Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 4/2015.

di un altro»³⁴⁵: come a voler sostenere che, per evitare di sacrificare le esigenze di eguaglianza sottese al principio di retroattività *in mitius*, la sentenza della Corte che abbia dichiarato incostituzionale la norma penale favorevole debba spiegare i propri effetti solamente *pro futuro*.

Ora, per confutare la tesi sposata dalla Corte di Cassazione basterebbe leggere quel fondamentale passaggio della sentenza n. 394 del 2006 – sorprendentemente omesso nella ricostruzione della sentenza di legittimità appena richiamata – in cui la Corte costituzionale ha puntualizzato che «il principio di retroattività della norma penale più favorevole in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», ulteriormente chiarendo che «il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto, successivamente operato dal legislatore, può giustificare – in chiave di tutela del principio di eguaglianza – l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione», in quanto validamente emanata³⁴⁶. In questa prospettiva, è quasi sorprendente la disinvoltura con cui la Corte di Cassazione ha cancellato la linea tracciata dalla Corte costituzionale nella citata sentenza del 2006, con cui era stato anche sottolineato – in modo quasi didascalico – che ove si riconoscesse, in ogni caso, una retroattività generalizzata alla legge dichiarata incostituzionale, si finirebbe per ammettere che una norma contraria ai principi della Costituzione – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno, possa, quasi per paradosso, determinare l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, «non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa»³⁴⁷.

A ben vedere, comunque, entrambi gli argomenti proposti dalla Cassazione risultano privi di un solido fondamento: quanto al primo, è sufficiente richiamare quella recente, ma già consolidata, giurisprudenza delle Sezioni Unite³⁴⁸, che ha messo limpidamente in evidenza la distinzione tra l'abrogazione di una norma incriminatrice ad opera del legislatore, che appartiene alla

³⁴⁵ Cfr. Cass., sez. I Pen., sentenza n. 24834 del 2016, Imp. *Augussori e a.*, p. 20.

³⁴⁶ Non soltanto, si è detto, «sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta e, in generale, della disciplina delle fonti (v., con riferimento alla mancata conversione di un decreto-legge, la sentenza n. 51 del 1985); ma anche sul piano sostanziale del rispetto dei valori espressi dalle norme costituzionali» – cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

³⁴⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*.

³⁴⁸ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 42858 del 2014, Ric. *Gatto*, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena 'incostituzionale'*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2014.

fisiologia dell'ordinamento, e la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma stessa, che appartiene invece alla patologia dell'ordinamento³⁴⁹, per ricordare che i due fenomeni, attesa la loro diversità ontologica, non possono in alcun modo essere appiattiti su di un unico livello valutativo³⁵⁰; quanto al secondo, è utile rimarcare che la disparità di trattamento di cui ha ragionato la Cassazione – tra chi ha visto definita la propria posizione processuale prima della dichiarazione di illegittimità e chi risulta ancora imputato al momento della decisione della Corte costituzionale – rappresenta, come è stato detto, un «effetto inevitabile della prevalenza, nei confronti dei primi, del diritto a non essere sottoposti a un secondo giudizio per lo stesso fatto, rispetto al principio ordinamentale dell'annullamento *ex tunc* della norma dichiarata incostituzionale»³⁵¹ e che, si potrebbe ulteriormente aggiungere, l'intervenuto giudicato rappresenta senz'altro un valido elemento di differenziazione tra le due situazioni³⁵².

Invero, qualche anno prima, in senso opposto, e quindi maggiormente in linea con il percorso suggerito dalla Corte costituzionale, si era mossa la giurisprudenza di merito: chiamata a giudicare del seguito della decisione n. 28 del 2010 – con cui la Corte, come già visto, aveva dichiarato incostituzionale una *lex intermedia*, ritenuta in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. –

³⁴⁹ È utile qui riportare il passaggio in cui la Cassazione ha precisato che «la declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Il mutamento di disciplina stabilito per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, costituisce, pertanto, fenomeno diverso dall'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, dell'illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto ad essere anteriormente alla pronuncia della Corte» – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 42858 del 2014, Ric. Gatto.

³⁵⁰ Insiste, sul punto, F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 ottobre 2017, per dire che «la sentenza della Cassazione ora analizzata appiattisce invece su di un unico livello valutativo due fenomeni completamente distinti, uno dei quali soltanto determina l'eliminazione radicale, con effetto *ex tunc*, di una norma dall'ordinamento. Una norma, quella dichiarata incostituzionale, che non v'è alcuna ragione di continuare ad applicare nei confronti di un imputato che abbia commesso il fatto prima della sua stessa entrata in vigore, quando la norma medesima non era in grado di ingenerare alcun legittimo affidamento da parte sua».

³⁵¹ V., ancora, F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit.

³⁵² Del resto, è lo stesso art. 2, comma 4, che individua, già a livello di normazione primaria, nel giudicato il limite all'operatività del principio di retroattività favorevole.

il Tribunale di Venezia aveva, infatti, correttamente escluso una generalizzata retroattività della norma incostituzionale favorevole³⁵³.

Più nel dettaglio, utilizzando un argomento uguale e contrario a quello proposto dalla Cassazione, il Tribunale veneziano aveva ritenuto che, ove si fosse data applicazione senza limiti al principio in parola, si sarebbe determinata una ingiustificata disparità di trattamento: da una parte, tra coloro che avevano commesso il fatto sotto l'impero della originaria norma più sfavorevole e che erano stati poi giudicati nel vigore della norma ripristinata alla luce dell'intervenuta dichiarazione di illegittimità della *lex intermedia* più mite; dall'altra, tra quanti avevano commesso il fatto ed erano stati anche giudicati nella vigenza della norma di ripristino. Tale pronuncia ha il merito di aver sottolineato che, se si fosse riconosciuto al principio di retroattività *in mitius* un carattere assoluto – rendendolo in tal modo insensibile alla sopravvenienza di una decisione di illegittimità costituzionale – si sarebbe applicata *in bonam partem* la norma intermedia ai primi e la norma ripristinata più sfavorevole ai secondi (pur essendo immutato, nei due casi, il giudizio di riprovevolezza da parte del legislatore, in quanto le condotte sono state poste in essere a fronte dello stesso quadro normativo)³⁵⁴. Ed è curioso notare che, a margine di tutte queste considerazioni, il Tribunale di Venezia, quasi anticipando quello che

³⁵³ Cfr. Trib. Venezia, Sez. Dist. Dolo, sentenza n. 110 del 2010.

³⁵⁴ Che in modo assai convincente si confronta con l'art. 49 della Carta di Nizza, osservando come «dette considerazioni non sembrano poter essere suscettibili di modifiche alla luce dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. È stato infatti autorevolmente osservato che la ratio sottesa all'art. 49 della Carta è l'uguaglianza di trattamento – così come richiamata anche dalla Consulta nella citata sentenza n. 304 del 2006 – cosicché nell'ipotesi in cui 'la legge mene severa sopravvenuto è successivamente venuta a sua volta meno per abrogazione, entrando o rientrando in vigore una disciplina corrispondente a quella più severa in vigore al momento del fatto' il principio di uguaglianza 'dovrebbe imporre invece l'applicazione della legge più severa' e 'la regola codicistica per cui si applica comunque la legge più mite sopravvenuta al fatto, anche se successivamente a sua volta sostituita da una più severa, è difficilmente riconducibile ad una ratio costituzionale, mentre sembra piuttosto esprimere un generico indirizzo legislativo di favor rei, peraltro forse non del tutto giustificato'. Anche nell'ottica dell'art. 49 della Carta, recepita dal Trattato di Lisbona, quindi si giustifica l'assunto secondo cui l'applicazione retroattiva della legge più favorevole non è assoluto, ed incontro un limite nel caso in cui la *lex mitior intermedia* contrasti con i precetti della Costituzione»; molto puntuale, sul punto, il successivo argomento proposto dal Tribunale veneziano per cui "in virtù di quanto previsto dall'art. 53 'nessuna disposizione' della medesima Carta 'deve essere interpretata come limitativa e lesiva [...] delle Costituzione degli Stati membri'. È stato infatti osservato in dottrina che l'art. 53 della Carta di Nizza, che regola il livello di protezione dei diritti fondamentali, 'produce l'effetto di salvaguardare il pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa, lasciando sussistere diverse forme di tutela e diversi standard di tutela nei rispetti ambiti di competenza» – cfr. Trib. Venezia, Sez. Dist. Dolo, sentenza n. 110 del 2010, pp. 5-6.

sarebbe poi stato il secondo argomento proposto dalla Cassazione nella sentenza del 2017, ha escluso qualsivoglia rilievo alla circostanza che gli imputati avessero, in quel caso, «regolato le proprie condotte processuali facendo affidamento sulla *lex mitior*, entrata in vigore il 29 aprile 2006, allorché il dibattimento già era stato dichiarato aperto e le scelte processuali nel rito e nel merito (anche sotto il profilo istruttorio) erano ormai già da tempo state adottate».

In ogni caso e venendo così a concludere questo breve approfondimento, la più recente giurisprudenza costituzionale, con un inequivoco *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 143 del 2018³⁵⁵, ha definitivamente sciolto il nodo interpretativo *de quo*, fugando i dubbi che la decisione della Corte di cassazione avevano provocato intorno ad esso: dopo aver ampiamente motivato i profili di inammissibilità della questione sollevata dal giudice *a quo*, la Corte ha chiarito, una volta di più, che al principio della retroattività della *lex mitior* non è riconosciuto lo stesso statuto costituzionale del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole³⁵⁶ e che, per quanto qui più interessa rilevare, il principio di retroattività della norma penale più favorevole può trovare applicazione solo se tale legge sia esente da vizi di illegittimità costituzionale³⁵⁷.

³⁵⁵ In questo caso, la questione di legittimità costituzionale portata all'esame della Corte si fonda sull'assunto che il censurato art. 6, commi 1, 4 e 5, legge n. 251 del 2005 abbia modificato il regime della prescrizione in senso più favorevole all'imputato, al punto da non permettere il perseguimento dei reati di abuso nei confronti dei minori dopo che la vittima abbia raggiunto la maggiore età, come richiesta da una decisione quadro dell'Unione europea del 2003.

³⁵⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011.

³⁵⁷ Cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 236 del 2018, in cui la Corte ha affermato che per i fatti commessi fino al giorno della pubblicazione della presente decisione sulla Gazzetta Ufficiale opera il principio – direttamente fondato sull'art. 25, secondo comma, Cost. e che prevale sull'ordinaria efficacia ex tunc della decisione di questa Corte ai sensi dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) – della non retroattività della disciplina sostanziale che risulti essere peggiorativa per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, talché innanzi al tribunale ordinario competente anche per il reato di lesioni lievissime, di cui all'art. 582, secondo comma, cod. pen., in danno del figlio naturale, l'imputato (o indagato) sarà soggetto all'applicazione della più favorevole disciplina delle sanzioni di cui al Titolo II del d.lgs. n. 274 del 2000, non diversamente da quanto accade nell'ipotesi del tribunale ordinario che si trovi a giudicare di un reato di competenza del giudice di pace (art. 63 del medesimo decreto legislativo); nella più recente sentenza n. 105 del 2022, la Corte costituzionale, dopo aver dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma di favore, ha chiarito che compete ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative della pronuncia di accoglimento, tenendo conto proprio della sentenza n. 394 del 2006.

10. Analogia e spazi interpretativi per il giudice penale: la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale

Del principio di tassatività e del correlato divieto di analogia la dottrina e la giurisprudenza si sono occupate a lungo: si tratta, in effetti, di un tema che inter-cetta problematiche di carattere generale ad alto tasso di complessità³⁵⁸, come quelle che riguardano l'individuazione del corrispondente fondamento costituzionale³⁵⁹ o la sempre sfuggente distinzione tra analogia e interpretazione estensiva³⁶⁰. Tali questioni, peraltro, pur assumendo nella materia penale un significato particolarmente pregnante³⁶¹, suscitano l'interesse dello studioso in una

³⁵⁸ Come illustrato in modo molto puntuale dagli storici lavori di G. VASSALLI, (voce) *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Utet giuridica, 1987, p. 159 ss.; e L. CAIANI, (voce) *Analogia*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, 1958 p. 370 ss.; nonché, di recente, O. DI GIOVINE, *Salti mentali (analogia e interpretazione nel diritto penale)*, in *Questione giustizia*, 2018.

³⁵⁹ Cfr. G. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, NelDiritto, 2021, pp. 179-180, osserva che «a chi ritiene ricavabile la costituzionalizzazione esclusivamente dagli artt. 1 e 199 c.p. e 14 preleggi, cui tuttavia si ascrive valore di norme di Costituzione materiale, si giustappongono coloro i quali la inferiscono, invece, direttamente dall'art. 25 Cost., previo superamento dei dubbi innescati dalla sintetica formulazione di tale previsione e dalla mancata inclusione nella stessa, diversamente che negli artt. 1 e 199 c.p. dell'avverbio *espressamente*»; da parte sua la Corte costituzionale, nella sentenza n. 19 del 1974, ha affermato che la formula appena richiamata sia implicitamente fatta propria anche dall'art. 25, secondo comma, Cost., perché muovendo dal «dal dato storico (non revocabile in dubbio) del riferimento della Costituzione proprio al sistema esistente al momento della sua entrata in vigore [...] allora l'art. 25 sostanzialmente ricalca le disposizioni del codice penale sui principi di legalità e irretroattività: rispettivamente, gli artt. 1 e 2, per la pena e 199 c.p., per la misura di sicurezza»; sul tema D. FALCINELLI, *L'analogia vietata e le riserva di sistema secondo la Corte costituzionale. Il binomio "leggi penali" e "leggi eccezionali" nel vocabolario dell'art. 14 disp. prel. c.c.*, in *Archivio penale*, 2016.

³⁶⁰ Paradigmatica la vicenda della estensibilità della disciplina sulla stampa ai giornali pubblicati in modalità telematica, sulla quale si sono pronunciate le Sezioni Unite della Cassazione – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 31022 del 2015 – con nota di C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le sezioni unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on-line registrate*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2016; in generale su questo elemento R. RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, (a cura di) E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Giuffrè, 1994; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, 2011; nonché gli interventi di F. GIUNTA, O. DI GIOVINE, V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, p. 347 ss.

³⁶¹ Per E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, 2004, p. 95, evocando una immagine metaforica di calviniana memoria, l'interprete penalistico è come «una sorta di cavaliere dimezzato che non possiede tra le sue armi lo strumento che più di ogni altro consente di *creare* diritto e cioè l'analogia»; inoltre, per marcare una differenza, in particolare, tra il settore civile e quello penale, è possibile sottolineare che soltanto in relazione al primo il procedimento analogico vale ad impedire che il giudice venga a trovarsi di fronte al rischio di un sostanziale *non liquet*; su

prospettiva trasversale, lambendo anche rilevanti aspetti di tipo gius-filoso-fico³⁶².

Come altri corollari del principio di legalità penale, anche il divieto di analogia presenta un duplice *volto*³⁶³: si rivolge al legislatore ordinario, precludendo una serie di interventi e/o il ricorso a particolari tecniche normative, tra cui l'utilizzo di fattispecie ad analogia esplicita; ma si indirizza soprattutto al giudice del caso concreto, al quale, per assicurare i consociati da possibili abusi del potere giudiziario, è precluso di fuoriuscire dai confini tassativamente imposti dalla legge ovvero è «interdetta ogni possibile interpretazione che alteri la fisionomia descrittiva, prima che sostanziale, delle fattispecie penali»³⁶⁴.

In questa sede interessa in special modo ragionare delle problematiche che attengono a questo secondo *volto* del divieto di analogia, confrontandosi in particolare con il tema della relativa giustiziabilità da parte della Corte costituzionale.

Prima di descrivere il contenuto di una fondamentale pronuncia della Corte costituzionale – la n. 98 del 2021 – può interessare soffermarsi su una questione oggetto di un recente e discusso intervento delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di analogia *favorevole*. La Suprema Corte è stata chiamata a risolvere un profondo contrasto interpretativo concernente la possibilità, per lungo tempo esclusa dalla giurisprudenza, di applicare l'ipotesi di cui all'art. 384, comma 1, c.p. anche al convivente *more uxorio*³⁶⁵. La previsione appena richiamata prevede l'esclusione della punibilità, in relazione ad una *serie* di delitti contro l'amministrazione della giustizia – paradigmaticamente, la falsa testimonianza ex art. 372 c.p. – per chi ha commesso il fatto essendovi stato costretto dalla

questo profilo, da ultimo, A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta online*, 2021, p. 883.

³⁶² Come dimostra, da ultimo, V. VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio. osservazioni su cass., sez. un. penali, 17.3.2021, n. 10831*, in *Criminalia*, 2021.

³⁶³ Per tutti, su questa duplice caratterizzazione del divieto di analogia F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965, p. 298-299, che evidenzia in particolare come «questo doppio *volto* è una acquisizione dovuta soltanto all'avvento della Costituzione repubblicana: infatti l'art. 1 c.p. in regime di Costituzione elastica con l'utilizzo dell'avverbio *espressamente* vietava l'analogia ma solo rispetto all'interprete ed *in primis* al giudice e non al legislatore ordinario al cui esclusivo apprezzamento era in definitiva affidata la salvaguardia o meno del principio».

³⁶⁴ Così F. BRICOLA, *Art. 25, commi 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1981, p. 258.

³⁶⁵ Questione che è stata portata più volte all'attenzione anche della Corte costituzionale – cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 8 del 1996 e 140 del 2009 – la quale ha sempre ritenuto inammissibili e/o infondate le relative questioni di costituzionalità, sul presupposto che la convivenza non potesse essere equiparata, neppure ai soli fini penalistici, alla famiglia fondata sul matrimonio; per un esame del modello costituzionale di famiglia, v., in particolare, F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013.

necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà e nell'onore. Questo trattamento di favore trova, anche a livello intuitivo, la propria giustificazione nell'esigenza di attribuire rilievo, ai fini penalistici, allo stato di turbamento interiore che una persona generalmente incontra quando viene richiesta di ricoprire l'ufficio di testimone nell'ambito di un procedimento penale che vede coinvolto un congiunto. L'art. 384 c.p. è stato tradizionalmente interpretato nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina di favore in esso prevista alle situazioni di convivenza *more uxorio*: il concetto di prossimo congiunto, ricostruito in forza del combinato disposto di cui agli artt. 384 e 307 c.p., infatti, è stato sempre inteso nel senso di non ricomprendere anche la figura del convivente.

L'indirizzo contrario ad una siffatta equiparazione ha fatto leva in particolare sulla qualificazione della norma come causa di non punibilità, che, in quanto norma eccezionale, non può essere applicata in via analogica a casi diversi da quelli considerati in modo esplicito³⁶⁶; a questo primo argomento – se si vuole, di tipo più classico – si è in tempi più recenti anche affiancato il rilievo per cui con la legge n. 76 del 2016, cd. *Cirinnà* – che ha espressamente ampliato la cerchia dei «prossimi congiunti» ricomprendendovi anche i soggetti uniti civilmente – il legislatore ha inequivocabilmente manifestato la propria volontà di limitare l'operatività della causa di non punibilità ex art. 384 c.p. Ad esiti interpretativi di segno opposto sono invece giunte tutte quelle decisioni che, valorizzando la evoluzione dei concetti di «matrimonio» e «famiglia», hanno riconosciuto all'art. 307 c.p. un significato diverso e, soprattutto, molto più ampio rispetto a quello risalente all'epoca dell'entrata in vigore del Codice penale.

Per comporre questo contrasto, le Sezioni Unite hanno ritenuto di svolgere una serie di importanti considerazioni sulla natura dell'esimente di cui all'art. 384 c.p.: in primo luogo, hanno escluso che la previsione in parola possa essere ricondotta all'interno della categoria delle cause di non punibilità in senso stretto, le quali si caratterizzano per il fatto che la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica, che sono del tutto estranee alla dimensione del disvalore oggettivo del fatto o della situazione esistenziale-psicologica dell'agente; la Suprema Corte ha parimenti escluso che l'art. 384 c.p. possa essere considerato alla stregua di una causa di giustificazione, in cui il bilanciamento tra contrapposti interessi porta ad elidere l'antigiuridicità del fatto, che risulta quindi lecito. Aderendo alle più recenti ricostruzioni dottrinali, la Cassazione arriva quindi a riconoscere nella figura in esame la natura di causa di

³⁶⁶ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 10381 n. 2021, ric. *Fiavola*, p. 6, ove si precisa anche che «spetterebbe sempre al legislatore prevedere l'estensione della non punibilità attraverso un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse, sicché andrebbe operato un confronto tra l'esigenza della repressione di delitti contro l'amministrazione della giustizia, da un lato, e la tutela di beni afferenti la vita familiare, dall'altro».

esclusione della colpevolezza, ovvero una cd. scusante soggettiva: l'agente, infatti, pur ponendo in essere un fatto antiggiuridico e pur agendo con dolo, cosciente cioè di violare la legge, è considerato immeritevole di rimprovero penale, in ragione del fatto che la sua condotta «è stata determinata dalla presenza di circostanze peculiari, che hanno influito sulla sua volontà, sicché non si può esigere un comportamento alternativo»³⁶⁷.

Raggiunta questa conclusione sulla natura giuridica dell'art. 384 c.p., le Sezioni Unite si sono dovute confrontare con la problematica della possibile applicazione analogica dell'esimente: per lungo tempo, ha prevalso l'opinione che attribuisce al divieto di analogia un carattere assoluto, operante sia per le norme incriminatrici, sia per le norme di favore³⁶⁸, e cioè sia *in bonam* che *in malam partem*; più di recente sono andate viceversa prevalendo le tesi per cui «il divieto di analogia è finalizzato ad assicurare, più che la certezza, l'esigenza di garantire la libertà del cittadino», che ovviamente viene messa in pericolo se si riconosce al giudice il potere di applicare analogicamente *in malam partem* norme incriminatrici; un tale pericolo – secondo la Cassazione – non ricorre in presenza di una applicazione analogica di norme di favore. Questa tesi viene sostenuta con l'argomento per cui il divieto di analogia, nell'orizzonte garantista dell'art. 25 Cost., non si riferisce all'intera materia penale, ma si rivolge alle sole disposizioni punitive; in altre parole, non ci sono impedimenti di carattere costituzionale che consentano operazioni di interpretazione analogica nel senso di un restringimento dei confini di cioè è penalmente rilevante: l'art. 25, secondo comma, Cost. proibisce in definitiva soltanto l'analogia *in malam partem*³⁶⁹.

Il riconosciuto carattere relativo del divieto in parola non risolve di per sé solo il problema posto all'attenzione delle Sezioni Unite, dal momento che l'art. 14 delle preleggi esclude chiaramente l'analogia, pur se favorevole, per le norme eccezionali³⁷⁰, le quali però sono tali se introducono una disciplina derogatoria, eccezzuativa: alle scusanti può quindi negarsi natura eccezzionale

³⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 10381 n. 2021, ric. *Fiavola*, p. 22.

³⁶⁸ Sotto la vigenza del codice del 1865, era diffusa la considerazione per cui il divieto di analogia in materia penale operasse solo per le norme incriminatrici e sanzionatorie – su cui, in particolare, G. VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Giuffrè, 1942 –; mentre con l'entrata in vigore del codice del 1942 si è assistito al riaccendersi del dibattito tra sostenitori dell'assolutezza del divieto e fautori dell'assunto della relatività dello stesso, non estensibile alle disposizioni di favore.

³⁶⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., sez. V pen., sentenza n. 10054 del 1980.

³⁷⁰ Tradizionalmente i limiti che la manualistica registra per l'analogia di favore sono tre: i) il primo è desumibile dall'art. 14 delle preleggi che, nel ridimensionare l'operatività del meccanismo di integrazione analogica di cui al precedente art. 12, comma 2, fa riferimento non solo alle leggi penali, ma anche a tutte le norme “che fanno eccezione a regole generali o ad altre

quante volte siano espressione di un principio generale dell'ordinamento. Su questa linea, la valenza eccezionale dell'art. 384 c.p. – così come intesa dall'art. 14 delle preleggi – è esclusa proprio perché la previsione riflette alcuni fondamentali principi di carattere generale come il principio *nemo tenetur se detegere* e il principio *ad impossibilia nemo tenetur*, riconducibili al canone di colpevolezza di cui all'art. 27, primo comma, Cost.³⁷¹. Ma se è davvero così risulta del tutto incoerente negare che non ricorra la medesima condizione soggettiva – resa evidente dalla drammatica alternativa tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la protezione dei propri affetti più stretti – sia che si tratti di persone coniugate, sia che si tratti di persone conviventi. La Cassazione giunge quindi ad abbracciare convintamente la lettura analogica della scusante di cui all'art. 384 c.p.³⁷².

Autorevole dottrina, pur riconoscendo che qualunque applicazione analogica, ancorché del tutto legittima, ha intrinsecamente un carattere para-legislativo, ha messo in evidenza il fatto che la soluzione delle Sezioni Unite non contrasta con il divieto di analogia³⁷³: in primo luogo, la *ratio* di quella norma non si esaurisce nel perimetro definito dall'art. 307, comma 4, c.p.; in secondo luogo, l'ipotesi del convivente *more uxorio* è – sotto il profilo dell'inesigibilità – più che simile, identica a quella del rapporto coniugale, «anche se la sua rilevanza sociale si è manifestata dopo la formulazione originaria dell'art. 384 c.p.; in terzo luogo, la legittimità di questa valutazione di similitudine o addirittura di identità, a determinati fini, delle due forme di rapporto interpersonale è consacrata dallo stesso ordinamento attraverso una serie di norme sparse ma univoche nell'instaurare il parallelo».

leggi”; ii) l'analogia è preclusa quando l'*eadem ratio* è desunta da fonti sostanziali, non già direttamente dalla disposizione scritta; iii) quando la lacuna che si intende coprire con il procedimento analogico è frutto di una chiara intenzione del legislatore; per tutti, v. G. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 198-199.

³⁷¹ Cfr., ancora, Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 10381 n. 2021, ric. *Fiavola*, p. 27, per cui «l'esimente in questione costituisce manifestazione di un principio immanente al sistema penale, quello cioè della *inesigibilità* di una condotta conforme a diritto in presenza di circostanze particolari, tali da esercitare una forte pressione sulla motivazione dell'agente, condizionando la sua libertà di autodeterminazione».

³⁷² Questo, per esteso, il principio di diritto espresso dalla Suprema Corte «l'art. 384, comma 1, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente *more uxorio* da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore»; riflette sulle possibili ricadute della pronuncia, anche in relazione ad altre figure di esimenti (come l'art. 393-*bis*, o ancora l'art. 599, l'art. 418, comma 3, o l'art. 307, comma 3, c.p.), F. MICCOLI, *L'estensione analogica delle scusanti: le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384, co. 1 c.p. al convivente more uxorio*, in *Penale. Diritto e procedura*, 3/2021.

³⁷³ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sistemapenale.it*, 2021; e dello stesso A., *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021, p. 1218 ss.

Se questa importante decisione della Suprema Corte ha riguardato, come visto, il tema del fondamento e dei limiti dell'analogia di favore³⁷⁴, una recente e ancor più rilevante pronuncia della Corte costituzionale ha interessato il simmetrico problema dell'analogia *in malam partem*³⁷⁵. Ci si riferisce alla sentenza n. 98 del 2021³⁷⁶, con cui la Consulta ha dichiarato inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata sull'art. 521 c.p.p. «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio». Il giudice *a quo* stava celebrando un processo a carico di un soggetto imputato del delitto di *stalking*, ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p., per una serie di condotte persecutorie realizzate contro una donna che frequentava abitualmente la sua casa familiare e con cui aveva intrattenuto, all'epoca dei fatti, una relazione affettiva³⁷⁷. Al termine del dibattimento, il giudice aveva rappresentato alle parti la possibilità di riqualificare i fatti nel più grave delitto di maltrattamenti in famiglia, ex art. 572 c.p., richiamando un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità³⁷⁸ che ritiene integrato quest'ultimo reato in presenza di condotte poste in essere in un «contesto affettivo protetto»,

³⁷⁴ Sottolinea una diffusa ritrosia a fare ricorso all'analogia *in bonam partem* F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1220; l'A., peraltro, mettendo in relazione proprio le due sentenze commentate nel testo, osserva che l'omogeneità di contenuto è un «chiaro segnale che quello delle relazioni interpersonali di tipo affettivo si pone oggi prepotentemente come un terreno in evoluzione in cui forti esigenze di *riconoscimento* premono sul legislatore, decretando una certa arretratezza di quest'ultimo, o quantomeno una sua lentezza nell'adeguarsi alle istanze di una società indubbiamente trasformata, e trasformata anche con grande rapidità, proprio in un aspetto fondamentale com'è quello del contenuto valoriale delle relazioni affettive».

³⁷⁵ La pronuncia, come sovente accade negli ultimi anni, è stata preceduta da un comunicato stampa che è stato, peraltro, autorevolmente definito «perspicuo [...] insolitamente ampio rispetto allo *standard* consueto, tale dunque da rivelare fin da subito, più che la complessità, l'importanza del 'messaggio' in essa contenuto» - così F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1219.

³⁷⁶ Con note di M. A. SANDULLI, *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021; F. VENTURI, *La Corte costituzionale torna sul divieto di analogia in malam partem in materia penale: canoni di tecnica ermeneutica e indicazioni di politica criminale nello scenario della crisi della legalità*, in *Diritti comparati*, 2021; e A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, cit.

³⁷⁷ Nella sentenza si legge che era stata dimostrata l'esistenza di un «rapporto affettivo tra i due, dipanatosi in un arco temporale di circa quattro mesi, nel corso del quale la donna era solita frequentare la casa ove l'uomo viveva con la madre e la sorella, e nella quale lei stessa talvolta si intratteneva» - cfr. Corte cost., sentenza n. 98 del 2021, punto n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

³⁷⁸ Cfr. Cass., sez. VI pen., sentenza n. 19922 del 2019; Cass., sez. VI pen., sentenza n. 31121 del 2014 e, pur escludendo nel caso di specie il reato *de quo*, Cass., sez. VI pen., sentenza n. 22915 del 2013.

caratterizzato da «legami forti e stabili tra i partner» e «dalla condivisione di progetti di vita». Il giudice si era posto, nello stesso tempo, il problema di autorizzare, su conforme richiesta della difesa, la definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato, dal momento che il codice di rito non consente questa possibilità al termine del dibattimento. La risposta della Corte – che non attiene al merito del dubbio prospettato del rimettente – presenta un rilievo davvero notevole, che trascende la specificità della questione³⁷⁹ e che, per la profondità delle argomentazioni proposte, è in grado di illuminare il fondamento del divieto di analogia *in malam partem*. In massima sintesi, la Corte costituzionale ha messo in discussione il presupposto interpretativo dell'intera ordinanza di rimessione, e cioè la riqualificazione prospettata al giudice *a quo* in presenza degli elementi di fatto prima evocati. Ad avviso della Corte: «nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo»³⁸⁰. Questo fondamentale principio – nelle chiarissime parole della Corte – non consente al giudice del caso concreto di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative di fronte al testo legislativo³⁸¹. Trattasi di un passaggio decisivo che «ha forse un certo sapore d'antico», soprattutto se messo in relazione a quelle recenti teorie ermeneutiche che sottolineano l'intrinseca incertezza del significato letterale, sempre soggetto a oscillazioni e modificazioni sotto la pressione della realtà³⁸², per giustificare un certo attivismo giudiziale.

Il punto che la Corte vuole segnare è però evidente: lo dimostra in modo ancor più netto il passaggio successivo in cui viene addirittura richiamata la

³⁷⁹ Lo sottolinea chiaramente M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio AIC*, 5/2021, p. 5; dello stesso A. vedi anche *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, (a cura di) R. Acquaroli – E. Fronza – A. Gamberini, Aracne, 2021.

³⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 98 del 2021, punto n. 2.4 del *Considerato in diritto*.

³⁸¹ Il passaggio è denso di significato anche se per M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 7, «in questo modo si ripropone il dilemma di sempre, poiché il 'significato letterale' delle parole presenta in realtà maglie assai larghe e facilmente penetrabili, dimostrandosi nella prassi assolutamente inidoneo a fungere da reale argine ad 'interpretazioni' giurisprudenziali di fattispecie incriminatrici che possono parimenti essere lette, da un diverso angolo visuale, come 'applicazioni' analogiche»; sul tema, v. anche AA. VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto* (a cura di) V. Velluzzi, Giappichelli, 2020; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, I ed., Giappichelli, 1999; e G. CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di) A. M. Stile, Jovene, 1991.

³⁸² Cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1223.

prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, per ribadire che è il testo della legge – prima di qualsivoglia ed eventuale interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte³⁸³. La sentenza ha quindi il merito di ribadire che il divieto di analogia *in malam partem* si intreccia sinergicamente con gli ulteriori corollari del principio di legalità sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., a conferma del fatto che la cd. *Costituzione penale*, come già sottolineato³⁸⁴, si regge su diversi pilastri, tutti necessari per garantirne stabilità ed efficacia: il divieto in parola costituisce, in particolare, il naturale completamento di due corollari del principio del *nullum crimen*, vale a dire della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale³⁸⁵. Questi corollari, come la Corte ha chiarito nell'ambito della vicenda *Taricco*, sono chiamati a tutelare: sia il principio ordinamentale della separazione dei poteri e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti; sia la garanzia soggettiva, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione³⁸⁶.

Sulla base di queste fondamentali coordinate, la Corte giunge a chiarire che il pur comprensibile intento, che il giudice *a quo* aveva mostrato di condividere, volto ad assicurare una più intensa tutela penale a una categoria di persone particolarmente vulnerabili, in quanto vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi, deve necessariamente misurarsi con i significati letterali – «persone della famiglia» e «persona comunque convivente» – cui il legislatore

³⁸³ «Ciò vale non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui in materia penale «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice» – cfr. Corte cost., sentenza n. 98 del 2021, punto n. 2.4 del *Considerato in diritto*.

³⁸⁴ Cfr. *supra* Cap. 2 § 3.

³⁸⁵ Su quest'ultimo profilo, v., in particolare, Corte cost., sentenze n. 96 del 1981 e n. 34 del 1995, nonché, con riferimento alle sanzioni amministrative di carattere punitivo, n. 121 del 2018.

³⁸⁶ Qui la Corte richiama la storica sentenza n. 364 del 1988 ed è molto interessante il riferimento al rapporto tra prevedibilità e analogia: una decisione prevedibile, infatti, non necessariamente può dirsi rispettosa del divieto di analogia; è proprio il caso dell'interpretazione del concetto di famiglia e di convivenza di cui all'art. 572 c.p.; ancora F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., per cui «nonostante la prevedibilità garantita da quella interpretazione consolidata presso il massimo organo giurisdizionale, l'esito interpretativo non perde il suo carattere incostituzionale proprio per il fatto di collocarsi oltre il significato delle parole».

ha ritenuto di riferirsi per tracciare i confini di tipicità dell'art. 572 c.p.³⁸⁷. Insomma, nella perdurante e talvolta drammatica alternativa tra assecondare istanze di giustizia sostanziale e fedeltà al dato letterale³⁸⁸, la Corte costituzionale, con questa pronuncia, mette senza cautela l'accento sulla seconda, avendo anche cura però di sottolineare lo stretto legame che avvince il divieto di analogia, da un parte, e la riserva di legge e la determinatezza, dall'altra; tutto ciò per ribadire quanto sia importante, in una materia dominata dal principio di stretta legalità, la garanzia di una certa ed uniforme applicazione della legge penale nell'intero ordinamento³⁸⁹.

³⁸⁷ Per A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, cit., p. 891, ciò significa anche che «l'interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più 'libero' rispetto agli altri procedimenti interpretativi e dunque finalizzato alla ricerca di un qualunque risultato interpretativo purché esso sia comunque conforme a Costituzione».

³⁸⁸ Una fedeltà alla legge che può implicare costi personali davvero alti per il singolo giudice: per P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina (1942)*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 511 ss. «forse questo culto della legalità a tutti i costi, questo sconsolato ossequio delle leggi solo perché sono tali ed anche se il cuore le maledice e ne affretta col desiderio l'abolizione, ha una sua grandezza morale che raggiunge spesso, senza slanci apparenti, il freddo e meditato eroismo»; in questa prospettiva, per M. SCOLETTA, *Verso la giustizia-bilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 12, «la forza della legalità, nello stato costituzionale di diritto, si misura proprio nella capacità di sopportare le ingiustizie della legge, comprese le odiose lacune di tutela – espressione tipica dell'ideale di frammentarietà del diritto penale – la cui integrazione è esclusivamente riservata all'intervento del legislatore».

³⁸⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 149 del 2022; che richiama alcune importanti decisioni della Corte in materia, tra cui: sentenze n. 98 del 2021, n. 115 del 2018, n. 109 del 2017 e ordinanza n. 24 del 2017.

PARTE SECONDA

I CONFINI *MOBILI* DELLA MATERIA PENALE

LA MATERIA PENALE, TRA DIRITTO NAZIONALE ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. La nozione di materia penale nel sistema domestico: il criterio nominalistico accolto dal Codice penale – 2. La nozione di *matière pénale* propria del sistema convenzionale: nascita ed evoluzione della giurisprudenza Engel – 3. (*segue*) i più recenti tracciati della giurisprudenza della Corte EDU – 4. Il contributo della Corte di giustizia nella perimetrazione di una nozione europea di materia penale.

1. La nozione di materia penale nel sistema domestico: il criterio nominalistico accolto dal Codice penale

Quando si è chiamati a tracciare i confini della *materia penale* nel sistema nazionale, si fa tradizionalmente riferimento, nella manualistica, alla definizione *formale* di reato¹: si osserva, in questa prospettiva, che è reato «ogni fatto

¹ Per I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2005, p. 1, «quando si parla di ‘diritto penale’ ci si riferisce al complesso di norme che disciplinano i ‘reati, cioè i fatti illeciti colpiti con sanzioni penali. È il legislatore a qualificare determinate specie di sanzioni come sanzioni penali. Non esiste, infatti, una nozione oggettiva di ‘sanzione penale’ in quanto tale»; per G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, p. 3, «il diritto penale è quella parte del diritto pubblico che disciplina i fatti costituenti reato. Dal punto di vista giuridico-formale, si definisce reato ogni fatto umano alla cui realizzazione la legge riconnette sanzioni penali»; per G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2017, p. 183, «un fatto costituisce reato solo quando la legge gli ricollega una pena. È dunque solo in base ad un criterio nominalistico (cioè che il legislatore designa con il nome di pena) che i reati si identificano e si distinguono dalle altre categorie di illeciti [...] Il legislatore trova nella Costituzione limiti e direttivi di fondo per le sue scelte di incriminazione, ma si tratta sempre di scelte largamente discrezionali: la qualità di reato non è immanente a questo o a quello schema di condotta umana, ma è impressa dall’esterno, attraverso la minaccia legislativa di una pena»; e, ancora, per B. ROMANO, *Diritto penale – Parte generale*, III ed., 2016, p. 197 ss., «nessuna delle teorie che riflette la nozione sostanziale del reato ho fornito una idea sufficientemente generale e condivisibile di reato [...] Falliti i tentativi di assolutizzare la nozione di reato, ha assunto ancor maggior rilievo la definizione formale, per la quale è reato ciò che costituisce illecito penale in un determinato ordinamento [...] La nozione formale di reato è quella che maggiormente garantisce la certezza del diritto e la precisione della divisione dei reati in delitti e contravvenzione»; per una panoramica ancora più ampia dei riferimenti alla manualistica, si v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 151.

per il quale l'ordinamento giuridico statuisce una sanzione penale»², ossia una delle sanzioni elencate nell'art. 17 c.p.³ e che, conseguentemente, le garanzie penalistiche – direttamente o indirettamente riconducibili all'art. 25, secondo comma, Cost. – trovano applicazione unicamente in riferimento ai tipi di illecito sanzionati con le pene codificate al citato art. 17 c.p.⁴. A ben vedere, questa

² Così, ad es., A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, (diretto da) C. F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Giuffrè, 2007, p. 13 ss.

³ Il quale stabilisce che le «pene per i delitti sono: l'ergastolo, la reclusione e la multa; le pene per le contravvenzioni sono: l'arresto e la multa». Cfr. G. DELITALA, (voce) *Diritto penale*, cit., p. 1095 s., per cui, pur notando l'omogeneità finalistica con le sanzioni amministrative, perentoriamente affermava che «sono pene vere e proprie solo quelle sanzioni che il legislatore chiama in questo modo». In senso analogo, v. anche, E. CASSETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1982, p. 49, secondo cui, viceversa, «sono sanzioni amministrative le misure afflittive non consistenti in pene criminali (e, ovviamente, in sanzioni civili). Di più non si può dire. Sarebbe inutile ed inesatto». Per una funzione “costitutiva” del criterio nominalistico, v. in particolare, C. PEDRAZZI, (voce) *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Utet giuridica, 1990, p. 64, con una valorizzazione dell'elemento nominalistico richiamata, di recente, da C. E. PALIERO, *I caratteri generali del diritto penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2012, p. 9. Nello stesso senso, v., anche, P. NUVOLONE, (voce) *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982, p. 788, nell'ambito di una riflessione tuttavia caratterizzata, come si vedrà diffusamente, dalla tesi della piena estensione di determinate garanzie ad ogni settore punitivo. Nella dottrina amministrativistica, una concezione formalistica della distinzione tra sanzioni penali e amministrative è talvolta ricondotta alla riflessione di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, 1924, p. 38 ss. (ma per una rivalutazione degli aspetti sostanziali di tale elaborazione, cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, 1983, p. 46 ss.) ma emerge più chiaramente, ad esempio, nelle considerazioni di G. BATTAGLINI, *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, p. 405 ss., su cui v. la critica di A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., 72 ss. Nella manualistica contemporanea, sostengono espressamente la validità di un criterio nominalistico G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3a ed., Giuffrè, 2001, p. 390 (ribadita in ID., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Giuffrè, 2017, p. 183 s.), i quali escludono pertanto che possano fungere da criterio identificativo le pene accessorie, le misure di sicurezza o le pene sostitutive della detenzione breve (pur sostenendosi l'estensione del principio di irretroattività all'intero concetto di trattamento penale e, quindi, anche alle pene accessorie, così come la necessità di circoscrivere la retroattività delle misure di sicurezza). Un approccio formalistico, forse anche per ragioni didattiche, risulta recepito in diverse opere istituzionali: cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, I, Giappichelli, 2014, p. 5 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, Cedam, 2013; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Cedam, 2015, p. 7; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale – Parte generale*, Utet giuridica, 2016, p. 1 ss.

⁴ In questo senso, F. PALAZZO, *Il limite della political question fra corte costituzionale e corti europee. che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo* (a cura di) M. Donini, L. Fuffani, Giappichelli, 2018, p. 10, ricorda che «la “materia penale” è un concetto evidentemente di relazione, nel senso cioè che gli oggetti della tutela penale possono essere individuati in quanto tali non già in sé, in ragione di una loro immanente caratteristica contenutistica, ma solo in rapporto alla pena: in quanto beni, interessi, valori rispetto ai quali si può predicare un qualche rapporto di coerenza con la peculiare natura della pena

precisazione potrebbe esaurire la trattazione della nozione di *materia penale* nazionale, e ciò non per una sorta di «ingiustificato minimalismo argomentativo»⁵ ma perché – al netto di tutte le riflessioni sulle criticità comunque derivanti da una simile concezione – il paradigma formale testé proposto è capace, quantomeno su un piano dogmatico-teorico, di rispondere in modo assolutamente inequivoco al quesito della esatta individuazione del perimetro applicativo delle garanzie sottese al *nullum crimen*⁶. Nulla di più chiaro, infatti, nella prospettiva teleologica già richiamata nel primo capitolo del volume, di un campo di applicazione individuato sulla base di un criterio formale, che non lascia spazio a dubbi di sorta rispetto a ciò che è o non è assoggettato alle garanzie della legalità penale. Per sottolinearlo ulteriormente: soltanto quel particolare comportamento umano che il legislatore qualifica come penalmente rilevante – ad esso riconnettendo l’applicazione di una delle sanzioni penali previste a livello codicistico – può dirsi ricompreso nell’ambito di operatività del principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁷. Parimenti, sul versante del trattamento sanzionatorio, in tanto una sanzione può considerarsi come rientrante nel perimetro applicativo delle garanzie penalistiche, in quanto ad essa il legislatore abbia riconosciuto, *expressis verbis*, la qualifica di sanzione penale. Un modello di *materia penale*, insomma, quello riconosciuto a livello domestico, dal carattere unitario⁸, che individua nella chiarezza e nella rigidità del suo operare i propri tratti essenziali e caratterizzanti⁹ e che, senza

criminale. È insomma la pena che si riflette sulla materia penale chiarendo ciò che merita o non merita la copertura della sanzione punitiva».

⁵ Per richiamare una felice espressione utilizzata da D. GALLO, *La primazia del primato sull’efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIBlog*, 2017, in relazione alla decisione della Corte di Giustizia dell’8 settembre 2015, resa nel noto caso *Taricco*.

⁶ Osserva, in questo senso, F. PALAZZO, (voca) *Legge penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1993, Utet giuridica, p. 340, che «la sanzione criminale è la matrice logica e storica dei principi della legge penale, e così se ne segna anche l’ambito di operatività, concorrendo alla qualificazione appunto “penalistica” della legge. Innanzitutto, sono pertanto norme penali, o frammenti di norme penali, tutte quelle che in qualsiasi modo concorrono a fondare, modificare, escludere o estinguere la applicazione della sanzione criminale».

⁷ Ci si permette di rinviare, per analoghe considerazioni sul tema, a S. BISSARO, *L’ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, p. 5.

⁸ La più recente dottrina – penalistica, in particolare – è sembrata invece convergere verso l’idea per cui «sia errato andare alla ricerca di una definizione di materia penale, e sia invece più corretto delinearne i contorni a seconda della garanzia di cui sia in gioco l’applicazione»; così, per esempio, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 146 ss.

⁹ Questi stessi elementi, a ben vedere, sono stati in massima parte contestati dalla giurisprudenza della Corte EDU che ha sempre considerato le scelte classificatorie del legislatore nazionale come un elemento dal carattere solo relativo, che rappresenta infatti soltanto un *punto di partenza* per le valutazioni necessarie al fine di individuare l’ambito di operatività delle garanzie previste nella *matière pénale*: cfr., in particolare, Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno

prendere posizione esplicitamente in ordine alla preferenza per la prospettiva reato-centrica ovvero per quella sanzione-centrica¹⁰, si ancora all'idea per cui è soltanto sul piano formale che può e deve risolversi la questione della perimetrazione dell'ambito di operatività delle garanzie della *materia penale*.

Fatta questa fondamentale premessa, è utile, anche per riuscire a comprendere il senso della soluzione cui è pervenuta la Corte costituzionale in alcune sue importanti decisioni¹¹, mettere in relazione il modello in parola con il principio della riserva di legge, quale fondamentale corollario del principio di legalità in materia penale. Può essere opportuno, in altre parole, riflettere su come il paradigma formale posto a fondamento del sistema penale nazionale, benché elaborato in un'epoca precedente all'entrata in vigore della Carta Repubblicana – siccome sotteso all'intero impianto codicistico del 1930 –, trovi una precisa sponda costituzionale proprio nel principio, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., che assegna, in linea di principio, all'organo direttamente rappresentativo della volontà popolare il potere di normazione in *materia penale*. Se da una parte, infatti, come già si è detto, la regola per cui il perimetro applicativo delle garanzie penalistiche è tracciato, unicamente, in virtù delle scelte classificatorie del legislatore nazionale risponde – anche in una dimensione storico-evolutiva – ad una fondamentale esigenza di certezza; dall'altra, occorre evidenziare che questa stessa regola si pone in stretta connessione con la *ratio* più intima della riserva di legge in *materia penale*. Soccorrono, a questi fini, le affermazioni contenute in una importante, anche se forse isolata, sentenza della Corte costituzionale¹²: la n. 109 del 2017, ove, nel censurare la premessa da cui aveva mosso in quel caso il giudice *a quo* – per il quale, in applicazione dei criteri *Engel*, in forza di un'interpretazione convenzionalmente orientata, sarebbe possibile per ciascun interprete pervenire ad una ri(qualificazione) della sanzione etichettata come *non penale* dal legislatore nazionale – la Corte costituzionale precisa che «il criterio casistico cui sarebbe in tal modo consegnata

1976; *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984; e *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006.

¹⁰ Anche se, forse, è possibile ritenere che una certa preferenza sia assegnata, da parte del modello in parola, al tema della sanzione posto che è proprio in ragione del tipo di sanzione riconnessa alla commissione di un determinato comportamento che, nell'ambito dell'ordinamento nazionale, vengono tracciati i confini della *materia penale*; si può qui incidentalmente ricordare che tra gli argomenti che una parte della Cassazione utilizza per sostenere la natura unitaria del reato continuato vi è quello che assegna una valenza prioritaria proprio alla sanzione, quale concetto qualificante l'illecito penale. Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 47127 del 2021.

¹¹ Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze nn. 43, 68 e 109 del 2017: sull'orientamento determinato dalla Corte costituzionale con le citate decisioni, v., in particolare, N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali* (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017, p. 85 ss.

¹² Cfr. *infra* Cap. 6 § 3.

l'identificazione della natura penale della sanzione ... potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'art. 25, comma II, Cost.»¹³.

Per valutare puntualmente simili considerazioni è necessario dare qui conto del fatto che il principio della riserva di legge, per come inteso anche nella più recente giurisprudenza costituzionale¹⁴, ha sempre ricoperto una posizione centrale nell'architettura della cd. *Costituzione penale*¹⁵. In forza di esso, il potere di normazione nella *materia penale*, proprio perché incidente sulla libertà degli individui, è stato in origine demandato all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, il Parlamento appunto, le cui determinazioni sono espresse all'esito di un procedimento che implica «un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»¹⁶.

Del principio di legalità sancito all'art. 25, secondo comma, Cost., interessa qui mettere in evidenza un profilo in parte diverso, che intercetta la complessità del principio *de quo* unitamente alla sua collocazione nel quadro del sistema di poteri tracciato dalla Costituzione repubblicana: accanto alla *ratio* democratica, di cui si è sinteticamente detto, infatti, esiste una, non meno importante, *ratio* garantista, che assegna al corollario della riserva di legge, in particolare, la funzione di limitare il potere valutativo e interpretativo del giudice¹⁷. È bene

¹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*; nello stesso senso, si potrebbe richiamare anche la più recente sentenza n. 149 del 2022, che sottolinea l'importanza del sindacato accentrato di costituzionalità in materia penale.

¹⁴ Il riferimento è alla fondamentale sentenza n. 115 del 2018, con cui la Corte, nel ribadire che il principio di legalità penale costituisce un «principio supremo dell'ordine costituzionale italiano», ha sottolineato, in linea con l'ispirazione illuministica del principio, l'esigenza che le valutazioni di politica criminale siano contenute nel «diritto scritto di produzione legislativa»; questa idea ha trovato un'importante conferma anche nella più recente sentenza n. 98 del 2021.

¹⁵ Utilizza efficacemente questa espressione V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in www.cortecostituzionale.it, 2014.

¹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*; con alcune osservazioni critiche sulla decisione della Corte, si v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012; e V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta di Strasburgo*, in *Archivio diritto penale contemporaneo*, 15 ottobre 2012; più adesivo l'autorevole commento di N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 323 ss.

¹⁷ Si v., per tutti, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica 2006; e F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) F. Branca, il Mulino, 1981.

ricordare, su questa linea, che la Costituzione, in omaggio all'ispirazione illuministica del principio di legalità, decidendo di riservare alla legge il compito di tracciare i confini del penalmente rilevante – per il tramite delle scelte sull'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della sanzione –, ha inteso proprio evitare che simili valutazioni di politica criminale potessero essere compiute, di volta in volta, dal singolo giudice chiamato a risolvere un caso concreto. E la precisazione, che può apparire in apparenza forse banale, risulta invece di primario momento, se si considera il confronto tra il modello di legalità nazionale e l'omologo europeo, alla luce di quello che si preciserà nelle prossime pagine in merito al ruolo che, nella prospettiva della CEDU, il singolo giudice può – *recitius*: deve – avere rispetto alla definizione del campo applicativo delle garanzie penalistiche¹⁸.

2. La nozione di *matière pénale* propria del sistema convenzionale: nascita ed evoluzione della giurisprudenza *Engel*

Nella più volte citata sentenza n. 49 del 2015¹⁹, la Corte costituzionale ha svolto una serie di importanti considerazioni sulla tematica in oggetto, dalle quali, pertanto, può essere utile muovere per ricostruire il modello di *matière pénale* proprio del sistema della Convenzione. In quell'occasione, il Giudice della leggi ha correttamente osservato che «fin dalle sentenze 8 giugno 1976, *Engel contro Paesi Bassi*, e 21 febbraio 1984, *Ozturk contro Germania*, [la Corte EDU] ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una 'pena' ai sensi dell'art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU»²⁰. Tale rilievo – più volte confermato in successive occasioni dalla Corte costituzionale²¹ – coglie nel segno laddove individua precisamente nell'esigenza di

¹⁸ Cfr. *infra* Cap. 7.

¹⁹ A commento della decisione si vedano, *ex multis*, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015; V. ZAGREBLESKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 1 maggio 2015; e M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015.

²⁰ Così precisamente Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

²¹ Anche nelle successive sentenze n. 43 e n. 109 del 2017, la Corte ripropone analoghe considerazioni: nell'ultima delle due citate, in particolare, la Corte precisa che «l'elaborazione dei criteri in parola [...] è servita alla Corte EDU per evitare la cosiddetta 'truffa delle etichette', cioè

fronteggiare le cd. *truffe delle etichette* l'originaria ispirazione della giurisprudenza europea in materia²². Ed è, del resto, la stessa Corte EDU che, nella citata pronuncia *Engel* ha affermato chiaramente che «se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare come disciplinare piuttosto che penale un illecito [...] l'effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione»²³, precisando, poi, nel successivo caso *Ozturk*, che, in termini generali, «la Convenzione non si oppone alle tendenze di depenalizzazione esistenti – sotto forme molto diverse – negli Stati membri del Consiglio d'Europa»²⁴, avendo come obiettivo unicamente quello di evitare che le scelte discrezionali degli Stati vadano a detrimento delle garanzie individuali, riconosciute nel testo della Convenzione. Interessante notare, peraltro, come proprio il caso *Engel* abbia riguardato la lamentata illegittimità convenzionale di una misura sanzionatoria non penale – *disciplinare* secondo la qualificazione dello Stato resistente – incidente sulla libertà personale²⁵. Dettaglio, questo, che è opportuno tenere a mente perché l'incidenza sul bene individuale più prezioso – quale è generalmente considerata la libertà personale²⁶ – per molti rappresenta una specificità della sola *materia penale* e, pertanto, nella prospettiva convenzionale, ove presente in concomitanza con una etichetta legislativa di segno diverso, potrebbe

per scongiurare che i processi di decriminalizzazione avviati da alcuni Stati aderenti avessero l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dalla CEDU. In tal senso – e a questi specifici fini: applicare le garanzie convenzionali – la Corte di Strasburgo ha potuto di volta in volta ritenere non decisiva la qualificazione in termini di sanzione amministrativa attribuita dai legislatori interni a determinate disposizioni» – cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

²² In coerenza con il fine ultimo dell'intero sistema convenzionale che è quello di affrontare temi di politica pubblica nell'interesse generale, si da innalzare gli standard generali di protezione dei diritti umani e diffondere la giurisprudenza in siffatta materia tra gli Stati membri – cfr. Corte EDU, G.C., *Konstantin Markin v. Russia*, sentenza 22 marzo 2012, § 89.

²³ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, §§ 81 ss.

²⁴ Riproponendo lo stesso argomento della sentenza *Engel*, la Corte ulteriormente precisa che «se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare come amministrativo piuttosto che penale un illecito, [ancora una volta] l'effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana» – cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, §§ 49 ss.

²⁵ Per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 35, la «prima volta in cui la Corte ha deciso di valicare il limite della qualificazione formale di una misura sia stato proprio in un caso in cui era in gioco il valore fondamentale della libertà personale, e come anzi l'argomento relativo alla centralità della tutela della libertà fisica nel sistema della Convenzione sia risultato decisivo nello spingere la Corte ad un passaggio tanto importante».

²⁶ Così già per F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, XIX.

ragionevolmente dare la stura ad una violazione del fascio di diritti di cui agli artt. 6 e 7 CEDU²⁷.

Andando con ordine, giova preliminarmente dar conto della vicenda da cui ha tratto origine il ricorso deciso con la sentenza *Engel*, per mettere poi a fuoco il contenuto della decisione, giustamente considerata, insieme alla successiva pronuncia *Ozturk*²⁸, il vero *leading case* in materia. Nel primo caso, cinque militari dell'esercito olandese decidevano, dopo aver esperito tutti i mezzi di impugnazione previsti a livello domestico, di ricorrere alla Corte EDU per lamentare la violazione degli artt. 5 e 6, quest'ultimo nel suo *volet pénal*, della CEDU, in conseguenza dell'applicazione nei loro confronti, sul presupposto della commissione di una serie di infrazioni di carattere disciplinare, proprio di una sanzione (qualificata come non) *penale* incidente sulla libertà personale. Prendendo in esame l'allegata violazione dell'art. 6 della CEDU²⁹, la Corte si è

²⁷ Cfr., tra i molti, A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, 2001, p. 256 ss; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17/2009, p. 61 ss; e V. MANES, *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, p. 258 ss.

²⁸ Per alcuni, è con la sentenza *Ozturk contro Germania* che la Corte EDU avrebbe compiutamente determinato il proprio orientamento in materia: in particolare, per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 37, «se con la sentenza *Engel* la Corte EDU aveva affermato il principio della legittimità di una nozione convenzionale di materia penale autonoma rispetto alla qualificazione formale dell'illecito, è con la sentenza *Ozturk* che il contenuto di tale nozione acquista connotati più definiti, e si coglie sino in fondo la sua capacità espansiva dell'area delle garanzie penalistiche; al punto che i commentatori sono concordi nell'individuare proprio in questa decisione, più ancora che in *Engel*, il momento che segna davvero la svolta nella giurisprudenza europea in materia»; v., inoltre, C. E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo: una questione classica ad una 'svolta' radicale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1985, p. 894 ss.; e più di recente, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 994 ss., secondo cui «per quanto siano spesso citati i criteri *Engel*, l'autentica 'svolta radicale' nella giurisprudenza di Strasburgo sembra doversi attribuire alla sentenza *Ozturk*».

²⁹ Quanto, invece, alla prospettata violazione dell'art. 5 della CEDU, occorre segnalare che la Corte muove dall'assunto per cui la disciplina militare non è sottratta all'ambito applicativo del citato parametro; ciò non esclude che i particolari vincoli cui sono soggetti i militari possano far sì che una misura, che per un civile verrebbe considerata come una privazione di libertà ai sensi dell'art. 5 della CEDU, possa essere viceversa ritenuta estranea all'ambito di operatività di tale parametro se applicata ad un militare. Inoltre, prendendo partitamente in esame le diverse sanzioni militari applicate nei confronti dei ricorrenti (“arresto semplice”, “arresto aggravato” e “arresto provvisori di rigore”), la Corte accerta la violazione dell'art. 5 soltanto in relazione all’“arresto provvisorio di rigore” il quale non sarebbe riconducibile alle ipotesi di cui alla lett. a) del parametro in parola (per cui “Ogni persona ha diritto alla libertà ed alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente”), né in quelle di

dovuta confrontare, per la prima volta³⁰, con il problema che riguarda la possibilità di ricondurre nell'ambito della nozione di «*accusation en matière pénale*», di cui fa menzione, appunto, il citato parametro della CEDU, anche procedimenti che, nell'ordinamento nazionale, fuoriescono dal perimetro applicativo delle garanzie penalistiche, perché diversamente qualificati dal legislatore. Questione che, per la Corte europea, assume primaria rilevanza quante volte, come nel caso di specie, ci si trovi davanti ad *infraction mixte*, quando cioè «esiste ... una possibilità di opzione, perfino di cumulo, tra procedimenti penali e procedimenti disciplinari»³¹.

È importante dar conto del fatto che, nello spirito della decisione in commento, per la Corte europea, la Convenzione non esclude, ed anzi favorisce, che gli Stati, nell'adempimento della loro funzione di tutori dell'interesse pubblico, istituiscano o mantengano una distinzione tra *diritto penale* e *diritto disciplinare* e ne fissino i contenuti, ma tutto ciò nel rispetto di talune condizioni. Gli Stati, in altre parole, sono certamente liberi di elevare ad illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisce esercizio normale di uno dei diritti garantiti nel testo convenzionale³², ma non possono, altrettanto liberamente, determinarsi in senso opposto, qualificando «a loro piacimento ... come disciplinare piuttosto che penale un illecito». Ed è proprio in questi termini che

cui alla lett. b) («se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge»), in ragione della sua preminente finalità repressiva. Per la Corte EDU, più nel dettaglio, «la Corte ritiene che l'espressione «garantire l'esecuzione di un obbligo imposto dalla legge» concerne solamente il caso in cui la legge autorizza a detenere qualcuno per costringerlo ad eseguire un obbligo specifico e concreto che ha omesso finora di adempiere. Un'interpretazione estensiva comporterebbe risultati incompatibili con l'idea della preminenza del diritto sulla quale è improntata tutta la Convenzione (sentenza *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n. 18, par. 34). Giustificherebbe, ad esempio, un internamento amministrativo volto a costringere un cittadino ad assolvere, su un qualsiasi punto, il suo dovere generale di obbedienza alla legge. Ora, gli arresti provvisori del signor Engel non avevano affatto lo scopo di assicurare per il futuro l'esecuzione di siffatto obbligo. L'art. 44 della legge del 1903, applicabile quando un ufficiale ha «motivi sufficienti di ritenere che un subordinato abbia gravemente violato la disciplina militare», si riferisce ad un comportamento passato. La misura che autorizza rappresenta una fase preliminare del procedimento disciplinare militare e si colloca dunque in un contesto repressivo» – cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 69.

³⁰ Sarebbe forse meglio dire «per la prima volta in modo organico», posto che, come precisato nella stessa decisione *Engel*, si rileva che nella sentenza *Neumeister* del 27 giugno 1968, la Corte ha già statuito che il termine «accusa» deve essere inteso «nel significato della Convenzione» – cfr. Corte EDU, GC, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 81.

³¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 80.

³² Scelta – quella segnalata nel testo – che «si sottrae, in linea di principio, al controllo della Corte» – cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 81.

si può apprezzare la ricorrente affermazione della Corte per cui «l'autonomia della nozione di *matière pénale* opera per così dire a senso unico»³³.

Poste queste premesse, la Corte ha quindi precisato, qui limitandosi al contesto del servizio militare oggetto di scrutinio³⁴, i criteri in forza dei quali verificare «se una determinata accusa, alla quale lo Stato in causa attribuisce ... natura disciplinare, rientri tuttavia nella *matière pénale*»³⁵, i celebri criteri *Engel*, appunto. Anzitutto, è importante stabilire se le disposizioni che definiscono l'illecito in contestazione appartengano, o meno, «secondo la tecnica giuridica dello Stato convenuto», al diritto penale, al diritto disciplinare o, contemporaneamente, ad entrambi; e tuttavia, trattandosi «di un semplice punto di partenza», tale indicazione ha, per la Corte EDU, soltanto un valore formale e relativo³⁶; in secondo luogo, «la natura stessa dell'illecito rappresenta un elemento di valutazione della massima rilevanza»³⁷ per accertare il carattere *sostanziale* di una misura qualificata come non *penale* a livello nazionale; in terzo luogo, per la Corte, è necessario tenere in considerazione «il grado di severità della sanzione che l'interessato rischia di subire», circostanza che consente di spingere oltre il controllo sulla legittimità convenzionale della misura oggetto di scrutinio, ricordando che «in una società legata alla preminenza del diritto, attongono alla *matière pénale* le privazioni suscettibili di essere inflitte a titolo repressivo, tranne quelle che per la loro natura, la loro durata o le loro modalità di esecuzione non possono provocare un serio pregiudizio»³⁸.

Applicando tali criteri al caso di specie, la Corte EDU ha differenziato le proprie valutazioni sulle varie *misure* censurate nel ricorso, giungendo a conclusioni diverse in relazione alle differenti ipotesi: esclusa la sussistenza del secondo criterio, in modo generalizzato per tutte le *misure* prese in esame, la

³³ Cfr. G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio penale*, 2/2012.

³⁴ Come si vedrà oltre, però, questo elemento non viene considerato dalla Corte come sufficiente ad escludere una trasposizione dei criteri qui proposti in relazione ad ambiti e istituti differenti: nel successivo caso, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, §§ 49, «*in its judgment delivered on 8 June 1976 in that case, the Court was careful to state that it was confining its attention to the sphere of military service ... the Court nevertheless considers that the principles set forth in that judgment are also relevant, mutatis mutandis, in the instant case*».

³⁵ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 82.

³⁶ Che, per la Corte, deve essere esaminato «alla luce del denominatore comune alle rispettive legislazioni dei diversi Stati contraenti» – cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 82.

³⁷ In questi termini la Corte propone il secondo criterio, senza in alcun modo descriverlo nel suo preciso contenuto, essendosi limitata ad evidenziare che «nel caso in cui un militare si veda contestare un'azione o un'omissione che avrebbe trasgredito una norma giuridica regolatrice del funzionamento delle forze armate, lo Stato può in linea di principio utilizzare contro di lui il diritto disciplinare invece del diritto penale».

³⁸ Cfr., anche, Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, sentenza 18 giugno 1971, § 42.

Corte si è invece determinata nel senso di riconoscere la natura *sostanzialmente penale*, ai sensi del terzo criterio, con riferimento alla sola *misura* dell'assegnazione ad unità di disciplina (in ipotesi durevole fino a sei mesi³⁹), proprio valorizzando i notevoli indici di afflittività della medesima. In una prospettiva di più ampio respiro, è curioso notare che i criteri *Engel* – all'interno della sentenza che ha dato loro il nome – vengono soltanto abbozzati, essendosi la Corte EDU limitata a disegnarne l'intelaiatura, «lasciandone del tutto inesplorato il contenuto»⁴⁰, specie per quel che concerne il secondo dei criteri proposti con la decisione *de qua*. Infatti, è con la successiva sentenza *Ozturk* che la nozione di *matière pénale* assume contorni teorico-dogmatici più definiti⁴¹, consentendo alla Corte di mostrare, in tutta la loro ampiezza, le potenzialità espansive del paradigma convenzionale, attraverso una progressiva estensione del perimetro applicativo delle garanzie penalistiche di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU⁴².

Prima di tutto, le coordinate fattuali del caso: il ricorrente, un cittadino turco residente in Germania da molti anni, si doleva di aver illegittimamente subito una condanna al pagamento delle spese per l'interprete in occasione del giudizio instauratosi a seguito dell'impugnativa dallo stesso presentata avverso una sanzione amministrativa pecuniaria inflittagli «per avere provocato un incidente stradale entrando in collisione con altri veicoli a seguito di una condotta

³⁹ Ed è interessante notare, sul punto, che la Corte perviene a tale approdo interpretativo ben consapevole che nel caso di specie la pena inflitta dall'Alta Corte militare era stata di soli undici giorni, «ma per la Corte è decisiva l'astratta comminatoria editale, non la pena applicata in concreto» – cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 34.

⁴⁰ Così testualmente L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 36; si tratta di criteri che, in ogni caso, non brillano per «capacità connotativa: né nella loro versione originaria, fornita da *Engel*, né nelle innumerevoli declinazioni e concretizzazioni dovute alla giurisprudenza successiva» per F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, cit., p. 4 ss.: per un approfondimento sull'evoluzione dei criteri *Engel*, AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJIN, L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, IV ed., Antwerpen-Oxford, 2006, p. 547 ss.; D. HARRIS, M. O' BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, II ed., Oxford, 2009, 206.

⁴¹ Ancora, per L. MASERA, *Op. ult. cit.*, p. 37, «la ricostruzione dei criteri *Engel* fornita in questa occasione dalla Corte EDU, ed in particolare la lettura in chiave teleologica degli stessi, sono l'architrate costante di tutte le decisioni in argomento».

⁴² Sul punto osservano G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 3/2014, p. 2, che tramite i criteri *Engel* si è espresso «da quasi un quarantennio, l'approccio 'sostanzialistico' e pragmatico dei Giudici di Strasburgo alla perimetrazione della *matière pénale*, che segna il limite di operatività di alcune garanzie riconosciute dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. Prime fra tutte, quelle del fair trial e del nullum crimen sine lege praevia (art. 6 e 7 CEDU); ma, poi, anche l'altra del ne bis in idem processuale ... (art. 4 Prot. 7)».

imprudente». Sullo sfondo della decisione, il controverso tema della discrezionalità degli Stati in materia di depenalizzazioni: la *misura* oggetto del ricorso, infatti, come la gran parte degli illeciti disciplinati dal codice della strada tedesco, era stata interessata dall'intervento di depenalizzazione messo in campo dal legislatore nel 1968 e nel 1975. Circostanza, questa, che ha consentito alla Corte EDU di mettere in evidenza un principio di ordine generale, assai significativo: la Convenzione, come anticipato, non si oppone agli Stati, quali guardiani del pubblico interesse, in merito alle loro scelte volte a creare o mantenere una distinzione tra le diverse categorie di illeciti, «*but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention*»⁴³. E così, dopo aver esaminato approfonditamente il contesto normativo tedesco⁴⁴, la Corte è arrivata a riconoscere esplicitamente di dover tenere in considerazione, per la soluzione del caso, proprio il precedente *Engel* e la criteriologia con questo teorizzata⁴⁵.

Ribadito ancora una volta che le indicazioni fornite dalla legislazione nazionale sulla riconducibilità di una *misura* nell'ambito della *materia penale* «*have only a relative value*», la Corte ha confermato che il secondo criterio – quello relativo alla «*very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty*» – rappresenta un fattore di fondamentale importanza per la soluzione dello scrutinio in parola. Servendosi di un argomento di natura linguistico-sociologica, la Corte ha quindi riconosciuto che il senso ordinario delle parole indicherebbe come rientranti nella nozione di *matière pénale* (tutte) le «pene destinate ad esercitare un effetto dissuasivo e che consistono solitamente in misure privative della libertà ed in sanzioni pecuniarie»; ciò, chiamando anche in causa un argomento di carattere comparatistico, sarebbe corroborato per la Corte dal fatto che «in una larga maggioranza di Stati membri gli illeciti della circolazione stradale continuano ad integrare fattispecie di reato, come era in Germania prima della riforma»⁴⁶. La misura sospettata d'illegittimità convenzionale, più in particolare, avrebbe mantenuto il proprio carattere punitivo, pur a fronte dell'intervenuta depenalizzazione, e il contenuto della norma censurata non sarebbe stato in alcun modo interessato dal processo

⁴³ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 49.

⁴⁴ Come puntualmente osserva L. MASERA, *Op. ult. cit.*, p. 39, «ben 25 paragrafi della motivazione sono dedicati alla legislazione tedesca».

⁴⁵ Queste le esatte parole utilizzate dalla Corte: «*the first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6, to the ordinary meaning of the terms of that Article and to the laws of the Contracting States*» – cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 50.

⁴⁶ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 53.

di riforma messo in atto dal legislatore tedesco, continuando a rivolgersi ad una serie indeterminata di destinatari – vale a dire tutti gli utenti della strada, e non una classe speciale di soggetti – con una finalità assieme dissuasiva e punitiva⁴⁷. Nella medesima direzione, non sembra viceversa assumere rilevanza l'elemento della scarsa gravità dell'illecito, che, nel caso di specie, peraltro, «non incideva in alcun modo sulla reputazione del ricorrente», le garanzie penalistiche riconosciute dalla Convenzione dovendosi applicare, ad avviso della Corte EDU, a prescindere dalla gravità della sanzione. Tali considerazioni sono quindi sufficienti per far concludere nel senso del riconoscimento della natura penale della misura in commento alla luce del solo secondo criterio *Engel*, rendendo così superflua, da parte della Corte, qualsiasi indagine con riferimento al terzo ed ultimo criterio, relativo alla gravità della sanzione⁴⁸. In ogni caso, e conclusivamente, l'approdo raggiunto in merito all'attrazione sotto l'egida dell'art. 6 della CEDU, nel suo *volet pénal*, dell'illecito depenalizzato non comporta, per la Corte europea, la radicale censura del complessivo intervento riformatore, dovendosi avere riguardo alla possibilità che il soggetto raggiunto dalla sanzione depenalizzata possa comunque impugnare il provvedimento amministrativo davanti ad un tribunale che rispetti lo standard di garanzie di cui al citato art. 6 CEDU⁴⁹. L'importanza della pronuncia è anche attestata dalla presenza di numerose e ricche opinioni dissenzienti, rispetto alle quali è interessante notare che, con esse, non viene messa in discussione, in termini astratti, la possibilità che la Corte si serva di una autonoma nozione di *matière pénale* per

⁴⁷ Cfr., ancora, Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 53; passaggio che si conclude con la precisazione della Corte per cui non è rilevante, ai fini della qualificazione ai sensi dell'art. 6 della CEDU, verificare se la norma violata dai ricorrenti miri «a proteggere i diritti e gli interessi di terzi o soltanto a soddisfare le esigenze della circolazione. Queste due finalità non si escludono a vicenda; soprattutto il carattere generale della norma così come il suo scopo, al contempo preventivo e repressivo, della sanzione bastano per stabilire, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, la natura penale dell'illecito in questione». La valutazione sulle finalità sarà centrale anche nelle pronunce relative a singole *mesure* accessorie rispetto alla pena, dalla storica sentenza Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, su di un'ipotesi di confisca allargata dei proventi, sino alle più recenti Corte EDU, *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1996, § 29; e *Malige c. Francia*, 23 settembre 1998, §§ 38 ss.

⁴⁸ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 54.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984, § 56; proprio con questa pronuncia la Corte sembra teorizzare la dottrina della cd. *full jurisdiction*; su cui, tra i molti, F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014, p. 99 ss, il quale, citando alcuni significativi precedenti della Corte di Strasburgo – cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e a. c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, §§ 139 e 143; e *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, sentenza 4 marzo 2004, § 28 – osserva che attraverso «la messa a concreta disposizione di un rimedio giurisdizionale di *full jurisdiction* – inteso come sindacato giurisdizionale pieno sia del fatto che del diritto, punto su punto, senza mai declinare la capacità di conoscere i fatti e di provvedere – sia possibile, entro certi limiti, rimediare ex post ai deficit del procedimento amministrativo».

(ri)tracciare i confini di operatività delle garanzie penalistiche, i giudici dissenzienti avendo piuttosto criticato l'interpretazione che dei criteri è stata data nel caso di specie⁵⁰ e, in particolare, la scarsa considerazione che è stata assegnata alle differenze, di tipo sostanziale e procedurale, presenti tra gli illeciti penali e amministrativi, anche in seguito alla citata depenalizzazione.

3. (segue) i più recenti tracciati della giurisprudenza della Corte EDU

Proseguendo nella ricognizione della giurisprudenza convenzionale, è opportuno richiamare anche alcune pronunce più recenti: anzitutto, la sentenza *Jussila c. Finlandia*⁵¹, con cui la Corte EDU, nella sua massima composizione, ha segnato una ulteriore tappa nel cammino della giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel*⁵². Questi, in sintesi, i termini delle questioni poste dal ricorrente: colpito da una rettifica fiscale a titolo di IVA e da una maggiorazione d'imposta del 10% sulla somma ritenuta evasa, un cittadino finlandese presentava opposizione al competente tribunale amministrativo nazionale; quest'ultimo, dopo aver acquisito la relazione dell'ispettrice delle imposte e la consulenza di parte, nonché, soprattutto, dopo aver ritenuto superflua la fissazione dell'udienza in cui sentire direttamente l'interessato, rigettava tutte le doglianze del Sig. *Jussila*, con una statuizione divenuta poi definitiva a seguito della successiva decisione della Corte suprema amministrativa. Il predetto si rivolgeva, quindi, alla Corte europea allegando nella omessa fissazione dell'udienza di audizione delle parti e dei testi una violazione dell'art 6 CEDU. Preliminarmente, è interessante mettere in evidenza un dato di ordine processuale: la quarta sezione della Corte, cui era stato inizialmente assegnato il ricorso, decideva di rinviare *ex officio* la trattazione alla Grande Camera, in ragione del contrasto interpretativo che si era formato, nel *case-law* delle sezioni semplici⁵³,

⁵⁰ Degne di nota le critiche mosse da alcuni giudici dissenzienti nei confronti delle motivazioni fornite dalla Corte in merito al secondo criterio, interpretato con «un'accezione [...] troppo ampia e generica, specie per quanto riguarda il parametro della finalità repressiva e preventiva dell'illecito, che rischia di produrre una indebita espansione della nozione di materia penale a tutte le forme di illecito presenti negli ordinamenti nazionali» – cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 43.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006.

⁵² Cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 47; e, sullo stesso tema, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito parapenale*, cit., p. 995.

⁵³ In particolare, nel caso *Bendenoun c. Francia*, sentenza 24 febbraio 1994, la Corte aveva enucleato una peculiare criteriologia che avrebbe dovuto trovare applicazione proprio nella materia fiscale, in modo alternativo rispetto ai tradizionali criteri *Engel*: 1) l'*applicabilità generale* del precetto a tutti i cittadini e non ad una specifica categoria di soggetti; 2) la *finalità non di riparare* un danno, ma di *punire* una condotta a fine deterrente; 3) la *finalità insieme preventiva e repressiva* della norma; 4) la *gravità della sanzione*. Cfr., sul punto, L. MASERA, *La nozione*

intorno all'applicabilità dei criteri *Engel* nella materia fiscale e, più nel dettaglio, in merito alla possibilità di (ri)qualificare come sanzione *sostanzialmente* penale proprio una sovrattassa del tipo di quella imposta al ricorrente nel caso in commento. La Grande Camera, da parte sua, assumeva una posizione molto netta sul punto, (ri)qualificando la *misura* inflitta al Sig. *Jussila* come rientrante nell'ambito della *matière pénale*, e ciò, principalmente, in conseguenza dell'applicazione al caso di specie del secondo criterio *Engel*, quello che attiene alla natura dell'infrazione⁵⁴: per la Corte, infatti, «le maggiorazioni fiscali possono essere considerate fondate su disposizioni giuridiche generali applicabili all'insieme dei contribuenti» e, sotto un diverso profilo, quelle oggetto di scrutinio nel caso di specie, «non miravano alla riparazione pecuniaria di un pregiudizio ma erano dirette essenzialmente a punire per impedire la reiterazione delle condotte incriminate». Da questa premessa la Corte faceva derivare cruciali affermazioni che, pur riguardando il profilo del merito delle garanzie da riconoscersi alle *misure* (ri)qualificate come *penali* ai sensi della Convenzione, meritano comunque di essere esaminate, anche se brevemente. Se da una parte ha riconosciuto che «lo svolgimento di un'udienza pubblica costituisce un principio fondamentale consacrato dall'art. 6, par. 1» e che «questo principio ricopre un'importanza peculiare in materia penale»⁵⁵; dall'altra, la Corte ha affermato che «l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto»⁵⁶ e che l'art. 6 «non esige necessariamente la tenuta di un'udienza in ogni procedimento»⁵⁷. E tutto ciò sul presupposto di una possibile modulazione delle garanzie processuali, di cui al citato art. 6, parametrata sulla severità della *misura* oggetto di scrutinio: in questi precisi termini, si possono apprezzare le parole della Corte laddove si afferma che «se occorre prendere in considerazione il principio

costituzionale di materia penale, cit., p. 48, che analizza puntualmente le successive pronunce *Janosevic c. Svezia*, sentenza 23 luglio 2002; e *Morel c. Francia*, sentenza 3 giugno 2003, quest'ultimo di un certo interesse perché la Corte EDU aveva, in quell'occasione, escluso che ad una sanzione *de faible importance*, come una maggiorazione d'imposta del 10%, fossero da applicare le garanzie dell'art. 6 CEDU, nel suo *volet pénal*, a voler così implicitamente riconoscere l'esistenza di una soglia, oltre la quale considerare come *sostanzialmente* penale la sovrattassa oggetto di scrutinio.

⁵⁴ Qui considerato dalla Corte EDU come il «più importante» – cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006, § 38.

⁵⁵ Cfr., anche, Corte EDU, *Findlay c. Regno Unito*, sentenza 25 febbraio 1997, § 79.

⁵⁶ Cfr., inoltre, Corte EDU, *Makansson e Sturesson c. Svezia*, sentenza 21 febbraio 1990, § 66.

⁵⁷ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006, § 41, in cui la Corte precisa che «ciò vale per i casi che non sollevano questioni di credibilità o che non suscitano controversie in merito ai fatti che avrebbero richiesto un'udienza e per i quali i tribunali possono pronunciarsi in modo equo e ragionevole sulla base delle conclusioni presentate dalle parti e di altri documenti» – cfr., sul punto, anche Corte EDU, *Dory c. Svezia*, sentenza 12 novembre 2002, § 37; e Corte EDU, *Pursiheimo c. Finlandia*, sentenza 25 novembre 2003.

secondo cui i procedimenti penali, che hanno per oggetto la determinazione della responsabilità penale e l'imposizione di misure di carattere repressivo e dissuasivo, rivestono una certa gravità, va da sé che alcune di esse non comportano carattere infamante per ciò a cui mirano e per il fatto che le accuse in materia penale non hanno tutte lo stesso peso»⁵⁸. Per tracciare un quadro d'insieme, interessa mettere in evidenza il risultato pratico della citata giurisprudenza europea, prima ricostruita nei suoi snodi fondamentali: nella stessa sentenza *Jussila*, è la Corte che ricorda come «adottando un'interpretazione autonoma della nozione di 'accusa in materia penale' attraverso l'applicazione dei criteri *Engel*⁵⁹, gli organi della Convenzione [abbiano] gettato le basi per un'estensione progressiva dell'applicazione del profilo penale dell'art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale, quali le contravvenzioni amministrative⁶⁰, le punizioni per inosservanza della disciplina penitenziaria⁶¹, le infrazioni doganali⁶², le sanzioni pecuniarie inflitte a fronte della violazione del diritto alla concorrenza⁶³ e le ammende comminate da giurisdizioni finanziarie»⁶⁴.

Tutto quanto premesso, gli indici di cui si è servita la Corte EDU nella pronuncia citata per definire i confini della *matière pénale* coesistono, secondo un orientamento che si è consolidato nel tempo, in un rapporto alternativo e non necessariamente cumulativo, di guisa che la natura penale di una determinata *misura* – come è avvenuto emblematicamente nel citato caso *Ozturk* – può essere ricavata anche soltanto da uno di essi⁶⁵. In ogni caso, la regola dell'alternatività, secondo le frequenti parole della Corte europea, non impedisce di adottare un approccio unitario se l'analisi separata di ciascuno di essi non permette di giungere ad una conclusione certa in merito alla sussistenza del carattere *penale* di un istituto⁶⁶. È interessante notare, ancora, nella prospettiva della Corte europea, che alcuni dei criteri che permettono di stabilire se una misura

⁵⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006, § 43.

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006, § 43.

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, sentenza 21 febbraio 1984.

⁶¹ Cfr. Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, sentenza 28 giugno 1984.

⁶² Cfr. Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, sentenza 7 ottobre 1988.

⁶³ Cfr. Corte EDU, *Società Stenuit c. Francia*, sentenza 27 febbraio 1992.

⁶⁴ Cfr. Corte EDU, *Guisset c. Francia*, sentenza 26 settembre 2000.

⁶⁵ Cfr., nello stesso senso, Corte EDU, *Lutz c. Germania*, sentenza 25 agosto 1987, § 55; *Garyfallou Aebe c. Grecia*, sentenza 24 settembre 1997, § 33; *Lauko c. Slovacchia*, sentenza 2 settembre 1998, §§ 57; *Janosevic c. Svezia*, sentenza 23 luglio 2002, § 67; e, più di recente, *Grande Stevens e a. c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, § 94.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, sentenza 23 novembre 2006, §§ 30 – 31; *Zaicevs c. Lettonia*, sentenza 31 luglio 2007; lo sottolinea in modo esplicito M. SCOLETTA, *Legge Severino: anche per la Corte Edu l'incandidabilità non è una sanzione penale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, p. 981, il quale precisa che «non è escluso un utilizzo cumulativo e complementare, quando si tratti di valutare ipotesi particolarmente incerte e complesse».

costituisce una pena sono *statici* – come ad esempio la correlazione tra una condanna per un reato e la misura oggetto di scrutinio – altri invece sono *dinamici* e come tali possono anche mutare nel tempo⁶⁷.

La sentenza *Welch c. Regno Unito*⁶⁸ merita di essere richiamata perché, per la prima volta, la Corte EDU ha ritenuto applicabile l'art. 7 – e non l'art. 6, come accaduto in tutti i precedenti prima citati – in relazione a sanzioni qualificate come non penali dal legislatore nazionale. Si trattava, più in particolare, di valutare la contestata legittimità convenzionale dell'applicazione retroattiva di una particolare ipotesi di confisca prevista dall'ordinamento inglese in caso di commissione di illeciti collegati al traffico di stupefacenti. Riproponendo la già sperimentata *theory of autonomous concepts*, la Corte ha chiarito come la nozione di *pena* – di cui, appunto, fa menzione l'art. 7 CEDU – debba essere intesa, nella prospettiva convenzionale, in un senso autonomo, prescindendo cioè dalle etichette formali prescelte a livello nazionale. Il modello in parola, insomma, è proposto dalla Corte europea in termini analoghi a quello che si è ampiamente descritto con riguardo all'art. 6 CEDU, di cui alle fondamentali sentenze *Engel* e *Ozturk*; pressoché identici sono inoltre i criteri che la Corte EDU individua per accertare la natura sostanziale della misura presa in esame, sì da poter considerare la nozione di *matière pénale* unitaria anche nel contesto europeo⁶⁹, senza che assuma rilievo, rispetto alla perimetrazione del relativo ambito di operatività, la tipologia di garanzia oggetto di valutazione⁷⁰.

⁶⁷ Questa duplice caratterizzazione è stata messa in evidenza dalla Corte europea in un caso contro la Germania, nel quale è stato chiaramente osservato che «*some of these criteria can be described as 'static' or not susceptible to change after the point in time when the measure was ordered, particularly the criterion whether the measure in question was imposed following conviction for a 'criminal offence' or that of the procedures involved in its making. In contrast, other criteria, including those of the nature and purpose of the measure and of its severity, can be described as "dynamic" or susceptible to change over time. In order to assess the compliance of a measure with Article 7 § 1 during a given period, the actual manner in which the measure was executed throughout that period must therefore be considered relevant and must be taken into consideration by the Court*» – cfr. Corte EDU, *Inseher v. Germany*, sentenza 4 dicembre 2018, § 208.

⁶⁸ Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, sentenza 9 febbraio 1995.

⁶⁹ Anche per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit. p. 21, la Corte EDU «pare propendere per la soluzione unitaria. In svariate occasioni i giudici di Strasburgo hanno utilizzato i criteri *Engel*, elaborati per la prima volta in una vicenda che riguardava l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, anche si quando si tratta di definire la nozione di materia penale ai fini del riconoscimento di tutte le altre garanzie proprie di tale materia, ed in particolare quelle di cui all'art. 7 e 4 Prot. 7 CEDU. Ancora di recente, in occasione della decisione riguardante proprio quest'ultima disposizione, la Grande camera della Corte EDU ha ribadito tale soluzione, respingendo le sollecitazioni ad adottare in relazione alla garanzia del *ne bis in idem* una nozione di materia penale più ristretta rispetto ai criteri *Engel*».

⁷⁰ Forse l'unico elemento che può essere considerato come riferibile in via esclusiva alla criteriologia proposta dalla Corte europea in relazione all'art. 7 CEDU – e cioè al parametro che

In un caso più recente⁷¹, del 2019, che ha visto coinvolto un soggetto destinatario di una duplice sanzione, per essere risultato positivo ad un controllo di tipo alcolemico e per aver rifiutato di sottoporsi ai successivi test prescritti dalla legge rumena⁷², la Corte sviluppa alcuni interessanti ragionamenti. Nel richiamarsi alla tradizionale giurisprudenza *Engel*, la Grande Camera della Corte europea arriva alla conclusione che il primo dei procedimenti avviati nei confronti del ricorrente, conclusosi con l'irrogazione della sanzione amministrativa, potesse considerarsi sostanzialmente penale, in ragione di una serie di fattori, tra cui in particolare: il carattere vincolante *erga omnes* della disposizione violata, la particolare rilevanza dei beni giuridici da quest'ultima tutelati e la gravità della sanzione in astratto irrogabile. La Corte attribuisce un notevole rilievo in questo caso proprio al massimo edittale astrattamente irrogabile ai sensi della disposizione incriminatrice violata – vale a dire una pena detentiva da 2 a 7 anni – riconoscendo inoltre che l'ammenda in concreto inflitta possedesse una finalità punitiva e dissuasiva.

Attenzione però a non pensare che per la Corte EDU il *test Engel* dia sempre e comunque riscontro positivo: non mancano, infatti, precedenti in cui la Corte EDU ha negato la natura punitiva delle sanzioni⁷³, ad esempio nel settore disciplinare⁷⁴: in un caso interessante, a fronte di una doppia sanzione – disciplinare,

costituisce la base convenzionale del principio del *nullum crimen* – è quello del collegamento con una condanna penale: per la Corte EDU, infatti, il necessario punto di partenza «*in any assessment of the existence of a penalty*» è proprio «*whether the measure in question was imposed following conviction for a criminal offence*» – cfr. *Welch c. Regno Unito*, sentenza 9 febbraio 1995, § 28; e *Bergmann c. Germania*, sentenza 7 gennaio 2016, §§ 150 e 155; *Mihai Toma c. Romania*, sentenza 24 gennaio 2012, § 20.

⁷¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Mihalache c. Romania*, sentenza 8 luglio 2019.

⁷² Cfr. A. CARERI, *I presupposti della garanzia convenzionale al ne bis in idem: dalla Grande Camera nuove precisazioni*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

⁷³ Lo sottolinea chiaramente anche Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 5.1.3 del *Considerato in diritto*; può essere richiamato anche il precedente *Prina c. Romania*, sentenza 8 settembre 2020, con cui la Corte europea ha ritenuto che la sanzione inflitta dalla Corte dei conti rumena non fosse di natura penale, dato che il divieto al quale la stessa era correlata, non si dirigeva alla generalità dei consociati, ma ad un gruppo ristretto e qualificato di persone, ovvero agli amministratori pubblici che si occupavano di appalti (§ 56). In ordine alla gravità della sanzione, la Corte ha ritenuto “moderato” il *quantum*, tenuto conto che la sanzione pecuniaria inflitta non doveva essere registrata nel casellario e che la stessa non poteva essere convertita in pena detentiva.

⁷⁴ Cfr. Corte EDU, *Faller e Steinmetz c. Francia*, sentenza 29 settembre 2020; a commento della quale, v., in particolare, G. GAETA, *Procedimenti disciplinari e divieto di doppio giudizio secondo la Corte di Strasburgo*, in *Archivio penale*, 3/2020. In merito alle sanzioni disciplinari, si registra una certa convergenza tra *case-law* europeo e giurisprudenza domestica: cfr., *ex multis*, Cass., sez. lav., sentenza n. 25485 del 2017, giudicando sulla legittimità della sanzione disciplinare disposta a carico di un pubblico dipendente, condannato in sede penale per i reati di truffa aggravata e di peculato, ha negato che le sanzioni disciplinari inflitte dal datore di lavoro abbiano natura penale ai fini dell'applicazione dell'art. 4 del protocollo 7 della CEDU, «perché il potere

appunto, e propriamente penale a carico di due medici francesi che avevano tenuto condotte scorrette – i giudici europei hanno ritenuto, sul versante della natura della violazione, che non vi sia prossimità con l’ambito criminale e che la serie di sanzioni previste dal codice deontologico non ha un grado di incisività tale da consentire un paragone col rigore tipico della pena criminale⁷⁵.

In un diverso caso, la Corte EDU ha raggiunto la medesima conclusione, escludendo di poter riqualificare in termini *sostanzialmente* penali la sanzione subita dai ricorrenti, i quali – a fronte di un comportamento ritenuto oltraggioso e foriero di un ingiustificato ritardo nello svolgimento del processo – erano stati condannati al pagamento di una somma pari ad euro 6.200,00. Secondo i giudici europei, nonostante la previsione nazionale sulla cui base era stata applicata la sanzione non prevedesse un massimo edittale, non vi erano i presupposti per considerare la sanzione in questione come penale ai sensi della Convenzione; e ciò in particolare perché: a) il comportamento dei ricorrenti non risulta sanzionabile con la reclusione; b) in caso di mancato pagamento, la sanzione non risulta convertibile in una sanzione detentiva; c) della stessa non v’è traccia nel casellario giudiziale⁷⁶.

disciplinare non è espressione della pretesa punitiva dell’autorità pubblica e nei rapporti disciplinati dal d.lgs. n. 165 del 2001, ha natura privatistica-contrattuale. La sanzione disciplinare, infatti, è strettamente correlata al potere direttivo del datore di lavoro, inteso come potere di conformazione della prestazione alle esigenze organizzative dell’impresa o dell’ente, potere che comprende in sé quello di reagire alle condotte del lavoratore che integrano inadempimento contrattuale. La previsione della sanzione disciplinare non è posta a presidio di interessi primari della collettività, tutelabili *erga omnes*, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, sicché l’interesse che attraverso la sanzione disciplinare si persegue, anche qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dal rapporto».

⁷⁵ Cfr., ancora, Corte EDU, *Faller e Steinmetz c. Francia*, sentenza 29 settembre 2020, § 48: «*enfin, quant au troisième critère – la nature et le degré de sévérité de la «sanction» –, la Cour constate tout d’abord que les sanctions susceptibles d’être prises en application de l’article 145-2 du code de la santé publique ne sont pas de nature pénale puisqu’il s’agit de l’avertissement, du blâme, de l’interdiction temporaire ou permanente du droit de donner des soins aux assurés sociaux et, dans le cas d’abus d’honoraires, du remboursement à l’assuré du trop-perçu ou du reversement aux organismes de sécurité sociale du trop-remboursé. Les trois premières sont des sanctions typiquement disciplinaires et la quatrième relève de la répétition de l’indu. La Cour constate ensuite que, si l’interdiction du droit de donner des soins aux assurés sociaux peut s’avérer sévère, en particulier lorsqu’elle est permanente, puisqu’elle affecte directement la capacité du médecin qu’elle frappe à exercer sa profession, l’article 145-2 du code de la santé publique ne prévoit ni amendes ni mesures privatives de liberté».*

⁷⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *Gestur Jonsson e Ragnar Halldor Hall c. Islanda*, sentenza 22 dicembre 2020; si sofferma anche sulle possibili ricadute interne della decisione R. RUDONI, *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della ‘materia penale’: spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull’ordinamento interno*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021.

4. Il contributo della Corte di giustizia nella perimetrazione di una nozione europea di materia penale

Con l'ordinanza n. 54 del 2018, la Corte costituzionale è stata chiamata nuovamente a giudicare una questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 649 c.p.p.⁷⁷, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione in riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU. Questioni che i Giudici costituzionali hanno ritenuto, in questo caso, di non scrutinare nel merito a causa di un grave vizio dell'ordinanza di rimessione, avendo il giudice *a quo* obliterato del tutto la differenza tra la tutela del divieto di *bis in idem* nell'ambito della CEDU e nell'ambito dell'Unione europea: il rimettente, infatti, aveva addirittura qualificato l'art. 4 Prot. 7 CEDU come «norma comunitaria», sostenendo che la citata disposizione convenzionale vieterebbe «la legiferazione di norme interne in contrasto con l'ordinamento comunitario». In un passaggio significativo della pronuncia, la Corte costituzionale ha inoltre contestato al giudice *a quo* di non aver considerato che i principi elaborati in materia dalla Corte di giustizia non sono «del tutto coincidenti con quelli sviluppati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento [...] all'art. 4 Prot. 7 CEDU»⁷⁸. Il richiamo a tale questione – decisa, forse senza troppe sorprese, nel senso della manifesta inammissibilità dalla Corte costituzionale⁷⁹ – consente di introdurre il tema oggetto di questo paragrafo, con il quale ci si propone di isolare i più significativi approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia sui confini della *materia penale*, mettendoli in relazione con il corrispondente *case-law* della Corte EDU di cui si è detto in precedenza⁸⁰.

⁷⁷ Censura estesa, in quest'occasione, anche all'art. 3, comma 1, della legge 23 dicembre 1986, n. 898, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 ottobre 1986, n. 701, recante misure urgenti in materia di controlli degli aiuti comunitari alla produzione dell'olio di oliva. Sanzioni amministrative e penali in materia di aiuti comunitari nel settore agricolo.*

⁷⁸ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 54 del 2018, con cui la Corte ha anche evidenziato che il giudice *a quo* non si è misurato con le differenze tra frodi per il conseguimento di erogazioni dal fondo europeo agricolo di garanzia o dal fondo europeo agricolo di sviluppo rurale, per i quali sono previste dal medesimo art. 3 della legge n. 898 del 1986 diverse entità e modalità di commisurazione della sanzione amministrativa; considerata la differenza tra le due ipotesi, sarebbe stato necessario motivare adeguatamente in ordine alla ritenuta natura sostanzialmente penale di ciascuno dei due illeciti amministrativi, separatamente previsti per le frodi ai due fondi citati.

⁷⁹ Sottolinea il rilievo della decisione, ad onta del suo dispositivo di manifesta inammissibilità, R. GARGIULO, *Il diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale degli ultimi anni*, in *Questione giustizia*, 2020.

⁸⁰ Recentemente G. VITALE, *La Cassazione ritorna sul rapporto tra doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem. Quale ruolo per la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea?*, in *Osservatorio europeo*, 2022, p. 14 ss., osserva come, pur manifestando approcci dogmatici differenti, «i criteri che presiedono al meccanismo di ammissibilità o meno del cumulo delle sanzioni, ancorché variamenti declinati e descritti, sono sostanzialmente coincidenti nella giurisprudenza delle [due Corti], rispondenti ad una *ratio* di analogia portata e volti a produrre, infine,

L'ordinanza n. 54 del 2018 della Corte costituzionale, come anticipato, sembra far riferimento ad una solo parziale sovrapposibilità tra i filoni giurisprudenziali maturati in senso alle due Corti europee. Per misurare la solidità di questa affermazione è utile ricordare che, in una importante pronuncia del 2013 – la sentenza *Fransson*⁸¹ – la Corte di giustizia ha affrontato la problematica in esame, rispondendo ad un rinvio pregiudiziale che l'autorità giudiziaria svedese aveva sollevato in tema di duplicazione sanzionatoria: pur non facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU⁸², i Giudici di Lussemburgo si sono riportati ad un loro precedente, vale a dire alla sentenza *Bonda*, la quale aveva richiamato in modo esplicito la giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel*⁸³. Anche nelle successive sentenze *Menci*, *Di Puma* e *Garlsson Real*

le medesime conseguenze pratiche sul piano della tenuta del sistema di duplicazione sanzionatoria, quanto meno in materia tributaria e di abusi di mercato»; anche M. SCOLETTA, *L'impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell'ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in *Tra diritto fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano* (a cura di) G. Grasso, A. Maugeri, R. Sicurella, Pisa University Press, 2020, p. 240, sottolinea la circostanza che la Corte di Giustizia ha riproposto negli stessi termini la lettura del *ne bis in idem* disegnata dalla sentenza *A e B* della Corte di Strasburgo.

⁸¹ Cfr. Corte di giustizia, G.S., *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, sentenza 26 febbraio 2013, C-617/10; con commenti di D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della corte di giustizia dell'unione europea*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2013; R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza/Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *Diritti comparati*, 2013.

⁸² Solo in un singolo passaggio § 35, la Corte di giustizia evoca, sia pur implicitamente, gli approdi della giurisprudenza convenzionale: «occorre inoltre ricordare che, ai fini della valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie, sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere».

⁸³ Cfr. Corte di giustizia, G.S., *Bonda*, sentenza 5 giugno 2012, C-489/10: «riguardo al primo criterio, occorre rilevare che le misure previste dall'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 non sono considerate di natura penale dal diritto dell'Unione, il quale dev'essere assimilato, nella specie, al «diritto nazionale» ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per quanto riguarda il secondo criterio, occorre verificare se la sanzione inflitta all'operatore persegua, in particolare, una finalità repressiva. Nel caso di specie, emerge dall'analisi effettuata nei punti 28-32 della presente sentenza che le misure previste dall'articolo 138, paragrafo 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004 possono essere applicate unicamente agli operatori economici che usufruiscono del regime di aiuti introdotto da tale regolamento e che la finalità di tali misure non è repressiva, ma consiste, essenzialmente, nel proteggere la gestione dei fondi dell'Unione mediante l'esclusione temporanea di un beneficiario che ha incluso dichiarazioni inesatte nella sua domanda di aiuti. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 65 delle sue conclusioni, contro il carattere repressivo delle citate misure depone inoltre il fatto che la riduzione dell'importo dell'aiuto ottenibile dall'agricoltore per gli anni

Estate SA, tutte pronunciate nel marzo del 2018⁸⁴, la Corte di giustizia, nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità tra il divieto di *bis in idem* e i sistemi di doppio binario sanzionatorio, ha evocato unicamente la propria giurisprudenza, senza fare menzione della criteriologia *Engel*⁸⁵. Si tratta, probabilmente, di una scelta legata all'esigenza di non confondere i due sistemi di tutela e di ancorare le considerazioni proposte dalla Corte a presupposti, teorici e giurisprudenziali, tutti interni alla dimensione del diritto eurounitario⁸⁶. In ogni

successivi a quello in cui è stata constatata un'irregolarità è subordinata alla presentazione di una domanda a titolo di tali anni. Quindi, se l'agricoltore non presenta una domanda negli anni successivi, la sanzione di cui è passibile in applicazione dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 è inoperante. Ciò si verifica anche se tale agricoltore non soddisfa più i requisiti richiesti per la concessione dell'aiuto. Infine, la sanzione è parimenti parzialmente inoperante qualora l'importo degli aiuti spettanti all'agricoltore a titolo degli anni successivi sia inferiore a quello del prelievo da operare sui suddetti aiuti in applicazione della misura di riduzione dell'aiuto indebitamente percepito. Ne consegue che il secondo criterio menzionato nel punto 37 della presente sentenza non è sufficiente per attribuire natura penale alle misure previste dall'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004. Per quanto riguarda il terzo criterio, occorre rilevare, oltre a quanto sottolineato al punto 41 della presente sentenza, che le sanzioni previste dall'articolo 138, paragrafo 1, secondo e terzo comma, del regolamento n. 1973/2004 hanno come unico effetto quello di privare l'agricoltore interessato dalla prospettiva di ottenere un aiuto. Pertanto, le citate sanzioni non possono essere assimilate a sanzioni di natura penale sulla base del terzo criterio menzionato al punto 37 della presente sentenza. Emerge da tutte le considerazioni suesposte che le caratteristiche delle sanzioni previste dall'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento n. 1973/2004 non consentono di considerare che esse debbano essere qualificate sanzioni di natura penale».

⁸⁴ Cfr. Corte di giustizia, G.S., sentenze 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA e altri*, C-537/16; *Menci*, causa C-524/15; *Di Puma e altri*, C-596/16 e C-597/16; con commento di F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 949 ss.

⁸⁵ Nella sentenza *Menci* c'è un solo passaggio interessante sul versante dei rapporti tra le due giurisprudenze (§§ 61 e 62): «a tale riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che un cumulo di procedimenti e di sanzioni tributarie e penali volte a reprimere una medesima violazione della legge tributaria non lede il principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 4 Prot. 7 CEDU, quando i procedimenti tributari e penali di cui trattasi presentano un nesso temporale e materiale sufficientemente stretto. Quindi, i requisiti ai quali l'articolo 50 della Carta, in combinato disposto con l'articolo 52, § 1, della medesima, assoggetta un eventuale cumulo di procedimenti e di sanzioni penali nonché di procedimenti e di sanzioni amministrative di natura penale, come risulta dai punti 44, 49, 53, 55 e 58 della presente sentenza, assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁸⁶ Già nella pronuncia *Fransson*, peraltro, la Corte di giustizia si era premurata di sottolineare, in uno dei passaggi conclusivi della sentenza che «il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punto 62)»; è interessante notare però che nella sentenza *Grande Stevens* la Corte EDU ha riconosciuto particolare importanza alla pronuncia *Fransson* del 2013 emessa dalla Corte di

caso, sul piano contenutistico, le valutazioni che la Corte di giustizia offre sul punto riecheggiano in modo difficilmente contestabile gli approdi della giurisprudenza della Corte EDU: nella sentenza *Fransson*, ad esempio, si legge che per sciogliere il nodo della natura della sanzione – in quell’occasione, di tipo tributario – vengono in rilievo tre diversi criteri: i) il primo consiste nella qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale; ii) il secondo nella natura dell’illecito; iii) e il terzo nella natura nonché nel grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere⁸⁷.

Questa circostanza spiega perché, nella sentenza 222 del 2019, che ha dichiarato inammissibile un’ennesima questione sull’art. 649 c.p., la Corte costituzionale sembra guardare all’art. 4 Prot. 7 CEDU e all’art. 50 della Carta di Nizza in modo unitario: per quanto più interessa, la Consulta rileva che gli approdi della giurisprudenza convenzionale sono in larga misura analoghi a quelli cui è pervenuta la Corte di giustizia, nelle tre sentenze del 2018⁸⁸. La Corte italiana, ancora, parla di sostanziale coincidenza dei criteri utilizzati dalla Corte di giustizia rispetto a quelli enunciati dalla Corte di Strasburgo⁸⁹. Nella successiva sentenza 114 del 2020 – ancora una volta sull’art. 649 c.p.⁹⁰ – la Corte costituzionale ha osservato che tanto la Corte europea dei diritti dell’uomo⁹¹,

Giustizia dell’Unione europea in materia di imposta sul valore aggiunto – cfr., sul punto, S. ZOCALI, *La giurisprudenza sovranazionale e l’applicazione dei c.d. “criteri Engel”: un’analisi storica sull’evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di giustizia dell’Unione europea in materia di “ne bis in idem”*, in *Ordines*, 1/2019.

⁸⁷ Cfr. Corte di giustizia, G.S. *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, sentenza del 26 febbraio 2013, C-617/10, § 36: «spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive».

⁸⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 222 del 2019, punto n. 2.1 del *Considerato in diritto*, ove si legge che: «a parere del supremo giudice dell’Unione, infatti, la violazione del *ne bis in idem* sancito dall’art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguono scopi differenti e complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l’interessato, e c) assicurati comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione».

⁸⁹ Ricordando come ciò sia espressamente sottolineato attraverso il richiamo al principio generale, posto dall’art. 52, § 1, CDFUE, dell’equivalenza delle tutele assicurate dalla Carta rispetto a quelle approntate dalla CEDU e dei suoi protocolli.

⁹⁰ Pronuncia definita con un dispositivo di manifesta inammissibilità: la Corte ha osservato che le medesime ragioni che hanno condotto questa Corte a dichiarare inammissibili le questioni esaminate nella sentenza n. 222 del 2019, non possono che condurre alla declaratoria di manifesta inammissibilità della censura principale oggi sollevata dal Tribunale di Rovigo, di contrarietà dell’art. 649 c.p.p. all’art. 117, primo comma, Cost., in relazione all’art. 4 Prot. 7 CEDU e all’art. 50 CDFUE.

⁹¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *A e B contro Norvegia*, sentenza 15 novembre 2016.

quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea⁹² non ritengono *ex se* contraria al divieto di *bis in idem* la sottoposizione di un imputato a processo penale per il medesimo fatto per il quale egli sia già stato definitivamente sanzionato in via amministrativa, esigendo unicamente la sussistenza di un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra i due procedimenti, da ravvisarsi in presenza di sanzioni che perseguano scopi complementari, della prevedibilità del doppio binario sanzionatorio, di forme di coordinamento tra i procedimenti e della proporzionalità del complessivo risultato sanzionatorio. Anche in quest'occasione, insomma, la Corte costituzionale si proietta verso l'orizzonte sovranazionale in modo unitario, considerando sovrapponibili gli approdi che le due Corti europee hanno raggiunto in ordine alla scelta dei criteri con cui riqualificare in termini sostanzialmente penali sanzioni o istituti diversamente etichettate dal legislatore interno.

Nella successiva sentenza n. 145 del 2020, quest'atteggiamento della Corte costituzionale è ulteriormente confermato: a fronte di una serie di complesse questioni di costituzionalità aventi ad oggetto le previsioni che sanzionano, a doppio titolo, la violazione del dovere di corrispondere l'assegno di mantenimento⁹³, la

⁹² Cfr. Corte di giustizia, *Menci*, sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15.

⁹³ Il Tribunale ordinario di Treviso, con ordinanza del 16 luglio 2019, iscritta al n. 219 del registro ordinanze 2019, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, tre distinte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 709-ter, secondo comma, numero 4), del codice di procedura civile, nella parte in cui prevede che, nell'ambito di un giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il genitore che abbia posto in essere atti che arrechino pregiudizio al minore sia passibile della «sanzione amministrativa pecuniaria» da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro, in favore della Cassa delle ammende, per l'inadempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento, previsto, nel caso di specie, dalla sentenza di separazione coniugale, in favore della figlia minorenni. In primo luogo, il giudice rimettente assume la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con legge 9 aprile 1990, n. 98, sul divieto di *bis in idem*, poiché la sanzione pecuniaria contemplata dalla previsione censurata avrebbe, in virtù dei canoni enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sin dalla sentenza 8 giugno 1976, *Engel e altri contro Paesi Bassi*, natura sostanzialmente penale, e dovrebbe essere comminata per il medesimo fatto, ossia per l'omesso pagamento dell'assegno di mantenimento disposto nella pronuncia di separazione coniugale in favore della figlia minore, per il quale il convenuto era stato già condannato in sede penale. Il giudice a quo assumeva, inoltre, che lo stesso art. 709-ter, secondo comma, numero 4), cod. proc. civ., nella parte in cui consente di comminare una «sanzione amministrativa pecuniaria» in favore della Cassa delle ammende per «atti che comunque arrechino pregiudizio al minore», violi anche l'art. 25, secondo comma, Cost., in ragione dell'indeterminatezza delle condotte censurabili con una sanzione di carattere sostanzialmente penale. Il Tribunale rimettente ritiene, poi, violato anche l'art. 3, primo comma, Cost., in riferimento al *tertium comparationis* costituito dal trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 570 del codice penale, ritenendo irragionevole che la sanzione pecuniaria per un identico fatto sia determinata dalla

Corte costituzionale ha ricordato come inizialmente i Giudici di Strasburgo avevano declinato in una prospettiva prevalentemente processuale il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU⁹⁴, giungendo, dopo una significativa evoluzione, ad abbracciare una interpretazione che si avvicina armonicamente alle conclusioni che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha proposto in ordine alla portata del divieto di *bis in idem* rispetto ai procedimenti sanzionatori misti⁹⁵. Nella stessa sentenza, la Corte ha sottolineato, ancora, che anche alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la previsione di un duplice binario sanzionatorio non confligge con il principio del *ne bis in idem* ove siano rispettati una serie di indici rivelatori⁹⁶. È proprio all'interno di questa pronuncia che la Corte costituzionale ha messo in luce la profonda convergenza tra i percorsi interpretativi proposti a Strasburgo e

disposizione censurata nella misura massima di euro 5.000, di gran lunga superiore alla multa prevista dall'art. 570, primo comma, cod. pen., pari, nel massimo, ad euro 1.032.

⁹⁴ Cfr. Corte EDU, G.C., *Grande Stevens contro Italia*, sentenza 4 marzo 2014, in cui si afferma che lo stesso tutela l'individuo non tanto contro la possibilità di essere sanzionato due volte per il medesimo reato, ma ancor prima di essere sottoposto una seconda volta a processo per un reato per il quale è stato già giudicato, non importa se con esito assolutorio o di condanna.

⁹⁵ Secondo tale giurisprudenza, sottoporre a processo penale una persona già sanzionata a livello amministrativo con l'applicazione di una sanzione sostanzialmente penale non viola di per sé il divieto di *bis in idem*, purché tra i due procedimenti vi sia una connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta, nel quadro di un approccio unitario e coerente e le risposte sanzionatorie cumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato. Ne deriva che i due procedimenti possono non solo essere avviati, ma anche concludersi con l'irrogazione di due distinte sanzioni purché ricorrano, congiuntamente, le seguenti condizioni: le sanzioni perseguono finalità differenti ed abbiano in concreto ad oggetto profili diversi della medesima condotta antisociale; la duplicità dei procedimenti costituisca una conseguenza prevedibile della condotta; vi sia un'interazione probatoria tra i procedimenti, realizzata mediante la collaborazione tra le autorità preposte alla definizione degli stessi; ricorra una stretta connessione sul piano temporale tra i due procedimenti, pur non strettamente paralleli, tale da non assoggettare l'incolpato ad un "eterno giudizio" per il medesimo fatto; la sanzione comminata nel primo procedimento sia tenuta in considerazione nell'altro, in modo che venga rispettata una proporzionalità complessiva della pena – cfr. Corte cost., sentenza n. 145 del 2020, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ Che possono essere ricostruiti in questi termini: la normativa di riferimento persegua un obiettivo di interesse generale, tale da giustificare il cumulo di procedimenti e di sanzioni, che devono avere uno scopo complementare; contenga norme che garantiscano un coordinamento che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare derivante per i soggetti interessati da un cumulo di procedimenti; preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario in relazione alla gravità del reato di cui si tratti – cfr. Corte di giustizia, G.S., sentenza 20 marzo 2018, in causa C-524/15, *Menci*; sentenza 20 marzo 2018, in causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri*; sentenza 20 marzo 2018, in cause C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e altri*.

Lussemburgo⁹⁷: non solo con riferimento alla portata del divieto di un secondo giudizio⁹⁸, ma, soprattutto, con riguardo al presupposto del ragionamento che entrambe le Corti europee propongono sul punto, vale a dire l'individuazione dei criteri da seguire per riqualificare in termini sostanzialmente penali una misura che il legislatore ha posto ai confini della *materia penale*. È la condivisione di un approccio marcatamente sostanzialistico che consente di marcare una oggettiva differenza tra il modello nazionale, da una parte, ed europeo – sia della Corte di giustizia, sia della Corte EDU – dall'altra.

Due recenti pronunce della Corte di Lussemburgo, pubblicate nel marzo 2022⁹⁹, confermano quanto precisato nelle precedenti pagine: in una prima occasione, all'attenzione della Corte di giustizia, è giunto il caso di una società belga che lamentava di aver subito, in relazione ai medesimi fatti, due distinti procedimenti, da ritenersi *sostanzialmente penali* in ragione della severità delle sanzioni applicate dalle autorità nazionali¹⁰⁰; nella seconda occasione, la Corte

⁹⁷ Così espressamente nella sentenza n. 145 del 2020, punto n. 5. 3 del *Considerato in diritto*: «sulla portata del principio del divieto di *bis in idem* si registra ormai una convergenza coerente, in una prospettiva di tutela multilivello dei diritti, della giurisprudenza di questa Corte con quella delle Corti europee», richiamate in quest'occasione in modo indistinto.

⁹⁸ Ribadito anche da una recente sentenza della Corte costituzionale: «la giurisprudenza della Corte EDU successiva alla sentenza *A e B* ha in numerose occasioni ravvisato violazioni dell'art. 4 Prot. n. 7 CEDU determinate dalla pendenza di un procedimento penale (in senso stretto) per fatti già oggetto di provvedimenti sanzionatori formalmente amministrativi, ma dalla ritenuta natura sostanzialmente punitiva, valorizzando di volta in volta l'assenza di una connessione temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti [...], e/o l'assenza di una sufficiente connessione sostanziale tra i procedimenti, perseguendo gli stessi le medesime finalità e in considerazione dell'assenza di meccanismi che consentissero di evitare duplicazione delle prove nonché di tenere conto, nel secondo procedimento, delle sanzioni già irrogate [...]. La violazione è stata invece esclusa in altre occasioni, ove la Corte EDU ha negato la natura punitiva delle sanzioni già irrogate in sede di procedimento disciplinare nei confronti di un medico [...], ovvero ha ritenuto che i due procedimenti avessero finalità distinta, l'uno sanzionando l'eccesso di velocità e l'altro la causazione colposa della morte di un pedone [...]. Conviene qui incidentalmente notare che ad approdi assai simili negli esiti a quelli, appena riassunti, della giurisprudenza di Strasburgo è pervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea sulla corrispondente garanzia apprestata dall'art. 50 CDFUE» – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 5.1.3 del *Considerato in diritto*.

⁹⁹ Cfr. Corte di giustizia, cause C-117/20 *BPost* e C-151/20 *Nordzucker* e a., sentenza 22 marzo 2022.

¹⁰⁰ La società *bpost* è stata condannata al pagamento di due ammende successive da parte di due autorità nazionali. Una prima sanzione pecuniaria di EUR 2,3 milioni le è stata inflitta, nel luglio 2011, dall'autorità di regolamentazione del settore postale che ha concluso che il regime di sconti applicato dalla *bpost* dall'anno 2010 era discriminatorio nei confronti di alcuni suoi clienti. Nel marzo 2016 tale decisione è stata annullata dalla Cour d'appel de Bruxelles, la cui sentenza è diventata definitiva, per il motivo che la pratica tariffaria in questione non era discriminatoria. Nel frattempo, nel dicembre 2012, l'autorità garante della concorrenza ha inflitto alla *bpost* un'ammenda di circa EUR 37,4 milioni per abuso di posizione dominante in ragione

europea è stata richiesta di esaminare un’analoga questione di duplicazione sanzionatoria in materia di concorrenza, da parte della Corte suprema austriaca. Le due sentenze interessano in questa sede non per il loro esito¹⁰¹, ma per il fatto che, in entrambi i casi, prima di procedere alla verifica nel merito delle singole prospettazioni dei giudici del rinvio, la Corte di giustizia ha ricordato che la valutazione della natura penale dei procedimenti e delle sanzioni segue alcuni criteri¹⁰²: i) il primo consiste nella qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale; ii) il secondo nella natura dell’illecito; iii) e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l’interessato rischia di incorrere.

In definitiva, senza nascondere talune differenze, frutto del diverso ruolo che ciascuna delle Corti europee ricopre nel rispettivo sistema, ai nostri fini

dell’applicazione del medesimo sistema di sconti tra gennaio 2010 e luglio 2011. La società *bpost* contestava dinanzi alla cour d’appel de Bruxelles la legittimità di tale secondo procedimento in forza del principio del *ne bis in idem*.

¹⁰¹ Nel primo caso: secondo la Corte la protezione conferita dalla Carta non osta, alla luce di tale facoltà di limitare l’applicazione del principio del *ne bis in idem*, a che un’impresa sia sanzionata per un’infrazione al diritto della concorrenza, quando, per gli stessi fatti, essa sia già stata oggetto di una decisione definitiva in ragione della violazione di una normativa settoriale (ad esempio la normativa del settore postale che disciplina le attività della *bpost*). Tale cumulo di procedimenti e di sanzioni è, tuttavia, condizionato all’esistenza di norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l’oggetto così come al coordinamento tra le due autorità competenti. Inoltre, i due procedimenti devono essere stati condotti in un modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e l’insieme delle sanzioni imposte deve corrispondere alla gravità delle infrazioni commesse. In caso contrario, avviando un procedimento, la seconda autorità pubblica che interviene viola il divieto di duplice incriminazione. Nel secondo caso: per la Corte, il principio del *ne bis in idem* non osta a che un’impresa sia perseguita, dall’autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, e a che le sia inflitta un’ammenda per un’infrazione, a causa di un comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale nel territorio di tale Stato membro, quando tale comportamento sia già stato menzionato, da un’autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, in una decisione definitiva. La Corte sottolinea, tuttavia, che quest’ultima decisione non deve fondarsi sulla constatazione di un oggetto o un effetto anticoncorrenziale nel territorio del primo Stato membro. Se così fosse, per contro, la seconda autorità pubblica che avvia un procedimento relativo a tale oggetto o a tale effetto viola il divieto di duplice incriminazione.

¹⁰² Merita di essere ricordata anche l’opinione dell’avvocato generale nelle recenti cause *BPost* e *Nordzucker*, 2022; e *Ne*, 2022, per il quale «è vero che l’articolo 49, paragrafo 3, si riferisce ai *reati*. Pertanto, certamente in prima battuta, la sua forza argomentativa nel caso di una violazione amministrativa potrebbe essere messa in discussione. Tuttavia, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo [...], la Corte ha adottato una nozione di «reato» ampia e sostanziale. Ciò significa che, se i criteri definiti dalla Corte EDU e ripresi da questa Corte sono soddisfatti, un’infrazione formalmente amministrativa può anche essere classificata come penale e, quindi, essere soggetta all’articolo 49, paragrafo 3, della Carta. Senza voler comunque formulare giudizi anticipati su tale aspetto, osservo semplicemente che la distinzione tra ciò che è “penale” e ciò che è «amministrativo» è lungi dall’essere netta. Inoltre, di qualunque sia il suo valore in termini di classificazione, il presente riferimento rimane semplicemente a livello di principio».

interessa sottolineare il comune approccio anti-formalistico¹⁰³ che, sia a Strasburgo, sia a Lussemburgo, viene proposto in relazione alla questione della qualificazione delle misure aventi carattere punitivo¹⁰⁴.

¹⁰³ Per F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, p. 15, la nozione estensiva di materia penale – fondata sull'approccio antiformalistico più volte richiamato nel testo – è fatta propria, all'unisono, dalle due Corti europee.

¹⁰⁴ Lo dimostra anche la recente vicenda che ha visto coinvolte la Corte costituzionale e la Corte di giustizia sulla portata del principio *nemo tenetur se detegere*: tra i molti, v., in particolare, E. BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *Sistema penale*, 3 febbraio 2021, che sottolinea come «la CGUE, che ha ormai definitivamente importato nella 'piccola Europa' la nozione di *matière pénale* da tempo elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, adottando un approccio sostanzialistico (compendiato nei c.d. Engel criteria) in virtù del quale l'etichetta attribuita dall'ordinamento nazionale a una determinata misura afflittiva non è dirimente ai fini della qualificazione in termini di pena nella prospettiva 'euroconvenzionale', rilevando maggiormente la natura dell'illecito e – ancor più – il grado di severità della sanzione comminata».

MATERIA PENALE E *MATIÈRE PÉNALE*: I SETTORI DI REALE O POTENZIALE SCONFINAMENTO

SOMMARIO: 1. Premessa: l’impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulle categorie nazionali – 2. Gli sconfinamenti tradizionali: le misure di sicurezza e il diritto processuale penale – 3. Gli sconfinamenti recenti: l’esecuzione penale – 4. Gli sconfinamenti certi ma problematici: *ne bin in idem* e meccanismi di doppio binario sanzionatorio – 5. (*segue*) le novità poste dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia* e i recenti sviluppi giurisprudenziali – 6. Gli sconfinamenti incerti: il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo e l’incandidabilità alla carica parlamentare – 7. Gli sconfinamenti improbabili: le misure di prevenzione – 8. (*segue*) e il cd. *diritto disciplinare punitivo*.

1. Premessa: l’impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulle categorie nazionali

Dopo aver ricostruito, nei termini sopra descritti, l’origine e la differente caratterizzazione delle nozioni di *materia penale* e di *matière pénale*¹, è opportuno a questo punto esaminare il controverso tema delle ricadute, sul fronte domestico, dei *dicta* che la Corte EDU ha pronunciato, nel corso degli anni, proprio in ordine al perimetro applicativo delle garanzie sottese al *nullum crimen*². Indagine, questa, che non può prescindere da una, sia pur sintetica, ricognizione degli orientamenti che la Corte costituzionale ha proposto sul tema dei rapporti tra la normativa nazionale e il sistema della CEDU³.

¹ Intorno all’idea che esistano, appunto, “due legalità”, v., da ultimo, F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022.

² Su cui, tra i molti, F. PALAZZO, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2016, p. 2695 ss.; e O. MAZZA, *Legge e potere: l’irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Atti del convegno ‘Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobili’*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2017.

³ Distesamente su questo tema v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto (Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali)*, Ed. Dike, 2012; e B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, ESI, 2006.

Prima delle note sentenze *gemelle* del 2007⁴, come la più attenta dottrina ha evidenziato⁵, la CEDU aveva rappresentato soltanto un testo dai nobili e rassicuranti contenuti, del quale la giurisprudenza nazionale faceva un uso più che altro «citazionale e letterario»⁶; in questo contesto, anche le sentenze emesse dalla Corte EDU sulla nozione autonoma di *matière pénale* – e sui confini applicativi delle garanzie di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU – non erano state prese in massima considerazione dai giudici comuni.

Con le sentenze n. 348 e 349 del 2007⁷, si è invece registrato un momento di assoluta discontinuità rispetto al passato⁸ e la Corte costituzionale è stata, anzitutto, chiamata ad una operazione di *ortopedia ermeneutica* in merito all'individuazione del rango delle norme convenzionali⁹, dal momento che

⁴ Occasioni in cui la Corte ha messo in luce in modo chiarissimo le differenze, quanto al loro posizionamento nel sistema costituzionale delle fonti, tra le norme del diritto UE e le norme convenzionali, precisando che «con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un 'ordinamento' più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari [...] – da cui derivano “obblighi” per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omissio medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri» – cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 3.3 del *Considerato in diritto*.

⁵ Così precisamente O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012, p. 2.

⁶ La stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 51 del 1985, ragionando dell'importanza del principio di irretroattività sfavorevole – qui considerato come «superiore principio di civiltà» –, ha fatto riferimento all'art. 7 della CEDU, non prima però di aver richiamato l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino proclamata dall'Assemblea nazionale francese il 26 agosto 1789; art. 2, comma 1, c.p.; art. 25, secondo comma, Cost.; art. 11, n. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

⁷ A tal riguardo, si vedano i contributi raccolti nel volume *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, 2007.

⁸ Evidenzia questo elemento G. PALMISANO, *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze “gemelle”*, in *Osservatorio sulle Fonti*, 1/2018, per cui «l'importanza delle due sentenze c.d. gemelle emerge con evidenza specialmente se si considera la situazione antecedente ad esse, quale si presentava prima della riforma costituzionale del 2001 e negli anni immediatamente successivi a questa».

⁹ Norme che, nella prospettiva della Corte, «da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario. Anche a voler escludere che il legislatore potesse modificarle o abrogarle a piacimento, in quanto fonti atipiche (secondo quanto affermato nella

nella precedente situazione di incertezza alcuni giudici comuni si erano addirittura spinti a disapplicare direttamente le norme interne in contrasto con quelle CEDU¹⁰, sul presupposto che la specifica antinomia potesse essere eliminata «con i normali criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto»¹¹. Alcuni giudici comuni, in altre parole, avevano creduto «di poter trarre da un asserito carattere sovraordinato della fonte CEDU la conseguenza che la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, fosse inefficace, per la maggior forza passiva della stessa fonte CEDU, e che tale inefficacia potesse essere la base giustificativa della sua non applicazione da parte del giudice comune»¹². Con l'obiettivo di fare chiarezza in questo complesso scenario¹³, la Corte costituzionale ha però precisato, da una parte, che la CEDU non può essere assimilata alle fonti proprie del diritto comunitario perché «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti»¹⁴, dall'altra, che le norme convenzionali, pur posizionandosi ad un livello sub-costituzionale, sono dotate, per il loro contenuto, di una peculiare rilevanza, sì da considerare la norma nazionale con esse incompatibili in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.¹⁵.

E così, a partire dal 2007, i giudici comuni, nell'esercizio dell'attività che spetta loro ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost.¹⁶, sono stati gravati da

sentenza n. 10 del 1993 di questa Corte, non seguita tuttavia da altre pronunce dello stesso tenore), restava il problema degli effetti giuridici di una possibile disparità di contenuto tra le stesse ed una norma legislativa posteriore» – cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.3. del *Considerato in diritto*.

¹⁰ La stessa Corte costituzionale richiama a tal proposito alcune pronunce della Corte di legittimità: Cass., sez. I Pen., sentenza n. 6672 del 1998; Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 28507 del 2005.

¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹² Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹³ Per sua stessa ammissione: «oggi questa Corte è chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, aventi rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto» – cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 3.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ La Corte ha avuto cura di precisare ulteriormente che «l'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale a sua volta in contrasto con la Convenzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta» – cfr. Corte cost., sentenza n. 348 del 2007, punto n. 4.7 del *Considerato in diritto*.

¹⁶ Su questo aspetto, v., in particolare, A. D'ATENA, *Conclusioni. Interpretazioni adeguartici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte*

un onere interpretativo di un certo peso, avente ad oggetto il tentativo di dare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alle previsioni convenzionali, secondo la dimensione ermeneutica loro riconosciuta dalla Corte EDU¹⁷. Con la conseguenza che, soltanto dopo aver verificato l'impraticabilità di una simile interpretazione, i giudici comuni – non potendo disapplicare la norma interna¹⁸, né, ovviamente, farne diretta applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU e, di riflesso, quindi, con la stessa Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost. – si potevano ritenere obbligati a sollevare questione di legittimità costituzionale, assumendo il contrasto tra la norma interna e l'obbligo convenzionale.

Con le successive sentenze n. 311 e 317 del 2009, le cd. *seconde gemelle*¹⁹, la Corte costituzionale – oltre a ribadire l'obbligo, per i giudici comuni, di interpretate in senso convenzionalmente conforme le norme interne – ha ulteriormente definito il modello in commento, affermando che il confronto tra la tutela convenzionale e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali «deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo

costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, 2010, p. 341.

¹⁷ Questo pare, in effetti, un elemento cruciale, che già nelle sentenze *gemelle* la Corte costituzionale aveva messo in evidenza; nella sentenza n. 43 del 2018, il Giudice delle leggi, su questa stessa linea, ha infatti ribadito che «le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007) che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata» – cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁸ In particolare, è con la sentenza n. 80 del 2011 che la Corte costituzionale ha confermato l'orientamento che nega la diretta applicabilità della CEDU, ribadendo la sola alternativa, per il giudice comune, di esperire una interpretazione convenzionalmente conforme della norma nazionale – ove percorribile – ovvero di proporre questione di legittimità costituzionale. Sul tema v. A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011; e A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2011. Interessante, ancora, segnalare che la stessa Corte di Giustizia – nella sentenza *Kamberaj*, 24 aprile 2012, C-571/10 – ha negato che il diritto UE imponga, in questa prospettiva, la disapplicazione, precisando che «il rinvio operato dall'art. 6, § 3, TUE alla CEDU [...] non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»; tale disposizione, infatti, «non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale»; svolge ampie ed approfondite riflessioni su questi profili, V. MANES, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 17 ss.

¹⁹ Cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., p. 161 ss.

sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti»²⁰.

Di una certa rilevanza, sempre sul versante dei rapporti con il sistema convenzionale, è anche la successiva sentenza n. 113 del 2011²¹ con cui la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione – della sentenza o del decreto penale di condanna – al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo.

Ancora, più di recente, con la nota sentenza n. 49 del 2015²², la Corte ha aggiunto un ulteriore, fondamentale, tassello nel mosaico delle *regole*

²⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto n. 7 del *Considerato in diritto*, di cui è opportuno riportare l'intero passaggio da cui sono tratte le affermazioni citate nel testo: «con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte nell'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»; a commento della decisione, tra i molti, si v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009; sul tema, diffusamente, anche V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 153; anche più di recente, in occasione della sentenza n. 146 del 2021, la Corte ha chiarito che il «recepimento della CEDU nell'ordinamento giuridico si muov[er]a nel segno dell'incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento (sentenza n. 317 del 2009)» (sentenza n. 68 del 2017), così da consentire ad essa di operare «quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività».

²¹ Si vedano i commenti polifonici di G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R. E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*; e A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, oververosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*; tutti pubblicati in *Rivista AIC*, 2/2011.

²² Particolarmente netta, sul punto, la lettura di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica, tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 maggio 2015, p. 2, secondo cui «qualsivoglia *flatus vocis* dispensato da Strasburgo, magari con pronunce a sezione semplice relative ad ordinamenti giuridici ben distanti dal nostro, si è prestato ad evolvere in parola divina, adattata prontamente per estrapolarvi un qualche vincolante principio sovra-legislativo»; premesse da cui l'A. fa discendere affermazioni importanti, in larga parte adesive alla decisione della Corte, specie ove osserva che «il giudice italiano avrà all'inizio il timore di aver perso la bussola con cui aveva iniziato ad orientarsi, e troverà ingrato l'ulteriore compito di scandagliare la giurisprudenza europea alla ricerca del diritto vivente. Si potrà consolare, però, pensando che quella bussola subiva eccessive perturbazioni magnetiche, ed accorgendosi che, in ultima analisi, la Corte lo ha richiamato al ruolo di socio fondatore del sistema convenzionale di tutela dei diritti»; sullo stesso tema, v. anche F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.

*d'ingaggio*²³ tra l'ordinamento nazionale e il sistema della CEDU, affermando che soltanto un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, potrebbe essere posto dal giudice interno a fondamento del proprio processo interpretativo, non esistendo alcun obbligo in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo²⁴. Ciò significa che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità delle decisioni della Corte EDU – peraltro, spesso caratterizzate dalle particolarità della fattispecie oggetto di scrutinio oltreché dalle peculiarità dell'ordinamento in cui il *dictum* europeo è destinato a spiegare effetto²⁵ –, «libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un [particolare] contenuto della normativa interposta»²⁶. Sul punto, occorre rilevare che talune delle riserve manifestate dalla dottrina all'indomani della sentenza n. 49²⁷, in particolare, in relazione alle difficoltà, per il giudice comune, di raggiungere un significativo grado di certezza in ordine al carattere consolidato di un determinato orientamento della Corte EDU, sono state in larghe parte confermate dal seguito giurisprudenziale della predetta decisione. Qualche tempo dopo la pronuncia, invero, la Corte europea – quasi per rispondere

²³ L'espressione è di V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: biotechnological strenghtening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, cit.

²⁴ Con particolare attenzione alle conseguenze della decisione sull'equilibrio tra la Corte costituzionale e la Corte europea, si v. M. D'AMICO, *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 5.

²⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 7 del *Considerato in diritto*. Questione, in parte, diversa è quella che riguarda le cd. sentenze pilota «le quali traggono origine dalla circostanza che spesso vengono presentati alla Corte numerosi ricorsi relativi alla stessa situazione giuridica interna all'ordinamento convenuto. Normalmente questi ricorsi scaturiscono da un contesto interno di carattere generale (in quanto coinvolgente una pluralità di persone) in contrasto con la CEDU, e mettono in evidenza un problema di carattere strutturale nell'ordinamento dello Stato convenuto. In queste sentenze la Corte non si limita a individuare il problema che il caso presenta, ma si spinge sino a indicare le misure più idonee per risolverlo» – cfr. Corte cost., sentenza n. 210 del 2013, punto n. 7.2 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 200 del 2016, punto n. 5 del *Considerato in diritto*; merita di essere segnalata anche la più recente sentenza n. 120 del 2018, in cui la Corte costituzionale parla di un «approdo giurisprudenziale stabile» per poi sottolineare che «la norma convenzionale, nel significato attribuitole dalla Corte EDU, cui – come è noto – l'art. 32 della Convenzione riserva il potere interpretativo, porta ad escludere che la facoltà riconosciuta agli Stati contraenti, di introdurre restrizioni all'esercizio dei diritti sindacali dei militari, possa spingersi fino a negare in radice il diritto di costituire associazioni a carattere sindacale. Pertanto, il divieto di costituire tali associazioni, contenuto nella disposizione censurata, è incompatibile con l'art. 11 della CEDU».

²⁷ In particolare dalla dottrina penalistica: F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2/2015, p. 333 ss.

alle affermazioni contenute proprio nella sentenza n. 49 – ha inequivocabilmente ribadito che «tutte le [sue] sentenze hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla composizione nella quale vengono rese»²⁸.

Paradigmatica, in questo senso, la complessa vicenda *De Tommaso*²⁹: a fronte di una sentenza di condanna emessa dalla Grande Camera della Corte EDU nei confronti dell'Italia in materia di misure di prevenzione, i giudici comuni hanno fornito risposte differenti, addirittura antitetiche con specifico riguardo alla valutazione del carattere, più o meno, consolidato dell'orientamento della Corte europea³⁰. Da una parte, infatti, i Tribunali di Milano³¹ e Palermo³² hanno escluso chiaramente – con argomentazioni non implausibili – di essere vincolati alla sentenza della Corte EDU, perché ritenuta non espressiva di un orientamento consolidato, giungendo così ad applicare nei due casi di specie la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale oggetto di censura in sede europea, come se la Corte EDU non si fosse mai pronunciata sul punto. Dall'altra, la Corte d'appello di Napoli³³, nel marzo del 2017, e poi i Tribunali

²⁸ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, sentenza 28 giugno 2018, § 252; su cui, ancora, A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, cit, p. 4.

²⁹ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, con commento, a prima lettura, di A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della 'legge', ma una rondine non fa primavera*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017.

³⁰ È stato autorevolmente sostenuto che «la posizione della Grande Camera è oggi il punto fermo con cui dovremo confrontarci, non essendo qui praticabile la via di fuga rappresentata dall'eventuale negazione del carattere di 'giurisprudenza consolidata' dei principi di diritto espressi da questa pronuncia – la stessa sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, cui si deve notoriamente la formula in parola, avendo riconosciuto espressamente tale carattere alle sentenze della Grande Camera» – cfr. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017, p. 377.

³¹ Cfr. Trib. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, decreto 7 marzo 2017. Per un commento critico del provvedimento, v. S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato. Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), Pres. Est. Cernuto*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2017.

³² Cfr. Trib. Palermo, Sez. I pen. – misure di prevenzione, ord., 28 marzo 2017, Pres. Petrucci, Est. Francolini, consultabile su www.penalecontemporaneo.it con un breve commento di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, 13 aprile 2017.

³³ Cfr. Corte d'appello di Napoli, Sez. VIII pen. – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, con un breve commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima*

di Udine³⁴ e Padova³⁵, prendendo atto della citata sentenza europea, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, censurando la illegittimità convenzionale/costituzionale della disciplina interna in materia di misure di prevenzione, con ciò – pur in assenza di una espressa presa di posizione sul punto, nel primo caso³⁶, e soltanto di alcuni veloci riferimenti al tema nei due successivi³⁷ – risolvendo in termini positivi il dubbio circa l’esistenza di un «*well-established case-law*» in ordine al parametro convenzionale evocato. Nello stesso senso, si sono poi orientate anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nelle sentenze *Paternò*³⁸ e *Sorresso*³⁹, quando chiamate ad applicare la fattispecie di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 alla luce delle novità poste dal recente *dictum* europeo, hanno esplicitamente affrontato il nodo del carattere, più o meno, consolidato della *ratio decidendi* espressa nella sentenza *De Tommaso*, peraltro senza ignorare la presenza, nella giurisprudenza di merito, delle valutazioni contrarie prima ricordate. Nel secondo dei casi citati, in particolare, il massimo organo della nomofilachia ha svolto plurime e puntuali considerazioni sul tema in parola, andando a verificare la sussistenza di tutti gli indici che la Corte costituzionale

ricaduta interna della sentenza De Tommaso, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2017.

³⁴ Cfr. Trib. Udine, 10 aprile 2017, ord. n. 115 (G.U. n. 37 del 2017), su cui F. P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Archivio penale*, 2017.

³⁵ Cfr. Trib. Padova, 30 maggio 2017, ord. n. 146 (G.U. n. 43 del 2017).

³⁶ Si legge nell’ordinanza citata che «le decisioni della Corte EDU che interpretino la Convenzione assegnando uno specifico contenuto precettivo alle norme della stessa, particolarmente quando assunte dalla Grande Camera e come tali espressive di orientamento uniforme e definitivo della Corte, pur non potendo essere direttamente applicate dal giudice comune interno si pongono come parametro costituzionale interposto, assumendo la norma convenzionale, così come interpretata, rango costituzionale, con il conseguente obbligo del giudice comune interno, quando non sia possibile rinvenire una interpretazione della norma interna conforme alla norma convenzionale, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l’art. 117 della Costituzione in relazione al contrasto con la norma convenzionale».

³⁷ Il Tribunale di Udine ha osservato, sul punto, che «non si ignora che la Corte costituzionale, con sentenza n. 49 del 2015, ha statuito che il giudice non ha obbligo di porre a fondamento del proprio processo interpretativo la giurisprudenza della Corte europea, che non sia espressione di un orientamento consolidato nel denunciare la violazione dei principi CEDU; nel caso in esame la decisione proviene però dalla Grande Camera (pur assunta con plurime opinioni dissenzienti) e ciò ad avviso del tribunale supera la mancanza di un orientamento consolidato». Il Tribunale di Padova, da parte sua, dopo aver richiamato la sentenza n. 49 (negli stessi termini di cui sopra), ha rilevato che «nel caso in esame la decisione, proveniente dalla Grande Camera, ha una portata precettiva tale che, sebbene non vincolante sul piano formale, si pone sul piano sostanziale quale criterio per l’interprete, ance suggerendo una rivisitazione dell’esplicazione del principio di legalità in materia di misure di prevenzione, la cui osservanza in concreto, sotto il profilo della determinazione dei comportamenti tipici tali da determinare la sussunzione dell’individuo in soggetto connotato dalla cosiddetta ‘pericolosità generica’ viene demandata al giudice».

³⁸ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*.

³⁹ Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 11 ss.

aveva, sia pur in modo non esaustivo⁴⁰, enucleato nella sentenza n. 49⁴¹. Anzitutto, l'autorevolezza dell'organo decidente, pur non rappresentando un elemento di per sé decisivo, per le Sezioni Unite, costituisce un indice dalla rilevante idoneità dimostrativa del carattere consolidato della giurisprudenza europea⁴². Nondimeno, è grazie all'esame congiunto di tutti gli ulteriori parametri indicati dalla Corte costituzionale che è possibile, nel caso di specie, fugare qualsivoglia dubbio in ordine alla natura *consolidata* del principio di diritto espresso dalla Corte EDU: esclusa la presenza nella decisione *De Tommaso* di alcun profilo di creatività e dopo aver rilevato positivamente la «specificità delle valutazioni in essa contenute, espressamente dirette nei confronti della legge italiana (e fondate su una analitica valutazione del diritto interno, sia di matrice legislativa che giurisprudenziale)»⁴³, la Suprema Corte si è confrontata con le numerose e significative opinioni dissenzienti annesse alla pronuncia della Corte europea, rilevando come «gli argomenti offerti dai giudici dissenzienti centrati sulla valorizzazione della novità e, dunque, del sostanziale 'isolamento' della sentenza *De Tommaso* non avessero la capacità di incidere l'efficacia argomentativa della decisione», quantomeno per il profilo che interessava ai fini della soluzione della *regiudicanda*, ovvero sia per le valutazioni sulla «qualità della legge italiana» in relazione alla «tassatività delle condotte indicate dall'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011»⁴⁴. Da parte sua, la Corte costituzionale – in occasione delle pronunce n. 24 e 25 del 2019⁴⁵ – ha preso posizione, sia pur in modo implicito, su questo punto, riconoscendo la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., letto alla luce proprio della sentenza *De Tommaso* e

⁴⁰ La stessa Corte di Cassazione, sul punto, correttamente rileva che «si tratta di indicatori che, all'apparenza sono sullo stesso piano, senza che sia possibile riconoscere tra gli stessi alcuna gerarchia o prevalenza, ed il cui scrutinio è rimesso all'apprezzamento ampiamente discrezionale del giudice comune» – cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 11.

⁴¹ Si legge precisamente nella sentenza della Suprema Corte: «per effettuare una avvertita analisi della stabilità del diritto convenzionale che aspira ad avere efficacia conformativa occorre dunque esaminare tutti i parametri indicati» – cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 12.

⁴² «Secondo la prassi che governa il funzionamento della Corte di Strasburgo le sentenze di Grande camera vincolano le sezioni semplici e sono reversibili solo attraverso un nuovo intervento del massimo organo di interpretazione del diritto convenzionale (come conferma, a titolo esemplificativo, l'*overruling* sulla retroattività ante giudicato della *lex mitior* sopravvenuta, deciso dalla Grande camera nel caso Scoppola c. Italia)» – Cass., sez. II Pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 12.

⁴³ Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 14.

⁴⁴ Cfr., ancora, Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 14.

⁴⁵ Cfr. Corte cost., sentenze n. 24 e n. 25 del 2019, con nota di S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte edu*, in *Sistema penale*, 4 marzo 2019; interessante notare che in entrambi i casi l'Avvocatura dello Stato, tra le varie argomentazioni, aveva fatto valere proprio il difetto di consolidamento nell'indirizzo espresso dalla Corte EDU con la sentenza *De Tommaso*.

quindi, per quanto più interessa, accreditando la lettura in termini consolidati del pronunciamento europeo.

Un simile contesto giurisprudenziale – che, peraltro, *mutatis mutandis*, ricorda quello determinatosi all’esito della sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia – appare emblematico delle incertezze che permangono, pur a fronte di un orientamento della Corte costituzionale che è andato perfezionandosi nel corso degli anni, sul tema dei rapporti tra il sistema nazionale e quello della CEDU⁴⁶. Degna di nota, in questa stessa prospettiva, è la vicenda *Contrada* che interessa soprattutto per il suo esito definitivo⁴⁷, cristallizzato all’interno di una importante sentenza delle Sezioni Unite che ha riconosciuto come i principi affermati dalla Corte EDU nella sentenza del 2015 non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella stessa posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata⁴⁸.

In termini generali e, comunque, in disparte le criticità appena evidenziate, può osservarsi che, grazie soprattutto ad una mutata sensibilità della

⁴⁶ Sempre sui rapporti con la Corte EDU, che ha visto arricchirsi il proprio armamentario con il parere consultivo, nella sentenza n. 33 del 2021, la Corte costituzionale ha chiarito quanto segue: «il parere consultivo reso dalla Corte EDU su richiesta della Corte di cassazione francese non sia vincolante, come espressamente stabilisce l’art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU: né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati, tanto meno per quelli – come l’Italia – che non hanno ratificato il protocollo in questione»; sul tema, v., in particolare, E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021.

⁴⁷ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 8544 del 2020, Ric. *Genco*, ove si legge chiaramente che: «la pronuncia non costituisce espressione di un diritto consolidato, ossia non si inserisce in un filone interpretativo uniforme, costantemente rintracciabile in pronunce di analogo tenore argomentativo e dispositivo. Non risultano, infatti, in precedenza, ma nemmeno dal 2015 ad ora, ulteriori decisioni di accoglimento di ricorsi proposti da soggetti, condannati dallo Stato italiano per la identica fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen., quanto alla carente prevedibilità della natura di illecito penale delle condotte compiute ed alla pena discendente. Ed anche il ricorso proposto da Marcello Dell’Utri in data 30 dicembre 2014 per far valere analogo violazione, sovrapponibile a quella del *Contrada*, a distanza di oltre cinque anni è tuttora pendente e non è stato deciso. Inoltre, come segnalato in più contributi dottrinali, nella giurisprudenza europea non è dato nemmeno rinvenire una univoca e costante impostazione interpretativa ed applicativa dei concetti di accessibilità e prevedibilità del diritto penale, intesi quale possibilità materiale per il cittadino di prendere anticipata conoscenza del comando normativo penale e precognizione delle conseguenze punitive in caso di sua trasgressione, entrambi requisiti qualitativi del principio di legalità».

⁴⁸ Per un commento dell’intera vicenda, v. S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema penale*, 11 marzo 2020.

giurisprudenza nazionale – sia di merito che costituzionale⁴⁹ –, l’impatto che le decisioni della Corte EDU hanno avuto sull’ordinamento interno, con specifico riguardo all’estensione delle garanzie sottese al *nullum crimen*, è stato oltremodo significativo, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo⁵⁰. Nelle prossime pagine, si cercherà di ragionare proprio intorno ai settori dell’ordinamento nazionale in cui la diversa – anche se non necessariamente più ampia, come si dirà – nozione di *matière pénale* ha sconfinato, nel corso degli ultimi anni, determinando l’attrazione sotto l’egida degli artt. 6 e 7 CEDU di istituti collocati dal legislatore italiano al di fuori del «nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale»⁵¹.

2. Gli sconfinamenti tradizionali: le misure di sicurezza e il diritto processuale penale

Tradizionalmente, si ritiene che la formulazione non omogenea dell’art. 25, secondo e terzo comma, Cost. abbia come naturale conseguenza quella di configurare un regime intertemporale differenziato, rispettivamente, per le pene in senso stretto e per le misure di sicurezza⁵². Anche la Corte costituzionale – fin da una risalente pronuncia degli anni sessanta⁵³ – ha rimarcato che il distacco tra i due commi dell’art. 25 Cost. è evidente, al punto da giustificare la presenza

⁴⁹ In questa prospettiva, può utilmente segnalarsi anche la sentenza n. 43 del 2018, con cui la Corte costituzionale ha deciso nel senso della restituzione degli atti al giudice rimettente per un nuovo esame dei termini della questione, sollevata in relazione all’art. 649 c.p.p., alla luce del *novum* rappresentato dalla sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso *A. e B. c. Norvegia*; a commento della decisione, si v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2018.

⁵⁰ In generale, sul tema dell’incidenza della giurisprudenza della Corte EDU nelle decisioni del giudice costituzionale italiano, si vedano le riflessioni di T. GROPPI, *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Federalismi*, 2016; cfr., anche, con specifico riguardo al settore penale, G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle decisioni della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2015.

⁵¹ Per utilizzare le parole della Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 43 del 2017, punto n. 4.3 del *Considerato in diritto*.

⁵² Per tutti, v. V. MANES, *I principi costituzionali in materia penale*, cit., p. 8.

⁵³ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 53 del 1968, punto n. 1 del *Considerato in diritto*; posizione ribadita in modo chiaro anche dalla recentissima Corte cost., sentenza n. 22 del 2022, punto n. 5.3.1 del *Considerato in diritto*, ove si legge che l’art. 25, terzo comma, Cost. declina il principio di legalità rispetto alle misure di sicurezza in modo differenziato rispetto a quanto previsto nel secondo comma a proposito delle pene, non prevedendo – in particolare – la garanzia della loro irretroattività in *peius*.

nell'ordinamento di una disposizione, come l'art. 200 c.p., a mente della quale «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione», vale a dire non da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via l'ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale⁵⁴. Sul diverso versante della riserva di legge, invece, la Corte costituzionale ha anche recentemente ribadito che non vi è motivo per trattare diversamente le due figure, precisando altresì come una lettura dell'art. 25 Cost. coerente con l'art. 13, secondo comma, Cost. non possa non condurre «alla conclusione che la legge deve [...] prevedere, almeno nel loro nucleo essenziale, i modi con cui la misure di sicurezza può restringere la libertà del soggetto che vi sia sottoposto»⁵⁵.

In generale, comunque, la retroattività delle misure di sicurezza, autorizzata dall'art. 25, terzo comma, Cost. è connaturata alla circostanza che tali misure costituiscono strumenti finalizzati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità: una tale finalità – nelle parole della Corte⁵⁶ – potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena o con misure di sicurezza di minore gravità. Ciò che all'evidenza non potrebbe essere concesso al legislatore per le sanzioni penali propriamente intese. Proprio la presa d'atto delle peculiari funzioni e caratteristiche, in punto di disciplina, delle misure di sicurezza induce a svolgere una verifica scrupolosa – non solo nominale, ma anche contenutistica – delle scelte del legislatore: l'esigenza, che si inserisce coerentemente nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte EDU a partire dalle pronunce degli anni settanta⁵⁷, è quella di evitare che «risposte di segno repressivo, e

⁵⁴ In quell'occasione, la Corte concluse osservando che «il tentativo di identificazione operato sulla base del principio di legalità si manifesta dunque del tutto infondato; e tale deve ritenersi, allo stesso proposito, anche l'accostamento terminologico espresso a un certo punto dell'ordinanza: principio di stretta legalità o di riserva legislativa» – cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 53 del 1968, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 22 del 2022, punto n. 5.3.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ «Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surruttizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione. In particolare, la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a tal fine, o alla natura stessa dell'illecito – da determinare, a propria volta, sulla base di due sotto-criteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione – ovvero alla

quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezze, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene»⁵⁸.

Con l'ordinanza n. 97 del 2009, la Corte costituzionale si è occupata precisamente della possibilità di applicare in via retroattiva, anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, la misura della confisca per equivalente prevista, nella materia tributaria, dalla legge n. 244 del 2007⁵⁹. Discostandosi dal presupposto interpretativo cui aveva ancorato le proprie valutazioni il giudice *a quo* – in merito alla possibilità di applicare, appunto, retroattivamente la misura censurata –, la Corte ha ricordato, sulla scorta di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione⁶⁰, che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un 'rapporto di pertinenzialità' (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura 'eminentemente sanzionatoria', che impedisce l'applicabilità di tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p.»⁶¹, in forza del quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive. Nelle parole della Corte, peraltro, «a tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il secondo comma dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente»⁶². Una conclusione talmente scontata da giustificare un dispositivo di manifesta infondatezza.

Nella successiva sentenza n. 196 del 2010, la Corte costituzionale si è confrontata in modo più disteso con questo problema, scrutinando una questione di legittimità relativa agli artt. 200 e 236 c.p. e 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 285 del 1992, *Nuovo codice della*

gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata» – cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹ Il giudizio di costituzionalità, più nel dettaglio, aveva ad oggetto gli artt. 200, 322-ter c.p. e 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008*.

⁶⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sentenze nn. 39173, n. 39172 e 21566 del 2008.

⁶¹ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 97 del 2009.

⁶² Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, sentenza 9 febbraio 1995; e Corte cost., ordinanza n. 97 del 2009.

*strada*⁶³: in sostanza, il giudice *a quo* aveva lamentato il fatto di dover applicare retroattivamente, perché non prevista al momento di realizzazione delle condotte, un'ipotesi speciale di confisca⁶⁴ e tale misura, lungi dal soddisfare un bisogno di natura cautelare, sarebbe stata connotata per il rimettente da funzioni di tipo sanzionatorio e meramente repressivo. Su questa linea, la Corte costituzionale ha condiviso la prospettazione del giudice *a quo*, mettendo in discussione la qualificazione formale operata dal legislatore: una misura di sicurezza, insomma, solo sulla carta, ma una vera e propria pena, con finalità punitive, nella sostanza; diversamente non potrebbe spiegarsi la circostanza che la misura *de qua* è destinata a ricevere applicazione «anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva» ed inoltre, per altro verso, la constatazione che la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva»⁶⁵. Su queste basi, la Corte ha ravvisato il contrasto con l'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 7 CEDU, e, per l'effetto, dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, nella parte in cui rinviando all'art. 240 c.p., ne consentiva un'applicazione retroattiva⁶⁶.

Questa decisione rappresenta, per molti aspetti, un punto di svolta nella giurisprudenza costituzionale sui confini della *materia penale*⁶⁷: oltre al rilievo insito nella scelta di riqualificare in termini sostanzialmente penali la misura di sicurezza della confisca dell'autoveicolo, la pronuncia presenta una valenza di carattere generale, perché per la prima volta in modo esplicito la Corte ha suggerito l'idea che l'art. 25, secondo comma, Cost. presenta una formulazione così ampia da poter essere interpretato nel senso che ogni

⁶³ Articoli, questi ultimi, censurati dal remittente nel testo modificato, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lettera b), e 2, lettera b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

⁶⁴ Già nella sentenza n. 131 del 1986, la Corte costituzionale aveva osservato che «in dottrina sono state prospettate tesi diverse in ordine alla natura giuridica della sospensione e della revoca giudiziali della patente di guida: è noto, infatti, che è stato sostenuto che le predette sospensioni e revoca costituiscono pene principali, misure di sicurezza, provvedimenti formalmente giurisdizionali ma sostanzialmente amministrativi (al pari degli analoghi provvedimenti del prefetto), pene accessorie ovvero sanzioni criminali atipiche rientranti nella categoria generale degli effetti penali della condanna».

⁶⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁶ A sostegno della propria conclusione, la Corte ha richiamato anche un precedente in cui la confisca è stata dai Giudici costituzionali qualificata come una sanzione accessoria, idonea a scongiurare la reiterata utilizzazione illecita del mezzo, specie quando (come avviene proprio nel caso contemplato dall'art. 186 del codice della strada, cui si riferiscono le fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*) sussiste un rapporto di necessaria strumentalità tra l'impiego del veicolo e la consumazione del reato – cfr. Corte cost., sentenza n. 345 del 2007, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

⁶⁷ Cfr. *infra* Cap. 6.

intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato⁶⁸.

Ora, la rilevanza dell'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sul sistema italiano si può apprezzare anche guardando al diritto processuale penale⁶⁹, ambito nel quale, in effetti, già da diverso tempo – e forse anche prima delle *scosse telluriche*⁷⁰ scatenate dalle recenti decisioni delle Corti europee⁷¹ –, il modello formale accolto a livello nazionale è stato messo sotto tensione⁷². L'ascrizione di un istituto all'interno della materia penale processuale è scelta dalle cruciali ricadute sul piano pratico. In caso di successione di leggi nel

⁶⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.5 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ Non si tratta di un approfondimento fuori fuoco: come rileva L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 93, in questo ambito «siamo al di fuori dello specifico oggetto della nostra indagine, volta a chiarire i contorni della materia penale, posto che la soluzione dei casi in questione pone il diverso problema di operare partizioni interne a tale materia, tra diritto sostanziale e processuale ... Dal momento però che tali distinzioni risultano comunque rilevanti per determinare l'ambito di applicabilità delle garanzie penalistiche, che è appunto lo scopo per il quale stiamo ora studiando la nozione convenzionale di materia penale, daremo conto di seguito delle conclusioni cui è approdata la giurisprudenza in argomento»; con lo stesso spirito, in questo paragrafo, si esamineranno alcune ipotesi in cui, anche a fronte delle sollecitazioni provenienti dalla Corte EDU, la distinzione tra diritto penale sostanziale e processuale non può dirsi così netta.

⁷⁰ Espressione efficacemente utilizzata, proprio per riferirsi alla più recente giurisprudenza della Corte EDU, da F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, cit., p. 1.

⁷¹ Qui il riferimento è rivolto, volutamente, ad entrambe le Corti europee: non solo la Corte EDU, ma anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, le cui recenti prese di posizione in materia di prescrizione, come si dirà più diffusamente nel testo, hanno provocato una forte reazione a livello domestico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che ha interessato proprio il tema dei confini tra la *materia penale sostanziale e processuale*.

⁷² Numerosi sono, infatti, i temi in cui il confine tra natura sostanziale o processuale può dirsi sfumato, rispetto ai quali, pertanto, si è spesso dibattuto sul canone intertemporale applicabile: la prescrizione, la custodia cautelare, la sospensione del procedimento con messa alla prova, la competenza per materia e, da ultimo, la non punibilità per speciale tenuità del fatto; già G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 261, osservavano che «l'appartenenza di una norma al diritto penale sostanziale o al diritto processuale è talora controversa, con la conseguenza che per una serie di istituti che si collocano ai confini tra i due settori dell'ordinamento quel criterio non consente di stabilire se siano o no interessati dal divieto di retroattività», per i quali, inoltre, «per la soluzione di questi problemi bisogna far capo non tanto all'appartenenza di questo o quell'istituto al diritto penale sostanziale o processuale, quanto alla funzione assegnata dalla Costituzione al principio di irretroattività»; più di recente, sul tema G. TRINTI, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2017.

tempo, infatti, in ossequio al principio del *tempus regit actum*⁷³ – che governa, appunto, la materia penale processuale –, la disciplina di nuovo conio è chiamata a regolare sia i processi iniziati dopo la sua entrata in vigore, sia i singoli atti, compiuti successivamente a tale data, riferibili ai processi già pendenti, e ciò anche nell'ipotesi in cui la nuova disciplina dovesse essere più rigorosa o più severa rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio⁷⁴. La materia penale sostanziale, come più volte evidenziato, è viceversa governata dal principio d'irretroattività *in malam partem* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁷⁵ e dal simmetrico, benché distinto sul versante del fondamento costituzionale⁷⁶, principio di retroattività favorevole, in forza del quale, a mente di quanto previsto dall'art. 2, terzo comma, c.p., «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo», fatte salve, come noto, le sole statuizioni oramai coperte dal giudicato. Regole, tutte queste, che assumono primaria rilevanza, allorché l'interprete deve maneggiare atti il cui compimento o i cui effetti si estendono nel tempo, rispetto ai quali, pertanto, eventuali sopravvenienze legislative di tipo sfavorevole potrebbero ragionevolmente porre problemi di interpretazione *ratione temporis*.

⁷³ Per la cui definizione si rinvia a G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 261, per cui «per le norme relative al processo penale opera di regola il principio *tempus regit actum*, cioè il principio secondo il quale gli atti processuali già compiuti conservano la loro validità anche dopo un mutamento della disciplina legislativa, mentre gli atti da compiere sono immediatamente disciplinati dalla nuova legge processuale, ancorché collegati ad atti compiuti in precedenza». Si osserva, nella stessa prospettiva, che la Corte europea ha ritenuto ragionevole l'applicazione, da parte dei giudici interni, del principio *tempus regit actum* per quanto riguarda le norme processuali (v., a proposito di una nuova regolamentazione dei termini per la presentazione di un ricorso, *Mione c. Italia*, sentenza 12 febbraio 2004, e *Rasnik c. Italia*, sentenza 10 luglio 2007; v. anche *Martelli c. Italia*, sentenza 12 aprile 2007, relativa all'attuazione di una legge contenente nuove norme in materia di valutazione delle prove, e *Coëme e altri*, citata nel testo, §§ 147-149, relativa all'applicazione immediata ai procedimenti in corso delle leggi di modifica delle norme in materia di prescrizione – cfr. Corte EDU, G.C. *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, § 110).

⁷⁴ Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 3688 del 2011, ove si osserva che «le leggi le quali regolano il procedimento ne' giudizi penali sono eminentemente di ordine pubblico, e quindi senza declinare dal principio dell'irretroattività, all'istante della loro pubblicazione si vanno ad impossessare del giudizio nello stato in cui lo trovano, e regolano senza distinzioni di sorta i giudizi pendenti e futuri».

⁷⁵ Riprodotto a livello di legislazione primaria dall'art. 1 c.p., secondo cui «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato».

⁷⁶ Il principio di retroattività favorevole trova il proprio fondamento nel principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., il quale, come già si è detto, impone «in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» – cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, punto n. 6.4 del *Considerato in diritto*; e, nello stesso senso, sentenza n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

Emblematico, in questo senso, il settore delle misure cautelari, intorno alle quali si è lungamente dibattuto – sia in dottrina che in giurisprudenza – sulla possibilità di applicare retroattivamente la nuova disciplina più severa, in particolare, per la parte che incide, nel senso di allungare i termini massimi o i termini di fase, su misure già disposte prima dell'entrata in vigore della novella⁷⁷. Nonostante in dottrina fossero stati proposti validi argomenti di segno contrario⁷⁸, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con importanti avalli anche delle Sezioni Unite⁷⁹, si è orientata verso una lettura in chiave interamente processualistica delle misure cautelari, in quest'ottica assoggettate al regime del *tempus regit actum*, garantendo così all'interprete la possibilità di applicare anche ai processi pendenti, e alle misure già in atto, le nuove, ed eventualmente più severe, condizioni⁸⁰. È bene precisare, però, che tale orientamento non ha messo in discussione la regola per cui la sopravvenienza normativa che incida sulla sola pena prevista per il reato posto a fondamento della misura cautelare, aggravandone il relativo trattamento sanzionatorio, rimane assoggettata al regime della irretroattività *in malam partem*, proprio, come più volte detto, della sola materia penale sostanziale, anche per i profili che concernono le ricadute processuali del

⁷⁷ Per G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 266, in questi casi, «il principio di irretroattività non oppone alcun ostacolo al prolungamento dei termini nei confronti di quell'imputato: non viene vulnerato in alcun modo il diritto del cittadino di sapere prima di agire se e come potrà essere punito, dal momento che la custodia cautelare risponde non ad una logica di anticipazione della pena, bensì a finalità processuali, in primo luogo quella di evitare che l'imputato inquina le prove e si dia alla fuga, sottraendosi alla possibile condanna».

⁷⁸ Riferibili in buona sostanza a tre macro-argomenti: la custodia cautelare attiene allo *status libertatis*; i relativi presupposti applicativi non sono così diversi da quelli richiesti per l'applicazione della pena; infine, il tempo trascorso in sede di custodia cautelare deve essere computato, come *pre-sofferto*, nel tempo di detenzione da scontare in forma di pena, con una tendenziale fungibilità di natura giuridica tra il tempo trascorso in esecuzione della misura cautelare e quello da trascorrere in applicazione della condanna detentiva definitiva. Può essere interessante segnalare che in una recente pronuncia – la n. 57 del 2022, resa in sede di giudizio di ammissibilità del referendum – la Corte, dopo aver ribadito che lo strumento penale costituisce «un'*extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela», ha considerato che «[I]e esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni», ha sottolineato che questo principio «non può non riverberarsi anche sulle misure cautelari personali, soprattutto quelle privative della libertà personale, approntate dal legislatore in vista del conseguimento delle finalità proprie del processo penale e per fronteggiare imprescindibili esigenze di tutela della collettività ancor prima dell'accertamento della responsabilità penale».

⁷⁹ Cfr. in particolare, Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 27919 del 2011, Ric. *Ambrogio*.

⁸⁰ Questione diversa è, invece, quella relativa alla possibilità di applicare retroattivamente una eventuale disciplina di maggior favore anche con riferimento ad istituti di natura *processuale*, in deroga al principio del *tempus regit actum*; cfr. Cass., sez. VI pen., sentenza n. 48462 del 2013, con nota di E. GUIDO, *Condizioni di applicabilità della custodia cautelare in carcere e retroattività dello ius superveniens di favore*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 10 gennaio 2014.

novum normativo⁸¹. In altri termini, quando la modifica legislativa riguarda un elemento sostanziale – la pena, appunto – pur se correlato ad un istituto considerato come processuale, è preclusa la possibilità di dare applicazione retroattiva alla più severa novella legislativa⁸².

Più difficoltosa può apparire la soluzione del regime inter-temporale applicabile quante volte il legislatore configuri gli istituti *di confine* in modo ambiguo, senza fornire precise indicazioni sulla relativa natura giuridica. Può essere quindi utile, anche se in modo cursorio, richiamare il dibattito che si è recentemente animato, nel contesto domestico, in ordine alla possibilità di applicare retroattivamente gli istituti della non punibilità per speciale tenuità del fatto, previsto dall'art. 131-*bis* c.p.⁸³, e della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 168-*bis* e ss. c.p.⁸⁴.

Ai nostri fini, comunque, per mettere in luce le differenze tra il modello di *materia penale* nazionale ed europeo, interessa maggiormente volgere lo sguardo verso la giurisprudenza della Corte EDU, prendendo in esame quegli istituti che sono stati direttamente interessati dalle decisioni del Giudice sovranazionale.

⁸¹ Tenendo a mente, a tal riguardo, l'insegnamento delle Cass. Pen., SS. UU., 28 gennaio 1998 n. 3, *Budini*, e coeve *Sassosi e Bonanni*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2324, con le quali è stato affermato, in tema di necessità di espletamento dell'interrogatorio di garanzia dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* degli artt. 294 e 302 c.p.p. intervenuta con sentenza n. 77 del 1997 della Corte costituzionale, che: «d'altro canto è assai agevole osservare che il richiamo alla regola *tempus regit actum* è, nel caso in esame, del tutto inconferente. Tale regola invero, ha valore solo procedurale, mentre all'interrogatorio di garanzia sono legati interessi di natura prettamente sostanziale e, primo tra tutti, quello alla libertà del cittadino»; sul tema, v. G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sul regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: un revirement giurisprudenziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 19 luglio 2011.

⁸² L'esempio classico è quello della modifica della cornice edittale del reato sulla cui base è stata applicata la *misura cautelare*: quand'anche dovesse derivarne, in ragione della relativa disciplina processuale (dei termini di fase) un più severo regime applicativo, non sarebbe possibile applicare retroattivamente la novella, perché riferita ad un elemento sostanziale (la pena, appunto) coperto dalle garanzie dell'art. 25, secondo comma, Cost.

⁸³ Introdotta, nell'esercizio della delega di cui alla legge n. 67 del 2014, con il d.lgs. n. 28 del 2015: l'art. 131-*bis* c.p. consente al giudice di ritenere il fatto non punibile quando sussistano una serie di condizioni che, *in primis*, attengono alla cornice edittale, la non punibilità potendo infatti essere applicata solo per reati puniti con una pena detentiva (o pecuniaria congiunta alla detentiva) non superiore ai cinque anni; in *secundis* per l'applicabilità di tale istituto si richiede altresì la sussistenza di due indici-criteri, tra loro cumulativi, riferibili alla particolare tenuità dell'offesa e alla non abitualità del comportamento. Per una precisa ricostruzione della genesi e del fondamento dell'istituto, v., da ultimo, Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 18891 del 2022, ric. *Ubaldi*.

⁸⁴ Rispetto al quale occorre, in particolare, osservare che l'istituto «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova» – cfr. Corte cost., sentenza n. 240 del 2015, punto n. 2.1 del *Considerato in diritto*.

Ineludibile, in questa prospettiva, il confronto con la celebre vicenda *Scoppola*, che, a partire dal settembre del 2009, ha visto coinvolte, a vario titolo, la Grande Camera della Corte europea, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione e diversi giudici di merito⁸⁵. Nel 2003, il Sig. *Scoppola* adiva la Corte di Strasburgo⁸⁶, lamentando di aver illegittimamente subito – perché applicatagli in via retroattiva e, quindi, in violazione dell’art. 7 CEDU⁸⁷ – una condanna alla pena dell’ergastolo, in luogo di quella, meno severa, prevista al momento della instaurazione del procedimento penale a suo carico. A fondamento del ricorso, l’idea che alla diminuzione di cui all’art. 442 c.p.p., prevista per coloro i quali accedano al rito abbreviato, debba riconoscersi non già natura *processuale*, come la collazione topografica della disposizione invero suggerirebbe, bensì sostanziale in ragione della sua immediata incidenza sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile nel caso concreto⁸⁸. Per inquadrare più precisamente i termini della questione portata all’attenzione della Corte EDU, è opportuno spendere alcune parole introduttive in merito al contesto normativo entro cui la stessa si inserisce, avuto riguardo ai numerosi ed articolati interventi, a livello legislativo e giurisprudenziale, che ne hanno caratterizzato l’evoluzione nel corso degli anni. L’art. 442 c.p.p. prevedeva in origine, nel caso di giudizio abbreviato, appunto, la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella di trent’anni di reclusione; questa norma è stata però dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega⁸⁹ e, per l’effetto, tra il 1991 e il 1999, l’accesso al rito abbreviato,

⁸⁵ Tra i molti, sulla complessità della vicenda *Scoppola*, si v. M. SCOLETTA, *Norme penali “convenzionalmente illegittime” e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in *Federalismi*, 2014.

⁸⁶ Ed è interessante notare che, prima di adire la Corte EDU, il ricorrente aveva presentato un ricorso straordinario per errore di fatto, ai sensi dell’art. 625-*bis* c.p.p., sostenendo che «la sua condanna all’ergastolo a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legge n. 341 del 2000, e quindi attraverso una norma penale retroattiva, costituiva una violazione dell’art. 7 della Convenzione e dei principi del processo equo»; strumento infruttuosamente esperito perché, con sentenza del 14 maggio 2004, la Corte di Cassazione dichiarava inammissibile il ricorso, osservando che «l’interessato non denunciava errori di fatto commessi dalle autorità giudiziarie interne ma mirava, essenzialmente, a rimettere in discussione la valutazione dei punti di diritto emanati dalla Corte di cassazione». Sul tema degli strumenti che, prima della già citata sentenza n. 113 del 2011, la giurisprudenza comune ha messo in campo per conformare l’ordinamento penale (processuale, in particolare) ai *dicta* della Corte EDU, si v. G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L’incidenza sul giudicato interno delle decisioni della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit.

⁸⁷ Nel proprio atto di ricorso, il Sig. *Scoppola* allegava anche la violazione dell’art. 6 CEDU – Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, §§ 127-128.

⁸⁸ Soluzione che sarebbe confermata, secondo la tesi del ricorrente, anche dalla giurisprudenza interna: a tal riguardo, viene infatti citata la sentenza della Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 2977 del 1992, Imp. *Merletti*.

⁸⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 176 del 1991, punto n. 3 del *Considerato in diritto*, in cui il Giudice costituzionale ha rilevato che «la sostituzione invece operata, con la pena

sulla base del quadro normativo all'epoca vigente, è stato precluso agli imputati dei delitti puniti con l'ergastolo. Con la legge n. 479 del 1999, il legislatore modificava l'art. 442 c.p.p., reintroducendo la possibilità di procedere con il giudizio abbreviato anche per i reati punibili con l'ergastolo (stabilendo nuovamente la sostituzione della pena perpetua con quella di trent'anni di reclusione). In seguito, il d.l. n. 341 del 2000, convertito con legge n. 4 del 2001, modificava un'ulteriore volta la previsione in parola, disponendo, in via di interpretazione autentica, che «nell'art. 442, comma 2, del codice di procedura penale, l'espressione 'pena dell'ergastolo' è riferita all'ergastolo senza isolamento» e che «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo»⁹⁰. Nel proprio atto di ricorso, dopo aver ricostruito in questi termini il contesto normativo di riferimento, il Sig. *Scoppola* riferiva di essere stato, in un primo momento, condannato alla pena di trent'anni di reclusione, in applicazione della diminuzione prevista dal citato art. 442 c.p.p.; pena poi rivista, in sede d'appello e sostituita con la più severa pena dell'ergastolo, ai sensi della novella introdotta con il d.l. n. 341 del 2000. Quando il G.U.P. emetteva la prima sentenza di condanna, però, il citato d.l. non era ancora entrato in vigore e, per il ricorrente, questa circostanza rendeva l'applicazione nei suoi confronti della pena dell'ergastolo convenzionalmente illegittima, per violazione dell'art. 7 CEDU.

Al centro della questione, come anticipato, la possibile qualificazione in termini *sostanzialmente* penali della previsione che disciplina la diminuzione nei casi di giudizio abbreviato. Per il Governo resistente, le disposizioni del codice di procedura penale «non dovrebbero essere comprese nella nozione di 'pena' nel senso dell'art. 7 CEDU», perché sarebbe inadeguato «permettere ad una persona di valutare le conseguenze del crimine che potrebbe commettere calcolando anche le riduzioni di pena di cui potrebbe beneficiare in funzione delle sue scelte procedurali» e perché, più in generale, «il principio *nullum crimen sine lege* riguarda soltanto le norme di diritto penale materiale, mentre le norme procedurali sono normalmente retroattive perché sono disciplinate dal principio

di trent'anni di reclusione, è stata quindi il frutto di una scelta alternativa ad altra (reclusione da venti a ventiquattro anni), che pure era stata presa in considerazione, senza però che entrambe trovassero riscontro in altri principi o criteri dettati, anche se ad altri fini, dal delegante. Scelta quindi, arbitraria rispetto alla legge di delega, non bastando a giustificarla il riferimento ad altre ipotesi di sostituzione della pena dell'ergastolo, quali previste nel codice penale in relazione a profili in nessun modo collegabili alla diminuzione di un terzo indicata dalla legge delega per il giudizio abbreviato».

⁹⁰ L'art. 8 del decreto n. 341 del 2000 prevedeva, in via transitoria, in favore di «chi avesse formulato una richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della legge n. 479 del 1999 di revocarla entro trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge con l'effetto che il processo sarebbe proseguito con il rito ordinario».

tempus regit actum)⁹¹. Nella stessa prospettiva, per il Governo, «nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna applicazione retroattiva delle norme procedurali a scapito del ricorrente [...] nel momento in cui sono stati commessi i crimini [...], la legge non prevedeva la possibilità di chiedere il giudizio abbreviato quando i fatti ascritti erano puniti con l'ergastolo»⁹². Conclusivamente – secondo la tesi difensiva – «poiché la ragion d'essere del principio sanito dall'art. 7 della Convenzione è quella di far conoscere al delinquente gli atti che coinvolgono la sua responsabilità penale e le pene alle quali si espone, sarebbe inaccettabile che un individuo possa prendere decisioni in materia di commissione di crimini avuto anche riguardo agli sviluppi successivi a quelli del reato»⁹³.

Orbene, per la Corte, in linea con l'orientamento inaugurato negli anni '70 e '80 con le citate sentenze *Engel* e *Ozturk*, «la qualifica nel diritto interno del testo di legge interessato non può essere determinante»⁹⁴, e, pertanto, «se è vero che gli artt. 438, 441 e 443 c.p.p. descrivono il campo di applicazione e le fasi processuali del giudizio abbreviato, rimane comunque il fatto che il paragrafo 2 dell'art. 442 è interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo questa procedura semplificata»; tanto è sufficiente per far ritenere che la citata previsione debba essere interpretata come appartenente al *diritto penale materiale*, così ricadendo «nel campo di applicazione dell'ultimo capoverso dell'art. 7 § 1 della Convenzione»⁹⁵. È interessante notare che, sulle citate premesse, la Corte EDU affermava, per la prima volta, che l'art. 7 è volto a garantire non soltanto il diritto a non subire retroattivamente una norma penale sfavorevole, bensì anche, sia pur implicitamente, il diritto all'applicazione «retroattiva della legge penale più favorevole, tra tutte quelle succedutesi dal momento della commissione del fatto a quello della sentenza definitiva»⁹⁶.

⁹¹ «La circostanza per la quale, a differenza dell'art. 6, che si applica alla “materia penale”, l'articolo 7 della Convenzione si riferisce al “reato”, dimostrerebbe che quest'ultima disposizione riguarda unicamente il diritto penale e non le norme di procedura» – cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, § 84.

⁹² Cfr., ancora, Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, sentenza 17 settembre 2009, § 84.

⁹³ *Ibidem*, § 85.

⁹⁴ Nella decisione in commento la Corte ha peraltro ribadito che la nozione di «pena» contenuta nell'articolo 7 § 1 della Convenzione possiede, come quella di «diritti e obblighi di natura civile» e di «accusa in materia penale» di cui all'articolo 6 § 1, una portata autonoma (...). Per rendere efficace la tutela offerta dall'articolo 7, la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nel merito in una «pena» ai sensi di tale disposizione (...)» – cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 94.

⁹⁵ Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 111-113.

⁹⁶ Così, precisamente, E. LAMARQUE – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2014, p. 3.

L'Italia veniva quindi condannata a porre fine alla violazione del diritto del Sig. *Scoppola*, rideterminando la pena inflittagli in quella di trent'anni di reclusione, e a risarcirlo, per il danno morale subito e le spese processuali sostenute, della somma complessiva di euro. 20.000,00. L'interessato, forte del titolo ottenuto a Strasburgo, si rivolgeva così alla Corte di Cassazione, presentando un nuovo ricorso ai sensi dell'art. 625-bis c.p.p.⁹⁷, ottenendo la *restitutio in integrum* imposta dalla Corte EDU, ovvero la rideterminazione della pena subita⁹⁸. La giurisprudenza nazionale si è però trovata, anche sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina⁹⁹, a gestire le ricadute della sentenza della Corte EDU in una dimensione ben più ampia, dovendo cioè occuparsi anche di tutti quei soggetti che, pur trovandosi nella medesima situazione di *Scoppola*, in quanto condannati alla pena dell'ergastolo, dopo aver formulato la richiesta di definizione del procedimento con le forme del giudizio abbreviato nella vigenza della legge n. 479 del 1999, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000, non avevano tempestivamente presentato ricorso a Strasburgo – nei termini di sei mesi previsto dall'art. 35 CEDU¹⁰⁰ –, e non potevano quindi direttamente beneficiare del *titolo esecutivo* costituito da una specifica pronuncia della Corte europea dichiarativa della violazione convenzionale¹⁰¹. A ben vedere, rispetto a costoro – efficacemente considerati dalla dottrina come *figli minori*¹⁰² – non poteva essere utilizzato l'argomento proposto dalla Cassazione in occasione del ricorso straordinario del Sig. *Scoppola*, quello cioè della necessità di dare esecuzione, ai sensi dell'art. 46 CEDU, ad una sentenza della

⁹⁷ Si è già visto che il Sig. *Scoppola* aveva presentato un primo ricorso straordinario per errore di fatto, poi dichiarato inammissibile dalla Corte di cassazione, con sentenza del 14 maggio 2004, sul presupposto per cui «l'interessato non denunciava errori di fatto commessi dalle autorità giudiziarie interne ma mirava, essenzialmente, a rimettere in discussione la valutazione dei punti di diritto emanati dalla Corte di cassazione».

⁹⁸ Cfr. Cass., sez. V pen., sentenza n. 16507 del 2010, Ric. *Scoppola*.

⁹⁹ Tra cui, in particolare, con posizioni anche molto diverse, F. VIGANÒ, *Figlio di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, 10 aprile 2012, e G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, 16 aprile 2012, entrambi pubblicati su *Archivio Diritto penale contemporaneo*; sul tema si v. anche A. PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 4/2013.

¹⁰⁰ La Convenzione prevede, al citato art. 35, *Condizioni di ricevibilità*, che «la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva»; è noto, però, che, a partire dal 1 febbraio 2022, il termine è stato ridotto da 6 mesi a 4 mesi.

¹⁰¹ Si v. M. SCOLETTA, *Norme penali "convenzionalmente illegittime" e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in *Federalismi*, cit., 4.

¹⁰² Secondo la felice espressione di F. VIGANÒ, *Figlio di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit.

Corte europea che riguardava direttamente il soggetto interessato¹⁰³. Ed è intorno a queste delicate questioni – poste al crocevia tra le esigenze di salvaguardia del giudicato penale¹⁰⁴ e l’obbligo di dare applicazione del diritto interno in modo «conforme agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea, così come interpretati dal ‘suo’ giudice naturale, la Corte EDU»¹⁰⁵ – che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiesto alla Corte costituzionale di pronunciarsi, sollevando una questione di legittimità costituzionale sugli artt. 7 e 8 del d.l. n. 341 del 2000, «nella parte in cui tali disposizioni operavano retroattivamente e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato la richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge n. 479 del 1999 [...] sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 [...], era entrato in vigore il citato decreto-legge, con conseguente applicabilità del più sfavorevole trattamento sanzionatorio», per ritenuto contrasto con gli artt. 3 e 117, primo comma, quest’ultimo con riferimento all’art. 7 CEDU.

Due sono i fattori, in particolare, che la Corte ha valorizzato nella propria decisione di accoglimento della questione promossa dalle Sezioni Unite. In primo luogo, in linea con quanto affermato dai Giudici sovranazionali, la Corte, nella sentenza n. 210 del 2013, ha ribadito la natura *sostanziale* della disposizione di cui all’art. 442, comma 2, c.p.p., anche richiamando a tal fine un importante pronunciamento della Corte di Cassazione¹⁰⁶, successivo al precedente rappresentato dalla sentenza costituzionale n. 176 del 1991 (con cui, come visto, era stato dichiarato illegittimo per eccesso di delega proprio l’art. 442 c.p.p.): dovendosi occupare, in quell’occasione, della diversa questione della sorte delle condanne già intervenute in via definitiva con cui era stata data applicazione alla norma attinta dalla declaratoria di incostituzionalità, la Suprema Corte aveva ritenuto che «non importasse stabilire la natura della diminuzione o della sostituzione della pena», ma importasse «piuttosto rilevare che essa si

¹⁰³ Su cui E. LAMARQUE – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit.; G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014; e D. A. AMBROSELLI, *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2014.

¹⁰⁴ Nozione già grandemente indebolita dalle recenti evoluzioni giurisprudenziali: sul tema si v. P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015; e S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Archivio Penale*, 2/2013, p. 5.

¹⁰⁵ Si v., ancora, F. VIGANÒ, *Figlio di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ La già citata sentenza delle Sezioni Unite n. 2977 del 1992, Imp. Merletti.

risolve indiscutibilmente in un trattamento penale di favore», onde riconoscere che dalla decisione del Giudice delle leggi non potessero derivare «effetti svantaggiosi per gli imputati punibili con l'ergastolo che hanno richiesto il giudizio abbreviato prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2, c.p.p.». In secondo luogo, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'art. 7 del d.l. n. 341 del 2000 costituiva solo formalmente una norma interpretativa, essendo questa «una qualifica non corrispondente alla realtà, che gli è stata data per determinare un effetto retroattivo, altrimenti non consentito». Nessuna delle ragioni che la giurisprudenza costituzionale ha tradizionalmente riconnesso all'adozione delle leggi di interpretazione autentica – l'«oggettiva incertezza del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto»¹⁰⁷ ovvero l'esigenza di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore, a tutela della certezza del diritto e dell'egualianza dei cittadini»¹⁰⁸ – sorreggeva la norma impugnata, posto che, come osservato anche dalla Corte EDU nella sentenza *Scoppola*, l'art. 442 c.p.p., l'oggetto della pretesa interpretazione legislativa, «era chiaro, non presentava ambiguità e non aveva dato luogo a contrasti sulla disciplina relativa alla pena dell'ergastolo»¹⁰⁹.

La complessa vicenda – a distanza di più di dieci anni dall'originario ricorso del Sig. *Scoppola* – si concludeva definitivamente, a cavallo tra le fine del 2013 e l'inizio del 2014, con la nota sentenza delle Sezioni Unite cd. *Ercolano*¹¹⁰, con cui, traendo le naturali conseguenze dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, la Suprema Corte ha affermato che «la pena dell'ergastolo inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale non può più essere concretamente eseguita» e che, a tal fine, «il giudice dell'esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norme vigente al momento della richiesta del rito semplificato»¹¹¹.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 311 del 2009.

¹⁰⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 103 del 2013 e n. 87 del 2012.

¹⁰⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 210 del 2013, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁰ Cfr., Cass. Pen., SS. UU., sentenza n. 188821 del 2013, Ric. *Ercolano*. A commento di questa importante pronuncia si veda, *ex multis*, M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2014, con cui l'Autore abbraccia l'interpretazione estensiva dell'art. 30, comma 4, l. 87 del 1953 operata dalle Sezioni Unite anche nella successiva pronuncia n. 42858 del 2014, Ric. *Gatto*.

¹¹¹ Tra cui, per tutti, F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 maggio 2014, p. 250 ss.

A margine di tutti questi rilievi, è possibile quindi mettere in evidenza come la vicenda *Scoppola* – in disparte l'assoluta rilevanza del principio di diritto in essa affermato circa la riconducibilità della regola della retroattività *in bonam partem* sotto l'egida dell'art. 7 CEDU – abbia consegnato all'interprete una nozione di *matière pénale* capace, prima e oltre le etichette formali assegnate dal legislatore nazionale, di comprendere anche tutti quegli istituti qualificati come processuali a livello interno ma avanti natura sostanzialmente *penale*, nella prospettiva convenzionale, perché direttamente incidenti sul trattamento sanzionatorio.

In un senso diametralmente opposto, perché attestante un più ampio perimetro applicativo del paradigma nazionale, può essere citato il noto caso *Taricco*¹¹². Nell'ordinanza n. 24 del 2017¹¹³, la Corte ha riconosciuto che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»¹¹⁴. Chiarendo in modo ancor più netto, poi, nella successiva sentenza n. 115 del 2018¹¹⁵, che un istituto – come la prescrizione – che incide sulla punibilità della persona, «riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost.». Entro queste coordinate, pertanto, al legislatore è stato correttamente riservato il compito di individuare un ragionevole bilanciamento tra «il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel

¹¹² Cfr. *supra* Cap. 3 § 6.

¹¹³ Tra i numerosissimi commenti a disposizione, si segnalano, nella prospettiva del diritto costituzionale, le preziose riflessioni di M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e il 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del 'caso Taricco'*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale* (a cura di A. Bernardi e C. Cupelli), cit., p. 97 ss.; e I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, p. 112 ss.

¹¹⁴ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017, punto n. 8 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

¹¹⁵ Pur a fronte di una netta presa di posizione dell'Avvocatura generale dello Stato secondo cui: «il principio per cui la prescrizione avrebbe natura sostanziale non costituirebbe uno degli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale», in quanto basterebbe «una mera modificazione legislativa per mutare la natura della prescrizione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 5 del *Ritenuto in fatto*.

rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile»¹¹⁶. Considerazioni, tutte queste, che la Corte costituzionale ha cura di formulare perché, proprio nell'ambito della vicenda *Taricco*, in conseguenza del primo *dictum* della Corte di Giustizia, si era fatta prepotentemente strada, nella giurisprudenza di legittimità¹¹⁷ sulla scorta di alcune autorevoli tesi proposte dalla dottrina¹¹⁸, l'idea di poter considerare la prescrizione e, in particolare, le previsioni che ne disciplinano l'allungamento in presenza di atti processuali interruttivi¹¹⁹ alla stregua di un istituto di natura processuale, come tale estromesso dal circuito della legalità penale sostanziale e sguarnito della garanzia dell'irretroattività *in malam partem*.

Occorre, al riguardo, fare un rapido passo indietro, mettendo in luce la posizione che aveva espresso in precedenza la Corte di Lussemburgo, nella propria decisione del settembre 2015, con cui era stato imposto al giudice nazionale un obbligo di disapplicazione, al ricorrere di alcune particolari condizioni¹²⁰: siffatta disapplicazione – si legge nella sentenza della Corte europea – «avrebbe [avuto] soltanto per effetto di non abbreviare il termine di

¹¹⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 10 del *Considerato in diritto*; e sentenze n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 249 del 2012 e n. 393 del 2006; ordinanze n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999.

¹¹⁷ Cfr. Cass., sez. III pen., sentenza n. 2210 del 2015; a commento della pronuncia si veda F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 gennaio 2016; G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Archivio penale*, 2016; e L. BIN, *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *Archivio penale*, 2016.

¹¹⁸ Tra cui, in particolare, M. D'AMICO, *Il principio di legalità penale e il 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del 'caso Taricco'*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, cit.

¹¹⁹ Si tratta degli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p., a mente dei quali, rispettivamente: «la prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di esse; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'art. 157 possono essere prolungati oltre i limiti di cui all'art. 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui agli articoli 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale»; e «salvo che si proceda [per i reati sopra indicati], in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà per i reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti richiamati dal presente comma, e 640-bis, nonché nei casi di cui all'art. 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'art. 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103, 105».

¹²⁰ Come noto, relative alla *gravità* della condotta fraudolenta e al *numero considerevole di casi* di impunità che sarebbero stati conseguenti all'applicazione della normativa interna in punto di prescrizione.

prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente»¹²¹ senza alcuna violazione dei «diritti degli imputati, quali garantiti dall'art. 49 della Carta»¹²², dal momento che non ne sarebbe derivata «una condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto». Anche perché, al contrario, secondo l'interpretazione proposta dalla Corte di Giustizia, «i fatti contestati agli imputati nel procedimento principale integravano, alla data della loro commissione, gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali previste»¹²³ al momento di definizione della causa. Tale circostanza ha inoltre consentito, alla Corte europea, di rimarcare che – a prescindere dalla qualificazione formale, come istituto di diritto penale sostanziale o processuale, che la prescrizione riceve nei singoli ordinamenti nazionali – l'allungamento del termine prescrizionale e la sua immediata applicazione anche ai processi in corso non comportano una lesione dei diritti garantiti dal principio di legalità di matrice europea¹²⁴, non ostando né l'art. 49 della Carta di Nizza né il quasi gemello art. 7 CEDU ad una proroga dei termini quando i fatti addebitati non siano ancora prescritti¹²⁵. Per esplicita ammissione della Corte di Giustizia, peraltro, tale conclusione trovava una solida sponda proprio nella giurisprudenza della Corte EDU, la quale, come noto, viene in considerazione nell'interpretazione delle previsioni della Carta ai sensi della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, § 3, CDFUE¹²⁶: in particolare, nel caso *Coeme c. Belgio*, la Corte EDU

¹²¹ Consentendo, nell'ottica funzionalistica privilegiata dalla Corte di Giustizia, «un effettivo perseguimento dei fatti incriminati nonché di assicurare, all'occorrenza, la parità di trattamento tra le sanzioni volte a tutelare, rispettivamente, gli interessi finanziari dell'Unione e quelli della Repubblica italiana».

¹²² Cfr. Corte di giustizia, *Taricco*, C-105/14, sentenza 8 settembre 2015, § 54.

¹²³ Cfr. Corte di giustizia, *Taricco*, C-105/14, sentenza 8 settembre 2015, § 56.

¹²⁴ Metteva in evidenza questo elemento, tra i primi commentatori, C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org, 2015.

¹²⁵ Diverso è, invece, il caso di un eventuale allungamento dei termini di prescrizione, dopo che sia già spirato il termine massimo: sulla scorta della più acuta dottrina, è possibile ritenere che, in questo caso, l'imputato abbia già conquistato un *diritto quesito*, un diritto, cioè, «a essere lasciato in pace dalla giurisdizione penale, che non potrebbe più essere rimesso in discussione per effetto di un *novum* normativo, come quello che si è prodotto – nella sostanza delle cose – per effetto della sentenza *Taricco*» – cfr. F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, cit., p. 4.

¹²⁶ Più precisamente, l'art. 52, § 3, CDFUE prevede che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»; sottolinea, in modo critico, proprio con

aveva escluso qualsivoglia profilo di illegittimità convenzionale rispetto ad una normativa che determinava l'allungamento del termine prescrizione, anche per i processi pendenti, sul presupposto della riconosciuta natura *processuale* della prescrizione¹²⁷.

A conferma di quanto fin qui riportato, in merito alla differente ampiezza del perimetro applicativo del principio di legalità penale – quando riferito agli istituti di confine tra la materia *sostanziale* e *processuale* –, possono richiamarsi le più recenti parole della Corte di Giustizia, allorché, in occasione della seconda sentenza *Taricco*, ha rilevato che al momento della commissione dei fatti *sub iudice*, «il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale solo con l'adozione della *direttiva PIF*» e che, pertanto, «la Repubblica italiana era [...] libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale e sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene»¹²⁸. Considerazioni che, da un lato, chiamano in causa la *Direttiva PIF*¹²⁹,

riferimento al caso *Taricco*, questo fenomeno di *judicial borrowing* M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 1/2016.

¹²⁷ Cfr., a conferma della stessa conclusione, anche Corte EDU, *Oao Neftyanyay Kompaniya Yukos c. Russia*, sentenza 20 settembre 2011; e, più di recente, *Previti c. Italia*, sentenza 12 febbraio 2013, § 80; richiama queste decisioni F. VIGANÒ, nella sua Relazione al convegno “Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17”, svoltosi presso la Corte di Cassazione, in data 1 febbraio 2018; sia consentito il rinvio a S. BISSARO, “*Report - Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17*”, in *Cortedicassazione.it*, 1 2018. Critico, rispetto alla conclusione della Corte EDU riportata nel testo, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 98, per cui risulta poco «convincente l'orientamento della Corte [EDU] in materia di prescrizione dove invece è risultata decisiva la qualificazione della stessa come misura processuale e non sostanziale, senza troppa attenzione ai risvolti concreti che una misura *in peius* dei termini di prescrizione possa avere sulla situazione dell'imputato», anche perché «se una norma di esecuzione della pena risulta penale quando incide sul quantum della sanzione, non ci pare così chiaro perché debba definirsi non penale un istituto come la prescrizione che addirittura incidere sull'an della risposta punitiva»; in questa prospettiva, per l'A., «anche alla luce dei precedenti più recenti, insomma, ci parrebbe quanto mai opportuno che la Corte, ove se ne presentasse l'occasione, volesse tornare in modo meno frettoloso a riflettere sull'applicabilità alla prescrizione delle fondamentali tutele approntate dall'art. 7».

¹²⁸ Cfr. Corte di giustizia, *M.A.S. e M.B.*, sentenza 5 dicembre 2017, §§ 40-45.

¹²⁹ Cfr. Direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017, *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*; su cui, tra i molti, A. MANNA – M. DI FLORIO, *Il trascorrere del tempo nel diritto penale: la prescrizione del reato tra le “criticità” della disciplina e il “difficile dialogo” tra CGUE e Corte costituzionale*, in *Archivio*

alla stregua di un vero spartiacque, rispetto al quale considerare come decisivo o del tutto inconferente il riferimento alle peculiarità del sistema italiano in ordine alla riconducibilità dell'istituto della prescrizione nell'orbita del principio di legalità penale; e che, dall'altro, per quanto più interessa sottolineare, mettono in evidenza la circostanza che il principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. – quando riferito all'istituto della prescrizione, appunto – mostra un ambito di applicazione più ampio del corrispondente principio sancito agli artt. 7 CEDU e 49 Carta di Nizza.

Alla luce di tutte le considerazioni svolte nelle precedenti pagine, si può quindi conclusivamente osservare che, a seconda della tipologia dell'istituto preso in esame, la nozione di *materia penale nazionale* – al pari della corrispondente nozione *europaea* – può subire condizionamenti, sia nel senso di veder esteso il suo orizzonte applicativo, sia nel senso opposto, senza che sia aprioristicamente possibile stabilire quale delle due sia tale da esibire, su questo specifico versante, uno *standard* più elevato.

E questo, ai nostri fini, rappresenta un dato già di per sé piuttosto rilevante.

3. Gli sconfinamenti recenti: l'esecuzione penale

Come probabilmente noto, in ragione del clamore che ne ha accompagnato il varo¹³⁰, la legge n. 3 del 2019, nota ai più come *Legge Spazzacorrotti* ha introdotto una serie di importanti novità, dal punto di vista sostanziale e processuale, su cui ha già avuto modo di confrontarsi anche la Corte costituzionale¹³¹. Tra queste, di grande impatto è stata la modifica che ha riguardato l'art.

Penale, 2017, per cui, peraltro, «tale direttiva PIF non stabilisce alcunché in ordine alla natura, sostanziale o processuale, della prescrizione, per cui non si vede come, in base alla citata direttiva, lo Stato italiano possa ritenersi privato della libertà di considerare la relativa disciplina come parte del diritto penale sostanziale»; sulla stessa linea anche E. BASILE, *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2017, per cui «il legislatore eurounitario non prende ovviamente posizione rispetto alla diatriba sulla natura sostanziale o processuale della prescrizione del reato, limitandosi piuttosto a indicare come criterio-guida la necessità di prevedere un termine “consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria ... entro un congruo lasso di tempo successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente» – così l'art. 12, § 1, *Direttiva PIF*.

¹³⁰ Come osserva con grande efficacia V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2019.

¹³¹ Confronto che, alle volte, è stato indiretto, come in occasione della sentenza n. 232 del 2021, in materia di sanzioni accessorie interdittive: sia consentito il rinvio a S. BISSARO, *La Corte costituzionale si pronuncia sull'interdizione perpetua ex 317-bis c.p. per i funzionari corrotti*:

4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, nel cui lungo elenco sono stati inseriti anche i principali delitti contro la pubblica amministrazione; un simile intervento ha determinato l'estensione del regime ostativo anche ai delitti di corruzione, concussione, peculato etc., rispetti ai quali, inoltre, ha trovato applicazione anche l'art. 656, comma 9, c.p.p., che prevede il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione. Su quest'ultimo profilo occorre prestare un supplemento di attenzione: in linea generale, quando la condanna non supera i quattro anni di reclusione, eventualmente anche se residuo di maggior pena, il pubblico ministero è tenuto a sospendere l'ordine di esecuzione, per consentire al condannato di presentare un'istanza volta alla concessione di una misura alternativa alla detenzione; se il reato è inserito nell'elenco dei cd. ostativi – ciò che si verifica per i delitti contro la pubblica amministrazione, alla luce delle novità introdotte dalla *Spazzacorrotti* – al pubblico ministero è precluso questo intervento e il soggetto condannato, anche ad una pena che gli consente di essere ammesso sin dall'inizio ad una misura alternativa, è costretto ad entrare in carcere.

Le novità introdotte nel 2019 hanno rappresentato una perfetta occasione per sollecitare nuovamente il confronto, a livello accademico e giurisprudenziale, sul rapporto tra divieto di retroattività sfavorevole e l'esecuzione penale; in questo ambito, per lungo tempo e nonostante alcune lungimiranti ricostruzioni dottrinali¹³², è stato prevalente in giurisprudenza l'indirizzo che considerava la fase esecutiva come uno *ius exceptum*, sottratto al dominio e alle potenzialità garantistiche dell'art. 25, secondo comma, Cost. La progressiva diffusione, all'interno del sistema nazionale, dell'approccio sostanzialistico promosso dalle Corti europee ha però messo in discussione la tenuta di questi orientamenti e, con una storica sentenza del 2020¹³³, la Corte costituzionale ha affermato senza incertezze che «plurime e convergenti ragioni inducono [...] a dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi

un dispositivo di inammissibilità che lascia aperti interessanti scenari giurisprudenziali per il futuro, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2022.

¹³² Il riferimento è alle preziose riflessioni di F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, 1997, p. 1273 ss.; e dello stesso A., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, vol. I, tomo I, Giuffrè, 1972, p. 499 ss., il quale aveva messo in evidenza l'impossibilità «di distinguere la sanzione criminale dal suo effettivo contenuto esecutivo»; premessa da cui l'A. faceva poi discendere l'idea che le modalità peggiorative dell'esecuzione non potessero essere applicate retroattivamente.

¹³³ A commento della quale, v., in particolare, V. MANES – F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sistema penale*, 23 marzo 2020; e A. MARSILIO, *Norma penale retroattiva: quando è legittima? La Consulta si pronuncia sui limiti alla retroattività della norma penale volta a modificare la natura della pena. Note a margine della sentenza del 26 febbraio 2020, n. 32 della Corte Costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020.

costituzionali»¹³⁴: in primo luogo, è lo stesso legislatore che talvolta ritiene opportuno limitare nel tempo, con efficacia solo *pro futuro*, le modiche sfavorevoli che incidono sul regime di esecuzione della pena¹³⁵; in secondo luogo, proprio il confronto con la giurisprudenza europea, che ha conosciuto importanti evoluzioni nel corso degli anni¹³⁶, impone di rimeditare il tradizionale orientamento di cui si è detto; il caso *Kafkaris c. Cipro* e, soprattutto, il caso *Del Rio Prada c. Spagna* hanno chiarito che, nell'orizzonte convenzionale, le modifiche che riguardano l'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 7 CEDU, eccezion fatta – però – per quelle che determinino una «ridefinizione o modificazione della portata applicativa della pena imposta dal giudice»¹³⁷. Nella sentenza n. 32 del 2020, la Corte costituzionale prende in considerazione alcune delle ragioni che hanno tradizionalmente sostenuto l'orientamento contrario ad una estensione *in parte qua* del perimetro applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. Anzitutto, dalla circostanza che spesso si registra una forbice temporale molto larga tra il *tempus commissi delicti* e il momento di esecuzione della pena, deriva la necessità che il legislatore possa correggere – «con fisiologici assestamenti» – la disciplina che governa l'universo penitenziario; il contesto, fattuale e normativo, è soggetto a continue evoluzioni ed è opportuno che il legislatore possa reagire a questi mutamenti¹³⁸. Inoltre, si osserva che non sempre è agevole scegliere l'alternativa tra modifiche trattamentali «più favorevoli» o «più sfavorevoli», considerate che queste finiscono per incidere su aspetti interconnessi. La ragione più forte che ha sostenuto il diritto vivente è però un'altra: se si estendesse anche alle previsioni che incidono, con effetti pregiudizievoli, sull'esecuzione della pena il divieto di retroattività, si finirebbe per creare, all'interno della medesima struttura penitenziaria, una pluralità di regimi paralleli, ciascuno correlato alla data di commissione del reato; e una tale conclusione «creerebbe non solo gravi difficoltà di gestione per l'amministrazione, ma anche differenze di

¹³⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³⁵ Come avvenuto, ad esempio, con il d.l. n. 152 del 1991, cui si deve l'introduzione dell'art. 4-bis ordin. penit., nella sua originaria versione: l'art. 4, comma 1, di tale decreto-legge prevedeva, infatti, che le disposizioni che innalzavano, per i condannati per i reati di cui alla nuova disposizione, i periodi minimi di espiazione di pena per l'accesso ai benefici penitenziari fossero applicabili solo in relazione ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore del decreto-legge stesso.

¹³⁶ Cfr. Corte EDU, *Uttley contro Regno Unito*, sentenza 29 novembre 2005; nello stesso senso, Commissione dei diritti dell'uomo, *Hogben contro Regno Unito*, decisione 3 marzo 1986.

¹³⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 4.2.3 del *Considerato in diritto*.

¹³⁸ Assai efficace è l'esempio che propone la sentenza: «ove il regime di esecuzione delle pene detentive dovesse restare cristallizzato alla disciplina vigente al momento del fatto, ad esempio, non potrebbero essere applicate a chi avesse commesso un omicidio negli anni Ottanta o Novanta le restrizioni all'uso dei telefoni cellulari o di internet oggi previste dall'ordinamento penitenziario».

trattamento tra i detenuti; con tutte le intuibili conseguenze sul piano del mantenimento dell'ordine all'interno degli istituti, che è esso pure condizione essenziale per un efficace dispiegarsi della funzione rieducativa della pena»¹³⁹. Tutto ciò è senz'altro condivisibile in una prospettiva generale: ma quando il *novum* non si limita a incidere sulle modalità esecutive dando luogo ad una vera e propria trasformazione della natura della pena la *vis* delle garanzie proprie dell'art. 25, secondo comma, Cost. devono tornare a prevalere; icasticamente la sentenza rileva che tra il *fuori* e il *dentro* la differenza è radicale e qualitativa, prima ancora che quantitativa. Con la sentenza n. 32 del 2020, in definitiva, è stata aperta una profonda breccia nel muro che, per lungo tempo, ha tenuto separati il diritto penale sostanziale, da una parte, e l'esecuzione penale, dall'altra¹⁴⁰. Questa svolta, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, ha tratto una linfa determinante dalla giurisprudenza della Corte EDU: la sentenza *Del Rio Prada*¹⁴¹ aveva, infatti, già chiarito che la regola generale per cui le modifiche che incidono sull'esecuzione della pena non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva, ex art. 7 CEDU, va eccettuata per tutti quei casi in cui sia in gioco una ridefinizione o modificazione *sostanziale* della portata applicativa della pena imposta dal giudice. Si tratta, in altre parole, di un chiaro esempio di come l'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale possa favorire il superamento, a livello domestico, di preclusioni e interpretazioni restrittive.

4. Gli sconfinamenti certi ma problematici: *ne bis in idem* e meccanismi di doppio binario sanzionatorio

L'ampiezza e la ricchezza del materiale giurisprudenziale e dottrinale a disposizione¹⁴², in uno con l'assoluta rilevanza delle questioni problematiche

¹³⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 4.3.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁴⁰ Riferendosi proprio alla sentenza n. 32 del 2020, G. LEO, *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sistema penale*, 1 marzo 2022, p. 10, dà conto di una rilevante tendenza della giurisprudenza costituzionale: «un processo di sostanzializzazione, a fini di identificazione dei parametri costituzionali di riferimento, di norme tradizionalmente e correntemente ritenute a carattere processuale».

¹⁴¹ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, *Del Rio Prada contro Spagna*, sentenza 21 ottobre 2013, § 89.

¹⁴² A commento della decisione della Corte EDU che verrà analizzata nel testo – Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014 – possono segnalarsi, tra i moltissimi, i seguenti contributi: G. ABBADESSA, *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio “ne bis in idem”*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 546 ss.; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 855 ss.; M. CASTELLANETA, *Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale*, in *Guida dir.*, n. 14/2014, p. 82 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei*

ancora aperte¹⁴³, fanno senz'altro guardare al settore del *diritto amministrativo punitivo*¹⁴⁴ con estremo interesse e, allo stesso tempo, con massima prudenza¹⁴⁵. In questo contesto, peraltro, gli interrogativi che si pongono all'osservatore sono davvero cruciali, tanto sul versante del merito, quanto su quello degli strumenti da adottare per adeguare la normativa italiana agli *standard* riconosciuti a livello europeo, sia dalla Corte EDU che dalla Corte di Giustizia¹⁴⁶. Sullo

mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 614 ss.; M. O. DI GIUSEPPE, *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza "Grande Stevens"*, in *Rass. trib.*, 2014, p. 1440 ss.; M. FIDELBO, *Il principio del ne bis in idem e la sentenza "Grande Stevens": pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *Diritto penale europeo*; G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss., e in *Rivista AIC*, 3/2014; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 740 ss.; M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 693 ss.; dello stesso A., *When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2015, p. 145 ss.; C. VINCIGUERRA, *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, p. 337 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 1196 ss.

¹⁴³ Emblematicamente messe in luce da una recente decisione della Corte di Cassazione, sez. III, n. 6993 del 2018, con nota di A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 marzo 2018.

¹⁴⁴ Di *diritto amministrativo punitivo* parlava, ben prima dei recenti sviluppi impressi dalla giurisprudenza della Corte EDU, V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 227 ss.

¹⁴⁵ Per apprezzare la complessità delle questioni sul tappeto, è sufficiente rileggere il commento di G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit.

¹⁴⁶ *Standard* che, a ben vedere, almeno fino alla recente sentenza della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia*, del novembre 2016, presentavano alcune differenze: a tal riguardo, infatti, nella sentenza n. 43 del 2018, la Corte costituzionale precisa che «gli approdi della giurisprudenza di Strasburgo non coincidevano pienamente con quanto statuito dalla grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza 26 febbraio 2013, in causa C-617/10, *Fransson*. Nell'ambito del diritto dell'Unione, secondo quanto affermato da tale decisione, a fronte di un obbligo a carico dello Stato membro di repressione di certe condotte, l'efficacia del divieto di *bis in idem* basato sull'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ... è subordinata ad una verifica sul carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicate», così ammettendo che «qualora la risposta sanzionatoria fosse sotto tale verso inadeguata il giudice potrebbe procedere nel secondo giudizio anche se il primo fosse già esaurito. Benché operante in *malam partem*, il limite all'efficacia del *ne bis in idem* così descritto apre la strada ad una valutazione sul peso combinato delle sanzioni applicabili in due separate sedi; valutazione che incrina la portata meramente processuale della regola»; nelle parole della Corte, invece, «il divieto convenzionale di *bis in idem* ... escludeva, al pari di quello ricavabile nella materia penale dalla Costituzione (sentenza n. 200 del 2016), ogni valutazione, operando su una sfera esclusivamente processuale» – cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

sfondo delle considerazioni qui proposte, si staglia plasticamente proprio il tema della tenuta delle categorie tradizionali alla luce delle frizioni e delle contaminazioni tra la concezione formale della legalità penale riconosciuta a livello domestico e la visione sostanzialistica della quale si fanno invece portatrici i Giudici sovranazionali¹⁴⁷. In questo ambito, vi è probabilmente anche una peculiarità ulteriore che riguarda il cd. *judicial borrowing* tra le Corti europee e la connesse difficoltà, a fronte di orientamenti interpretativi in costante evoluzione, di ricostruire i rispettivi statuti di garanzia in modo preciso.

Ciò premesso, è senz'altro necessario il confronto con la cruciale sentenza che la Corte EDU ha pronunciato, nel marzo 2014, all'esito del noto caso *Grande Stevens e altri c. Italia*¹⁴⁸. A mo' di premessa e soltanto per cenni, preme ricordare che, nel sistema italiano, la repressione delle principali condotte devianti nell'ambito dei mercati finanziari è stata garantita, fino al 2005, attraverso le sole fattispecie penali di cui agli artt. 184 e 185 del d.lgs. n. 58 del 1998, T.U.F.; e che, successivamente, con l'entrata in vigore della legge n. 62 del 2005¹⁴⁹, il legislatore italiano ha affiancato alle citate ipotesi delittuose due paralleli *illeciti amministrativi* rubricati in modo identico, collocati rispettivamente nei nuovi artt. 187-bis e 187-ter T.U.F.¹⁵⁰; prendeva così corpo, sul pacifico presupposto della doppia sanzionabilità – penale e amministrativa, appunto – dei medesimi fatti storici¹⁵¹, un evidente sistema di doppio binario

¹⁴⁷ Osservano, ancora, G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? “Materia penale”, giusto processo e be bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit., p. 12, che «su un piano più generale, la decisa presa di posizione della Corte EDU non può non sollecitare, una volta di più, un ripensamento dei rapporti tra le due grandi categorie di sanzioni a carattere punitivo conosciute dal nostro ordinamento (penale e amministrativo, appunto), la cui linea differenziale tende sempre di più a scolorirsi: occorrendo chiedersi, in specie, se non siano ormai maturi i tempi per la costruzione di una “teoria generale dell’illecito” comunque sanzionato».

¹⁴⁸ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014; sentenza successivamente divenuta definitiva nel luglio 2014, in seguito al rigetto dell’istanza di rinvio alla Grande Camera formulata dal governo italiano; si v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio 2014; e B. NASCIMBENE, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni “penali”. Un’occasione di confronto tra CEDU e diritto UE*, in *Eurojus*, 2014.

¹⁴⁹ Si tratta, più precisamente, della legge 18 aprile 2005, n. 62, recante *Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*, con cui è stata recepita, tra le molte, la direttiva 2003/6/CE - cd. *Market Abuse Directive*, MAD.

¹⁵⁰ Così per F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2016, p. 186 ss.

¹⁵¹ Entrambi gli illeciti amministrativi considerati nel testo erano stati, di fatti, configurati dal legislatore con una identica clausola di apertura «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»; nello stesso senso, a mente di quanto disposto dall’art. 187-terdecies,

sanzionatorio. Sistema repressivo che, per molte ragioni – principalmente per il risultato che questo determinava sul versante della moltiplicazione delle già elevatissime sanzioni patrimoniali – era stato fin dai suoi esordi pesantemente criticato dalla dottrina italiana¹⁵² e, come si dirà a breve, nel 2014, nettamente censurato dalla Corte EDU, anche se soltanto per alcuni aspetti specifici.

Per inquadrare i termini delle questioni portate dai ricorrenti a Strasburgo, occorre segnalare che, nel marzo del 2010, alcuni soggetti italiani – sia persone fisiche che giuridiche – operanti nel settore automobilistico – dopo essere stati a *doppio titolo* coinvolti in un primo procedimento dinanzi alla CONSOB e in un secondo instaurato davanti alla competente autorità giudiziaria penale, perché ritenuti responsabili della diffusione di un comunicato falso¹⁵³ – decidevano di rivolgersi alla Corte di Strasburgo, dolendosi, in particolare, della violazione del principio del *ne bis in idem*, di cui all’art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁵⁴, in conseguenza della applicazione congiunta, nei loro confronti, della sanzione amministrativa

«quando per lo stesso fatto è stata applicata a carico del reo o dell’ente una sanzione amministrativa pecuniaria [...], la esazione della pena pecuniaria e della sanzione pecuniaria dipendete da reato è limitata alla parte eccedente quella riscossa dall’Autorità amministrativa».

¹⁵² Cfr. A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Jovene, 2007, p. 930 ss.; L. FOFFANI, *Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, (a cura di) F. Palazzo, C. E. Paliero, II ed., Cedam, 2007, p. 713 ss.; M. MIEDICO, *Illecito penale o illecito amministrativo*, in *Le società*, 2007, p. 623 ss.; C. E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA. VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Giuffrè, 2010, p. 61 ss.

¹⁵³ Per un più preciso inquadramento della vicenda fattuale da cui ha tratto origine la decisione della Corte europea, v. A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014; e, nella stessa rivista, T. TRINCHERA, G. SASSAROLI, F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, 24 settembre 2013.

¹⁵⁴ Il quale, sotto la rubrica *Ne bis in idem*, prevede che «nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un’infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo precedente non impediranno la riapertura del processo, conformemente alla legge ed alla procedura penale dello Stato interessato, se dei fatti nuovi o degli elementi nuovi o un vizio fondamentale nella procedura antecedente avrebbero potuto condizionare l’esito del caso. 3. Nessuna derogha a questo articolo può essere autorizzata ai sensi dell’articolo 15 della Convenzione»; sul principio del *ne bis in idem* nella giurisprudenza delle Corti europee, con interessanti riferimenti anche alle più importanti decisioni della Corte costituzionale, cfr. P. COSTANZO, L. TRUCCO, *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 3/2015, p. 851 ss.

e della sanzione penale previste dai citati artt. 187-ter¹⁵⁵ e 185 del T.U.F.¹⁵⁶. Si lamentavano, in altre parole e più in generale, in disparte ulteriori censure che in questa sede non interessa approfondire¹⁵⁷, della illegittimità convenzionale, al metro del citato 4 Prot. 7 CEDU¹⁵⁸, della possibilità di cumulare, in relazione ai medesimi comportamenti, sanzioni amministrative e penali. Ai nostri fini, interessa mettere in evidenza che i ricorrenti prospettavano le loro doglianze sostenendo il carattere *sostanzialmente* penale della sanzione irrogata nei loro confronti dalla CONSOB¹⁵⁹: ne veniva sottolineato, in particolare, l'elevato ammontare e la possibilità di cumulo con ulteriori sanzioni accessorie, quali l'incapacità temporanea e la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Agevolmente esclusa – per le evidenti ragioni di tipo classificatorio più volte richiamate nelle precedenti pagine – la sussistenza del primo criterio *Engel*¹⁶⁰, la Corte EDU ha quindi preso in esame la natura degli illeciti amministrativi contestati ai ricorrenti, osservando come le previsioni censurate fossero, in effetti, rivolte a proteggere «interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale», con l'obiettivo di punire i relativi autori «per impedire la recidiva», con ciò disvelando uno scopo «preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto [preordinati a] sanziona[re] una irregolarità». La Corte ha poi sottolineato, in merito al terzo

¹⁵⁵ Che, al comma 1, prevede che «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazioni, compreso Internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari».

¹⁵⁶ Sotto la rubrica, *Manipolazione del mercato*, l'art. 185, prevede che «chiunque diffonde notizie false o pone in essere operazioni simulate o altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro cinque milioni», prevedendo, al comma 2, che «il giudice può aumentare la multa fino al triplo o fino al maggiore importo di dieci volte il prodotto o il profitto conseguito dal reato quando, per la rilevante offensività del fatto, per le qualità personali del colpevole o per l'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato, essa appare inadeguata anche se applicata nel massimo».

¹⁵⁷ I ricorrenti avevano allegato anche una violazione del loro fondamentale diritto a partecipare ad un *fair trial*, di cui all'art. 6, § 1, CEDU, del diritto ad essere informati dell'accusa nel più breve tempo possibile, di cui all'art. 6, § 3, e, infine, dell'art. 1 del Prot. n. 1, vale a dire del diritto al rispetto della proprietà dei beni.

¹⁵⁸ Su cui, tra i molti, S. ALLEGREZZA, *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (a cura di) S. Bartole – P. De Sena – V. Zagreblesky, cit., p. 900 ss.; A. M. MANCUSO - F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punite due volte*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) F. Viganò – G. Uberti, Giappichelli, 2016, cit., p. 380 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, §§ 92-93.

¹⁶⁰ Ancora una volta ritenuto dalla Corte «non decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo» – cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, § 95.

criterio *Engel*, l'elevato ammontare delle sanzioni irrogabili dalla CONSOB – previste nel massimo fino a 5.000.000,00 euro e, in alcuni ipotesi, addirittura «triplica[bili] o eleva[bili] fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito» – precisando a tal fine un importante elemento in forza del quale «il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata, e non alla gravità della sanzione alla fine inflitta»¹⁶¹. Dopo aver ricordato, come già messo in luce dai ricorrenti, che l'inflizione delle citate sanzioni pecuniarie poteva comportare anche significative incapacitazioni per i rappresentanti delle società coinvolte – ulteriormente aggravabili in ipotesi di quotazione in borsa –, la Corte ha concluso nel senso di riconoscere chiaramente che «le sanzioni in causa rientrano, per la loro severità, nell'ambito della materia penale»¹⁶². E così, in linea con il costante insegnamento della giurisprudenza europea, dalla riconosciuta natura *convenzionalmente* penale dell'illecito qualificato come amministrativo di cui all'art. 187-ter T.U.F., la Corte ha fatto derivare importanti conseguenze sul versante delle garanzie da riconoscere ai soggetti coinvolti, tra le quali, per quanto più interessa, il divieto di procedere, proprio ai sensi del citato art. 4 Prot. 7 CEDU, per il medesimo fatto già giudicato in via definitiva¹⁶³.

Su questa premessa, la Corte EDU ha quindi affrontato la questione della possibile coincidenza tra il comportamento posto alla base della sanzione applicata in via definitiva dalla CONSOB e quello incriminato a livello penale, osservando – con un giudizio unanime sul punto – che la riserva formulata dall'Italia all'atto della ratifica del Prot. n. 7 (per la quale «gli artt. 2 – 4 del [citato] Protocollo si applicano solo agli illeciti, ai procedimenti e alle decisioni che la legge italiana definisce penali») è invalida ai sensi dell'art. 57 CEDU¹⁶⁴ e

¹⁶¹ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, §§ 97 – 98.

¹⁶² Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, § 99.

¹⁶³ Cfr., ancora, G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* “Materia penale”, *giusto processo e be bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit., p. 6, per i quali «la materia ha ... una ‘coda velenosa’, sulla quale la Corte di Strasburgo non ha avuto modo di prendere posizione, in quanto il tema non le era stato specificamente sottoposto. Si tratta della eventuale violazione della presunzione di innocenza (art. 6 § 2, CEDU), connessa al fatto che il provvedimento sanzionatorio della CONSOB – emesso all'esito di una procedura non conforme al modello del fair trail – sia, malgrado ciò, immediatamente esecutivo (l'opposizione giudiziale non ha, infatti, effetto sospensivo, potendo la sospensione essere disposta solo in via eventuale dalla Corte d'Appello: art. 187-septies, comma 2, T.U.F.)».

¹⁶⁴ Per il quale «ogni Stato, al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica, può formulare una riserva riguardo a una determinata disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione. Le riserve di carattere generale non sono autorizzate ai sensi del

che, quanto al merito della questione, i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla «CONSOB e dinanzi ai giudici penali [erano] riconducibili alla stessa condotta». Per tutte queste ragioni, tenendo in conto anche l'accertata violazione dell'art. 6 § 1 – per l'assenza di equità e imparzialità nel procedimento amministrativo dinanzi alla CONSOB¹⁶⁵ –, la Corte ha condannato l'Italia a versare a ciascun ricorrente diecimila euro per il danno morale e quarantamila euro, precisando, con riguardo alla violazione del divieto di *bis in idem*, che sarebbe spettato allo Stato convenuto di fare in modo che il procedimento penale contro i ricorrenti, ancora aperto, venisse «chiuso nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per costoro»¹⁶⁶. Il divieto convenzionale previsto dal citato art. 4, invero, alla luce di quanto precisato dalla Corte nella sentenza in commento¹⁶⁷, era quindi tale da esibire, in una dimensione esclusivamente processualistica, un carattere tendenzialmente inderogabile, «nel senso che la sua efficacia non [è] mediata da apprezzamenti discrezionali dal giudice in ordine alle concrete modalità di svolgimento dei procedimenti sanzionatori»¹⁶⁸, essendo unicamente riconnessa alla constatazione che un fatto, colto nella sua dimensione naturalistica – *idem factum*, appunto – sia, o meno, già stato giudicato in via definitiva e sanzionato con una pena.

Orbene, la sentenza *Grande Stevens* ha avuto il merito di «rimesta[re] rumorosamente le acque dello stagno»¹⁶⁹, facendo emergere, in tutto il loro potenziale critico e in una complessa dimensione sistemica¹⁷⁰, preoccupanti profili di contrasto tra il sistema interno e le garanzie convenzionali, con possibili

presente articolo. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione».

¹⁶⁵ La Corte ha, in particolare, messo l'accento sull'assenza di contraddittorio (la sanzione veniva inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti), sull'assenza di un'udienza pubblica (conseguente alla natura cartolare del procedimento); e, infine, sull'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (il Presidente della CONSOB). Per un approfondimento di questi profili processuali, si v. l'Opinione in parte concordante e in parte dissidente dei Giudici Karakas e Pinto de Albuquerque; sul tema, si v., ancora, A. F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, cit.

¹⁶⁶ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, § 237.

¹⁶⁷ Ed è importante, a tal riguardo e in una prospettiva più generale, sottolineare che il *test* di compatibilità con l'art. 4 del Prot. 7, deve essere condotto, per la Corte europea, verificando che i fatti storici sussunti nelle due previsioni oggetto di scrutinio siano i *medesimi*, a nulla rilevando, in questo senso, se sul piano astratto gli elementi costitutivi dei fatti in esse tipizzati siano, o meno, *identici*. Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, sentenza 4 marzo 2014, § 224.

¹⁶⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁹ Riproponendo una felice espressione di G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., p. 1.

¹⁷⁰ Nella stessa sentenza n. 102 del 2016, punto n. 6.2 del *Considerato in diritto*, la Corte costituzionale riconosce il carattere *strutturale* della censura rivolta dalla Corte EDU al sistema italiano.

ripercussioni anche in ambiti differenti da quello, relativo alle condotte di *market abuse*, direttamente censurato in sede europea. Per molti commentatori, infatti, la sentenza *Grande Stevens* avrebbe, in breve tempo, finito per determinare – come poi, in effetti, è stato – travolgenti ricadute anche sui sistemi di doppio binario sanzionatorio sperimentati dal legislatore nazionale nella materia tributaria¹⁷¹; e ciò, a ben vedere, anche in ragione di una giurisprudenza della Corte di Cassazione che, messo silenziosamente in disparte il *dictum* della Corte EDU, ha seguito pervicacemente, in quel settore, a riproporre una soluzione interpretativa capace – almeno nelle intenzioni dei suoi propugnatori – di escludere qualsiasi dubbio di legittimità convenzionale della duplicazione penale-amministrativa in relazione agli illeciti fiscali¹⁷².

In questo ricco scenario, la Corte costituzionale¹⁷³, per parte sua, è stata chiamata a dare risposta a numerosi giudici comuni che, in tempi diversi e con modalità non sempre coincidenti, avevano suggerito alcune soluzioni per rimuovere il *vulnus* convenzionale accertato dalla Corte europea nel caso *Grande*

¹⁷¹ Tematiche che la dottrina italiana ha diffusamente esplorato nei mesi successivi alla sentenza *Grande Stevens*: tra i molti, v. G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2014; O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 1033 ss.; e M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2014, il quale, in particolare, affronta il tema alla luce di un'importante decisione della Corte EDU – *Lucky Dev c. Svezia*, 27 novembre 2014 – in cui è stata riconosciuta la violazione del principio di cui all'art. 4 Prot. 7 CEDU proprio nel settore tributario.

¹⁷² Cfr. Cass., sez. III pen., sentenza n. 20266 del 2014; Cass., sez. III pen., sentenza n. 40526 del 2014.; e Cass., sez. III pen., sentenza n. 30267 del 2014; a tal riguardo, è interessante notare, come osservato dalla Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 43 del 2018, che «la normativa vigente postula che per lo stesso fatto debbano svolgersi due procedimenti distinti, l'uno penale e l'altro tributario, e non esclude che uno di essi possa essere avviato o proseguito dopo che l'altro si è definitivamente concluso. Difatti, anche quando opera la specialità [di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 74 del 2000], l'amministrazione è comunque tenuta a irrogare le sanzioni amministrative, che si prestano così a divenire definitive. Esse restano però ineseguibili, fino a quando il procedimento penale non è stato definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale dal fatto (art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 74 del 2000)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 1 del *Considerato in diritto*

¹⁷³ Sul tema v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 290, il quale, alla nota 11, segnala due importanti precedenti della Corte costituzionale – l'ordinanza n. 90 del 2002 e la sentenza n. 60 del 1996 – in cui si è negata copertura costituzionale al principio del *simultaneus processus*, così contribuendo, sulla scia della giurisprudenza di altri Tribunali costituzionali, ad esaminare il problema del *ne bis in idem* soltanto in un'ottica sostanziale e non processuale, appunto.

Stevens. Un primo significativo gruppo di questioni di legittimità costituzionale era stato sollevato da diverse sezioni dalla Corte di cassazione¹⁷⁴, nel gennaio del 2015: con esse, i rimettenti intendevano sollecitare un intervento della Corte sul tema della compatibilità del principio del *ne bis in idem*, come interpretato dalla Corte EDU, con il sistema del doppio binario sanzionatorio previsto proprio nel settore degli abusi di mercato¹⁷⁵. Con la sentenza n. 102 del 2016¹⁷⁶, la Corte ha dichiarato inammissibili tutte le questioni sollevate, mostrando un certo rigore nella valutazione delle criticità presenti nelle relative ordinanze di rimessione, peraltro provocando reazioni non unanimi nella dottrina che con essa si è confrontata¹⁷⁷. Così, la prima questione, sollevata dalla Quinta sezione della Corte di Cassazione in relazione al citato art. 187-*bis* del T.U.F. – impugnato nella parte in cui prevede «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «salvo che il fatto costituisca reato» –, è stata dichiarata inammissibile perché non rilevante nel giudizio principale, trattandosi di previsione che aveva già ricevuto definitiva applicazione da parte dell'autorità amministrativa nel relativo procedimento, il cui eventuale accoglimento, pertanto, «non solo non [avrebbe] consenti[to] di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma semmai [avrebbe] contribui[to] al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria procedente [avrebbe] dov[uto] comunque proseguire il giudizio penali ai sensi dell'art. 184, benché l'imputato [fosse] già stato assoggettato,

¹⁷⁴ Su cui v. M. SCOLETTA, *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2014, il quale già metteva in evidenza i problemi, in punto di rilevanza, della questione sollevata in relazione all'art. 187-*ter* del T.U.F.

¹⁷⁵ Cause che la Corte ha deciso di decidere congiuntamente «in quanto pongono questioni analoghe per oggetto, termini e parametri» – cfr. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁶ Si vedano i commenti di F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2016; e R. RUDONI, *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 2/2016.

¹⁷⁷ Per F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 3, «la Corte ha qui evidentemente deciso ... di non decidere, almeno per ora, una questione spinosa, verosimilmente in attesa di ulteriori sviluppi sul fronte della legislazione nazionale ... nonché sul fronte della giurisprudenza della Corte di giustizia»; per P. SALVEMINI, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, 4/2017, p. 15, «la Consulta ha voluto assicurare il rispetto della discrezionalità legislativa nella modulazione della risposta punitiva, senza ingerirsi con interventi sostanzialmente nomopoietici».

per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo»¹⁷⁸. Anche la seconda questione sollevata in via subordinata dalla Quinta Sezione, volta ad ottenere un intervento additivo della Corte sull'art. 649 c.p.p.¹⁷⁹ – referente normativo, nel solo settore penale, proprio del divieto di *bis in idem* posto al centro della decisione *Grande Stevens* – non ha superato il vaglio di ammissibilità, atteso il carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza. Il rimettente, più nel dettaglio, suggeriva alla Corte una dichiarazione di illegittimità dell'art. 649 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU». La Corte, *in parte qua*, ha rilevato che l'eventuale accoglimento di una siffatta questione avrebbe determinato un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, «in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente». In altre parole, l'intervento additivo prospettato dal giudice *a quo* non avrebbe determinato «un ordine di priorità, né altra forma di coordinamento, tra i due procedimenti – penale e amministrativo – cosicché la preclusione del secondo procedimento scatterebbe in base al provvedimento divenuto per primo irrevocabile»¹⁸⁰, dando così una soluzione ai singoli casi concreti, senza fornire invece alcuna garanzia, più in generale, rispetto alla violazione strutturale da parte dell'ordinamento italiano del divieto di *bis in idem*¹⁸¹.

Medesima sorte è poi toccata anche ad una terza questione, sollevata dalla sezione tributaria della Corte di Cassazione in relazione al citato art. 187-ter, comma 1, T.U.F. – previsione, questa, che in effetti doveva trovare applicazione

¹⁷⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁹ Che – sotto la rubrica *Divieto di un secondo giudizio* – prevede che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69, commi 2 e 345», precisando, al comma 2, che «se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo».

¹⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, punto n. 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁸¹ Osserva, ancora, significativamente, la Corte che «l'incertezza e la casualità delle sanzioni applicabili potrebbero a loro volta dar luogo alla violazione di altri principi costituzionali: anzitutto, perché si determinerebbe una violazione dei principi di determinatezza e di legalità della sanzione penale, prescritti dall'art. 25 Cost.; in secondo luogo perché potrebbe risultare vulnerato il principio di ragionevolezza e di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost.; infine, perché potrebbero essere pregiudicati i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni, imposti dal diritto dell'Unione europea ... in violazione, quindi, degli artt. 11 e 117 Cost.» – cfr. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, punto n. 6.2 del *Considerato in diritto*.

nel giudizio principale, essendosi il procedimento penale esauritosi prima di quello amministrativo – dichiarata inammissibile in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa¹⁸².

Alcuni mesi prima della sentenza n. 102, nell'aprile del 2015, confermando le preoccupazioni manifestate dalla dottrina all'indomani della decisione *Grande Stevens*¹⁸³, anche il Tribunale di Bologna aveva deciso di adire la Corte costituzionale per sollecitare un analogo *test* di compatibilità tra il principio del *ne bis in idem* e il sistema del *doppio binario*, riferendosi in quest'occasione al diverso settore degli illeciti tributari, pur se con argomenti in larga parte sovrapponibili a quelli già proposti dalla Cassazione nelle ordinanze prima richiamate. Il rimettente censurava, in particolare, l'art. 649 c.p.p., «in relazione all'art. 10-ter del d.lgs. n. 74 del 2000 ... nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata applicata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione», per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU. In risposta, con l'ordinanza n. 112 del 2016, la Corte costituzionale – tenute in considerazione le modifiche nel frattempo intervenute a seguito dell'entrata in vigore della riforma dei reati tributari, di cui al d.lgs. n. 158 del 2015¹⁸⁴ – decideva di restituire gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza della questione alla luce del *novum* normativo.

¹⁸² Cfr. Corte cost., sentenza n. 102 del 2016, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*, in cui il Giudice costituzionale rileva che «la Corte rimettente non scioglie i dubbi che essa stessa formula quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte EDU e i principi del diritto dell'Unione europea – sia in ordine alla eventuale non applicazione della normativa interna, sia sul possibile contrasto tra l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* prescelta dalla Corte EDU e quella adottata nell'ordinamento dell'Unione europea, anche in considerazione dei principi delle direttive europee che impongono di verificare l'effettività, l'adequatezza e la dissuasività delle sanzioni residue – dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata».

¹⁸³ Così, tra i molti, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2014.

¹⁸⁴ Si tratta, più precisamente, del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, *Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23*, che, come rileva la Corte, «ha profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra gli illeciti penali e amministrativi in questione, modificando alcune delle disposizioni prese in considerazione dal rimettente per ravvisare la violazione e, segnatamente, quelle di cui agli artt. 10-ter e 13 del d.lgs. n. 74 del 2000, introducendo fra l'altro una causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrativa» – cfr. Corte cost., ordinanza n. 112 del 2016.

5. (segue) le novità poste dalla sentenza *A. e B. c. Norvegia* e i recenti sviluppi giurisprudenziali

Il quadro giurisprudenziale descritto in precedenza, già di per sé molto complesso a fronte della sentenza *Grande Stevens*, è stato ulteriormente arricchito – se non addirittura stravolto – da una fondamentale decisione della Corte EDU del novembre 2016¹⁸⁵, che ha impresso un nuovo sviluppo alla materia *de qua*¹⁸⁶. Ci si riferisce, in questi termini, alla nota decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo, resa nel caso *A e B c. Norvegia*¹⁸⁷, che ha segnato un netto superamento rispetto ai principi tradizionalmente enunciati dalla giurisprudenza convenzionale in tema di *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio¹⁸⁸, consegnando all'interprete problematici interrogativi sul funzionamento del nuovo *test* di convenzionalità riferibile al principio sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁸⁹. Tali difficoltà sono state ampiamente confermate dalla successiva sentenza *Johannesson e a. c. Islanda*¹⁹⁰, con cui la Corte europea ha per la prima volta messo alla prova il paradigma della «*sufficiently closely connected in substance and in time*» inaugurato con la sentenza *A. e B.*, senza riuscire a dissipare i dubbi e le perplessità che la dottrina aveva messo in luce dopo il citato *revierment*¹⁹¹. In questo scenario, non deve quindi sorprendere che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 2018, proprio valorizzando la svolta giurisprudenziale rappresentata dalla decisione europea contro la Norvegia, abbia deciso per una nuova restituzione degli atti, questa volta in relazione ad una questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Monza sull'art. 649 c.p.p., censurato per contrasto con l'art. 117, primo comma, «nella parte in cui

¹⁸⁵ Importante anche perché emblematica delle insidie sottese all'«inseguimento della giurisprudenza europea sul terreno delle garanzie» per N. ZANON, *Matière pénale e principio di legittimità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 94.

¹⁸⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁸⁷ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, sentenza 15 novembre 2016.

¹⁸⁸ Sottolinea questo elemento, tra i molti, P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2017; si v., anche, G. CALAFIORE, *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensione la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, 2017.

¹⁸⁹ Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 336, «le maggiori criticità della sentenza *A. e B.* [...] sono da individuare nell'incontrollata superfetazione dei presupposti che dimostrerebbero la sussistenza di un 'legame temporale e materiale' tale da escludere la violazione del *ne bis in idem*, i quali denotano un approccio 'olistico' talmente flou da rendere del tutto incerti gli esiti della valutazione di compatibilità dei sistemi sanzionatori a doppio binario previsti negli Stati membri».

¹⁹⁰ Cfr. Corte EDU, *Johannesson e a. c. Islanda*, sentenza 18 maggio 2017.

¹⁹¹ Così letteralmente A. F. TRIPODI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connections in substance and time*, cit., 2.

non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale»¹⁹². In quest'occasione, pur riconoscendo che «il dubbio di costituzionalità [era] stato correttamente formulato, assumendo a presupposto, in forza della giurisprudenza europea allora in essere, che il *ne bis in idem* convenzionale opera ... ogni qual volta sia stato definito uno dei relativi procedimenti»¹⁹³ – la Corte costituzionale ha rilevato che «entrambi i presupposti intorno ai quali è stata costruita l'odierna questione di legittimità costituzionale sono venuti meno», ciò che, condivisibilmente, rende necessaria, da parte del giudice *a quo*, una nuova valutazione dei termini della questione promossa.

Questa importante precisazione della Corte costituzionale conferma almeno due elementi¹⁹⁴: il primo, che la sentenza *A e B*, la Corte EDU si riallaccia alla decennale giurisprudenza sui criteri *Engel* – qui riferita ad una sovrattassa applicata dall'amministrazione finanziaria – riproponendo con significativi elementi di novità una *ratio decidendi* già seguita in alcuni precedenti analoghi¹⁹⁵; e il secondo che *A e B* ha superato di slancio la sentenza *Grande Stevens*, abbandonando la regola della interruzione automatica del procedimento ancora pendente quando sia divenuto definito l'altro avente ad oggetto l'*idem factum*¹⁹⁶, attraverso l'enunciazione del principio di diritto per cui il *ne bis in idem* non opera «quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto (...) attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza»¹⁹⁷. Sulla base di questo nuovo approdo, che porta alle sue più compiute conseguenze un orientamento che la Corte EDU aveva solo timidamente proposto in

¹⁹² Per un commento v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2018.

¹⁹³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 5.

¹⁹⁴ Per approfondire v., *ex multis*, M. SCOLETTA, *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela* (a cura di) C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, Giappichelli, 2022; e L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Sistema penale*, 3 agosto 2020.

¹⁹⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Corte EDU, G. C., *Zolotoukine c. Russia*, sentenza 10 febbraio 2009.

¹⁹⁶ Si v. ancora, P. FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 3.

¹⁹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

alcuni precedenti in materia tributaria¹⁹⁸, è possibile quindi ritenere che due distinti procedimenti – l'uno penale e l'altro amministrativo – quando riferiti ai medesimi comportamenti, al ricorrere di determinate condizioni, devono essere considerati, ai fini della valutazione del rispetto del principio del *ne bis in idem*, come aspetti di un unico procedimento. Tali condizioni, decisive per escludere l'applicabilità del divieto in parola, sono da ricollegarsi: alla circostanza che i due procedimenti abbiano scopi differenti e abbiano ad oggetto, non solo in astratto ma anche in concreto, profili diversi della medesima condotta antisociale; che la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile della medesima condotta; che gli stessi procedimenti siano celebrati evitando per quanto possibile ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione del compendio probatorio, attraverso «una adeguata interazione tra le varie autorità competenti in modo da far sì che l'accertamento dei fatti in un procedimento sia utilizzato altresì nell'altro»; e, da ultimo, al fine di rispettare le esigenze di proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria, che l'entità della sanzione imposta nel procedimento concluso in via definitiva per prima sia comunque tenuta in considerazione nell'altro procedimento. La Corte ha cura di mettere, altresì, in luce l'esigenza che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologica, il quale, se non impone necessariamente che questi siano celebrati in modo parallelo, certo rende più probabile la violazione del principio del *ne bis in idem* quante volte il soggetto sia esposto ad una situazione di incertezza sulla propria sorte, in ragione della notevole durata complessiva dei due procedimenti¹⁹⁹. Applicando queste nuove regole al caso *A e B*, la Corte EDU ha concluso nel senso di escludere la violazione dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, non avendo subito i ricorrenti un pregiudizio sproporzionato e ingiusto ed essendo i due procedimenti oggetto di valutazione avvinti da una «connessione sostanziale e cronologia sufficientemente stretta», idonea a dimostrare che questi «formavano parte di uno schema sanzionatorio integrato contro fatti di omessa dichiarazione al fisco dei propri guadagni»²⁰⁰.

Pur nell'economia di una breve descrizione della pronuncia, non si può prescindere dal richiamare la corposa opinione dissenziente che il Giudice *Pinto de Albuquerque* si premura di formulare per censurare non solo l'esito ma anche molti degli argomenti proposti dalla maggioranza a sostegno della soluzione

¹⁹⁸ Cfr. Corte EDU, *R.T. c. Svizzera*, sentenza 30 maggio 2000; *Nilsson c. Svezia*, sentenza 13 dicembre 2005 e, più di recente, *Boman c. Finlandia*, sentenza 17 febbraio 2015, casi in cui la Corte aveva escluso la violazione del *ne bis in idem* convenzionale in relazione ad un provvedimento di revoca della patente per il medesimo fatto che era stato sanzionato anche in esito a un procedimento penale; si v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016.

¹⁹⁹ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, sentenza 15 novembre 2016, § 134.

²⁰⁰ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, sentenza 15 novembre 2016, §§ 147 e 153.

raggiunta²⁰¹. Con la sentenza in commento, la Corte avrebbe stravolto l'eredità delle sentenze *Zolotukhin* e *Grande Stevens* le quali, ciascuna prendendo in esame un profilo particolare del principio riconosciuto dall'art. 4 Prot. 7 CEDU – l'*idem factum*, la prima, e il *bis*, la seconda – avevano, in particolare, valorizzato la *ratio* garantista sottesa al divieto di sottoporre un soggetto ad un doppio giudizio per il medesimo fatto. Ancora, la sentenza *A. e B.*, nelle parole del Giudice portoghese, sarebbe tale da «aprire la strada a una politica punitiva del moderno Leviatano, basata su procedimenti multipli, strategicamente connessi e posti in essere con lo scopo di raggiungere il massimo effetto repressivo possibile», e il principio del *ne bis in idem*, sull'altare di una non meglio definitiva nozione di «complessiva proporzionalità della reazione punitiva», verrebbe così degradato, da diritto individuale e inalienabile ... a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio²⁰². Insomma, secondo questa lettura – condivisa anche da autorevole dottrina²⁰³ – la Corte avrebbe limitato fortemente la portata del diritto convenzionale, non solo con riferimento alle specifiche *misure* oggetto di scrutinio (le sovrattasse in materia tributaria, come visto), bensì anche, secondo un paradigma uguale e opposto a quello della sentenza *Grande Stevens*, più in generale rispetto a qualsivoglia sistema di *doppio binario*.

In linea con questa ricostruzione, con la consapevolezza della repentina e radicale svolta messa in atto dalla Corte EDU, la Corte costituzionale, nella

²⁰¹ Giudice che frequentemente si distingue per l'originalità, l'ampiezza e la solidità delle sue riflessioni; così, più recentemente, in occasione della sentenza *G.I.E.M. e a. c. Italia*, sentenza 28 giugno 2018. Per una interessante descrizione delle tesi sostenute dal Giudice portoghese, si rinvia a F. FIORENTIN, *Parla il "Giudice dei lasciati indietro"*. A proposito del libro di Paulo Pinto de Albuquerque, *i diritti umani in una prospettiva europea, a cura e con un saggio di Davide Galliani, prefazione di Paola Bilancia, Giappichelli, Torino, 2006*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 novembre 2016. In relazione al canone della «sufficiently close connection in substance and time» proposto dalla sentenza *A. e B.*, osserva il Giudice Pinto che si tratta di un «criterio vaghissimo e arbitrario, costruito attorno a indicatori (e non a veri e propri requisiti) manipolabili ad libitum dall'interprete, come dimostrano gli stessi precedenti nei quali la Corte aveva fatto riferimento al criterio medesimo» – cfr. Opinione dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, §§ 42-46; interessante notare anche che in Cass., sez. III pen., sentenza n. 9184 del 2017, si rileva che «l'opinione dissenziente a firma del giudice Pinto De Albuquerque infici l'efficacia della pronuncia; per quanto articolata si tratta di una opinione che si risolve in una difesa delle posizioni espresse nella sentenza *Zolotouikhine v. Russia*, e nella denuncia della vaghezza del criterio dello 'stretto legame materiale e temporale' che non incide sulla tenuta argomentativa della sentenza criticata. La Grande camera effettua infatti una analisi accurata dei precedenti difformi, che vengono superati attraverso un innovativo bilanciamento tra la tutela del diritto del singolo a non essere perseguito più volte per la stessa condotta e la protezione dell'interesse collettivo a perseguire il raggiungimento di diverse finalità sociali la cui identificazione è sollecitata dalla plurioffensività della condotta».

²⁰² Cfr., ancora, Opinione dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, § 80.

²⁰³ V., ulteriormente, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 7.

citata sentenza n. 43 del 2018, ha voluto sottolineare che «la nuova regola della sentenza *A e B contro Norvegia* rende meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori del medesimo fatto», pur rimanendo, in astratto, altrettanto fermo il principio per cui «non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell'ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell'ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l'adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali»²⁰⁴.

Prima di proseguire oltre, è necessario ricordare che il dialogo sui confini, più o meno mobili, della *materia penale* in molti casi – come accaduto anche in relazione all'istituto della prescrizione²⁰⁵ – coinvolge, insieme alla Corte EDU, che spesso si presenta sul palcoscenico come vero attore protagonista, anche la Corte di Giustizia²⁰⁶, il cui ambito di intervento è limitato, *ratione materiae*, ai settori di competenze dell'Unione, e le cui decisioni nondimeno, in ragione dell'efficacia che ad esse riconosce da tempo la stessa Corte costituzionale, sul presupposto della *primauté* del diritto eurolunitario, possono spiegare nel nostro ordinamento effetti assolutamente travolgenti, ancor più incisivi di quelli scaturiti dai *dicta* di Strasburgo²⁰⁷. Con questo spirito, può essere segnalato che, più di recente, proprio la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema italiano del doppio binario sanzionatorio²⁰⁸ con il diritto dell'Unione europea, dando risposta a tre complessi quesiti pregiudiziali formulati, tra il 2015 e il 2016, dal Tribunale di Bergamo²⁰⁹ e dalla Corte di Cassazione²¹⁰. Tutti i giudici nazionali ancoravano il proprio dubbio di

²⁰⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 9.

²⁰⁵ Cfr. *supra* Cap. 3 § 6.

²⁰⁶ Sul tema si v., E. SCAROINA, *Costi e benefici del dialogo tra le Corti in materia penale*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 2926, che, per quanto interessa, rileva un certo disorientamento nel dialogo tra le Corti sul *ne bis in idem*, ancor prima del *revirement* rappresentato dalla sentenza *A. e B.*

²⁰⁷ Cfr., da ultimo, Corte di giustizia, G.S., *NE*, C-205/20, sentenza 8 marzo 2022, con commento di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022.

²⁰⁸ Si v. A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2018.

²⁰⁹ Si veda, in particolare, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2015.

²¹⁰ La sezione tributaria prima, e la seconda sezione civile poi: v., per tutti, F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tre ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2016; e dello stesso A., *Ne bis in idem e*

compatibilità all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea facendo valere – nel settore dei mercati finanziari, in due casi, e nel campo degli illeciti tributari, nel terzo – i medesimi argomenti proposti dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens*, non potendo invece fare riferimento, perché successiva, alla citata pronuncia *A e B*. Le questioni poste dai rimettenti alla Corte di Giustizia hanno suscitato massima attenzione²¹¹, anche alla luce delle conclusioni dell'Avv. Generale, poi non seguite nelle decisioni assunte dalla Grande Sezione, che si «era spinto fino a sollecitare un livello di tutela del diritto al *ne bis in idem* più elevato di quello fornito, dopo il 'ripensamento' di *A e B*, dalla Corte EDU»²¹². Dopo il deposito delle motivazioni, l'iniziale interesse si è trasformato, per molti, in disorientamento²¹³ e, per alcuni, addirittura in preoccupazione²¹⁴, tanto avrebbe inciso con queste pronunce la Corte di Giustizia sulla metamorfosi in atto del principio del *ne bis in idem*²¹⁵. Non è questa la sede, ovviamente, per approfondire tutti gli interrogativi posti dalle articolate decisioni della Corte di Giustizia, è opportuno però, in ogni caso, segnalare che con esse, sulla scia del *tornante* tracciato dalla Corte EDU nel caso *A e B*, il principio del *ne bis in idem* è stato ricondotto, anche nella prospettiva del diritto dell'Unione europea, in modo assolutamente chiaro in una dimensione sostanzialistica.

doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2016.

²¹¹ Tra gli studiosi e gli operatori del diritto, non solo italiani, come mostrato tra l'altro dall'elevato numero di Governi intervenuti dinanzi alla Corte di Giustizia; evidenzia questo elemento, in particolare, N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *EuroJus*, 2018, p. 1.

²¹² Si v., F. VIGANÒ, *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 settembre 2017, p. 206 ss.

²¹³ Plasticamente messo in evidenza nelle parole di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 292, per cui «l'evidente oscillazione che si registra nella seconda [la Corte EDU] dimostra come il riferimento del principio del *ne bis in idem* al problema della sovrapposizione dei sistemi sanzionatori penale e amministrativo denoti effettivamente aspetti di complessità che non possono essere affrontati limitandosi ad osservare che 'uno più uno fa due'».

²¹⁴ Nello spirito delle passionante considerazioni del Giudice *Pinto de Albuquerque* che nella propria opinione dissenziente ha formulato una feroce critica nei confronti della sentenza *A. e B. c. Norvegia* della Corte EDU, possono leggersi le riflessioni di N. RECCHIA, *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *EuroJus*, cit.

²¹⁵ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 293, per cui, peraltro, «il principio del *ne bis in idem* presenta una natura proteiforme poiché, accanto al tradizionale inquadramento processuale come divieto di apertura di un secondo giudizio per un fatto rispetto al quale è già intervenuta una sentenza definitiva (*bis de eadem re ne sit actio*), ne è stata nel tempo evidenziata un'accezione sostanziale come divieto di riconduzione del medesimo illecito ad una pluralità di fattispecie incriminatrici».

Nei *dicta* della Corte di Giustizia, attraverso l'esame di alcune ipotesi peculiari, vengono fornite indicazioni di carattere generale: occupandosi del caso statisticamente meno probabile del procedimento amministrativo ancora pendente dopo la definitiva conclusione del processo penale²¹⁶, la Corte di Giustizia ha condivisibilmente riconosciuto che l'art. 50 della Carta osta alla possibilità di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa avente natura *penale*, quante volte la condanna già emessa in sede penale «tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva». Ed, ancora, in un secondo caso, trovandosi al cospetto della parimenti insolita ipotesi della celebrazione di un procedimento riguardante una sanzione amministrativa (avente natura *penale*), a fronte di una pronuncia assolutoria in sede penale già passata in giudicato, la Corte di Giustizia ha poi positivamente osservato, valorizzando in particolare il pur ambiguo canone della *proporzionalità* cui deve comunque tendere la complessiva risposta sanzionatoria dello Stato, che la definitiva assoluzione osta alla prosecuzione del parallelo procedimento amministrativo, il quale finirebbe per eccedere in modo manifesto l'obiettivo, proprio del settore del *market abuse* oggetto di valutazione, di garantire «l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari»²¹⁷.

L'eco della sentenza *A e B* e delle recenti pronunce della Corte di Giustizia ha conosciuto rilevanti propagazioni nel sistema interno, ancora una volta nel settore del *market abuse*: in un caso interessante la Corte di Cassazione ha affermato che non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* nell'ipotesi in cui le sanzioni complessivamente irrogate, ai sensi dei più volte citati artt. 185 e 187-ter T.U.F., rispettino il principio di «proporzionalità, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo», stabilendo, altresì, che la stessa Corte di Cassazione «può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lett. l), c.p.p., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto»²¹⁸.

²¹⁶ Cfr. Corte di giustizia, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, 20 marzo 2018.

²¹⁷ Cfr. Corte di giustizia, *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e 597/16, sentenza 20 marzo 2018, §§ 42-44.

²¹⁸ Cfr. Cass., sez. V pen., sentenza n. 45829 del 2018, Imp. *Franconi e a.*, in cui la Corte ha anche precisato che, nel caso di specie, «la sola sanzione penale inflitta – stabilita in sostanza nel minimo sia per la pena della reclusione che della multa – non appare idonea a reprimere il delitto in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva ed il trattamento sanzionatorio derivante dall'insieme delle pene in concreto applicate non risulta eccessivamente oneroso per i soggetti interessati»; a commento della quale, v. F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2018.

In tempi più recenti, diverse autorità giudiziarie hanno però tentato di andare oltre, cercando di far saltare, con un intervento demolitorio della Corte costituzionale, il principale ostacolo normativo all'adeguamento del nostro sistema agli *input* di matrice sovranazionale, rappresentato segnatamente dall'art. 649 c.p.p. Questa previsione, come già si è detto, enuncia il divieto di *bis in idem*, limitandone però testualmente l'operatività al solo caso dell'imputato già giudicato davanti al giudice penale. La stessa Corte costituzionale ha chiarito come la lettera e la *ratio* dell'art. 649 c.p.p. escludono che, in difetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, tale disposizione sia idonea a regolare anche il caso in cui uno dei due giudizi sia qualificato come non penale a livello domestico²¹⁹. In almeno tre casi²²⁰, tra il 2019 e il 2021, la Corte costituzionale si è trovata a scrutinare delle censure rivolte direttamente contro l'art. 649, sospettato di incostituzionalità proprio nella parte in cui non prevede l'applicabilità del *ne bis in idem* quando, nei confronti della stessa persona e per i medesimi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva una sanzione di carattere sostanzialmente penale, sulla base dei criteri *Engel*. In tutti questi casi²²¹, i giudici *a quibus* hanno costruito le proprie censure sull'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. 7 CEDU, contestando la legittimità del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria. Per motivi in larga parte coincidenti, la

²¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

²²⁰ Per completezza va rilevato che la giurisprudenza della Corte EDU sul *ne bis in idem* – e in particolare la *ratio decidendi* della sentenza *A e B c. Norvegia* – viene ampiamente richiamata anche in un ulteriore caso, deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 240 del 2018: in questo caso, le questioni portate all'attenzione della Corte vertevano sull'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 58 del 1998, *Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*, censurato in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 4, del Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); anche nella successiva sentenza n. 145 del 2020 vi sono significative tracce della giurisprudenza convenzionale sul divieto di un secondo giudizio: in questo diverso caso il giudice *a quo* ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, tre distinte questioni di legittimità costituzionale dell'art. 709-ter, comma 2, numero 4), c.p.p., nella parte in cui prevede che, nell'ambito di un giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, il genitore che abbia posto in essere atti che arrechino pregiudizio al minore sia passibile della «sanzione amministrativa pecuniaria» da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro, in favore della Cassa delle ammende, per l'inadempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento, previsto, nel caso di specie, dalla sentenza di separazione coniugale, in favore della figlia minorenni.

²²¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 222 del 2019; e ordinanza n. 114 del 2021; è interessante notare, peraltro, che il giudice rimettente della questione poi decisa dalla Corte costituzionale con sentenza n. 222 del 2019 è lo stesso che, nel settembre del 2015, aveva formulato i rinvii pregiudiziali definiti dalla Corte di Giustizia, con sentenza *Menci*, C-524/15, 20 marzo 2018; v., in particolare, M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.* 2019, p. 533 ss.

Corte costituzionale respinge gli argomenti dei giudici rimettenti, rilevando, in particolare, l'omessa considerazione di tutti quegli elementi di raccordo tra i procedimenti tributario e penale che, nella rimeditata lettura proposta dalla Corte EDU nel caso *A e B* e dalla Corte di giustizia, giocano un ruolo fondamentale per saggiare la tenuta del doppio binario²²².

Con una storica sentenza del 2022, la Corte costituzionale ha fatto venir meno le ultime resistenze, consentendo al principio del *ne bis in idem* di penetrare nel proscenio costituzionale del nostro ordinamento²²³. La fortunata ordinanza di rimessione era stata, questa volta, formulata dal Tribunale di Verona, nel corso di un procedimento penale a carico di un soggetto imputato del delitto previsto dall'art. 171-ter, comma 1, lett. b) della legge n. 633 del 1941, la cd. *Legge sul diritto d'autore*²²⁴. Nei confronti dello stesso soggetto, però, era già stata applicata in via definitiva la sanzione amministrativa pecuniaria, prevista dalla medesima legge, all'art. 174-bis, per un totale di circa 6.000 euro. Convintosi della natura punitiva della predetta sanzione e dell'illegittimità costituzionale della preclusione discendente dall'art. 649 c.p.p., il Tribunale di Verona aveva richiesto l'intervento della Corte. La risposta del Giudice delle leggi è molto netta e sostenuta da un impianto argomentativo solido, del quale ci occuperemo anche più avanti²²⁵; in questo momento, la sentenza n. 149 del 2022 ci interessa per attestare uno sconfinamento che, a questo punto, non è più solo teorico: l'art. 649 c.p.p. viene infatti dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941, che, in relazione al medesimo fatto,

²²² Cfr. Corte cost., ordinanza n. 136 del 2021: la Corte costituzionale in quest'occasione ha rilevato come il rimettente si fosse limitato ad affermare che le sanzioni amministrative inflitte ad A.P. F. sono di natura punitiva, che non sono state considerate in sede di commisurazione della pena per il delitto di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000 nel giudizio di primo grado, e che è mancato un coordinamento temporale tra i procedimenti amministrativo e penale, senza però chiarire perché le sanzioni amministrative pecuniarie e la sanzione penale detentiva perseguirebbero la stessa finalità (atteso che la seconda è riservata alla punizione delle condotte sopra determinate soglie) e senza dare conto delle disposizioni normative, interne ed esterne al corpus normativo del d.lgs. n. 74 del 2000, che regolano i rapporti tra procedimento amministrativo e procedimento penale in materia tributaria, per saggiarne la portata, in termini di introduzione di elementi di raccordo tra adempimento del debito tributario da un lato, e svolgimento ed esito del processo penale, dall'altro lato.

²²³ Per richiamare una felice espressione di M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2022, p. 1.

²²⁴ L'imputato, più nello specifico, era accusato di aver, con finalità di lucro, detenuto per la vendita e poi riprodotto abusivamente «opere letterarie fotocopiate oltre il limite consentito pari al 15% in numero pari a quarantanove testi [...] presso la copisteria di cui è titolare».

²²⁵ Cfr. *infra* Cap. 7 § 4.

sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* della medesima legge²²⁶. Non mancano ovviamente alcuni elementi di criticità, che la dottrina non ha esitato a mettere in luce²²⁷: la stessa Corte costituzionale riconosce, nella parte conclusiva della pronuncia, il carattere solo parziale della sanatoria, posto che la manipolazione, da un lato, lascia impregiudicata l'ipotesi in cui il giudicato penale intervenga prima di quello amministrativo e, dall'altro, riguarda unicamente la materia del diritto di autore e le fattispecie previste dall'art. 171-*ter* citato.

In attesa dei successivi sviluppi giurisprudenziali della materia, ai nostri fini giova mettere in evidenza che il confronto tra le nozioni di materia penale, nazionale ed europea – quando ci si riferisce al divieto del *bis in idem* e ai sistemi di doppio binario sanzionatorio –, consente di registrare, in disparte le riferite criticità sottese all'operatività del *test* inaugurato con la sentenza *A e B*, una netta tendenza della giurisprudenza europea a considerare come coperte dal fascio delle garanzie penalistiche misure pacificamente escluse a livello domestico dall'ambito di operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost.

6. Gli sconfinamenti incerti: il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo e l'incandidabilità alla carica parlamentare

Un ambito che ha posto negli ultimi anni diverse problematiche a livello interpretativo è sicuramente quello rappresentato dall'incandidabilità e, più in generale, dalle misure ostative all'assunzione e al mantenimento delle cariche

²²⁶ Merita senz'altro di essere sottolineato il fatto che la Corte ha precisato l'originaria richiesta del giudice *a quo*: «per quanto il dispositivo dell'ordinanza di rimessione formuli questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento a tutti i casi in cui, con riguardo ad uno stesso fatto, «sia stata già irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della [CEDU] e dei relativi protocolli», l'intero sviluppo argomentativo della parte motiva dell'ordinanza evidenzia, come giustamente rilevato dalla difesa dell'imputato, che il rimettente ha inteso censurare l'art. 649 c.p.p. con specifico riferimento al regime di “doppio binario” sanzionatorio previsto in materia di tutela del diritto d'autore. [...] Dal momento che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio costituzionale deve essere individuato interpretando il dispositivo dell'ordinanza di rimessione alla luce della sua motivazione (*ex multis*, sentenza n. 33 del 2019), la questione deve dunque essere intesa come mirante unicamente a estendere la disciplina di cui all'art. 649 c.p.p. all'ipotesi in cui l'imputato di uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge n. 633 del 1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell'art. 174-*bis* della medesima legge – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

²²⁷ Cfr., ancora, M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit.

pubbliche e di governo²²⁸. Un approfondimento sulla disciplina italiana delle limitazioni al diritto di elettorato passivo potrebbe, in apparenza, apparire in parte slegato, addirittura eccentrico, rispetto agli argomenti fin qui affrontati, trattandosi di un tema, per lungo tempo confinato nell'ambito del solo diritto costituzionale nazionale e quindi non interessato della giurisprudenza della Corte EDU²²⁹. Nondimeno – alla luce delle più recenti modifiche legislative in materia e del conseguente, problematico, assestamento della giurisprudenza interna²³⁰ – l'esame della normativa italiana sui limiti d'accesso alle cariche pubbliche offre a chi voglia ragionare delle contaminazioni dei modelli di *materia penale* a livello nazionale ed europeo numerosi spunti di riflessione²³¹, sui quali, pertanto, è il caso di soffermarsi con una certa attenzione²³². E tutto ciò, a ben vedere, anche se la Corte europea, con decisione del 27 novembre 2018²³³, ha deciso di non esaminare nel merito il ricorso presentato dal Sen. *Berlusconi* e dallo stesso poi ritirato nell'estate del 2018²³⁴, non registrando, nel caso di

²²⁸ Su cui, come noto, si è di recente anche avuto un referendum abrogativo, che mirava all'integrale abrogazione del d.lgs. n. 235 del 2012, cd. *Decreto Severino*; volendo, per alcune osservazioni sul merito di questo quesito, v. F. BIONDI, S. BISSARO, *Referendum sulla giustizia: su cosa voteremo?*, in *Studium Iuris*, 6/2022.

²²⁹ Sul tema, v. C. NARDOCCI, *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in *Federalismi*, 2017; e M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 2018.

²³⁰ Su cui, per un'approfondita analisi delle più importanti affermazioni pretorie successive all'entrata in vigore del cd. *Decreto Severino*, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Editoriale scientifica, 2015, *passim*.

²³¹ In particolare, per P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit., il testo normativo «consegna al suo interprete delicati interrogativi, sul piano del ragionamento giuridico, e richiede un'indagine che interseca diversi interessi di rilievo costituzionale: l'autonomia dei poteri dello Stato, le esigenze di legalità e trasparenza dell'azione amministrativa, la difesa della sovranità popolare, di cui il diritto di voto e di eleggibilità costituiscono concreta estrinsecazione, quali garanzie di piena partecipazione ai processi democratici».

²³² Si intende fare qui riferimento al solo profilo che attiene all'allegata violazione dell'art. 7, *Nulla poena sine lege*; per l'esame degli altri profili, si v. C. DI MARTINO, *La c.d. Legge Severino ed il diritto a libere elezioni: i motivi imperativi di ordine democratico giustificano l'applicazione del decreto agli eletti in corso di mandato*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

²³³ Cfr. Corte EDU, G.C., *Berlusconi c. Italia*, sentenza 27 novembre 2018.

²³⁴ Con il proprio atto di ricorso, presentato in data 10 settembre 2013, il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 7 CEDU, dell'art. 3 Prot. 1 CEDU, letto anche congiuntamente all'art. 14 CEDU, e dell'art. 13 CEDU, in relazione alla pretesa (non ancora concretizzata in quel momento) di applicare nei suoi confronti le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 235 del 2012. In sintesi la vicenda processuale che ha coinvolto il ricorrente: con sentenza n. 35729 del 1° agosto 2013, depositato il 29 agosto 2013, la Corte di cassazione, Sezione feriale, nel rigettare il ricorso proposto dal Sen. *Berlusconi* e da altri coimputati avverso la sentenza n. 3232 della Corte d'appello di Milano dell'8 maggio 2013, ha confermato la sentenza n. 10956 del Tribunale di

specie, la sussistenza di quelle particolari circostanze relative al rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli che, ai sensi dell'art. 37 CEDU, ne impongono in ogni caso la trattazione.

Soltanto accennando ad alcuni degli istituti che ricevono cittadinanza nel nostro ordinamento in materia di limitazione al diritto di elettorato passivo, è utile in questa sede ricordare che, in merito alle cariche elettive di maggior pregio, è la stessa Costituzione, all'art. 65 Cost., che espressamente contempla le ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità²³⁵. Nel corso degli anni, la legislazione ordinaria ha inciso significativamente sulla materia *de qua*, giungendo a configurare, per quanto più interessa, una ulteriore ipotesi di limitazione nell'accesso alle cariche pubbliche, l'incandidabilità appunto²³⁶: con la legge n. 55 del 1990²³⁷, poi seguita dalla legge n. 16 del 1992²³⁸ e dal successivo d.lgs. n. 267 del 2000²³⁹, inizialmente soltanto con riferimento alle cariche regionali e locali²⁴⁰; e, successivamente, nel 2012, estendendo l'operatività dell'istituto

Milano del 26 ottobre 2012, rendendo irrevocabile la statuizione di condanna dello stesso ricorrente alla pena di anni quattro di reclusione per il reato di frode fiscale p. e p. dall'art. 2 del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (di cui tre oggetto di indulto per effetto della l. 31 luglio 2006, n. 241). Con la medesima pronuncia, la Corte di cassazione annullava con rinvio alla Corte d'appello la sentenza impugnata limitatamente alla statuizione relativa alla condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea per anni cinque dai pubblici uffici; sul tema, v., *ex multis*, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare*, cit., p. 117 ss.

²³⁵ Per tutti, v. G. RIVOSACCHI, *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica, 2006, p. 1249 ss., e la ricchissima letteratura in esso richiamata.

²³⁶ I contributi dottrinali che si occupano di mettere in luce le differenze tra l'incandidabilità, appunto, e le altre ipotesi di limitazione al diritto di elettorato passivo sono davvero numerosi: ci si limita qui a segnalare N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008; e N. LUPO, G. RIVOSACCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 6, pp. 595 – 596.

²³⁷ Precisamente, la legge 19 marzo 1990, n. 55, *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*; su cui, si v. F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC*, 4/2013, p. 2 ss.

²³⁸ Si tratta della legge 18 gennaio 1992, n. 16, *Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali*; per un ampio approfondimento sulle modifiche introdotte negli anni novanta in materia di incandidabilità, si v. D. PINTO e S. D'ALFONSO, *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità*, in F. Pinto, S. D'Alfonso *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità e status degli amministratori locali. Cause ostative al mandato, aspettative, permessi, indennità*, Maggioli, 2001, e M. FIORILLO, *Le nuove cause di incandidabilità, sospensione e decadenza nell'ordinamento delle regioni e degli enti locali: legge 18 gennaio 1992, n. 16*, Istituto di studi sulle Regioni, Roma, 1994.

²³⁹ Dopo un primo intervento, con la legge 13 dicembre 1999, n. 474, *Modifiche all'art. 15 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni*, il legislatore metteva nuovamente mano alla disciplina con il d.p.r. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), stabilendo, agli art. 58 e 59, diverse ipotesi di incandidabilità e di sospensione e decadenza di diritto.

²⁴⁰ In generale, sulle differenti ipotesi di incandidabilità, v. F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, cit.; V. PUPO, *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in

anche alle cariche parlamentari²⁴¹. In estrema sintesi, con la legge n. 190 del 2012²⁴², ai più nota come *Legge anticorruzione*, il Parlamento italiano ha incaricato il Governo di adottare un decreto legislativo proprio in materia di incandidabilità, con l'obiettivo di favorire – in linea con la *ratio* complessiva dell'intervento riformatore, consistente nel superamento dell'approccio *pan-penalistico* nella lotta ai fenomeni corruttivi²⁴³ – una nuova stagione nel reclutamento della classe politica italiana, finalmente e auspicabilmente rispettosa del codice di comportamento proclamato in termini solenni all'art. 54 della Costituzione²⁴⁴, attraverso l'estromissione dei soggetti caratterizzati da una condizione di assoluta e insanabile *inidoneità funzionale*²⁴⁵. Esercitando la delega ricevuta,

Rivista AIC, 1/2017; e, diffusamente, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit.

²⁴¹ Con note critiche su questa scelta, in particolare con riferimento alle possibili censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 65 Cost, si v. N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, cit.

²⁴² Si tratta della nota legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*; per un commento generale della legge, B. G. MATTARELLA, M. PELLISERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013, e C. BENUSSI, *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corr. Merito*, 4/2013, p. 361 ss.

²⁴³ Acute le riflessioni sul tema di F. PATRONI GRIFFI, *Prefazione*, in I. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2017.

²⁴⁴ Che, come noto, impone ai cittadini «cui sono affidate funzioni pubbliche di adempierle con disciplina ed onore». In questo stesso senso, V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 1/2014, commentando la giurisprudenza amministrativa formatasi in relazione alle ipotesi di incandidabilità introdotte dal d.lgs. n. 235 del 2012, concludeva così le sue riflessioni: «l'eleggibilità è la regola, l'ineleggibilità l'eccezione, ma la dignità morale è un requisito costituzionalmente necessario, sempre»; più in generale, sull'importanza di garantire la dignità morale dei funzionari pubblici, v. L. BUSCEMA, *Orgoglio e pregiudizio (penale) in tema di diritto di elettorato passivo. Riflessioni a margine del caso De Magistris*, in *Rivista AIC*, 1/2015; e C. DIMARTINO, *La c.d. Legge Severino ed il diritto a libere elezioni: i motivi imperativi di ordine democratico giustificano l'applicazione del decreto agli eletti in corso di mandato*, cit.

²⁴⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 118 del 1994, punto n. 2 del *Ritenuto in fatto*, ove si precisa, proprio in riferimento alle ipotesi di incandidabilità – qui, invero, assimilate a «nuovi casi di ineleggibilità» – previste dalla legge n. 55 del 1990, che «si tratta, in sostanza, di 'qualifiche negative' o 'requisiti negativi', che il legislatore, nel perseguimento di finalità di interesse generale, ha ritenuto di individuare come cause ostative finanche alla partecipazione alla competizione elettorale: ovvio che, se seguono alla elezione, devono logicamente tradursi in decadenza dalle cariche conseguite. Il fine primario perseguito è quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante *munus pubblico* i soggetti la cui radicale inidoneità ad esso sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia per qualsivoglia violazione delle norme di protezione dell'interesse generale (in tal senso è il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 30 novembre 1992)» – cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 295 del 1994 e n. 141 del 1994; su questo profilo, v., ancora, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit., pp. 15 – 16.

il Governo ha poi approvato il d.lgs. n. 235 del 2012, cd. *Decreto Severino*²⁴⁶, introducendo stringenti limitazioni al diritto di elettorato passivo, sulla cui precisa qualificazione giuridica e sulla conseguente latitudine temporale degli effetti inabilitanti ivi previsti, in assenza di esplicite indicazioni da parte del legislatore, si è molto discusso sia in dottrina che in giurisprudenza²⁴⁷. Ed è proprio per questa ragione che interessa esaminare alcune delle previsioni del cd. *Decreto Severino*, calandosi, queste, in modo assolutamente paradigmatico, nella più ampia problematica dell'individuazione dei confini della *materia penale*, nel diritto nazionale, anzitutto, e in quello europeo.

Andando con ordine e sinteticamente, la disciplina positiva: per le cariche parlamentari, l'art. 1 del decreto in parola ha stabilito che non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato e di senatore coloro che abbiano riportato una condanna definitiva a una pena superiore ai due anni di reclusione, per particolari tipologie di delitti²⁴⁸; l'art. 3, affrontando la specifica e più problematica ipotesi della sopravvenienza delle cause di incandidabilità di cui al citato art. 1 nel corso del mandato elettivo, ha poi previsto che la Camera di appartenenza del soggetto attinto dal provvedimento giurisdizionale delibere, sulla decadenza di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 66 della Costituzione²⁴⁹; per le cariche regionali e locali, il legislatore ha poi previsto una disciplina del tutto peculiare, tipizzando, accanto alle analoghe ipotesi di incandidabilità originaria già previste per i parlamentari – con presupposti operativi non del tutto coincidenti²⁵⁰ – forme di *sospensione obbligatoria* per i soggetti

²⁴⁶ Contenente il *Testo Unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi*.

²⁴⁷ Ricostruisce precisamente – con ampi richiami alle tesi dottrinali proposte e alle pronunce giurisdizionali intervenute *in subiecta materia* – i termini del dibattito sorto in merito alla qualificazione giuridica dell'incandidabilità introdotta per i parlamentari dal cd. *Decreto Severino* P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit., p. 35 ss.

²⁴⁸ Si tratta, in particolare, di delitti di significativa gravità e quelli dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: cfr., tra i molti, D. CODUTI, *Incandidabilità, misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 4/2016; e A. RACCA, *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell'"incandidabilità" per le cariche elettive (e di governo) nell'ordinamento italiano*, in *Consulta online*, 2014, pp. 5 – 6.

²⁴⁹ Su cui, v. V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, 1986, p. 167 ss., G. M. SALERNO, *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) V. Crisafulli, L. Paladin, Cedam, 1990, 406, e C. BOLOGNA, *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) S. Bartole, R. Bin, Cedam, 2008, p. 617 ss.; per un'analisi dei tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia, v., in particolare, F. BIONDI, *La verifica dei poteri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Filangeri*, 2019, pp. 103-116.

²⁵⁰ Nella stessa sentenza n. 276 del 2016, la Corte è stata anche chiamata a decidere una questione di legittimità costituzionale, prospettata in relazione all'art. 3 Cost., che censurava la disparità di trattamento tra le cariche nazionali, da una parte, e le cariche regionali e locali,

condannati in via non definitiva per taluno dei reati nominativamente indicati agli artt. 8 e 11²⁵¹.

È ora possibile mettere a fuoco la questione più controversa posta dalla novellata normativa in materia di incandidabilità, che attiene, come in molti hanno rilevato²⁵², alla dibattuta applicabilità *ratione temporis* delle previsioni introdotte dal cd. *Decreto Severino*: se queste siano, in particolare, applicabili anche alle sentenze di condanna pronunciate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto ma riferite a fatti anteriormente commessi; questione che ovviamente presuppone, come necessariamente prioritario, l'esame della natura giuridica delle medesime previsioni, essendo valido unicamente nell'ambito della *materia penale* – sia nazionale che europea – il divieto di irretroattività *in malam partem*²⁵³. La dottrina e, più di recente, anche la

dall'altra. Degna di nota l'argomentazione proposta dalla Corte per sostenere la conclusione nel senso dell'infondatezza: «quanto alla tesi secondo la quale sarebbe irragionevole assicurare un trattamento differenziato a favore dei membri del Parlamento, in quanto titolari delle cariche oggettivamente più importanti, essa non considera che la finalità di tutela del buon andamento e della legalità nella pubblica amministrazione perseguita dalla disciplina in esame può anzi giustificare un trattamento più severo per le cariche politico-amministrative locali. La commissione di reati che offendono la pubblica amministrazione può infatti rischiare di minarne l'immagine e la credibilità e di inquinare l'azione (*ex plurimis*, sentenza n. 236 del 2015) in modo particolarmente incisivo al livello degli enti regionali e locali, per la prossimità dei cittadini al tessuto istituzionale locale e la diffusività del fenomeno in tale ambito. Va sottolineato in particolare che parte delle funzioni svolte dai consiglieri regionali ha natura amministrativa e che essa giustifica un trattamento di maggiore severità nella valutazione delle condanne per reati contro la pubblica amministrazione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 276, punto n. 7.3 del *Considerato in diritto*; su questo specifico tema, v. F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, cit., p. 7 ss.

²⁵¹ Si è scelto, volutamente, di circoscrivere l'ambito delle riflessioni proposte nel testo alle sole ipotesi di incandidabilità previste per le cariche elettive nazionali, regionali e locali, tralasciando le ipotesi di incandidabilità alla carica di parlamentare europeo e di componente di governo, sui quali, almeno fino ad oggi, non si registrano particolari incertezze interpretative.

²⁵² Si segnalano, qui, con approcci e soluzioni anche molto diversi, i contributi di V. NINO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*; A. MANNA, *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*; B. GALGANI, *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali*: distingue frequenter; e M. GAMBARDELLA, *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuto e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*, tutti pubblicati, appunto, su *Archivio penale*, 2014.

²⁵³ Ed è interessante notare che nella citata sentenza n. 236 del 2015 è la Corte che ha cura di ribadire che «al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. [...] le leggi possono retroagire, rispettando «una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato e che attengono alla salvaguardia, tra l'altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto e il rispetto delle

giurisprudenza si sono ampiamente confrontate su questo profilo, proponendo interpretazioni differenti, non sempre convergenti verso l'idea che l'applicazione retroattiva del più severo regime previsto dal cd. *Decreto Severino* si ponga in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e/o 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU.

Per valutare più correttamente gli argomenti utilizzati, in sede pretoria in particolare, per l'adesione all'uno ovvero all'altro orientamento – è utile tenere distinte, da un punto di vista teorico, l'ipotesi dell'incandidabilità alla carica parlamentare, da una parte, e dell'incandidabilità alle cariche regionali e locali, dall'altra, posto che, pur essendo entrambe accumulate da una unitaria *ratio* ispiratrice²⁵⁴, presentano peculiarità rilevanti, di cui si deve necessariamente tener conto per sciogliere il nodo della relativa natura giuridica.

Affrontando con precedenza l'ipotesi dell'incandidabilità a livello regionale e locale²⁵⁵, occorre evidenziare anzitutto che il tema su cui è dibattuto

funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario» – cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2015, punto n. 4.3.1 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁴ Quella, appunto, di «evitare un 'inquinamento' dell'amministrazione e [di] garantire la 'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall'ombra gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera» – cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2015, punto n. 3.4.2 del *Considerato in diritto*; nonché, *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 206 del 1999.

²⁵⁵ Ipotesi già interessata da una copiosa giurisprudenza: oltre alle recenti sentenze della Corte costituzionale – la n. 236 del 2015 e la n. 276 del 2016 –, possono essere segnalate diverse pronunce del TAR (anche Campania, sez. staccata Salerno, I, n. 982 del 2017, che riporta la posizione delle Sezioni Unite secondo cui «la controversia concernente l'impugnazione del provvedimento prefettizio che ha disposto ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 235 del 2012, la sospensione di diritto dalla carica di un amministratore locale (nella fattispecie il sindaco) che abbia riportato una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati all'art. 10, comma 1, lett. a), b) e c) del citato D. Lgs. n. 235 (nel caso concreto era sussistente una condanna di primo grado per diverse ipotesi di reato riconducibili all'art. 323 c.p.) appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario. Ciò perché l'atto impugnato incide sul diritto soggettivo, tutelato dall'art. 51 Cost., perfetto e non degradabile in interesse legittimo, del ricorrente a ricoprire la carica pubblica, senza incorrere nella sospensione, disposta in conseguenza di una condanna penale, di primo grado e non definitiva. Ed infatti, la sospensione de qua è assimilabile, per continenza, alle questioni di ineleggibilità, sospensione e decadenza che, concernendo la tutela di posizioni di diritto soggettivo perfetto inerente all'elettorato passivo, sono riservate alla giurisdizione ordinaria» – cfr. Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 28/05/2015, n. 11131; per il Consiglio di Stato (sez. V, sentenze n. 695 del 2012) «l'applicazione retroattiva degli istituti previsti dal d.lgs. n. 235/2012 con riferimento a sentenze per fatti commessi in data antecedente all'entrata in vigore del predetto decreto debba farsi discendere dall'applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 11 preleggi, nonché dall'interpretazione sistematica di tali disposizioni alla luce di quanto stabilito dall'art. 16, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 235/2012»; sul tema, v., ancora, V. MARCENÒ, *L'indignità morale dei candidati e il suo tempo*, cit., p. 621 ss.

maggiormente concerne la *sottocategoria* della sospensione dalla carica²⁵⁶, prevista, come detto, nei casi di condanna non definitiva, emessa in primo o secondo grado, per uno dei cd. *reati ostativi*²⁵⁷. Ed è, in particolare, con la sentenza n. 276 del 2016 che la Corte costituzionale – chiamata a decidere una serie molto articolata di questioni di costituzionalità sollevate in relazione alle previsioni del cd. *Decreto Servino* che disciplinano la *misura* della sospensione dalla carica²⁵⁸ – ha consolidato il proprio orientamento, confermando la soluzione raggiunta nella precedente sentenza n. 236 del 2015²⁵⁹. Le censure prospettate, *in parte qua*, dalle autorità rimettenti muovevano tutte dal presupposto per cui l'effetto afflittivo conseguente di diritto a una condanna (non definitiva) pronunciata per un reato consumato in data antecedente a quella dell'entrata in vigore del cd. *Decreto Severino* si sostanzierebbe in una frontale e congiunta violazione degli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Argomentazione, questa, pur non implausibile²⁶⁰, che è stata nondimeno smontata recisamente dalla Corte costituzionale, con un dispositivo di infondatezza, in riferimento ad entrambi i parametri evocati. Nella decisione, la Corte costituzionale ha esaminato partitamente i due parametri, sviluppando le sue argomentazioni in modo quindi più corretto rispetto alla prospettazione dei giudici *a quibus* che ad essi si erano riferiti in modo indistinto e forse confuso. Prendendo anzitutto in esame la censura formulata

²⁵⁶ Giova precisare, al riguardo, che tra i principi e i criteri direttivi indicati dalla legge delega n. 190 del 2012, il Parlamento aveva previsto proprio «le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al [già citato] comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successivi alla candidatura o all'affidamento della carica».

²⁵⁷ Utilizza efficacemente l'espressione «reati ostativi», in particolare, V. NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, cit.

²⁵⁸ Sul tema, si v. G. RIVOCCHI, *"Legge Severino", atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2017; P. TORRETTA, *"Legge Severino". La Corte conferma la sua legittimità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, pp. 129 – 131.

²⁵⁹ A commento della decisione, tra i molti contributi disponibili, si segnalano in questa sede gli scritti di G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della "Legge Severino": note a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016; e di F. S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio AIC*, 2016, p. 2 ss., che esprime un commento sostanzialmente adesivo alla pronuncia, che viene apprezzata dall'A., in particolare, perché coerente con i precedenti della Corte costituzionale in materia: cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 118, n. 184 e n. 295 del 1994; n. 141 del 1996; n. 206 del 1999; n. 132 del 2001; e n. 25 del 2002.

²⁶⁰ Tra i molti, v. V. NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, cit., e G. SPANGHER, *Parere pro veritate depositato presso la Giunta per le elezioni e le immunità del Senato il 30 agosto 2013*, in *Federalismi*, che considera l'incandidabilità come una sorta di pena accessoria speciale.

con riferimento al parametro interno, la Corte ha ribadito che, anche a voler interpretare estensivamente l'art. 25, secondo comma, Cost. – come non esclusivamente riferito alle sole *misure* formalmente qualificate come penali dal legislatore²⁶¹ –, non sarebbe comunque possibile riconoscere la garanzia dell'irretroattività *in malam partem* in relazione alle *misure* della incandidabilità, della decadenza e della sospensione, che non hanno carattere sanzionatorio, rappresentando esse soltanto «conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo [l'assenza di una condanna] per l'accesso alle cariche». Per la Corte, in particolare, la sospensione «risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio e ... [in quanto tale] costituisce misura sicuramente cautelare»²⁶².

Differenti, benché intimamente correlate, le argomentazioni che la Corte ha successivamente proposto in merito al parametro sovranazionale, l'art 7 della CEDU, evocato per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.: confrontandosi con una giurisprudenza convenzionale molto ricca²⁶³, benché formatasi nei confronti di Stati diversi dall'Italia²⁶⁴, la Corte ha escluso la sussistenza, nel caso

²⁶¹ E ciò in ragione dell'ampiezza semantica dell'art. 25, secondo comma, Cost.: si vedano l'ordinanza n. 97 del 2009 e la sentenza n. 196 del 2010, occasione, quest'ultima, in cui la Corte ha sottolineato che «l'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato».

²⁶² Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2015, punto n. 4.1 del *Considerato in diritto n. 4.1*, la quale che si colloca nel solco tracciato dalle precedenti sentenze n. 25 del 2002, n. 206 del 1999 e n. 295 del 1994.

²⁶³ Ci si limita qui a segnalare i precedenti: Corte EDU, *Matyjek c. Polonia*, sentenza 30 maggio 2006; *Paksas c. Lituania*, sentenza 6 gennaio 2011; *Adamsons c. Lettonia*, sentenza 24 giugno 2008, § 114; e, infine, Corte EDU, G.C., *Zdanoka c. Lettonia*, sentenza 16 marzo 2006, §§ 122, 130 e 133.

²⁶⁴ Sul punto, è interessante notare come la Corte costituzionale non abbia considerato – neppure eventualmente per escluderne la conferenza rispetto alla specifica questione oggetto di scrutinio – l'unica decisione della Corte EDU che ha riguardato direttamente l'Italia sul tema delle limitazioni ai diritti elettorali. Si tratta del precedente *Taiani c. Italia* con il quale la Corte di Strasburgo, pur affrontando censure differenti da quelle dedotte nel giudizio di cui alla sentenza n. 276 del 2016 (e tale profilo, per vero, accomuna, come visto, anche tutte le ulteriori decisioni della Corte di Strasburgo prese in considerazione dalla Corte), ha svolto considerazioni importanti sulla natura della misura della perdita dei diritti elettorali, conseguenti, in quel particolare caso, alla dichiarazione giudiziale di fallimento. Ad essa, per quanto qui rileva, è stata riconosciuta natura (convenzionalmente) penale in ragione del suo carattere essenzialmente afflittivo, in uno con il suo essere misura finalizzata esclusivamente a devalorizzare e punire il soggetto attinto dalla misura in quanto individuo indegno e coperto di infamia; cfr. Corte EDU, *Taiani c. Italia*, sentenza 20 luglio 2006, § 40. Ci si limita, in questa sede, ad osservare, però, che sarebbe stato (molto probabilmente) più difficile per la Corte – ove avesse richiamato e quindi esaminato

di specie, di tutti e tre gli indici sintomatici costantemente utilizzati dalla Corte di Strasburgo – vale a dire i noti criteri *Engel* –, trattandosi di misura preordinata esclusivamente alla tutela della «pubblica funzione in attesa che l'accertamento penale si consolidi nel giudicato»²⁶⁵ e non essendo possibile, in essa, registrare quel connotato di speciale gravità, necessario, nelle parole della stessa Corte costituzionale, «perché la misura che non presenta finalità deterrente e punitiva possa essere assimilata, sul piano della sua afflittività, a una sanzione penale»²⁶⁶.

Venendo ora all'esame dell'incandidabilità parlamentare, è utile segnalare che, ad oggi, non si registrano, in merito a questa specifica ipotesi di incapacitazione, affermazioni pretorie a livello nazionale degne di nota, pur a fronte di un dibattito dottrinale viceversa assolutamente vivace²⁶⁷. Il dato, in realtà, non sorprende ed anzi può essere in larga parte giustificato, poiché le peculiarità dell'istituto – anche in ragione delle cruciali scelte operate, sul versante procedurale, dal legislatore delegato²⁶⁸ – sono tali da rendere estremamente difficile, sia per la giurisprudenza comune, sia, soprattutto, per quella costituzionale, un sindacato nel merito del medesimo istituto. L'aver previsto, all'art. 3 del cd. *Decreto Severino*, il coinvolgimento della Camera di appartenenza del parlamentare colpito dalla sentenza di condanna – quale unico organo abilitato, ai

quest'importante precedente della Corte EDU contro l'Italia – pervenire alla conclusione raggiunta nel caso di specie (nel senso della «limitata severità, sia in termini oggettivi di durata, sia in termini soggettivi di detrimento della reputazione» della misura della sospensione). Il mancato richiamo a questo importante precedente potrebbe apparire ancor più problematico ove si volesse valorizzare il fatto che, come invero precisa la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 276, in diverse occasioni la Corte EDU ha riconosciuto che il diritto di elettorato passivo deve poter essere circondato nella sua disciplina ad opera del legislatore nazionale da cautele ancora più rigorose rispetto a quelle predisposte nella disciplina del diritto di voto – cfr. Corte EDU, *Hirst c. Regno Unito* n. 2, sentenza 6 ottobre 2005, §§ 57-62; e G.C., *Zdanoka c. Lettonia*, sentenza 16 marzo 2006, § 115.

²⁶⁵ Circostanza, questa, che disvelerebbe il suo carattere di «misura tipicamente interinale, di mera anticipazione dell'effetto interdittivo derivante dal giudicato, anch'esso parimenti non diretto a finalità punitive» – cfr. Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.6 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁶ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.6.2 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁷ Sul tema, si vedano i pareri *pro veritate* redatti, nell'estate del 2013, da B. CARAVITA DI TORITTO, G. DE VERGOTTINI, N. ZANON, G. GUZZETTA, A. MARANDOLA, R. NANIA, G. PANSINI e G. SPANGHER, tutti consultabili in *Federalismi.it*. Esprime una valutazione complessivamente critica su questi pareri O. MAZZA, *Introduzione ad un dibattito su "retroattività e 'legge Severino'"*, in *Archivio penale*, 1/2014.

²⁶⁸ Ci si riferisce, precisamente, alla scelta sottesa all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 235 del 2012, secondo cui «qualora una causa di incandidabilità di cui all'articolo 1 sopravvenga o comunque sia accertata nel corso del mandato elettivo, la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell'articolo 66 della Costituzione».

sensi dell'art. 66 Cost., a giudicare oltre che «dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità», anche, appunto, delle sopravvenute cause di incandidabilità – porta con sé implicazioni di primario momento²⁶⁹, soprattutto, con riguardo allo spazio di discrezionalità da riconoscere alle stesse Camere nell'accertamento dell'intervenuta pronuncia giurisdizionale e nella conseguente determinazione sulla decadenza del parlamentare condannato²⁷⁰.

²⁶⁹ Plasticamente messe in luce dalla recente vicenda processuale che ha interessato l'ex Sen. *Minzolini*: nel ricostruirne le tappe fondamentali, occorre qui ricordare che, con sentenza n. 7436 del 27 ottobre 2014, la Corte d'appello di Roma, III Sezione, in riforma della sentenza di primo grado, condannava il predetto, per il reato di peculato continuato, alla pena di due anni e sei mesi di reclusione, nonché alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici per la medesima durata. In seguito, con sentenza n. 1511 del 12 novembre 2015, la Corte di cassazione rigettava il ricorso proposto dall'ex Sen. *Minzolini* e, per l'effetto, la sentenza di secondo grado diventava definitiva. E così, nella successiva fase parlamentare imposta dal citato all'art. 66 Cost. richiamato nell'art. 3 del cd. *Decreto Severino*, l'Assemblea del Senato, disattendendo le conclusioni della Giunta delle elezioni e delle immunità, in data 16 marzo 2017, decideva di respingere la proposta di decadenza formulata nei confronti dell'ex Sen. *Minzolini*. Per completezza, va infine osservato che, in data 20 aprile 2017, l'Assemblea del Senato approvava le dimissioni presentate spontaneamente dall'ex Sen. *Minzolini*. Sulla possibile incidenza della decisione del Senato nel giudizio, all'epoca, pendente davanti alla Corte EDU, di cui al ricorso del Sen. *Berlusconi*, volendo, ancora, S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, cit., p. 22.

²⁷⁰ Interessanti, sul punto, le opposte prese di posizione di V. ONIDA, *Una votazione 'contra legem'*, in *IlSole24Ore*, 2017, secondo cui «le Camere, quando sono chiamate a 'giudicare' su un caso di decadenza verificatosi in forza di una sentenza definitiva, non hanno e non possono esercitare alcun controllo sulla correttezza giuridica della sentenza stessa: la legge infatti collega la decadenza al fatto che sia intervenuta una condanna definitiva, non attribuisce alle Camere un controllo sulla attività dei giudici»; e S. CECCANTI, *Ma le Camere hanno potere di giudizio*, in *IlSole24Ore*, 2017, per cui, invece, «se la Camera giudica, volere o volare, non ci può essere mai nessun automatismo, nessun atto meramente dichiarativo, nessuna presa d'atto passiva, che è radicalmente esclusa da quel verbo», per poi riferirsi, al caso specifico dell'ex Sen. *Minzolini*, in questi termini, «al di là di come hanno poi legittimamente votato i singoli senatori, si sono confrontati argomenti coerenti col verbo 'giudica': le possibili anomalie sull'entità della pena, le difformità dei giudizi civile e penale, la discussa composizione dei collegi di appello e in Cassazione». Anticipavano, con lungimiranza, tutte queste problematiche, N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008, p. 18 ss., precisando comunque che, «l'art. 66 Cost. non può essere aggirato e i poteri di accertamento 'oggettivo' ... devono necessariamente accordarsi con quanto disposto da tale norma costituzionale», e che, quindi, «proprio il fatto che l'art. 66 Cost. conferisca a ciascuna Camera il potere di 'giudicare' sui titoli d'ammissione dei propri membri e sulle cause sopravvenute d'ineleggibilità, condurrebbe a ritenere incostituzionale qualsiasi tentativo di introdurre, con legge ordinaria, all'esito di un procedimento di verifica che i regolamenti parlamentari disciplinano con minuzia, pronunce parlamentare a effetto e contenuto obbligato, quali la ricordata dichiarazione di nullità»; e G. AZZARITI, *A proposito di decadenza del parlamentare e della – presunta – legittimazione della Giunta delle elezioni a sollevare questioni di legittimità*

Una simile configurazione, comunque, interessa perché riverbera negativamente anche sulla possibilità che una questione di legittimità costituzionale relativa proprio all'art. 3 del cd. *Decreto Severino* possa giungere alla Corte costituzionale, essendo tutto tranne che pacifica la legittimazione, ai sensi della legge cost. n. 1 del 1948 e della l. n. 87 del 1983, della Giunta delle elezioni, alla Camera, e della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari al Senato²⁷¹. Si è già visto, però, che la Corte costituzionale – quando chiamata a giudicare della legittimità costituzionale delle incapacitazioni previste agli artt. 8 e 11 per il livello regionale e locale – ha escluso perentoriamente, in una prospettiva di carattere generale, che le misure dell'incandidabilità, della decadenza e della sospensione abbiano carattere sanzionatorio, «rappresentando esse solo conseguenze del venir meno di un requisito per l'accesso alle cariche considerate»²⁷².

E la posizione assunta nella sentenza n. 276 del 2016 – alla luce delle precise scelte lessicali compiute dalla Corte – risulta così netta e, soprattutto, esplicitamente riferita anche all'incandidabilità e alla decadenza, che da essa sembra possibile ricavare utili indicazioni per ragionare intorno alla natura giuridica anche delle specifiche ipotesi di incandidabilità previste per i parlamentari, le quali, pertanto, sviluppando la riflessione del Giudice costituzionale, dovrebbero parimenti essere estromesse dal circuito delle garanzie penalistiche di cui

costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, 2013, per cui, «almeno dal punto di vista del diritto costituzionale dovrebbe essere chiaro che non esiste un obbligo giuridico nel dichiarare la decadenza del parlamentare. Il Parlamento non è dunque chiamato a un 'atto dovuto' che finirebbe per vanificare la garanzia di autotutela contenuta in Costituzione». Sul tema, infine, non deve dimenticarsi che, nel disegno costituzionale, una libera decisione delle Camere «eventualmente costitutiva degli effetti della decadenza, è quindi fondamentale, soprattutto al fine di accertare che l'attività promanante da un potere estraneo si sia mantenuta nella sfera propria di questo e non si configuri un attentato alla libertà politica del parlamentare» – cfr. A. MANZELLA, *La formazione della Camera*, in *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1968, p. 129.

²⁷¹ Per G. AZZARITI, *A proposito di decadenza del parlamentare e della – presunta – legittimazione della Giunta delle elezioni a sollevare questioni di legittimità costituzionale*, cit., vi sarebbero almeno due argomenti che escludono legittimazione della Giunta a sollevare questione di legittimità costituzionale: in primo luogo, «anche ammessa la 'natura giurisdizionale' dell'attività della Giunta, il requisito necessario in base al quale la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale ... s'è potuta fondare è l'accertamento della terzietà e imparzialità dell'organo che esprime il giudizio. Ora chi può pensare che il giudizio espresso da un organo politico possa rappresentarsi come terzo e imparziale?»; in secondo luogo, e più significativamente, «per poter rivolgersi alla Corte costituzionale è necessario che all'organo spetti effettivamente decidere nel giudizio in corso. Ora si dà il caso che la Giunta non deciderà alcunché, avendo solo un potere di proposta per l'Assemblea che si dovrà pronunciare in via definitiva solo in un secondo momento, in base all'esito del lavoro istruttorio compiuto dalla Giunta».

²⁷² Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

all'art. 25, secondo comma, Cost. Peraltro, se così fosse davvero, oltremodo problematici si presenterebbero gli scenari qualora in futuro la Corte EDU giungesse ad una conclusione opposta, che, valorizzando i maggiori indici di afflittività della stessa, considerasse l'incandidabilità parlamentare alla stregua di una misura *sostanzialmente* penale, come tale coperta dal fascio di garanzie di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU²⁷³.

Da questo punto di vista, l'intervenuta riabilitazione del Sen. *Berlusconi*, avvenuta nel maggio 2018²⁷⁴, e la conseguente decisione della Corte EDU del 27 novembre 2018 non hanno evidentemente spostato i termini delle questioni e fino alle recentissime prese di posizione della Corte europea il dibattito è proseguito con pari intensità. Da una parte, si è rimarcato che, nella sentenza n. 276, la Corte ha fatto leva, per concludere nel senso dell'insussistenza dell'indice specifico dell'afflittività, sulla limitata estensione temporale della *misura* della sospensione; dall'altra, è stato viceversa rilevato che un simile argomento difficilmente potrebbe riproporsi con riferimento all'ipotesi dell'incandidabilità parlamentare la quale, per espressa previsione normativa²⁷⁵, non può essere inferiore ai sei anni, potendo peraltro estendersi, in taluni casi, ove il reato presupposto sia stato commesso con particolari modalità esecutive²⁷⁶, per ben 13 anni²⁷⁷. Nel ricostruire le finalità della *misura* della sospensione dalla carica, la

²⁷³ Su tali problematiche, v. P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit., p. 154 ss e 160 ss. Sul tema più generale dell'impatto delle decisioni della Corte EDU nell'ordinamento nazionale, cfr. M. PIETROPOLLI, *L'impatto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sistema italiano*, in *Diritto processuale dei diritti umani*, (a cura di) L. Mezzetti, C. Pizzolo, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013, p. 139 ss.

²⁷⁴ Conseguente alla decisione del Tribunale di sorveglianza di Milano, emessa in data 11 maggio 2018, che ha accertato la sussistenza di tutti i presupposti di legge di cui all'art. 179 c.p.: in primo luogo, l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e il pagamento delle spese processuali; in secondo luogo, il requisito della buona condotta (rispetto al quale si osserva che «non possono essere presi in considerazione i comportamenti anteriori, neppure nel caso in cui gli stessi rivestano 'chiara valenza negativa'») – il testo del provvedimento è agevolmente reperibile sul sito *giurisprudenzapenale.com*.

²⁷⁵ L'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 235 del 2012 prevede che «l'incandidabilità alla carica di deputato, senatore e membro del Parlamento europeo spettante all'Italia, derivante da sentenza definitiva di condanna per i delitti indicati all'articolo 1, decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza stessa ed ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice. In ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni».

²⁷⁶ Ai sensi dell'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 235 del 2012, infatti, «nel caso in cui il delitto che determina l'incandidabilità [...] è stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al mandato elettivo [...] la durata dell'incandidabilità o del divieto è aumentata di un terzo».

²⁷⁷ Evidenzia questo profilo, in particolare, G. RIVOSECCHI, *"Legge Severino", atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, cit.

Corte ha sottolineato che la mancanza di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa chiamata ad accertare l'intervenuta causa di sospensione – la quale consegue automaticamente alla sentenza penale di condanna, senza che sia necessaria una deliberazione diretta a graduare la *misura* calibrandola sulle peculiari caratteristiche del caso concreto – «costituisce un indice ulteriore del fatto che l'incapacità giuridica di cui si discute non consegue a un giudizio di riprovazione personale, ma è semplicemente diretta a garantire l'oggettiva onorabilità di chi rivesta la funzione di cui si tratta²⁷⁸. La più recente prassi parlamentare dimostra²⁷⁹, tuttavia, per quanto qui interessa, che le Camere godono di un potere ampiamente discrezionale rispetto all'accertamento delle cause di incandidabilità sopravvenuta, come risultato della scelta del legislatore di replicare, anche con riferimento alla materia *de qua*, lo schema di cui all'art. 66 Cost.: utilizzando *a contrario* l'argomento proposto dalla Corte, si potrebbe quindi valorizzare – unitamente al carattere oggettivamente più afflittivo dell'incandidabilità sopravvenuta – l'assenza di qualsivoglia forma di automatismo tra la condanna, accertante in via definitiva la commissione di uno dei *reati ostativi* indicati nel cd. *Decreto Severino*, e la successiva dichiarazione di decadenza della Camera di appartenenza del parlamentare, per tentare di sostenere la natura *sostanzialmente penale* della misura in parola. In questo senso, peraltro, pur se con argomenti in parte diversi, si era già mossa la prevalente dottrina che, mettendo in evidenza le stringenti connessioni che la normativa introdotta dal decreto in parola presenta con istituti propri del diritto penale (sostanziale e processuale), aveva ritenuto – pur nella già segnalata assenza di una formale presa di posizione da parte del legislatore – la *misura* come non applicabile in via retroattiva, ai fatti di reato commessi prima del 5 gennaio 2013. In tale prospettiva, è stato in particolare evocato il parallelismo tra la *misura* dell'incandidabilità e la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, disciplinata dall'art. 28 c.p., la quale, peraltro, ove inflitta dal giudice, diviene parametro per determinare la durata della *misura* prevista dal cd. *Decreto Severino*²⁸⁰.

²⁷⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.6.1 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁹ Il riferimento è, come già si è evidenziato, alle (opposte) conclusioni raggiunte dal Senato nei due casi del Sen. *Berlusconi*, prima, e dell'ex Sen. *Minzolini*, dopo: per un approfondimento dei profili che attengono alle modalità di voto nei casi di decadenza, si v. S. CURRERI, *Il voto segreto su Berlusconi: un precedente grave e preoccupante*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

²⁸⁰ Prevede, infatti, l'art. 13, comma 1, del cd. *Decreto Severino* che «l'incandidabilità alla carica di deputato, senatore e membro del Parlamento europeo spettante all'Italia, derivante da sentenza definitiva di condanna per i delitti indicati all'articolo 1, decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza stessa ed ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice», salvo poi precisare che «in ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni»; per M. GAMBARDELLA, *“Legge Servino” in materia di*

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi che assegna all'incandidabilità parlamentare carattere sanzionatorio di natura penale è stato tradizionalmente rinvenuto dalla dottrina nell'art. 16, comma 1²⁸¹, in forza del quale l'effetto ostativo conseguente alla misura *de qua* è, normativamente, escluso per le sentenze di patteggiamento. Si osserva, così, che non avrebbe senso prevedere questa particolare modulazione ove non si assimilassero gli effetti derivanti dall'applicazione dell'incandidabilità a quelli propri delle sanzioni penali²⁸². Ancora, la previsione che individua nella riabilitazione l'unica ipotesi di perdita di efficacia anticipata dell'incandidabilità, attesterebbe la natura penale della *misura*, dal momento che l'istituto di cui all'art. 178 c.p., espressamente richiamato dall'art. 15, comma 3, del cd. *Decreto Severino*²⁸³, si riferisce unicamente

incandidabilità sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.), cit., p. 1 ss., le misure dell'incandidabilità e dell'interdizione dai pubblici uffici «hanno di fatto lo stesso contenuto» e, pertanto, «se l'incandidabilità non è classificabile tra le pene in senso stretto ... qui si tratta in via indiretta di effetti penali della sentenza di condanna, come è agevolmente argomentabile dall'art. 15, co.3, d.lgs. n. 235, secondo cui la sentenza di riabilitazione, ai sensi dell'art. 178 e ss. c.p., è causa di estinzione anticipata della incandidabilità e ne comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo»; la tesi per A., come osserva anche P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, cit., p. 36, nota 1, può essere quindi compendiate in questi termini. «tale margine di equivalenza contenutistica ... dovrebbe pertanto determinare la loro eguaglianza sul piano delle garanzie, nel rispetto della peculiare natura giuridica delle stesse».

²⁸¹ A mente del quale «per le incandidabilità di cui ai Capi I e II, e per quelle di cui ai Capi III e IV non già rinvenibili nella disciplina previgente, la disposizione del comma 1 dell'art. 15 si applica alle sentenze previste dell'art. 444 del codice di procedura penale pronunciate successivamente alla data di entrata in vigore del presente testo unico»; per P. TORRETTA, *Op. ult. cit.*, p. 37, «tale 'modulazione' dell'incandidabilità in forza della caratterizzazione premiale di questo rito alternativo, con lo scopo di preservare le condizioni 'accettate dall'imputato, sarebbe un chiaro ed ulteriore 'sintomo' dell'intreccio che lega il testo unico del 2012 alle dinamiche del processo penale»; in senso opposto, B. GALGANI, *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, in *Archivio penale*, 1/2014, p. 9.

²⁸² Non mancano autori che considerano l'espressa delimitazione degli effetti del *Decreto Severino* alle sole sentenze di patteggiamento intervenute dopo la sua entrata in vigore «una precisazione (e una precauzione) inutile» – così O. MAZZA, *La chassé-croisé della retroattività (in margine alla "Legge Severino")*, in *Archivio penale*, p. 3.

²⁸³ Che precisamente prevede che «la sentenza di riabilitazione, ai sensi degli artt. 178 e seguenti del codice penale, è l'unica causa di estinzione anticipata dell'incandidabilità e ne comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo. La revoca della sentenza di riabilitazione comporta il ripristino dell'incandidabilità per il periodo di tempo residuo. In senso contrario, si v. P. TORRETTA, *Op. ult. cit.*, p. 38, nota 8, e B. PONTI, *La incandidabilità e gli effetti della estinzione del reato*, in *Giornale Dir. amm.*, 4/2014, p. 372 ss., per cui, in particolare, l'aggancio all'istituto della riabilitazione non provi alcun collegamento della normativa in oggetto con la materia penale, in quanto l'effetto estintivo dell'incandidabilità avverrebbe secondo un meccanismo uguale e contrario a quello che produce il divieto di concorrere per una carica pubblica elettiva. Analogamente a quanto accade di fronte ad una determinata condanna penale definitiva, l'impedimento all'accesso alla competizione elettorale verrebbe a cadere in quanto il legislatore

alle «pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna», e non sarebbe quindi possibile altrimenti considerare l'incandidabilità se non come rientrante nell'una o nell'altra delle due categorie appena citate. Nello stesso senso, la possibilità che l'incandidabilità sia incrementata, nella sua durata, fino ad un terzo, quando il reato presupposto è commesso con abuso di potere o in violazione dei doveri d'ufficio, militerebbe a favore della conclusione circa la natura penale della misura, trattandosi di un meccanismo tipicamente riconducibile alle ipotesi di circostanze aggravanti²⁸⁴.

Nel giugno del 2021, la Corte EDU ha pronunciato due importanti sentenze, definendo i ricorsi *Galan e Miniscalco*²⁸⁵, con motivazioni che superano molti dei dubbi avanzati dalla dottrina in merito alla natura giuridica dell'incandidabilità e che costituiscono, per alcuni autori²⁸⁶, il naturale *pendant* di quanto fino ad oggi affermato dalla Corte costituzionale. Le due pronunce sono state pronunciate lo stesso giorno e, pur riguardando la stessa disciplina, presentano alcune differenze, che è bene mettere in evidenza: il caso *Galan* è stato definito con una decisione di irricevibilità, mentre il caso *Miniscalco* con una sentenza di irricevibilità e non violazione; ancora, la prima vicenda riguarda un soggetto – *Galan*, appunto – che ricopriva la carica di deputato al momento di passaggio in giudicato della sentenza di condanna per fatti di corruzione²⁸⁷; la seconda invece ha visto come protagonista *Miniscalco* che, a seguito di una sentenza definitiva di condanna per condotte di abuso d'ufficio, era stato escluso dalla lista regionale per l'elezione del Presidente della Giunta regionale e del Consiglio regionale del Molise. Al netto di ciò, le due vicende possono essere esaminate congiuntamente, in ragione del fatto che entrambi i ricorsi si fondavano

assume la sentenza di riabilitazione come fatto/presupposto cui ricollegare il riacquisto dei requisiti soggettivi di dignità alla carica. E questa autonoma valutazione compiuta dalla legge escluderebbe la diretta derivazione dell'effetto estintivo dell'incandidabilità dalla pronuncia di riabilitazione.

²⁸⁴ Per V. NINO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "Legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, cit., p. 21-22, «se una circostanza aggravante, di natura penalistica, determina l'aumento di durata di una sanzione, appare davvero difficile pensare di poterne poi escludere la natura penalistica».

²⁸⁵ Cfr. Corte EDU, *Galan c. Italia*, sentenza 17 giugno 2021; e *Miniscalco c. Italia*, sentenza 17 giugno 2021.

²⁸⁶ Questa sembra essere la tesi condivisa da M. SCOLETTA, *Legge Severino: anche per la Corte EDU l'incandidabilità non è sanzione penale*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, p. 978 ss.; e P. BRAMBILLA, *Il Decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, in *Sistema penale*, 8 luglio 2021.

²⁸⁷ Cfr. GUP tribunale di Venezia, sentenza n. 2097 del 16 ottobre 2014, che ha pronunciato sentenza ex art. 444 c.p.p. di applicazione della pena pari a due anni e dieci mesi di reclusione (decisione divenuta irrevocabile il 2 luglio 2015) per fatti di corruzione risalenti al periodo dal 22 luglio 2008 al 1 gennaio 2012, posti in essere prima dell'entrata in vigore del *Decreto Severino*.

sulla natura sostanzialmente penale delle previsioni del cd. *Decreto Severino*, da cui la dedotta violazione dell'art. 7 CEDU²⁸⁸. Il cuore della risposta della Corte europea sta proprio nell'applicazione dei criteri *Engel*²⁸⁹: in primo luogo, ad escludere la finalità punitiva delle incapacitazioni previste dal d.lgs. n. 235 militerebbe la circostanza che tali misure sono state introdotte dal legislatore allo scopo di preservare il buon andamento e la trasparenza dell'amministrazione e delle assemblee elettive, nell'ambito di una più generale politica di contrasto ai fenomeni di illegalità e corruzione²⁹⁰; in secondo luogo, quanto alla gravità ed afflittività delle stesse misure, la Corte EDU, dopo aver ribadito il carattere solo relativo di questo criterio, ha sottolineato come le prescrizioni del cd. *Decreto Severino* andassero a colpire unicamente il diritto di elettorato passivo, senza incidere su quello attivo²⁹¹.

A fronte di queste due decisioni, insomma, il quadro nazionale e sovranazionale sembra essere giunto ad alcuni approdi, che si potrebbero compendiare nei seguenti termini: tutte le ipotesi di incapacitazione, sia per i parlamentari che per le cariche regionali e locali, non solo fuoriescono, perché come tali non considerate dal legislatore, dall'ambito della *materia penale* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ma, neppure potrebbero essere considerate, sulla base degli argomenti proposti dalla Corte nella sentenza n. 276 del 2016, in forza di una interpretazione conforme, come aventi natura *sostanzialmente* penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU. Tale conclusione, pur essendo probabilmente prevedibile, non era affatto scontata, dal momento che proprio nella giurisprudenza

²⁸⁸ Entrambi i ricorrenti avevano prospettato con il ricorso anche la violazione dell'art. 3 Prot. 1 CEDU (*Diritto a libere elezioni*), in ragione della privazione del diritto di elettorato passivo oltre i limiti di proporzionalità e prevedibilità; il solo *Galan*, invece, evidenziava anche profili di frizione con l'art. 13 CEDU (*Diritto a un ricorso effettivo*), dal momento che non vi sarebbe la possibilità di impugnare in alcuna sede la decisione assunta dalla Camera di appartenenza, la quale, ai sensi dell'art. 66 Cost., si pronuncia in via definitiva, senza possibilità di impugnazione.

²⁸⁹ Per M. SCOLETTA, *Legge Severino: anche per la Corte Edu l'incandidabilità non è sanzione penale*, cit., p. 980, i criteri seguiti dalla Corte di Strasburgo nel caso di specie risultano ancora incerti o comunque bisognosi di precisazioni; lo stesso A., del resto, afferma che «appare difficile sostenere una effettiva eterogeneità funzionale tra le misure in esame e le tradizionali sanzioni interdittive che, nel nostro ordinamento, sono espressamente qualificate come pene accessorie».

²⁹⁰ Cfr., in particolare, Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, sentenza 17 giugno 2021, § 64, ove si osserva in proposito che la «relazione di presentazione al Parlamento del progetto che divenne successivamente la legge n. 190/2012 indicava che l'introduzione di un piano nazionale di lotta contro la corruzione era divenuta un'esigenza tenuto conto, da una parte, delle conclusioni della valutazione effettuata dal GRECO nel 2008 e nel 2009 e, dall'altra, della constatazione secondo la quale la maggior parte degli Stati europei aveva già un tale piano».

²⁹¹ Per completezza, va detto che la Corte EDU ha escluso profili di contrasto sia con l'art. 3 Prot. 1 CEDU, sia con l'art. 13 CEDU: su questi ultimi aspetti, in particolare, P. BRAMBILLA, *Il Decreto "Severino" al vaglio della Corte di Strasburgo: escluso il "carattere penale" dell'incandidabilità parlamentare e del divieto di ricoprire cariche elettive regionali*, cit., p. 7-8.

della Corte EDU si potevano rintracciare alcuni precedenti²⁹², benché non tutti privi di criticità²⁹³, utili per sostenere in modo convincente una (ri)qualificazione in termini *convenzionalmente* penali dell'incandidabilità parlamentare. E ciò induce a pensare che intorno alle *misure* invalidanti previste dal cd. *Decreto Severino* il confronto dottrinale e giurisprudenziale sull'esatta perimetrazione delle garanzie troverà anche in futuro terreno fertile²⁹⁴.

7. Gli sconfinamenti improbabili: le misure di prevenzione

Come già si è anticipato ricostruendo il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, anche il settore delle misure di prevenzione è stato recentemente interessato da un importante intervento della Corte EDU²⁹⁵. Si tratta della nota sentenza *De Tommaso*²⁹⁶, con cui la Grande Camera della Corte europea ha accertato – all'unanimità²⁹⁷ – l'illegittimità convenzionale delle *misure* di prevenzione personali fondate sulle fattispecie di

²⁹² Sul rapporto di pertinenzialità di una sanzione rispetto ad un fatto di reato, come elemento utile per inquadrare l'incandidabilità nell'ambito dell'art. 7 CEDU, cfr. Corte EDU, *Malige c. Francia*, sentenza 23 settembre 1998, § 38; e *Gardel c. Francia*, sentenza 17 dicembre 2009, § 40; interessante anche il riferimento al caso *Matyjek c. Polonia*, sentenza 30 maggio 2006, §§ 55-56, in cui la Corte EDU ha ritenuto applicabile l'art. 6 CEDU, nel suo *volet* penale, al cd. procedimento di lustrazione previsto dalla legislazione polacca.

²⁹³ Alcuni precedenti, infatti, potrebbero essere valorizzati per sostenere una conclusione opposta a quella propugnata nel ricorso del Sen. *Berlusconi*: così i casi *Pierre Bloch c. Francia*, sentenza 21 ottobre 1997; e G.C., *Paksas c. Lituania*, sentenza 6 gennaio 2011, §§ 64-67, in cui la Corte EDU ha escluso la qualificazione in termini penali, ai sensi dell'art. 6 CEDU, della procedura di *impeachment* promossa dinanzi alla Corte costituzionale lituana.

²⁹⁴ Anche se, sul piano delle concretezze, è sempre meno probabile che si pongano in futuro casi di applicazione retroattiva del *Decreto Severino*, entrato in vigore oramai dieci anni fa.

²⁹⁵ Sul tema, v., *ex multis*, F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017; I. PELLIZZONE, *Assenza di una base legale sufficientemente specifica: l'impatto di sistema della sentenza De Tommaso*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, p. 662 ss.

²⁹⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017.

²⁹⁷ Ragiona sull'importanza di questa precisazione E. RIZZATO, *Osservazioni a Corte europea dei diritti dell'uomo, data 23 febbraio 2017*, in *Cass. Pen.*, 5/2017, p. 2076 ss.; per l'A., peraltro, con la sentenza *De Tommaso*, la Corte EDU è andata addirittura oltre «le circostanze specifiche del caso concreto (caratterizzato da un insufficiente vaglio dei presupposti di applicazione della misura al ricorrente da parte del Tribunale e dal ritardo nel deposito della decisione di annullamento della Corte di appello, sintomatiche il ricorrente, della "arbitrarietà" della misura imposta) ed anche oltre l'originario *thema decidendum* posto alle parti, affermando che l'enunciazione vaga e generica nella legge citata degli elementi che sarebbero sintomatici di pericolosità sociale lascerebbe un margine di discrezionalità eccessiva all'autorità giudiziaria nell'applicazione della misura stessa, senza adeguatamente indicare lo scopo di tale discrezionalità».

pericolosità generica, disciplinate in origine dalla legge n. 1423 del 1956 e oggi trasfuse nell'art. 1 della legge n. 159 del 2011, il cd. *Codice antimafia*.

La Corte di Strasburgo ha riconosciuto che la normativa italiana non rispetta gli standard di prevedibilità e accessibilità imposti dal principio di legalità di cui all'art. 2 Prot. 4 CEDU²⁹⁸, in ragione dell'eccessiva imprecisione e indeterminatezza della disposizione che colloca tra i destinatari delle misure i soggetti cd. genericamente pericolosi e dell'evidente vaghezza del contenuto delle prescrizioni che impongono di «vivere onestamente», di «rispettare le leggi» e di «non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta»²⁹⁹. Nel dettaglio, la Corte EDU ha rilevato che – pur a fronte dei numerosi interventi che la Corte costituzionale ha posto in essere, nel corso degli anni, per chiarire i criteri da utilizzare per identificare i presupposti delle misure di prevenzione³⁰⁰ –, «l'applicazione di tali misure resta legata ad un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente «le prove fattuali» o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società»³⁰¹. Affermando, con riguardo ai contenuti

²⁹⁸ Il quale, sotto la rubrica *Libertà di circolazione*, prevede che «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di scegliersi liberamente la sua residenza. 2. Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo. 3. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. 4. I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall'interesse pubblico in una società democratica».

²⁹⁹ Nell'attuale versione, di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 159/2011, per le prescrizioni del «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»; e, nella versione previgente di cui alla legge n. 1423 del 1956, di «non dare ragione alcuna di sospetti in ordine alla propria condotta»; prescrizioni, queste, che per la Corte EDU, lascerebbero «al giudice un ampio potere discrezionale, senza indicare con sufficiente chiarezza la portata di tale discrezionalità e le modalità del suo esercizio. Ne consegue che l'imposizione di misure preventive alla ricorrente non era sufficientemente prevedibile e non accompagnato da adeguate salvaguardie contro i vari abusi possibili» – cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 124.

³⁰⁰ Un'importante opera di adeguamento della disciplina delle *misure di prevenzione* è stata favorita da diverse sentenze della Corte di Cassazione: su questi profili, v., in particolare, F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018, p. 3, per cui «sulla sia della citata giurisprudenza costituzionale si pone anche la Corte di Cassazione, la quale – superato, negli ultimi anni, qualsiasi precedente tentennamento – riconosce la sottoposizione delle misure di prevenzione al principio di tassatività».

³⁰¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 117.

prescrittivi, che l'interpretazione data dalla Corte costituzionale³⁰² non ha risolto il problema dell'imprevedibilità delle *misure* di prevenzione, posto che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge del 1956, il giudice poteva applicare «qualsiasi misura ritenesse necessaria – senza specificarne il contenuto – in considerazione delle esigenze di tutelare la società»³⁰³; precisando ulteriormente, in merito alle prescrizioni del «vivere onestamente», del «rispettare le legge» e del «non dare ragione alcuna ai sospetti», come «la legge non sia formulata in modo sufficientemente dettagliato e non definisca con sufficiente chiarezza il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona»³⁰⁴.

Senza poter qui esaminare tutte le tematiche d'interesse che la decisione consegna all'interprete³⁰⁵, è utile ragionare intorno ad alcuni specifici aspetti, sgombrando, preliminarmente, il campo da un possibile equivoco: la Corte non ha ricondotto la misura di prevenzione della sorveglianza speciale inflitta al ricorrente nell'ambito della *matière pénale*, avendo escluso la sussistenza dei

³⁰² Il riferimento è alla sentenza n. 282 del 2010 in cui la Corte ha dichiarato non fondata, nei sensi di cui in motivazione, una questione di legittimità costituzionale sollevata, in relazione agli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost., nell'ambito di un procedimento penale che vedeva come imputato un soggetto ritenuto responsabile del delitto di cui all'art. 9, comma 2, della legge n. 1423 del 1956, per aver violato, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, le prescrizioni del «vivere onestamente, rispettare le leggi dello Stato e non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta», conseguenti all'applicazione nei suoi confronti della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno. Nella decisione, in particolare, la Corte afferma che le prescrizioni di cui all'art. 5 della legge n. 1423 si risolvono «nel dovere imposto [al soggetto sottoposto alla misura] di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di 'vivere onestamente' si concretizza e si individualizza e che la prescrizione di 'rispettare le leggi' si riferisca al dovere di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo [...]: non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia indice della già accertata pericolosità»; con osservazioni critiche su questa lettura della Corte costituzionale, addirittura definita incredibile, F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017.

³⁰³ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 121.

³⁰⁴ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 122.

³⁰⁵ Su cui, tra i molti, si v. A. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017, p. 15 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017, p. 127 ss.; S. FINOCCHIARO, *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2017, p. 881 ss.; F. P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Archivio penale*, 2018; e, ancora, in una prospettiva di carattere più generale, F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, cit., p. 8 ss.

criteri *Engel*, in particolare, in relazione al procedimento all'esito del quale la *misura* di prevenzione della sorveglianza speciale è stata disposta nei confronti del ricorrente³⁰⁶. L'esame della pronuncia e, soprattutto, delle successive ricadute che questa ha avuto nel sistema interno³⁰⁷ consentono nondimeno di mettere in luce alcuni importanti elementi, di un certo interesse per il ragionamento che in queste pagine si sta conducendo. E ciò, a ben vedere, per una serie di ragioni. In primo luogo, perché il ricorrente aveva allegato la violazione del diritto ad un equo processo, di cui all'art. 6 CEDU³⁰⁸, proprio muovendo dalla premessa per cui la *misura* di prevenzione applicatagli potesse essere considerata, secondo la criteriologia elaborata dalla Corte EDU a partire dal caso *Engel*, alla stregua di una sanzione *sostanzialmente penale*; nonché, e soprattutto, perché questa stessa conclusione veniva sostenuta, contro la decisione della maggioranza del Collegio e con argomenti tutt'altro che implausibili, in alcune delle opinioni parzialmente dissenzienti formulate a margine della sentenza. In secondo luogo, perché, in ambito domestico e a prescindere dalla conclusione in merito alla relativa natura giuridica, le interazioni tra le misure di prevenzione e il settore del diritto penale *stricto sensu* inteso sono numerose e piuttosto rilevanti³⁰⁹, se solo si tiene a mente che, con l'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, il legislatore ha inteso punire, con la reclusione da uno a cinque anni, proprio la condotta di chi, già raggiunto dalla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, violi le prescrizioni del «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», oggetto di censura in sede europea.

Prima di esaminare questi profili, occorre dar conto, in modo sintetico, del fatto che le misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, costituiscono,

³⁰⁶ «La Corte osserva innanzitutto che l'aspetto penale dell'art. 6 § 1 della Convenzione non è applicabile, in quanto la sorveglianza speciale non è paragonabile a una sanzione penale, dato che il procedimento concernente il ricorrente non riguardava la determinazione di una 'accusa penale' ai sensi dell'art. 6 della Convenzione» – cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 143.

³⁰⁷ Su cui, per un l'esame di un recente provvedimento giurisdizionale "figlio" dalla sentenza della Corte EDU, v. S. FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità qualificata*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 febbraio 2018.

³⁰⁸ Precisa la Corte EDU che «il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione a causa dell'assenza di una pubblica udienza dinanzi al Tribunale e alla Corte di appello, nonché l'iniquità dei procedimenti» – cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, sentenza 23 febbraio 2017, § 128.

³⁰⁹ Su questo elemento si basa il Giudice *Pinto de Albuquerque* nella sua opinione parzialmente dissenziente, laddove afferma che le misure di cui alla legge del 1956 «avevano una finalità di prevenzione generale e speciale, come qualsiasi ordinaria sanzione penale. In pratica, si basavano anche sul carattere socialmente riprovevole della condanna del sospetto, fattore che costituisce similmente la base di qualsiasi sanzione penale».

da molti decenni³¹⁰, un importante strumento di cui il legislatore si serve per fronteggiare il rischio che soggetti ritenuti pericolosi pongano in essere comportamenti penalmente rilevanti³¹¹. In questa prospettiva, l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali – secondo un costante insegnamento della Corte costituzionale³¹² – «deve essere garantito, oltre che dal complesso di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire, sistema che corrisponde ad una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli artt. 13, 16 e 17 Cost.»³¹³. Notoriamente ci si riferisce alle misure in commento con la formula *ante o preater delictum* proprio per evidenziare che, ai fini della loro applicazione, non è necessario accertare la commissione di un reato, esse fondandosi unicamente sul rischio che taluni soggetti – a vario titolo considerati socialmente pericolosi³¹⁴ – possano realizzare, in futuro, condotte penalmente illecite. Tale elemento consente di apprezzare come la disciplina delle misure di prevenzione abbia sempre posto seri problemi di legittimità costituzionale³¹⁵, specie per quel che concerne la sua compatibilità con il principio di presunzione di innocenza³¹⁶ e di tassatività, di cui, rispettivamente, agli artt. 27,

³¹⁰ Si v., in particolare, M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.

³¹¹ Nella letteratura classica, si v. P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1956; e G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Giuffrè, 1972.

³¹² Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 282 del 2010, punto n. 2.1 del *Considerato in diritto*.

³¹³ Cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 23 del 1964 e n. 27 del 1959.

³¹⁴ Si veda, anche, A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio penale*, 1/2017, che conferma l'idea per cui «le origini della prevenzione possono storicamente rinvenirsi nella individuazione da parte del legislatore di 'classi pericolose'».

³¹⁵ Per D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penale in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, (a cura di) M. Donini – L. Stortoni, BUP, 2015, p. 26, «le misure di prevenzione costituiscono l'istituto più discutibile sul piano delle garanzie tra tutti quelli che appartengono alla galassia penalistica»; nello stesso senso, per M. F. CORTESI, *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema della prevenzione penale*, (a cura di) L. Filippi – M. F. Cortesi, Giappichelli, 2011, p. 8, «la misura di prevenzione costituisce la sanzione 'più problematica' che un ordinamento, ispirato ai principi garantistici di uno Stato di diritto, possa conoscere».

³¹⁶ A titolo di esempio, può ricordarsi che, nella sentenza n. 23 del 1964, la Corte si è occupata proprio della riferibilità alle *misure* di prevenzione del principio di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., affermando che il citato parametro «riguarda le sanzioni propriamente penali; e queste, nell'essere particolarmente caratterizzate, sono implicitamente distinte da tutte le altre sanzioni. Le sanzioni penali, a differenza di quelli extra penali, sono dalla Costituzione caratterizzate dalla tendenza ad incidere sull'animo, sulla vita del condannato, tutelando, mediante un singolare tipo di prevenzione speciale (la rieducazione) non soltanto questo o quel bene specificamente offeso dal reato ma anche tutti i beni garantiti dall'ordinamento statale in quanto tendente a realizzare

primo comma, e 25, secondo comma, Cost.³¹⁷. E ciò, allo stesso tempo, spiega il perché la Corte costituzionale, fin dal 1956³¹⁸, abbia dovuto confrontarsi in diverse occasioni con questa peculiare disciplina: nella celebre sentenza n. 177 del 1980³¹⁹, per esempio, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art.

una vita in comune» – cfr. Corte cost, sentenza n. 23 del 1964, punto n. 4 del *Considerato in diritto*; v., ancora, A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio-penale.it*, cit., p. 1.

³¹⁷ V., in particolare, M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, (a cura di) C. E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G. L. Gatta, Giuffrè, 2018, p. 852 ss.; sul tema si v., diffusamente, V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, (a cura di) V. Maiello, Giappichelli, 2015, p. 299 ss.; e A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio penale*, 2017, 1, p. 13, per il quale le misure in parola «appoggiano il cappotto sulla sedia del (sospetto del) reato, mettono il cappello sulla poltrona delle pericolosità, ed allungano i piedi sul divano della sanzione».

³¹⁸ Con la sentenza n. 11 del 1956 – con cui sono state dichiarate costituzionalmente illegittime, per contrasto con l'art. 13, Cost., alcune previsioni del T.U. delle leggi di p.s., di cui al r.d. 18 giugno 1931, n. 773, come modificati col d.d.l. 10 dicembre 1944, n. 419 – la Corte ha osservato, in particolare, che «il grave problema di assicurare il contemperamento tra le due fondamentali esigenze di non frapporre ostacoli all'attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, appare [...] risoluto attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di habeas corpus nell'ambito del principio di stretta legalità», proseguendo, per quanto più interessa rilevare, in questi termini: «in nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà (personale) se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni» – cfr. Corte cost., sentenza n. 11 del 1956; sul tema si v. F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, cit., p. 2, che evidenzia come la nostra Corte abbia «sempre affermato la sottoposizione delle misure di prevenzione al principio di legalità, anche nella sua proiezione di necessaria tassatività delle previsioni di legge», richiamando anche la sentenza n. 23 del 1964, occasione in cui la Corte ha dichiarato non fondata una questione di legittimità promossa sull'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, in riferimento agli artt. 13, 25 e 27 Cost., con importanti affermazioni, che è utile qui riportare (anche se brevemente): «nella descrizione delle fattispecie [di prevenzione] il legislatore [deve] normalmente procedere con diversi criteri da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e [può] far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti, però, sempre, a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire un minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione rispetto alla previsione dei reati ed alla irrogazione delle pene» – cfr. Corte cost., sentenza n. 23 del 1964, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

³¹⁹ Occasione in cui la Corte, chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, «nella parte in cui elenca tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione dalla legge medesima coloro che [...] per le manifestazioni cui abbiano dato luogo diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere», ha rilevato che «la disposizione di legge in esame (a differenza ad esempio di quella di cui al n. 1 del medesimo art. 1) non descrive, infatti, né una o più condotte, né alcuna 'manifestazione' cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale. Quali 'manifestazioni' vengano in rilievo è rimesso al giudice (e,

1, n. 3, proprio della citata legge n. 1423 del 1956, «nella parte in cui elenca tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che ‘per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere’», perché ritenuto in contrasto con il principio di determinatezza, riferito in questo caso al combinato disposto di cui agli artt. 13 e 25, terzo comma, Cost.³²⁰; e, più di recente, in senso opposto, nella sentenza n. 282 del 2010³²¹, in cui la Corte – muovendo dall’idea per cui «per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell’illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s’inserisce» – ha dichiarato non fondata, in relazione agli artt. 25, secondo e terzo comma, Cost., una questione sollevata sull’art. 5, comma 3, prima parte, della sopra citata legge n. 1423, riferita, in particolare, alle prescrizioni del «vivere onestamente», «rispettare le leggi» e «non dare ragione di sospetti».

Ora, la conclusione raggiunta dalla Corte EDU nel caso *De Tommaso* non è l’unica in astratto teorizzabile, essendo numerosi, e non certo privi di consistenza, gli argomenti che possono viceversa essere proposti per sostenerne la

prima di lui, al pubblico ministero ed alla autorità di polizia proponenti e segnalanti) già sul pino della definizione della fattispecie, prima che su quello dell’accertamento. I presupposti del giudizio di ‘proclività a delinquere’ non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei ‘casi’ (come vogliono sia l’art. 13, che l’art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità», giungendo coerentemente ad accogliere, *in parte qua*, la questione di legittimità costituzionale promossa dal giudice *a quo*.

³²⁰ Precisa la Corte che «la disposizione di legge in esame (a differenza ad esempio di quella di cui al n. 1 del medesimo art. 1), non descrive, infatti, né una o più condotte, né alcuna ‘manifestazione’ cui riferire, senza mediazioni, un accertamento giudiziale. Quali ‘manifestazioni’ vengano in rilievo è rimesso al giudice (e, prima di lui, al pubblico ministero ed alla autorità di polizia proponenti e segnalanti) già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell’accertamento. I presupposti del giudizio di ‘proclività a delinquere’ non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di una autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei ‘casi’ (come vogliono sia l’art. 13, che l’art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità» – cfr. Corte cost., sentenza n. 177 del 1980, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

³²¹ Tali prescrizioni si risolvono, per la Corte, «nel dovere imposto [al soggetto sottoposto alla misura] di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di ‘vivere onestamente’ si concretizza e si individualizza», e che la prescrizione di “rispettare le leggi” si riferisca al dovere di rispettare “tutte le norme a contenuto precettivo [...]”: non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia indice della già accertata pericolosità»; critiche, rispetto alla soluzione raggiunta dalla Corte, le riflessioni di F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017.

natura penale, ai sensi dei più volte citati criteri *Engel*. Già si è anticipato che, con il proprio atto di ricorso, il sig. *De Tommaso* aveva assunto a presupposto delle sue doglianze il carattere sostanzialmente penale della misura inflittagli, evidenziando, in particolare, l'idoneità della stessa ad incidere sulla sua libertà personale³²². La Corte EDU, per la verità, non sembra approfondire con la dovuta attenzione tale argomento, liquidando in modo piuttosto netto la prospettazione del ricorrente sul punto. Molto più attente al tema della possibile riconducibilità della *misura* in parola nella sfera della *matière pénale* risultano, invece, le riflessioni proposte dai diversi Giudici che hanno formulato, in parziale dissenso rispetto alla decisione della maggioranza, le opinioni annesse alla sentenza. Il Giudice *Pinto de Albuquerque*, in particolare, ha sviluppato un'ampia ed articolata motivazione al fine di sostenere la tesi per cui alla luce dei summenzionati criteri *Engel* le varie misure di prevenzione di cui alla legge del 1956 andrebbero considerate come misure penali³²³. Ed è interessante notare che a tale conclusione il Giudice portoghese è giunto, dopo una durissima critica nei confronti del sistema delle misure di prevenzione personali³²⁴, riconoscendo la sussistenza, in relazione alla *misura* della sorveglianza speciale oggetto di ricorso³²⁵, di tutti i criteri *Engel*³²⁶. E lo ha fatto, principalmente, valorizzando la pesante incidenza delle misure *de quibus* sui diritti fondamentali dell'interessato; lo scopo general-e special-preventivo perseguito da tali misure parallelo a quello proprio delle pene; la stretta correlazione con le misure penali in senso stretto, come tali considerate anche dalla legislazione nazionale ed applicabili nei casi di violazione delle prescrizioni imposte dal Giudice della prevenzione; e, da ultimo, ma non meno significativamente, l'avvenuto riconoscimento

³²² È la stessa Corte a precisare che «il ricorrente ha sostenuto che l'aspetto penale dell'art. 6 § 1 era applicabile ai procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione personali in quanto riguardavano la libertà personale del cittadino ed erano disciplinati dalle disposizioni del codice di procedura penale».

³²³ Cfr. Opinione parzialmente dissenziente del Giudice *Pinto de Albuquerque*, §§ 32-48.

³²⁴ Sottolinea questo elemento F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 375.

³²⁵ Facendo anche riferimento alla diversa, ancorché prossima, ipotesi delle *misure* di prevenzione patrimoniali: «benché alle misure di prevenzione patrimoniali si applicassero le garanzie di un pubblico ed equo processo, come ha già riconosciuto la Corte nelle cause *Bocellari e Capitani e Campanella*, esse si sarebbero dovute applicare a fortiori alle misure di prevenzione personali» – cfr. Opinione parzialmente dissenziente del Giudice *Pinto de Albuquerque*, § 40.

³²⁶ Conclusione, quella relativa alla riconducibilità delle *misure* oggetto di ricorso, condivisa anche dai Giudici *Kuris* e *Sajo*: il primo evidenzia, in particolare, il carattere impreciso e non del tutto conferente, sul punto, dei richiami operati dalla maggioranza alle decisioni *Guzzardi e Raimondo c. Italia*; il secondo, invece, senza proporre argomenti puntuali, si rammarica «di non poter seguire la posizione della maggioranza nella misura in cui riguarda gli articoli 5 e 6 (aspetto penale), principalmente per i motivi esposti nell'opinione separata del Giudice *Pinto de Albuquerque*».

da parte della stessa Corte costituzionale italiana, nella già citata sentenza n. 177 del 1980, dell'identità funzionale tra le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, e della conseguente loro sottoposizione al medesimo quadro di garanzie costituzionali³²⁷. Servendosi delle parole di Leopoldo Elia³²⁸ – per cui «le misure in parola finiscono per colpire una persona, senza che sia richiesta la prova di sue specifiche condotte criminose compiute nel passato, sulla base della sua mera appartenenza ad una tipologia d'autore» – il Giudice *Pinto de Albuquerque* ha inoltre messo in evidenza l'effetto desocializzante proprio delle *misure* di prevenzione, ricordando, nello stesso senso, un importante insegnamento di Franco Bricola³²⁹, per sottolineare anche l'effetto di criminalizzazione indiretta conseguente all'applicazione delle *misure* in commento, che fanno senz'altro aumentare, in questa prospettiva, «la probabilità che la persona sospetta commett[a] reati quando viola il regime delle restrizioni imposte, dato che tale violazione [è] di per sé punibile come reato e comport[a] una severa pena detentiva», fornendo così una «base giuridica per l'esercizio dell'azione penale nei confronti di persone che non avevano potuto essere state inizialmente perseguite per mancanza di prove»³³⁰. Rilievi, tutti questi, dotati di una certa solidità che è qui interessante proporre soltanto come possibili argomenti a sostegno di una soluzione alternativa a quella raggiunta dalla Corte EDU nel caso *De Tommaso*, utili, allo stesso tempo, per mettere in luce la complessità del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

Spostandoci ora sul versante delle interazioni tra il campo delle *misure* di prevenzione e quello delle sanzioni penali propriamente dette, mette conto rilevare che, con una importante pronuncia del settembre 2017, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a risolvere una questione interpretativa assai delicata, in merito alla definizione dell'area della tipicità del delitto di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011³³¹, anche per prevenire

³²⁷ Si v., ancora, F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 376.

³²⁸ Si v. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962; e, dello stesso A., *Libertà personale tra l'articolo 13 e l'articolo 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964; nell'opinione del Giudice *Pinto de Albuquerque*, alla nota 22, si citano anche i testi di D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, 1996, e S. MOCCIA, *La lotta alla criminalità organizzata*, in *La difficile antimafia*, (a cura di) M. Vallefuoco, A. Gialanella, Tipocartotecnica Rinascimento, 2002.

³²⁹ Cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV. *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno C.N.P.D.S., 26-28 aprile 1974, 1975.

³³⁰ Cfr. Opinione parzialmente dissenziente del Giudice *Pinto de Albuquerque*, § 5.

³³¹ Sotto la rubrica *Violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale*, l'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, prevede che «se l'inosservanza riguarda gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l'obbligo o il divieto di soggiorno, si

possibili contrasti interni alla giurisprudenza di legittimità, potenzialmente conseguenti ad una non univoca interpretazione della sentenza *De Tommaso*³³². La Suprema Corte ha così preso in esame la *quaestio* relativa alla possibilità che il delitto previsto e punito dal citato art. 75, comma 2, possa considerarsi integrato anche quando l'agente violi le prescrizioni del «vivere onestamente» e del «rispettare le leggi»³³³, confrontandosi apertamente con le affermazioni proposte della Corte europea³³⁴. Dopo aver ribadito di essere «chiamate ad una rilettura del diritto interno che sia aderente alla CEDU e subordinata al 'prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme'»³³⁵, le Sezioni Unite hanno concluso che soltanto una interpretazione tassativizzante e/o tipizzante della fattispecie³³⁶ può rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma

applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza».

³³² Nel provvedimento di assegnazione alle Sezioni Unite si fa riferimento alla sentenza della Grande Camera della Corte EDU «che, intervenendo sulla disciplina delle misure di prevenzione personali, ritenuta, sotto alcuni profili, in conflitto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha tra l'altro affermato il deficit di precisione e prevedibilità delle prescrizioni previste dall'art. 5 legge n. 1423 del 1956 (corrispondente all'attuale art. 8, comma 4, d.lgs. n. 256 del 2011), proprio in relazione all'obbligo rivolto al sorvegliato speciale di 'vivere onestamente e rispettare le leggi'».

³³³ Questa, precisamente, la questione rimessa alle Sezioni Unite: «se la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura della prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche le violazioni del 'vivere onestamente' e di 'rispettare le leggi'».

³³⁴ Per la Suprema Corte, più precisamente, «l'occasione per verificare la coerenza di una giurisprudenza di legittimità che, costantemente, ha ritenuto che la prescrizione di vivere onestamente rispettando le leggi integrasse il reato previsto dall'art. 9 legge n. 1423 del 1956, ora trasfuso nel nuovo art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011 – in perfetta linea di continuità normativa con la precedente fattispecie – è offerta dalla recente sentenza della Corte EDU, *De Tommaso c. Italia*, in rapporto alle affermazioni che, direttamente o indirettamente, possono afferire al reato previsto dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, oggetto del presente ricorso – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 4.

³³⁵ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 15.

³³⁶ Esprime un commento sostanzialmente adesivo, specie in merito alla scelta di ricorrere allo strumento dell'interpretazione convenzionalmente conforme, F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, cit.; contra V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss., per cui «l'arresto in esame, invero, non prospetta una mera rideterminazione semantica dell'enunciato normativo, del tipo di quella che ne promuove la rimodulazione di senso indotta da una rinnovata, e più evoluta, visione della realtà evocata dai segni linguistici. Piuttosto, esso implementa una diversa pratica interpretativa che, nel 'sottrarre' parte del materiale lessicale della disposizione, produce - de facto ma non de iure, nella law in action e non in quella in the books - un'abolitio

incriminatrice *de qua*³³⁷. Su questa premessa, la Suprema Corte ha quindi precisato che il richiamo contenuto nel citato art. 75, comma 2, «non può che essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo», difettando tale ultimo carattere in relazione alle prescrizioni di «‘vivere onestamente e di rispettare le leggi’, perché il loro contenuto, amplissimo e indefinito, non è in grado di orientare il comportamento sociale richiesto»³³⁸. Sullo sfondo di queste cruciali riflessioni sul rapporto tra determinatezza e conoscibilità, l’idea che, ove una sanzione penale venisse applicata in mancanza della possibilità di conoscere la norma precettiva, proprio a causa della sua indeterminatezza, si avrebbe una situazione in cui «il soggetto che subisce la pena risulterebbe in definitiva strumentalizzato dall’ordinamento a puri scopi di prevenzione generale mediante intimidazione, rivelandosi pertanto l’ordinamento totalmente insensibile a quelle esigenze di tutela della persona che sono espresse e realizzate dalla colpevolezza»³³⁹.

Le Sezioni Unite sono infine giunte a enunciare il principio di diritto per cui l’inosservanza delle prescrizioni generiche di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi», da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2001. Essa può, tuttavia, rilevare ai fini dell’eventuale

criminis parziale, riguardante le violazioni del ‘vivere onestamente’ e del ‘rispettare le leggi’. Questa manovra esorbita dai limiti fisiologici dell’attività ermeneutica e si addentra nel campo di azione riservato al potere istituzionale legittimato a giustiziare le antinomie prodotte dalla divaricazione tra vigore e validità che, nel modello italiano di Stato costituzionale, appartiene alla competenza esclusiva del giudice delle leggi; si v., anche, G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 ottobre 2017, p. 163 ss.

³³⁷ Così, peraltro, «consentendo di superare una giurisprudenza di legittimità che, fino ad oggi, non si è adeguatamente confrontata con le problematiche messe in luce dalla sentenza De Tommaso» – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*, p. 15.

³³⁸ Per la Suprema Corte, ancora, «è dubbio che [esse] possano considerarsi vere e proprie prescrizioni [...], dal momento che non impongono comportamenti specifici, ma contengono un mero ammonimento ‘morale’, la cui genericità e indeterminatezza dimostra l’assoluta inidoneità ad integrare il nucleo di una norma penale incriminatrice»; precisando ulteriormente che «l’indeterminatezza delle due prescrizioni in esame è tale che impedisce la stessa conoscibilità del precetto in primo luogo da parte del destinatario e poi da parte del giudice» – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*, pp. 15 – 16; si veda, ancora, per un preciso esame delle citate prescrizioni G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, cit.

³³⁹ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale: parte generale*, Giappichelli, 2016, p. 134; il virgolettato proposto nel testo è integralmente riportato nelle pagine della decisione delle Sezioni Unite, pur se con un generico riferimento all’autorevole dottrina che si è occupata del tema.

aggravamento delle misure di prevenzione personale»³⁴⁰. Tale conclusione – il cui significato, come è stato osservato, «eccede, e di molto, lo specifico *thema decidendum*, coinvolgendo ... il tema dell'adeguamento del nostro ordinamento agli obblighi di tutela dei diritti fondamentali nella loro dimensione europea, e degli strumenti per assicurare tale obiettivo»³⁴¹ – è certamente apprezzabile sotto il profilo dell'esigenza di rivedere scelte di criminalizzazione non conformi ai fondamentali *standard* di determinatezza, essa nondimeno è tale da aprire interrogativi di primario momento³⁴², in particolare, sul ruolo e sulle responsabilità, nonché sui limiti dell'attività ermeneutica del giudice comune chiamato a vagliare, nella *materia penale*, la legittimità convenzionale di una previsione nazionale.

La soluzione raggiunta dalle Sezioni Unite, pur se autorevolmente condivisa³⁴³, sembra porsi in contrasto con quanto affermato in diverse occasioni dalla Corte costituzionale, proprio in merito agli spazi che il giudice comune può legittimamente ritagliarsi, nel settore *penale*, per adeguare la normativa nazionale ai *dicta* delle Corti europee³⁴⁴. Se è vero, infatti, che, nella già citata sentenza n. 115 del 2018, proprio ragionando sul tema della determinatezza quale fondamentale corollario del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., la Corte ha energicamente ribadito che «nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»³⁴⁵ e che, pertanto, al giudice comune spetta il compito di esplorare quelle stesse *zone d'ombra*, eventualmente proponendo letture *tassativizzanti e tipizzanti* al fine di precisare «il perimetro di tipicità in una prospettiva costituzionalmente compatibile»³⁴⁶; è altrettanto vero che, con la sentenza *Paternò*, le Sezioni Unite si sono spinte

³⁴⁰ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*, p. 18.

³⁴¹ Così precisamente F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, cit.

³⁴² Si v. anche M. SANTISE, *Le prescrizioni del 'vivere onestamente' e del 'rispettare le leggi' al vaglio delle Sezioni Unite tra interpretazione adeguatrice e abolitrice*, in *Jurisprudenzia.it*, 2017, p. 11, per cui «la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite Paternò se da un lato fornisce una risposta immediata alle istanze di legalità provenienti dalla Corte di Strasburgo, dall'altro desta non poche perplessità sotto il profilo metodologico e quello applicativo».

³⁴³ In particolare, da F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, cit.

³⁴⁴ Cfr. *supra* Cap. 3 § 3, per l'analisi dei riflessi sul principio della riserva di legge.

³⁴⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

³⁴⁶ Così V. MANES, *Dalla 'fattispecie' al 'precedente': appunti di 'deontologia ermeneutica'*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018.

oltre, operando un vero e proprio controllo di costituzionalità, al metro del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., della fattispecie prevista dall'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, fino ad estromettere dal relativo campo di applicazione ipotesi – quelle, appunto, del «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» – espressamente previste a livello testuale. Il massimo organo nomofilattico, così facendo, è sembrato infatti usurpare un'attribuzione di spettanza esclusiva della Corte costituzionale, peraltro, sottovalutando l'impossibilità – ribadita da copiosa giurisprudenza di legittimità³⁴⁷ e costituzionale³⁴⁸ – di estendere *erga omnes* e in via retroattiva gli effetti della propria decisione. E non deve perciò sorprendere che alcuni mesi dopo la sentenza *Paternò*, la seconda sezione della Corte di Cassazione, nel caso *Sorresso*³⁴⁹ – pur non mettendo in discussione ed anzi esplicitamente concordando con le argomentazioni sviluppate dalla Corte EDU sulla incompatibilità con la Convenzione e, di riflesso, quindi, con la stessa Costituzione di una fattispecie fondata su precetti tanto vaghi –, ha deciso di sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, chiamando in causa il Giudice delle leggi³⁵⁰. Facendo leva, in particolare, sull'inidoneità della decisione della Corte di Cassazione, anche se a Sezioni Unite, ad incidere sulle statuizioni già coperte da giudicato³⁵¹, i Giudici di legittimità hanno in

³⁴⁷ Cfr., in particolare, Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 26259 del 2016, Imp. *Mraidi*.

³⁴⁸ Il riferimento è, chiaramente, alla celebre sentenza n. 230 del 2012 con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite); v. D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenza penale*, 2017.

³⁴⁹ Su cui F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2017.

³⁵⁰ Questi gli esatti termini della questione sollevata d'ufficio nel caso *Sorresso*: la seconda sezione della Suprema Corte ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale «dell'art. 75 comma 2 del d.lgs. 159 del 2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di 'vivere onestamente' e 'rispettare le leggi' connessi all'imposizione della misura di sicurezza della sorveglianza speciale in relazione agli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, interpretati alla luce della *ratio decidendi* della sentenza *De Tommaso c. Italia* pronunciata dalla Grande camera della Corte EDU il 23 febbraio 2017».

³⁵¹ «Al fine di chiarire la ragione per cui il Collegio ritiene necessario aprire l'incidente di costituzionalità, si rimarca che l'interpretazione abolitiva proposta dalle Sezioni Unite non consente l'incisione del giudicato» – cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 6. A tal riguardo, è utile ricordare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 230 del 2012: «a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono

questo caso correttamente richiamato l'insegnamento delle sentenze *gemelle*, ricordando che l'incidente di costituzionalità rappresenta lo strumento da utilizzare quando è impraticabile la torsione interpretativa delle norme legislative perché il confronto con le indicazioni convenzionali evidenzia fratture ineliminabili per via interpretativa e che, sotto un diverso profilo, il ricorso all'interpretazione adeguatrice, quale strumento a vocazione inevitabilmente casistica, «si rileva inadeguato a garantire la certezza del diritto necessaria quando sia in gioco la definizione dell'area delle condotte penalmente rilevanti, ovvero quando sia in predicato una 'interpretazione abolitiva' a vocazione generale, che, come nel caso di specie, pretenda di travolgere il giudicato»³⁵². La Corte costituzionale, del resto, come evidenziato dalla stessa Corte di Cassazione, «è l'unico organo che ha la capacità di incidere sulla legge con efficacia retroattiva e che può assegnare alla condotta prevista dall'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 la connotazione 'stabile' necessaria per garantire la prevedibilità della sanzione ed il sostanziale rispetto del principio di legalità penale»³⁵³.

La risposta della Corte costituzionale alle problematiche generate dalla sentenza *De Tommaso* va rintracciata in una doppia pronuncia del 2019, la n. 24 e la n. 25 del 2019: con la prima, in particolare, la Corte ha scrutinato una serie di questioni di legittimità relative alle previsioni – numeri 1) e 2) dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, nella versione modificata dalla legge 3 agosto 1988, n. 327 (Norme in materia di misure di prevenzione personali), poi riprodotte in termini pressoché identici nelle lettere a) e b) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011 – che consentono l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Le previsioni citate individuano due categorie di soggetti destinatari delle misure di prevenzione: i) «coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi» (art. 1, numero 1, della legge n. 1423 del 1956, riprodotto in modo pressoché identico dall'art. 1, lettera a, del d.lgs. n. 159 del 2011); ii) e «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» (art. 1, numero 2, della legge n. 1423 del 1956; art. 1, lettera b, del d.lgs. n. 159 del 2011).

La Corte ha ritenuto che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi anni, è possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del

trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto» – cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

³⁵² Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 16.

³⁵³ Cfr., ancora, Cass., sez. II pen., sentenza n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 16.

1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, si da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. La locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» è oggi suscettibile di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato. L'altra fattispecie di cui all'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011, appare invece affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza *De Tommaso*. Alla giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di un significato certo – e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato – il disposto normativo in esame. Le definizioni, variamente proposte in giurisprudenza, di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, ampiamente richiamata non solo dalla Corte EDU nella sentenza *De Tommaso*, ma anche – e assai prima – dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 177 del 1980.

Né siffatte nozioni di «traffici delittuosi», dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costituzionale misure ablative di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure. Pertanto, la descrizione normativa in questione, anche se considerata alla luce della giurisprudenza che ha tentato sinora di precisarne l'ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca.

Come anticipato, strettamente correlata alla sentenza appena descritta è la n. 25 del 2019 che origina proprio dall'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione del caso *Sorresso*. La sezione rimettente denunciava il contrasto della norma incriminatrice in parola con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in

relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2 Prot. 4 CEDU interpretati alla luce della *ratio decidendi* espressa dalla sentenza della Corte EDU nel caso *De Tommaso*. Proprio valorizzando la pronuncia europea la Corte costituzionale è alla fine giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, per l'eccessiva vaghezza del suo contenuto e per la conseguente violazione del canone della prevedibilità.

Quanto detto fin qui è sufficiente per confermare l'idea che sulle *misure* di prevenzione si giocherà, nei prossimi anni, una partita dall'esito assolutamente incerto, in particolare, per quanto concerne l'applicabilità a queste stesse *misure* dei principi costituzionali tipicamente riconducibili alla *materia penale*. In questo scenario, la sentenza *De Tommaso*, pur avendo escluso l'attrazione di tali *misure* sotto l'egida del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, ha scatenato un dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora molto acceso³⁵⁴, nel quale, peraltro, è auspicabile che intervenga in modo chiarificatore il legislatore³⁵⁵, in qualità di primo interlocutore della Corte europea sul tavolo dell'adeguamento della normativa interna agli *standard* convenzionali, vieppiù in un caso, come quello in parola, che ha visto il Giudice sovranazionale censurare non tanto un singolo caso specifico, bensì, e più in generale, i fondamenti di un'intera disciplina.

8. (segue) e il cd. *diritto disciplinare punitivo*

In occasione della fondamentale sentenza *Engel*, come si è visto, la Corte ha ben messo in evidenza l'idea per cui «se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare come disciplinare piuttosto che penale un illecito [...] l'effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana»³⁵⁶, con il rischio concreto di raggiungere un risultato assolutamente incompatibile con gli scopi della Convenzione. La circostanza che l'impostazione metodologica seguita dalla Corte EDU, negli ultimi 40 anni, sia stata, in origine, giustificata dall'esigenza di distinguere – «*beyond appearances*»³⁵⁷ – proprio gli illeciti disciplinari dagli illeciti penali propriamente detti,

³⁵⁴ A commento v. G. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 19 luglio 2018.

³⁵⁵ Sul tema si v. A DE LIA, *Le misure di prevenzione: dalla sentenza 'De Tommaso c. Italia' alle modifiche operate dalla legge n. 161 del 17 ottobre 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

³⁵⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, sentenza 8 giugno 1976, § 81 ss.

³⁵⁷ Si tratta di una espressione largamente utilizzata dalla stessa Corte EDU: «per rendere efficace la tutela offerta dall'articolo 7, la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze

al fine di riconoscere, in relazione a quest'ultimi, e solo a questi, le garanzie previste dalla Convenzione agli artt. 6 e 7 CEDU e all'art. 4 Prot. 7 CEDU, non è priva di rilievo, quantomeno per il prosieguo della presente trattazione, dal momento che consente, alla luce dell'esame condotto in merito ai più importanti settori di sconfinamento della nozione di «*accusation en matière pénale*», di verificare se analoghe considerazioni possano proporsi anche con riguardo alle sanzioni disciplinari a vario titolo configurate nel nostro ordinamento. Esse, tradizionalmente, vengono fatte ricondurre all'interno della categoria delle sanzioni amministrative in senso lato, pur essendo da queste distinte, in quanto caratterizzate da elementi assolutamente peculiari, identificabili, in buona sostanza, nel loro essere rivolte ad una classe determinata di destinatari – e non all'intera comunità dei consociati – e preordinate, in linea di principio, più che a tutelare valori di interesse generale, «a preservare nel tempo il funzionamento e l'organizzazione del micro-ordinamento di appartenenza»³⁵⁸.

La dottrina – fin dagli inizi del secolo scorso³⁵⁹ –, valorizzando le citate caratteristiche strutturali e funzionali, si è costantemente orientata nel senso di escludere che le garanzie tipicamente riferibili alle più severe forme di manifestazione del potere punitivo statale, quelle penali, appunto, ricavabili, più o meno direttamente, dall'art. 25, secondo comma, Cost., potessero essere riconosciute anche alle sanzioni disciplinari³⁶⁰, pur a fronte di indici di afflittività

e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nel merito in una “pena” ai sensi di tale disposizione» – cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, sentenza 9 febbraio 1995, § 27.

³⁵⁸ Si v. V. TENORA, *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 “Gabetti-Grande Stevens” sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in *Lex Italia – Rivista di diritto pubblico*, 2014.

³⁵⁹ Ci si riferisce, in particolare, alle riflessioni di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, 1911, p. 243, per cui «non già che il diritto disciplinare sia *sic et simpliciter* il diritto penale nel senso, per esempio, che la regola non bis in idem proibisca l'applicazione della sanzione disciplinare dopo l'applicazione di quella pena propriamente detta o viceversa; nonché nel senso che il giudizio disciplinare assorba quello penale e viceversa. Diritto penale disciplinare e diritto penale sono fra loro affini e coesistono; l'uno è diretto a sanzionare l'osservanza dei decreti speciali di ufficio, o simili, l'altro a sanzionare dovere di retta condotta sociale che possono coincidere talora coi doveri di ufficio per la speciale importanza di questi. Uno stesso atto può violare insieme la norma disciplinare e quella penale vera e propria e dar quindi luogo a due sanzioni». Si v., inoltre, la monografia di G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970, p. 45, per il quale «si ritiene che gli artt. 25-27 Cost. si riferiscano solo all'attività esplicata dal giudice penale e che di conseguenza non siano estensibili a situazioni che pur presentando una certa affinità, permangono a questa estranee»; nello stesso senso, v., anche, A. FIORELLA, (voce) *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, p. 779.

³⁶⁰ Nella nota sentenza n. 100 del 1981 la Corte costituzionale, riferendosi al precedente rappresentato dalla sentenza n. 78 del 1967, osserva, a tal proposito, che «nel punto in cui si afferma che dall'art. 25, secondo comma, Cost., è ricavabile anche per le sanzioni amministrative il principio che deve essere la legge a configurare i fatti da punire, va, infatti, intesa non come

in molti casi di non poco momento³⁶¹. Se è vero che una simile conclusione non faceva considerare tali sanzioni come del tutto sfornite di un pur minimo corredo di garanzie, dall'intera trama dei principi costituzionali potendosi, infatti, ricavare significativi corollari volti ad informare anche il settore delle sanzioni *disciplinari* ad alcuni importanti canoni di legalità³⁶²; è altrettanto vero, però, anche sulla scorta di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, che non è mai stata seriamente messa in discussione la tesi per cui le sanzioni in parola dovessero essere considerate, sul piano delle garanzie, come profondamente distinte da quelle penali in senso proprio. E ciò, almeno, fino ad un recente passato: gli approdi della giurisprudenza europea, come si è cercato di evidenziare nei precedenti paragrafi, hanno infatti contribuito a scalfire, in una prospettiva generale, con riferimento a numerosi settori dell'ordinamento interno, l'idea che le garanzie delle legalità penale possano applicarsi unicamente alle sanzioni qualificate come penali dal legislatore nazionale.

Nell'economia di questa rapida incursione nel campo delle sanzioni *disciplinari*, può essere utile prendere in esame soltanto alcune particolari ipotesi, quelle su cui si è maggiormente dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, in

trasposizione della disposizioni richiamata nella materia disciplinare, con conseguente applicazione di essa alle sanzioni amministrative, ma come riaffermazione della esigenza che anche per gli illeciti disciplinari sia la legge a stabilire i comportamenti sanzionabili.

³⁶¹ Fin dalla sentenza n. 68 del 1964, la Corte costituzionale ha evidenziato che «nella vastissima sfera dei suoi compiti pubblici l'Amministrazione è chiamata ad emettere una numerosa serie di atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti: si pensi agli atti relativi a decadenze, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, rilevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali».

³⁶² Nella già citata sentenza n. 100 del 1981, la Corte costituzionale ha infatti osservato che «l'esercizio del potere disciplinare è regolato, invero, da principi sostanzialmente differenti e meno incisivi di quelli che reggono l'esercizio del magistero penale, poiché risponde alla potestà amministrativa dello Stato, e non alla funzione di giustizia che quest'ultimo assolve attraverso l'attività giudiziaria. E tale differenza si riflette naturalmente sulla operatività, nel campo disciplinare, dei principi generali in materia di esplicazione del potere punitivo, rendendola meno rigorosa ed estesa»; ed ancora che «per quanto concerne la materia disciplinare riguardante i magistrati, il principio di legalità trova egualmente piena applicazione, oltre che come fondamentale esigenza dello Stato di diritto, come conseguenza necessaria del nuovo assetto dato alla magistratura dal legislatore costituente, del quale sono puntuali espressioni la garanzia di indipendenza (art. 101 e 104 Cost.) e di inamovibilità, se non a seguito di deliberazione del Consiglio superiore della Magistratura per motivi previsti (art. 107 Cost.) dall'ordinamento giudiziario, le cui norme sono stabilite con legge (art. 108 Cost.)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 100 del 1981, punti n. 3 e 4 del *Considerato in diritto*; sottolinea questi elementi anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 178, citando il lavoro di G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, cit., per il quale lo studio garantistico che l'A. arriva a delineare presenta molti aspetti in comune con quello della materia penale, ma non è ad esso sovrapponibile, specie in relazione al profilo della minore determinatezza richiesta al legislatore nella descrizione dell'illecito disciplinare rispetto a quello penale.

merito alla possibilità di estendere il perimetro applicativo delle garanzie del *nullum crimen*. In questa prospettiva, una prima fattispecie che merita di essere esaminata è quella delle sanzioni *disciplinari* previste nel settore *penitenziario*³⁶³, rispetto alle quali la giurisprudenza, in particolare, ha proposto, nel corso degli ultimi anni, interpretazioni differenti, addirittura antitetiche sul profilo di maggior interesse per la presente indagine.

In un primo interessante caso³⁶⁴, del 2014, il Tribunale di Brindisi ha emesso una sentenza di non doversi procedere, ai sensi degli artt. 529 c.p.p., nei confronti di un soggetto che, in relazione al *medesimo* fatto oggetto di imputazione – vale a dire, un episodio di danneggiamento all'intero di una cella di un istituto penitenziario³⁶⁵ –, aveva in precedenza subito una sanzione (formalmente qualificata come) disciplinare dell'ordinamento penitenziario, ma *penale* nella prospettiva convenzionale³⁶⁶. L'imputato, più in particolare, all'esito del procedimento disciplinare instaurato ai sensi della legge n. 354 del 1975 e del d.p.r. n. 230 del 2003, era stato colpito dalla sanzione disciplinare dell'esclusione dalle attività in comune per la durata di quindici giorni, con isolamento diurno³⁶⁷, oltre che obbligato a versare, a titolo di risarcimento per il danno arrecato all'amministrazione, una somma pari ad euro 341,00.

Il Tribunale, per quanto più interessa rilevare, dopo aver riferito che l'imputato «nel corso delle sue spontanee dichiarazioni, ha chiaramente affermato che credeva di essere già stato giudicato e condannato per la sua illecita condotta, e non pensava che sarebbe stato pure denunciato all'A.G. e sottoposto ad un ulteriore procedimento penale», ha messo in evidenza che «nella sua semplicità, l'imputato ha sollevato una questione di bis in idem, che assume un indubbio

³⁶³ Sul tema, tra i molti, E. LOI – N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in *Il carcere riformato* (a cura di) F. Bricola, Bologna 1977, p. 90 ss.; e più di recente M. G. COPPETTA, *Commento all'art. 40*, in *Ordinamento penitenziario commentato* (a cura di) F. Della Casa – G. Giostra, Cedam, 2015, p. 439 ss.

³⁶⁴ Cfr. Trib. Brindisi, Sez. Pen., sentenza del 17 ottobre 2014.

³⁶⁵ Questo il capo d'imputazione: «del reato di danneggiamento aggravato, previsto e punito dagli artt. 635, 1° e 2° co., nr. 3 e 625, 1° co., nr. 7, c.p. perché, durante la permanenza presso la Casa circondariale di Brindisi, in qualità di detenuto, distruggeva uno sgabello ed uno scrittoio a muro, presenti nella cella occupata, di proprietà dello stesso Istituto pubblico. In Brindisi, il 21 marzo 2009. Con la recidiva reiterata ed infraquinquennale, ai sensi dell'art. 99, comma 4, seconda ipotesi, 2° co., n. 2, c.p.».

³⁶⁶ Si v. S. FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente 'disciplinari': l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2014.

³⁶⁷ Si legge più precisamente nel provvedimento in esame che «in concreto la sanzione disciplinare irrogata ... consisteva nel divieto di comunicare con i compagni, nel divieto di accettare generi alimentari contenuti nel pacco, nel divieto di acquistare al servizio sopravvito generi alimentari, nel divieto di svolgere i colloqui nei locali in comune con la restante popolazione carceraria» – Trib. Brindisi, Sez. Pen., sentenza 17 ottobre 2014, p. 4.

rilievo alla luce dell'art. 4 Prot. 7 CEDU», per come interpretato alla luce della citata sentenza *Grande Stevens*. Il giudicante ha quindi ragionato della possibilità di registrare, nel caso di specie, i ben noti criteri *Engel*, osservando, dopo alcuni brevi rilievi sulle garanzie riconosciute al detenuto nel corso del procedimento disciplinare, che «ciò che più rileva ... è, però, la gravità della sanzione, atteso che la stessa ha inciso concretamente sui diritti di libertà del detenuto», essendo previsto, in uno con la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune, anche l'isolamento diurno. Tale argomentazione era sufficiente per far ritenere al Tribunale di poter applicare, in forza di una interpretazione convenzionalmente conforme, il già citato art. 649 c.p.p., trattandosi di norma che «può essere interpretata nel senso di ritenere operativa l'improcedibilità dell'azione penale, esercitata per un medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto, anche a fronte di sanzioni applicate per lo stesso fatto in procedimenti, qualificati amministrativi o disciplinari, che assumono, di contro, ai sensi degli artt. 6 CEDU e 4 Prot. 7 della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, la natura di procedimenti penali»³⁶⁸. A tale interpretazione non ostando – secondo la tesi qui proposta – né l'art. 25, secondo comma, che conoscerebbe altrimenti una inammissibile applicazione *in malam partem*, né l'art. 112 Cost., che andrebbe, in questa prospettiva, interpretato come posto a presidio delle medesime esigenze di uguaglianza davanti alla legge sottese al principio del *ne bis in idem*³⁶⁹.

Più di recente, in un secondo caso degno di nota³⁷⁰, il Tribunale di Ascoli emetteva una sentenza di non doversi procedere in favore di un soggetto imputato del delitto di danneggiamento aggravato perché, analogamente a quanto riferito rispetto al precedente brindisino, la sanzione dell'esclusione dalle attività in comune – in quest'occasione applicata per cinque giorni – già irrogata all'esito del procedimento disciplinare era tale da ritenersi come sostanzialmente *penale* e, quindi, ostativa, in ossequio ad un'interpretazione

³⁶⁸ Cfr. Trib. Brindisi, Sez. Pen., sentenza del 17 ottobre 2014, p. 10.

³⁶⁹ Non sembrano particolarmente convincenti le due argomentazioni proposte dal Tribunale, almeno perché, riferendosi solo ad esse, il giudice ha omesso qualsivoglia confronto con l'unico vero nodo problematico sotteso all'interpretazione convenzionalmente conforme propugnata, quello cioè del limite testuale di cui all'art 649 c.p.p.; sul tema, v., ancora, N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 87, il quale puntualmente osserva che «l'interpretazione conforme incontra, come noto, il limite del testo, e quindi è possibile solo in quanto consentita dal ricorso agli usuali criteri di interpretazione di un testo normativo, perché non credo affatto che il ricorso al canone dell'interpretazione conforme necessariamente prescinda da quei criteri tradizionali o ne svaluti il rilievo».

³⁷⁰ Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, con nota di E. ZUFFADA, *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al 'doppio binario' sanzione penale-sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017.

convenzionalmente orientata del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p., all'instaurazione di un secondo procedimento, in sede penale, per i medesimi fatti.

Avverso tale decisione, però, proponeva ricorso per Cassazione la Procura generale presso la Corte di Appello di Ancona, muovendo dal presupposto per cui la sanzione disciplinare inflitta all'imputato non poteva essere (ri)qualificata, in chiave sostanziale, come avente natura penale, «tenuto conto che la stessa si risolveva in una particolare modalità di restrizione carceraria applicabile all'esito dell'accertamento di un'infrazione 'che non deve necessariamente risolversi in un atto criminale'». La difesa dell'imputato, nel giudizio di cassazione, riproponeva gli argomenti già spesi in primo grado, rilevando – anche alla luce di un precedente della Corte costituzionale³⁷¹ – la gravità della sanzione inflitta al prevenuto. Da parte sua, la Corte di cassazione ha riconosciuto, in riferimento al tema del *ne bis in idem*, che «il diritto convenzionale ha subito notevoli fibrillazioni ed ha visto susseguirsi diverse pronunce, non sempre conformi, che hanno progressivamente affinato l'interpretazione in materia e che hanno trovato l'ultima espressione nella sentenza della Grande camera della Corte EDU pronunciata nel caso *A e B*»³⁷². Come già si è avuto modo di precisare, nella sentenza *A e B*, la Corte europea ha affermato che la duplicazione delle procedure è compatibile, al metro dell'art. 4 Prot. 7 CEDU, se emerge uno «stretto legame materiale e temporale» tra le stesse e che, su questa premessa, «è possibile avviare e concludere, anche in successione e non simultaneamente»³⁷³, procedure che mirino alla inflizione di una sanzione penale integrata, nascente dalla congiunzione dei risultati sanzionatori di procedure complementari, purché la pluralità dei giudizi sia giustificata dal perseguimento di finalità

³⁷¹ Si tratta della sentenza n. 419 del 1994: precedente in cui la Corte ha scrutinato una serie di questioni sollevate dalla Corte di Cassazione sull'art. 25-*quater* del d.l. n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni dalla legge n. 356 del 1992, con il quale è stato introdotto nell'ordinamento, nell'ambito delle misure di contrasto alla criminalità mafiosa, l'istituto del cd. *soggiorno cautelare*. La difesa dell'imputato verosimilmente – non avendo riscontri precisi al riguardo – si rifaceva, in particolare, al passaggio della decisione in cui la Corte osserva che «l'istituto ora in esame presenti, nel complesso delle sue prescrizioni (obbligo di soggiorno in una località determinata – peraltro normalmente, anche se non necessariamente, diversa da quella di residenza o di dimora abituale –; serie di prescrizioni che, in assenza di specifiche indicazioni, non possono che essere quelle tipiche delle ordinarie misure di prevenzione), un contenuto afflittivo tale da integrare senz'altro una menomazione della dignità della persona e che, quindi, ricada pienamente sotto la sfera precettiva dell'art. 13 della Costituzione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 419 del 1994, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷² Cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 4; da notare che per la Cassazione la sentenza *A e B c. Norvegia* presenta le caratteristiche per essere qualificata come giurisprudenza 'consolidata' idonea a generare in capo al giudice comune l'onere di interpretazione conforme.

³⁷³ Come chiarisce la Corte di Strasburgo al § 126 della sentenza *A. e B. c. Norvegia*.

sociali differenti, ed il risultato sanzionatorio complessivo sia prevedibile ed in concreto proporzionato³⁷⁴. Riconosciuta la natura sostanzialmente penale, pur a fronte di una etichetta legislativa di segno diverso, della misura dell'isolamento diurno per cinque giorni, in ragione della sua significativa gravità – perché capace di rendere «la detenzione particolarmente afflittiva, al punto che per applicare la sanzione è necessario una autorizzazione del medico»³⁷⁵ –, la Corte di cassazione ha ravvisato, nel caso di specie, il richiesto legame tra i due procedimenti, sia dal punto di vista materiale – alla luce delle differenti finalità delle due sanzioni³⁷⁶, della plurioffensività della condotta di danneggiamento e della circostanza che i due procedimenti presentano adeguate interazioni –, sia temporale, essendo i due procedimenti temporalmente contigui³⁷⁷. Su queste basi, la Suprema Corte decideva quindi di annullare con rinvio la sentenza emessa dal Tribunale di Ancona, precisando ulteriormente che, ove venisse poi accertata, nel successivo giudizio di merito, la responsabilità dell'imputato, il giudice nel definire la pena, «dovrà tener conto della sanzione disciplinare già irrogata, con l'obiettivo di completare il 'compendio sanzionatorio integrato', generato dalle due procedure, definendo una sanzione complessivamente proporzionata al disvalore del fatto polioffensivo»³⁷⁸.

Questi due casi – oltre a mettere in luce l'ambiguità che è possibile registrare nel ricorso all'interpretazione convenzionalmente conforme³⁷⁹ – consentono di rimarcare un dato di primario interesse per la presente ricerca: l'elevata incidenza sulla libertà personale – in questo ambito conseguente applicazione delle sanzioni disciplinari di tipo carcerario – rappresenta un importante fattore che potrebbe far propendere, in linea con le prime affermazioni della Corte EDU in materia, fin dalla storica sentenza *Engel*³⁸⁰, verso una (ri)qualificazione in

³⁷⁴ Cfr. Cass. sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 5.

³⁷⁵ Cfr. Cass. sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 6.

³⁷⁶ «Avendo la prima sia una funzione generalpreventiva volta alla dissuasione dalla commissione di condotte analoghe, che una finalità specialpreventiva, rivolta alla specifica rieducazione del deviante; la seconda svolgendo, invece, la più limitata funzione di presidiare l'ordine interno all'istituto penitenziario» – cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 6.

³⁷⁷ Precisa la Suprema Corte «che tale valutazione non può essere generalizzata ed estesa a tutte le sanzioni disciplinari dovendosi valutare, caso per caso, se le stesse abbiano caratteristiche tali da poter essere considerate sostanzialmente 'penali', tenuto conto dei parametri indicati dalla Corte europea» – Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 7.

³⁷⁸ Suggestendo una soluzione del tutto coerente con le indicazioni fornite dalla più recente giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia – cfr. Cass., sez. II pen., sentenza n. 9184 del 2016, Imp. *Pagano*, p. 7.

³⁷⁹ Cfr. *infra* Cap. 7 §§ 3 e 4.

³⁸⁰ In cui, come visto, proprio l'incidenza sul bene personale più prezioso – quale è pacificamente la libertà personale – era stata decisiva per considerare il procedimento disciplinare oggetto di scrutinio da parte della Corte EDU come rientrante nel perimetro applicativo dell'art. 6, § 1, CEDU.

termini sostanzialmente penali della misura presa in esame³⁸¹. Per vero, da una rapida ricognizione della giurisprudenza europea in *subiecta materia*³⁸², non sembra potersi predicare il medesimo principio, in una prospettiva più generale, per le ulteriori tipologie di sanzioni *disciplinari* conosciute in altri settori dell'ordinamento, le quali non sono tali da incidere, neppur indirettamente, sulla libertà personale dei soggetti coinvolti³⁸³. Alcune sentenze rese dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia confermano tale conclusione: in un interessante caso del 2013³⁸⁴, la Corte europea – a fronte del ricorso di un magistrato che lamentava la mancanza di indipendenza e di imparzialità della sezione disciplinare del C.S.M., davanti alla quale era stato chiamato a rispondere per essere venuto meno al suo dovere di discrezione e di lealtà e rispetto nei confronti di un collega – ha escluso pacificamente, senza addurre particolari giustificazioni, che il procedimento in questione, insieme alla sanzione dell'ammonizione infine irrogata al ricorrente potesse essere considerato come rientrante nel campo di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU; in un caso più di recente³⁸⁵, del 2015, decidendo del ricorso di uno studente – che lamentava di aver illegittimamente subito la sanzione *disciplinare* dell'esclusione dall'Università, a tal fine allegando la violazione, tra gli altri, degli artt. 6 e 7 CEDU –, ha osservato, per quanto interessa, «che la sanzione inflitta era volta manifestamente a mantenere l'ordine e la disciplina in seno all'università e che il ricorrente non rischiava di incorrere in una pena privativa della libertà o di natura pecuniaria»³⁸⁶.

Per concludere, è possibile soltanto abbozzare alcune considerazioni finali, in una chiave necessariamente prospettica, con riferimento ad un'ulteriore ipotesi di sanzione *disciplinare*, su cui, di recente, una certa attenzione è stata

³⁸¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, sentenza 9 ottobre 2003,

³⁸² In alcuni casi contro l'Italia riguardanti la proroga del decreto di applicazione del regime di cui all'articolo 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario, la Corte ha considerato la violazione dell'articolo 6, § 1, CEDU, in ragione del ritardo nell'esame dei ricorsi dei ricorrenti contro i decreti ministeriali che applicavano il citato regime (*Papalia c. Italia*, sentenza 4 dicembre 2007, e *Asciutto c. Italia*, sentenza 27 novembre 2007); la Corte ha sottolineato che alcune delle limitazioni stabilite dai decreti di proroga – come quelle riguardanti i contatti con la famiglia e quelle che riguardano il patrimonio – incidono sui diritti della persona e quindi rivestono un carattere civile. Per il ragionamento sull'applicabilità dell'art. 6 § 1 della Convenzione a questa procedura, cfr. *Ganci c. Italia*, sentenza 30 ottobre 2003; sul tema, v., in particolare, C. BIANCO, *La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europeanrights.eu*, 29 febbraio 2008.

³⁸³ Si segnala, con attenzione ad una particolare categoria di sanzioni disciplinari, il recente lavoro di R. RUDONI, *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della 'materia penale': spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull'ordinamento interno*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021.

³⁸⁴ Cfr. Corte EDU, *Di Giovanni c. Italia*, sentenza 9 luglio 2013.

³⁸⁵ Cfr. Corte EDU, *Monaco c. Italia*, sentenza 8 dicembre 2015.

³⁸⁶ Cfr. Corte EDU, *Monaco c. Italia*, sentenza 8 dicembre 2015, § 40.

portata dalla dottrina³⁸⁷. Ci si riferisce, in questi termini, alle misure previste a carico dei magistrati amministrativi, la cui disciplina ancora oggi si rinviene nel vetusto r.d.lgs. n. 511 del 1946, *Guarentigie della magistratura*; a questa categoria, infatti, non può applicarsi il più recente ed organico d.lgs. n. 109 del 2006³⁸⁸, che ha largamente rivisto, specie sul versante della tipizzazione degli illeciti³⁸⁹, la regolamentazione della responsabilità per i magistrati ordinari³⁹⁰. Sulla base di quanto stabilito dall'art. 18 del testo risalente al 1946, è assoggettabile ad una delle sanzioni disciplinari previste – dall'ammonimento, fino alle più severe ipotesi della rimozione e della destituzione – il magistrato amministrativo che «manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario». Nella legge n. 186 del 1982³⁹¹ e nel regolamento interno del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa del 6 febbraio 2004³⁹², è poi possibile recuperare la complessa disciplina del procedimento disciplinare a carico dei magistrati dei T.A.R. e del Consiglio di Stato. Trattasi di un procedimento che, ai sensi della legge n. 241 del 1990, anche in virtù di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale³⁹³, è pacificamente inquadrabile in una dimensione

³⁸⁷ Per tutti P. MANTINI, *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi*, 2017; e *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, (a cura di), Giuffrè, 2009. Per un inquadramento più generale del tema della responsabilità dei magistrati, v. F. BIONDI – N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019.

³⁸⁸ Recante la *Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150*.

³⁸⁹ Su cui, in particolare, v. F. DAL CANTO, *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in *La responsabilità dei magistrati* (a cura di) M. Volpi, Jovene, 2008.

³⁹⁰ Questione largamente dibattuta su cui è intervenuta, sia pur non direttamente, la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 273 del 2011, ha ribadito che «non è costituzionalmente imposto, né è previsto da alcun principio generale dell'ordinamento che all'unità, lato sensu intesa, della funzione giurisdizionale svolta debba corrispondere un unitario statuto professionale, salve le garanzie di indipendenza»; in quest'ottica il Giudice delle leggi ha escluso che possa ritenersi presente nel nostro ordinamento un rapporto di corrispondenza necessaria fra le diverse categorie di magistrati; su questo tema, diffusamente, anche con precisi riferimenti alle delibere del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa intervenute in materia, v. P. MANTINI, *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi*, cit., p. 8 ss.

³⁹¹ In particolare, negli artt. 31 – 34 della legge 27 aprile 1982, n. 186, *Ordinamento della giurisdizione amministrativa e del personale di segreteria ed ausiliario del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi*.

³⁹² Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 36 del 13 febbraio 2004.

³⁹³ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 87 del 2009; e Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 5126 del 2002, secondo cui «i provvedimenti resi dal Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, in esito al procedimento disciplinare, sono atti (non giurisdizionali ma) amministrativi, non

amministrativa, e rispetto al quale, in particolare, si è da più parti lamentata la mancata *giurisdizionalizzazione*, che ha viceversa interessato, come noto, in coerenza con il principio costituzionali di indipendenza³⁹⁴, il procedimento previsto per i magistrati ordinari. Ebbene, ai nostri fini interessa più che altro mettere in luce – in disparte le pur rilevanti criticità evidenziate dalla dottrina sul versante procedimentale³⁹⁵ – l’assenza, in una prospettiva sostanziale, di un preciso quadro normativo, nel cui ambito individuare i comportamenti rilevanti sotto il profilo *disciplinare*. Lo stesso Giudice *Pinto de Albuquerque* in un’opinione dissenziente³⁹⁶ ha sottolineato, su questa linea, come il testo del r.d.lgs. n. 511 del 1946 fosse estremamente vago ed impreciso, proprio sotto il profilo della descrizione delle condotte illecite fonte di responsabilità disciplinare. Questione su cui, peraltro, era già intervenuta anche la Corte costituzionale, pur se con riferimento all’ipotesi della responsabilità dei magistrati ordinari³⁹⁷: la Corte, in quell’occasione, aveva alla fine osservato – sul presupposto che all’art. 18 del r.d.lgs. n. 511 del 1946, in particolare, non potesse riferirsi l’art. 25, secondo comma, Cost. – che «le previsioni normative in materia non possono non avere portata generale perché una indicazione tassativa renderebbe legittimi comportamenti non previsti ma egualmente riprovati dalla coscienza sociale» e che «tali considerazioni giustificano la latitudine della previsione e l’ampio margine della valutazione affidata ad un organo, che, operando con le garanzie proprie di un procedimento giurisdizionale, e, per la sua strutturazione particolarmente qualificato per apprezzare se i comportamenti di volta in volta considerati siano o meno lesivi dei valori tutelati»³⁹⁸.

Ora – cercando di mettere in relazione queste risalenti affermazioni della Corte con la giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel* – se non sembra

impugnabili, come tali, con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, considerato che il richiamo delle norme del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati ordinari, operato dall’art. 32 della legge n. 186 del 1982, non vale ad attribuire al predetto Consiglio di presidenza natura di organo giurisdizionale (natura spettante, come noto, per converso, alla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura).

³⁹⁴ Su cui, ancora, F. BIONDI – N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 317 ss.

³⁹⁵ V. P. MANTINI, *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi*, cit.

³⁹⁶ «Si deve ricordare che il C.S.M. e la Corte di cassazione hanno sanzionato la ricorrente sulla base di una disposizione di legge molto criticabile che era estremamente imprecisa sulla repressione degli illeciti disciplinari, ossia il vecchio articolo 18 del Regio Decreto Legislativo n. 511 del 31 maggio 1946, che nel frattempo è stato sostituito, nell’ambito della riforma introdotta dal Decreto Legislativo n. 109 del 23 febbraio 2006, da altre disposizioni – gli articoli 2, 3, e 4 di detto Decreto Legislativo – volte a descrivere in maniera esauriente le condotte illecite» - cfr. Opinione dissenziente comune ai Giudici *Sajo e Pinto de Albuquerque*, p. 2, annessa alla decisione *Di Giovanni c. Italia*, 9 luglio 2013.

³⁹⁷ V., per tutti, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2006.

³⁹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 100 del 1981, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

così agevole concludere, nell'ottica convenzionale e in termini generali, nel senso di ritenere tutte le sanzioni disciplinari previste a livello domestico per i magistrati amministrativi come aventi natura sostanzialmente penale³⁹⁹, è tuttavia possibile osservare, pur se cautamente, che, in relazione alle più gravi ipotesi della rimozione e della destituzione, disvelando queste significativi indici di afflittività in una dimensione eminentemente punitiva, si potrebbero ritenere integrati i citati criteri *Engel*, con la conseguenza che alle medesime *measure* sanzionatorie andrebbero riconosciute le garanzie tipiche del *nullum crimen*, tra cui, in particolare, la determinatezza e la prevedibilità cui all'art. 7 CEDU. Sotto un diverso profilo, però, non può sottacersi la circostanza che analoghe esigenze di chiarezza e tipizzazione sono state tenute in considerazione, nel più volte citato caso *De Tommaso*, anche a prescindere dalla riconducibilità entro i confini della *matière pénale* della misura oggetto di scrutinio. Tali considerazioni, invero, non sembrano porsi in contrasto con quella significativa giurisprudenza costituzionale che, negli ultimi anni⁴⁰⁰, ha rimarcato le specificità del cd. *diritto disciplinare punitivo*, nel cui ambito le garanzie che tradizionalmente circondano le pene in senso stretto possono essere applicate con un certo grado di flessibilità⁴⁰¹.

³⁹⁹ In questo senso sembra invece orientarsi G. M. NAPOLI, *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 giugno 2017, p. 165, «se è indubbio che le sanzioni disciplinari siano da ricondurre alla categoria dei provvedimenti amministrativi determinativi di diritti civili, tuttavia, la corretta applicazione dei cosiddetti *Engel criteria* deve indurre a preferire la qualificazione di esse in termini di sanzioni di natura sostanzialmente penale».

⁴⁰⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze n. 197 del 2018 e n. 133 del 2019, che hanno interessato alcuni ipotesi di sanzioni disciplinari riguardanti, rispettivamente, i magistrati ordinari e i notai: «benché le sanzioni disciplinari attengano in senso lato al diritto sanzionatorio-punitivo, e proprio per tale ragione attraggano su di sé alcune delle garanzie che la Costituzione e le carte internazionali dei diritti riservano alla pena, esse conservano tuttavia una propria specificità, anche dal punto di vista del loro statuto costituzionale, non essendo – ad esempio – soggette al principio della necessaria funzione rieducativa della pena, che questa Corte ha sempre ritenuto essere connotato esclusivo delle pene in senso stretto» – cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 197 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*; nello stesso senso, più di recente, la Corte ha ribadito che «i principi sviluppati dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di proporzionalità e individualizzazione della pena non possono essere sic et simpliciter traslati alla materia delle sanzioni disciplinari, ma devono essere adattati alle peculiarità di un sistema sanzionatorio che persegue obiettivi diversi rispetto a quelli cui il diritto penale è orientato, restando fermo, peraltro, il principio generale che sanzioni manifestamente sproporzionate alla gravità dell'illecito violano l'art. 3 Cost. (nonché i diritti fondamentali su cui tali sanzioni di volta in volta incidono), in quanto eccedenti gli scopi legittimi che le giustificano» – cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 133 del 2019, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 197 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*, con nota di A. LO CALZO, *Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 3/2019.

GENESI, TORSIONI E PROSPETTIVE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUI CONFINI DELLA MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1 L'ambito di operatività del principio di legalità penale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale: dalle prime decisioni, fino agli anni duemila – 2. La stagione inaugurata dalle sentenze *gemelle* del 2007 e la svolta del biennio 2009-2010 in materia di confisca – 3. L'*actio finium regundorum* della Corte costituzionale e la teorizzazione del paradigma della coesistenza – 4. Il consolidamento della teoria dell'*assimilazione* nella più recente giurisprudenza costituzionale – 5. (*segue*) il caso della *cedevolezza* del giudicato penale e le ultime decisioni della Corte costituzionale.

1. L'ambito di operatività del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale: dalle prime decisioni, fino agli anni duemila

La dottrina che, nel recente periodo¹, si è occupata a fondo del cd. *dilemma della materia penale* ha condivisibilmente preso le mosse dall'esame di alcune pronunce degli anni 60², in cui la Corte – ben prima dell'apertura del sistema italiano alla dimensione sovranazionale³ – ha ragionato della possibilità di applicare le garanzie riferibili all'art. 25, secondo comma, Cost., anche a misure diversamente qualificate dal legislatore nazionale.

Nihil novum sub sole si potrebbe dire, rileggendo oggi tali decisioni.

¹ Ci si riferisce, in particolare, a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, p. 7 ss.

² Esiste anche un precedente del 1959 in cui la Corte aveva scrutinato una questione di legittimità sollevata in riferimento ad una legge tributaria per violazione del principio di irretroattività sfavorevole: si legge in questa sentenza che «per quanto concerne le leggi tributarie la Corte ha ritenuto che non sia ricavabile dall'art. 23 della Costituzione un precetto costituzionale che precluda la possibilità di leggi retroattive [...]. Né una legge tributaria retroattiva può dirsi in contrasto con l'art. 25 della Costituzione, il quale riguarda soltanto la materia penale» – cfr. Corte cost., sentenza n. 9 del 1959, punto n. 10 del *Considerato in diritto*

³ Cfr. *supra* Cap. 5 § 1.

Nella sentenza n. 29 del 1961 e nella gemella sentenza n. 46 del 1964, la Corte ha scrutinato due questioni con cui i rimettenti avevano denunciato la illegittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva di alcune particolari ipotesi di confisca⁴, osservando come non fosse possibile riscontrare nelle misure censurate il «carattere di pena, il quale è presupposto indispensabile per il riferimento a un principio costituzionale che riguarda, appunto, l'istituto della pena». Per la Corte, in particolare, «l'applicabilità della confisca anche dopo la estinzione del reato e anche in confronto degli eredi» rappresenta un fattore del tutto incompatibile con la natura penale della misura ablatoria in parola. Il ragionamento proposto dalla Corte sembra qui seguire una logica molto particolare: come la dottrina ha avuto modo di mettere in luce⁵, infatti, la Corte è persa convincersi dell'impossibilità di riconoscere nella confisca *sub iudice* il carattere proprio delle sanzioni penali perché l'opposta conclusione avrebbe inevitabilmente condotto ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione del principio di irretroattività in *malam partem* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Violazione che la Corte ha invece escluso, in entrambi i casi, con argomenti pressoché identici, proprio in conseguenza dell'omessa qualificazione in termini penali della confisca oggetto di censura. Di un certo interesse, ai nostri fini, è, però, il passaggio in cui la Corte ha tenuto in considerazione la circostanza che la confisca «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misure giuridica civile e amministrativa»⁶. Si tratta, a ben vedere, di una prima – ancorché *ante litteram* – apertura teorica della Corte ad una nozione ampia di *materia penale*, capace di comprendere anche le misure, diverse da quelle formalmente qualificate come penali, comunque caratterizzate da una funzione punitiva.

La giurisprudenza di questa prima fase, tuttavia, resta ben lontana dall'esprimere un indirizzo interpretativo consolidato⁷: nella successiva sentenza n. 68

⁴ Previste dal d.l. 27 luglio 1944, n. 159, contenente i provvedimenti denominati *Sanzioni contro il fascismo*.

⁵ Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 107, nota 108, per il quale la Corte ha in questo caso seguito «un itinerario logico censurabile per ovvie ragioni»; anche per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 4, la logica seguita dalla Corte «appare viziata da un'evidente inversione metodologica».

⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 29 del 1961.

⁷ In una recente occasione, la Corte si esprime nei seguenti termini descrivendo la propria risalente giurisprudenza: «per un lungo periodo, la previsione dell'applicazione retroattiva della nuova disciplina sanzionatoria amministrativa, solitamente presente nei provvedimenti di depenalizzazione, non [ha] suscitato particolari problemi dal punto di vista costituzionale. Predominava, infatti, nella giurisprudenza di questa Corte, l'orientamento in forza del quale le garanzie previste dall'art. 25 Cost. – compresa quella del divieto di retroattività sfavorevole – dovevano ritenersi limitate alla sola materia penale, non risultando perciò riferibili alle sanzioni

del 1964⁸, ad esempio, la Corte costituzionale – senza operare alcun riferimento ai due precedenti sopra citati – ha perentoriamente escluso che alle misure di prevenzione personali, in quanto sanzioni non penali, potesse applicarsi il principio di legalità scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. In un senso opposto, nella sentenza n. 78 del 1967, essa ha dichiarato l'incostituzionalità di diverse previsioni del *Testo Unico sulle pensioni civili e militari*, di cui al r.d. n. 70 del 1895, che imponevano, quale conseguenza della commissione di alcuni illeciti disciplinari, la perdita del trattamento pensionistico o degli assegni o indennità. Confrontandosi in particolare con l'ipotesi della perdita del trattamento di quiescenza, che poteva essere disposta discrezionalmente dall'amministrazione, la Corte ha osservato che la previsione impugnata «è illegittima per il solo fatto della rimessione della perdita del trattamento in esame a un latissimo potere amministrativo discrezionale del quale la legge non specifica in alcun modo i limiti». Ancora, con una affermazione correttamente considerata dalla dottrina come «impegnativa»⁹ – e formulata a fronte di una censura prospettata dal giudice *a quo* con riferimento a parametri diversi dall'art. 25 Cost. –, essa ha poi evidenziato che «a parte l'art. 36 Cost., viene ad essere sicuramente vulnerata una regola di riserva di legge: venendo in questione la comminazione di una sanzione ulteriore rispetto a quella della destituzione o della perdita del grado, deve avere infatti applicazione il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire»¹⁰.

Nella successiva sentenza n. 53 del 1968, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, al metro degli artt. 24 e 25 Cost., di alcune previsioni che incidevano sull'esercizio del diritto di difesa nei procedimenti dinanzi al Tribunale di sorveglianza per la dichiarazione di abitualità nel reato e la conseguente applicazione di una misura di sicurezza, la Corte ha speso importanti parole per sottolineare la differenza – «essenziale e di natura» – tra le pene in senso stretto e le misure di sicurezza: «la differenza cioè fra la reazione contro un fatto avvenuto, propria della pena, e l'attuazione, propria della misura di sicurezza, di mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi nel

amministrative, ancorché frutto di interventi di depenalizzazione, il cui statuto garantistico doveva essere ricavato da altre disposizioni, quali gli artt. 23 e 97 Cost. (con specifico riguardo al principio di irretroattività, sentenza n. 68 del 1984; sotto altri profili, sentenze n. 356 del 1995, n. 118 del 1994 e n. 447 del 1988; ordinanze n. 150 del 2002, n. 159 del 1994 e n. 250 del 1992)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 96 del 2020, punto n. 5.3 del *Considerato in diritto*.

⁸ Con nota di L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 938 ss.

⁹ Così per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 5.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 78 del 1967, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

futuro»¹¹. In quest'occasione, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il termine sanzione può risultare adoperato tanto nello specifico significato ristretto, «quanto in un significato più ampio, tale da comprendere, in via generale, ogni misura giuridica o mezzo di tutela giuridica»; per la Corte, però, ciò non toglie che «nessuno sforzo di accostamento potrà infatti valere ad eliminare la differenza» tra le pene e le misure di sicurezza, e «meno che mai [...] sarà possibile una identificazione, sotto la comune espressione di 'stretta legalità', del principio sancito dal secondo comma dell'art. 25 con quello del terzo comma, relativo alle misure di sicurezza»¹².

Dopo questa prima decade piuttosto vivace, nei successivi quarant'anni, la questione della riferibilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. a misure formalmente qualificate come non penali è rimasta sottotraccia, senza essere particolarmente approfondita dalla Corte costituzionale, se non in alcune isolate occasioni, in cui comunque tale possibilità è stata esclusa¹³. Così, nella già citata sentenza n. 100 del 1981, in materia di sanzioni disciplinari per magistrati, è stato osservato che l'art. 25, secondo comma, Cost. «si riferisce, come è generalmente ritenuto, solo alla materia penale e non è di conseguenza estensibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all'attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità»¹⁴. È interessante notare che, in questo caso, la Corte ha precisato che la sentenza n. 78 del 1967 – specie nel punto in cui afferma che dall'art. 25, secondo comma, Cost. è ricavabile anche per le sanzioni amministrative il principio che deve essere la legge a configurare i fatti da punire – va «intesa non come trasposizione della disposizione richiamata nella materia disciplinare, con conseguente applicazione di essa alle sanzioni amministrative, ma come riaffermazione della esigenza che anche per gli illeciti disciplinari sia la legge a stabilire i comportamenti sanzionabili»¹⁵.

2. La stagione inaugurata dalle sentenze *gemelle* del 2007 e la svolta del biennio 2009-2010 in materia di confisca

Nel corso del volume, abbiamo più volte ricordato quanto sia stata rilevante la svolta impressa dalla Corte costituzionale nel 2007 con le sentenze *gemelle*, che hanno inaugurato una vera e propria nuova stagione nei rapporti tra il diritto

¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 53 del 1968, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

¹² Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 53 del 1968, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

¹³ Per una precisa ricognizione di questa giurisprudenza, v., ancora, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 7 – 8.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 100 del 1981, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 100 del 1981, punto n. 3 del *Considerato in diritto*.

penale nazionale e il sistema della CEDU¹⁶. In questo contesto, una prima decisione che segna un importante momento di discontinuità rispetto al passato è stata pronunciata nel 2009: si tratta della già citata ordinanza n. 79¹⁷, con cui è stata affrontata la possibilità di applicare in via retroattiva, anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore, una particolare ipotesi di confisca per equivalente, prevista nella materia tributaria dalla legge n. 244 del 2007¹⁸. Discostandosi dal presupposto interpretativo cui aveva ancorato le proprie valutazioni il giudice *a quo* – in merito alla possibilità di applicare, appunto, retroattivamente la misura censurata –, la Corte in quest’occasione ha ribadito, sulla scorta di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione¹⁹, un punto di estremo interesse: «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un ‘rapporto di pertinenzialità’ (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura ‘eminentemente sanzionatoria’, che impedisce l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell’art. 200 c.p.»²⁰, in forza del quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e possono essere, quindi, retroattive. Nelle parole della Corte, «a tale conclusione si giunge sulla base della duplice considerazione che il secondo comma dell’art. 25 Cost. vieta l’applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall’art. 7 della CEDU l’applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un’ipotesi di confisca per equivalente»²¹. Con una motivazione piuttosto sintetica, pertanto, la Corte affronta e risolve ad un tempo due distinte questioni: la prima relativa alla possibilità di superare la qualificazione formale attribuita dal legislatore alla confisca prevista dalla legge n. 244 del 2007; e la seconda, correlata alla prima, avente ad oggetto l’attrazione di quella stessa misura nel perimetro della garanzia della irretroattività sfavorevole. Il

¹⁶ Con specifico riferimento proprio al tema dell’estensione delle garanzie penalistiche, per F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2020, p. 27, «la strada di una equiparazione di talune garanzie si è, d’altra parte, presentata come naturale alla Corte costituzionale dopo l’evento sismico delle ‘sentenze gemelle’, che hanno aperto porte e finestre nel nostro ordinamento alla penetrazione del diritto convenzionale, nella lettura offertane dalla Corte di Strasburgo».

¹⁷ Cfr. *supra* Cap. 5 § 2.

¹⁸ Il giudizio di costituzionalità, più nel dettaglio, aveva ad oggetto gli artt. 200, 322-ter c.p. e 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008*.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sentenze n. 39173, n. 39172 e n. 21566 del 2008.

²⁰ Cfr. Corte cost., ordinanza n. 97 del 2009.

²¹ Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, sentenza 9 febbraio 1995.

ragionamento seguito dalla Corte sembra muovere lungo una direttrice uguale ed opposta a quella che aveva caratterizzato le prime decisioni degli anni sessanta: in quei casi, infatti, si era esclusa la natura penale della confisca oggetto di scrutinio, sul presupposto che una diversa conclusione avrebbe determinato una violazione del divieto di retroattività sfavorevole, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; qui, invece – forse più correttamente – viene riconosciuta la natura sostanzialmente penale della confisca *sub iudice*, proprio per travolgere il presupposto logico – ovverosia, la possibilità di dare applicazione in via retroattiva alla stessa misura ablatoria – su cui si era incentrata la prospettazione dal rimettente ai sensi del citato art. 25, secondo comma, Cost.

Nel solco di questa importante decisione, come già visto, si colloca la successiva sentenza n. 196 del 2010²², con cui la Corte ha nuovamente affrontato la possibilità di applicare retroattivamente una speciale ipotesi di confisca, vale a dire la confisca obbligatoria del veicolo nei casi di condanna per il delitto di guida in stato d'ebbrezza, disciplinata dall'art. 186, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 285 del 1992²³. In questo caso, diversamente dal precedente del 2009, la Consulta si è dovuta confrontare con un pressoché unanime orientamento della Corte di Cassazione che – in coerenza con la qualificazione formale, come non penale, operata dal legislatore – ammetteva l'applicazione retroattiva della misura in questione²⁴.

²² Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 137, «la sentenza della Corte costituzionale n. 196/2010 rappresenta effettivamente una svolta decisiva rispetto all'accoglimento del “modello tedesco” nell'ordinamento italiano. Infatti, si assiste ad un diretto riferimento ai principi previsti dalla Costituzione nella materia penale rispetto all'applicazione delle sanzioni amministrativa, riconscendone la doverosa estensione a qualsiasi espressione della potestà punitiva (soluzione affermata in relazione all'art. 25 Cost., ma poi implicitamente confermata con riguardo all'art. 27 Cost., malgrado alcune indecisioni che la stessa Consulta ha mostrato sul terreno della *lex mitior*)».

²³ Come modificata dalla legge n. 125 del 2008: la norma impugnata prevedeva che fosse «sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso apparten[esse] a persona estranea al reato». Come rilevato dalla Corte «proprio il riferimento all'articolo da ultimo citato avrebbe [avuto] l'effetto di rendere operativa, nella specie, la previsione di cui all'art. 200, primo comma, cod. pen. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base alla quale «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 1.1 del *Considerato in diritto*.

²⁴ Cfr., in particolare, Cass., pen. IV sez., sentenze n. 32932 del 2009; n. 38179 del 2009; e n. 9986 del 2009; su questo profilo, si legge ancora nella sentenza della Corte costituzionale commentata nel testo che «a giustificare [...] la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanza da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.2 del *Considerato in diritto*.

È la stessa Corte che ha riconosciuto come, in tali condizioni, fosse «preclusa la possibilità di una soluzione del tipo di quella che è stata proposta, di recente [in occasione della ordinanza n. 97 del 2009, appunto], con riferimento ad analoga questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto – ancora in relazione all’art. 7 CEDU – la cosiddetta ‘confisca per equivalente»²⁵. Un percorso che, almeno in partenza, sembrava dunque più complicato rispetto all’immediato precedente del 2009: in ogni caso, dopo aver precisamente ricordato che alla base dell’indirizzo interpretativo che ha portato la Corte EDU all’elaborazione di propri, autonomi, criteri vi era l’esigenza di «evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell’escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all’ambito penale, po[tessero] determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale», la Corte ha concluso che segnatamente dalla giurisprudenza europea si ricava il principio secondo cui «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Questo stesso principio – nella lettura proposta in quest’occasione dalla Corte – è desumibile anche dall’art. 25, secondo comma, Cost., il quale «data l’ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...”), può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, [che] non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»²⁶.

È importante mettere in luce – e ciò anche al fine di apprezzare la successiva evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia – che si tratta, come osservato in dottrina²⁷, di un semplice *obiter dictum*, posto che il giudice rimettente aveva evocato come parametro soltanto l’art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 7 CEDU, e che, coerentemente con questa premessa, la successiva decisione della Corte nel senso dell’accoglimento della questione promossa dal giudice *a quo* si è incentrata unicamente sul combinato disposto dei parametri appena citati, senza alcun riferimento all’art. 25, secondo comma, Cost.²⁸. Un’affermazione, comunque, quella contenuta nella sentenza in

²⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 2.2.1 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.5 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Così, in particolare, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 10.

²⁸ Come osserva, ancora, L. MASERA, *Op. ult. cit.*, p. 10, nota 28, «la sentenza [ha] dichiarat[o] incostituzionali solo le parole ‘ai sensi dell’art. 240 c.p.’: tolto l’esplicito riferimento alle misure di sicurezza, la giurisprudenza ordinaria avrà la possibilità di interpretare la norma in modo conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, escludendone l’applicazione retroattiva in quanto contraria all’art. 7 CEDU».

esame²⁹, di indubbia rilevanza³⁰, che la Corte ha riproposto in modo pedissequo in un successivo caso del 2014³¹, in cui è stato dichiarato incostituzionale, per violazione proprio dell'art. 25, secondo comma, Cost.³², l'art. 18 della legge reg. Valle d'Aosta n. 5 del 2013, nella parte in cui questa stabiliva che le sanzioni amministrative formalmente considerate tali dal legislatore regionale si applicassero anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore.

Anche nella già citata sentenza n. 276 del 2016, in materia di incandidabilità, il Giudice costituzionale ha preso in considerazione l'ipotesi di interpretare l'art. 25, secondo comma, Cost. in senso estensivo, valorizzando – proprio sulla scorta dell'affermazione contenuta nella sentenza n. 196 del 2010 – l'ampia formulazione della previsione costituzionale in parola; in questo diverso caso, però, la Corte è giunta infine alla conclusione che l'art. 25, secondo comma, Cost. non possa predicarsi in relazione alle misure previste dal cd. *Decreto Severino*, avuto riguardo alla natura non punitiva delle incapacitazioni dallo stesso previste³³.

In definitiva, dal quadro giurisprudenziale fin qui ricordato, si ricava l'impressione che la Corte – pur chiamata, in diverse occasioni, a confrontarsi con il tema della possibile estensione delle garanzie di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ad istituti diversi da quelli qualificati formalmente come penali dal legislatore nazionale – abbia deciso caso per caso, senza proporre un modello valido in termini generali, a prescindere cioè dalle specificità dei singoli casi esaminati. Rispetto al passato, però, la prospettiva di una interpretazione estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., comparsa nelle trame della giurisprudenza costituzionale all'inizio come una semplice suggestione, ha cominciato a prendere, con il passare degli anni, una consistenza sempre maggiore.

²⁹ Con cui, peraltro, la Corte ha richiamato il precedente rappresentato dalla citata sentenza n. 78 del 1967 per mettere in evidenza che «la necessità che sia la legge a configurare con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire risulti pur sempre ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» – cfr. Corte cost., sentenza n. 196 del 2010, punto n. 3.1.5 del *Considerato in diritto*.

³⁰ In questa prospettiva, parla di *seminal case* e di *turning point* riferendosi alla sentenza n. 196 del 2010, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 4-5; ed è interessante notare anche che, nella recentissima sentenza n. 149 del 2022, si è fatto riferimento proprio alla sentenza n. 196 del 2010 per dire che da quest'occasione la Corte costituzionale ha «adottato e autonomamente sviluppato» i criteri *Engel* – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 5.2.2 del *Considerato in diritto*.

³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 104 del 2014, con nota di F. URBANI, *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della 'continuità dell'illicito'*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1382.

³² Senza invece prendere in considerazione nel merito la censura formulata in relazione all'art. 117, primo comma, Cost. (con riferimento all'art. 7 CEDU), perché «tale parametro risulta[va] meramente evocato dal ricorrente il quale non ha tuttavia in alcun modo motivato la censura (ex plurimis, sentenza n. 272 del 2013)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 104 del 2014, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*.

³³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*.

3. L'*actio finium regundorum* della Corte costituzionale e la teorizzazione del paradigma della *coesistenza*

Nel corso del 2017, la Corte costituzionale è stata chiamata, ben in tre occasioni, a pronunciarsi sui confini da attribuire alla nozione di *materia penale*, venendo a precisare l'orientamento proposto nei precedenti anni.

La prima decisione di questo importante trittico è rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2017, con cui la Corte si è dovuta confrontare con la denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, della l. 87 del 1953, il quale, secondo il giudice rimettente, nell'escludere la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come penale ai sensi della CEDU³⁴, si porrebbe in contrasto con plurimi parametri costituzionali, sia interni che sovranazionali³⁵. Come noto, la predetta disposizione stabilisce che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»; il legislatore ha così inteso configurare una ipotesi del tutto eccezionale di flessibilità del giudicato³⁶, limitandone l'operatività alla sola *materia penale*, per come definita a livello formale dallo stesso legislatore³⁷.

Nel dichiarare la questione infondata, con riferimento a tutti i parametri evocati³⁸, la Corte ha formulato alcune importanti considerazioni sulla problematica in oggetto, puntualizzando, con espressioni inequivoche, che «l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei

³⁴ Si trattava, nel caso di specie, della sanzione prevista dall'art. 18-*bis*, comma 4, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004.

³⁵ Nel dettaglio, il giudice *a quo* aveva evocato come parametri gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU.

³⁶ Ipotesi confermata dall'art. 673 c.p.p. il quale, sotto la rubrica *Revoca della sentenza per abolizione del reato*, prevede che «nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti»; sul tema dell'erosione del mito dell'intangibilità del giudicato, si vedano, tra i molti, gli scritti di S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Archivio penale*, cit.; P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit.

³⁷ Su questo tema v., anche, S. FINOCCHIARO, *Gli effetti dell'abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2018; e V. GIANNELLI, *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

³⁸ Evidenzia questo profilo, in particolare, A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni 'sostanzialmente penali' e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale. Nota a Corte cost., sent. 10 gennaio 2017 (dep. 24 febbraio 2017)*, n. 43, *Pres. Grossi, Red. Cartabia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017, p. 4 ss.

menzionati criteri [*Engel*] trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo»³⁹. Rimanendo, invece, nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato la definizione del perimetro applicativo delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e per le sole sanzioni che l'ordinamento nazionale considera espressione della potestà punitiva dello Stato e, come tali, qualifica formalmente come rientranti nella *materia penale*. Sviluppando queste premesse, la Corte ha quindi precisato che «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura 'penale' deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la 'materia penale'; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»⁴⁰.

Con la successiva pronuncia n. 68 del 2017, la Corte costituzionale ha confermato questo orientamento, aggiungendo alcuni significativi argomenti a sostegno della conclusione appena descritta; in questa ulteriore occasione, la Consulta ha deciso una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, ancora una volta, in materia di confisca per equivalente⁴¹. I Giudici costituzionali si sono dovuti misurare con una tesi prospettata da una delle parti in giudizio secondo cui l'estensione dello statuto costituzionale della pena alle sanzioni che l'ordinamento qualifica diversamente

³⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2017, punto n. 3.4 del *Considerato in diritto*; interessante il punto di vista, per lo più critico, espresso da A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021, per cui «questa decisione, in realtà, era sin dall'inizio apparsa poco convincente. Al di là di una impostazione fortemente dualistica e assai limitativa della portata e degli effetti del diritto sovranazionale nell'ordinamento interno, era proprio la sostanza del ragionamento – e gli effetti di questo – ad apparire difficilmente condivisibili. Di fatto la sentenza introduceva una sorta di doppio regime di garanzie: le sanzioni formalmente penali avrebbero goduto delle garanzie CEDU e delle garanzie costituzionali, mentre le sanzioni formalmente amministrative solo delle garanzie CEDU».

⁴⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 43 del 2017, punto n. 3.4 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Occorre ricordare, a tal riguardo, che con la legge n. 62 del 2005, il legislatore ha previsto che in caso di condanna per un illecito amministrativo sanzionato dal T.U.F., quante volte non sia possibile confiscare il prodotto o il profitto dell'illecito e i beni utilizzati per commetterlo, sia disposta la confisca di somme di denaro, beni o oltre utilità di valore equivalente (art. 187-*sexies*, comma 2, T.U.F.); e che, in particolare, l'art. 9, comma 4, della legge n. 62 del 2005 ha stabilito che la confisca in parola possa essere applicata anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge (con cui, peraltro, sono state depenalizzate alcune figure di reato e sono stati introdotti corrispondenti illeciti amministrativi), salvo che il relativo procedimento penale non sia già stato definitivamente definito. Sul tema, v. A. CHIBELLI, *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente previsto per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2018, p. 2.

– nel caso di specie, come amministrative – ingenererebbe una sorta di espansione del diritto penale⁴²; ciò che determinerebbe, per l'effetto, la conseguente estensione di tutte le garanzie previste a livello interno nell'ambito della *materia penale*; in risposta, la Corte ha precisato che una simile asserzione si basa «sull'erroneo convincimento che l'attribuzione di una garanzia propria della pena implichi l'assegnazione di una certa misura sanzionatoria al campo del diritto penale, con riferimento non soltanto a tale forma di tutela ma anche a qualsiasi altro effetto»⁴³. Ove si ragionasse nel senso di estendere tutte le garanzie previste a livello interno per la *materia penale* anche agli istituti, come le sanzioni amministrative, che il legislatore nazionale qualifica diversamente, si finirebbe, infatti, per conculcare apertamente con il principio costituzionale di sussidiarietà, che assicura invece la piena autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale⁴⁴. Né sembra potersi richiamare – per sostenere una interpretazione della decisione diversa da quella qui proposta – quell'ulteriore passaggio della sentenza n. 68 del 2017 in cui la Corte costituzionale afferma che «una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-*sexies* impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost.», posto che la stessa Corte, immediatamente dopo tale affermazione, ha cura di puntualizzare che essa deve essere riferita al solo divieto di irretroattività, il quale, a ben vedere, è corollario sia del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., sia del *nullum crimen* di matrice convenzionale ex art. 7 CEDU. A conferma di questa lettura⁴⁵, può inoltre

⁴² Cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁴³ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*: in questa importante pronuncia la Corte ha precisato che «l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la «effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri» [...], corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al «principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire [...]. Difatti, «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni» [...]. Tale principio, che si pone alla base delle scelte di politica criminale operate dal legislatore, si coniuga armonicamente, del resto, con lo sviluppo della giurisprudenza europea sull'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione, ai fini dell'estensione delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, rispetto alla qualificazione che l'ordinamento nazionale offre della medesima sanzione».

⁴⁵ Sembra offrire una lettura diversa A. CHIBELLI, *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente previsto per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, cit., p. 4, per il quale in tale pronuncia vi sarebbe «l'esplicito riconoscimento dell'operatività del principio di irretroattività ex art. 25, co. 2, Cost.

richiamarsi la parte successiva della decisione in cui la Corte osserva che «la confisca per equivalente, nonostante sia prevista dalla legge come conseguente a un illecito amministrativo, va considerata una ‘pena’, come tale assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall’art. 7 della CEDU»⁴⁶.

Venendo ora all’ultimo importante pronunciamento del 2017, occorre segnalare che, nella sentenza n. 109⁴⁷, la Corte ha dichiarato inammissibili le censure formulate dal Tribunale di Varese in ordine alla presunta illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016⁴⁸. Pur occupandosi di questioni in parte diverse da quelle in precedenza esaminate, la Corte ha ribadito quanto affermato nelle sentenze n. 43 e 68 del 2017, precisando che il ricorso ai criteri *Engel* – da parte del giudice comune o della stessa Corte costituzionale – deve unicamente servire per estendere alle misure che il legislatore nazionale ha qualificato come estranee alla *materia penale* e che vengono considerati come *sostanzialmente* penali, in applicazione, per l’appunto, dei predetti criteri *Engel*, le «sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la *matière pénale*»⁴⁹.

Riprendendo alcuni importanti rilievi della sentenza n. 43 del 2017, la Corte ha quindi nuovamente escluso la correttezza dell’assunto secondo cui «l’illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato, appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri *Engel* di qualificazione della ‘pena’, subirebbe l’attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo»⁵⁰.

Qualche mese più tardi, nel luglio 2018, in occasione della fondamentale sentenza *G.I.E.M e altri c. Italia*⁵¹, in tema di confisca, la Corte EDU è sembrata,

anche in relazione alle sanzioni non formalmente penali (come, nella specie, una misura ablatoria che accede a un illecito amministrativo)».

⁴⁶ Cfr., ulteriormente, Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2017; e I PELIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2017.

⁴⁸ Su cui, tra i molti, v. G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2016.

⁴⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, sentenza 28 giugno 2018, § 252; su cui, in particolare, M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca senza condanna*, in *Questione giustizia*, 2018.

pur se implicitamente, riconoscere la solidità di queste affermazioni della Corte costituzionale⁵², precisando che l'attrazione di una misura – in qualunque modo etichettata dal legislatore nazionale – nell'alveo della *matière pénale* comporta un unico, fondamentale obbligo per lo Stato, che tale misura, per l'appunto, sia assistita dalle garanzie che la Convenzione riconosce alle sanzioni penali, ai sensi dell'art. 7 CEDU. Non esistendo, invece, alcun aggiuntivo obbligo per lo Stato di prevedere che a quelle stesse misure – penali nella sola prospettiva convenzionale – siano applicate garanzie diverse ed ulteriori da quelle che derivano, più o meno direttamente, dalle pertinenti previsioni della CEDU.

Tali prese di posizione della Corte costituzionale sembrano quindi muoversi nel senso che le nozioni di *materia penale* e di *matière pénale* – non si assimilano – bensì *coesistono*, ciascuna con le proprie caratteristiche strutturali e specificità⁵³. In questo stesso quadro, pertanto, anche l'art. 25, secondo comma, Cost. e il corrispondente art. 7 CEDU – pur avendo larghe e significative aree di sovrapposizione sul versante delle garanzie da essi ricavabili – devono essere considerati partitamente, come aventi ciascuno un preciso e distinto ambito di applicazione: il primo, come visto, individuato sulla base delle sole scelte formali operate dal legislatore nazionale; il secondo, invece, definito sul presupposto che le medesime opzioni classificatorie ricoprono un ruolo del tutto secondario e marginale, in base ai criteri *sostanziali* elaborati dalla Corte EDU a partire dalle sentenze *Engel* e *Ozturk*⁵⁴.

Da queste sentenze del 2017, in sintesi, sembra possibile ricavare l'idea che la pur necessaria valorizzazione della giurisprudenza convenzionale e il conseguente, quasi inevitabile, sforzo di accostamento tra i parametri interni ed europei non consentano di eliminare, proprio sul versante del corrispondente perimetro applicativo, le differenze tra i due paradigmi.

⁵² Condivide questa lettura A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, cit., p. 3.

⁵³ Anche la giurisprudenza di merito sembra aver raggiunto analoghi approdi interpretativi, registrandosi una importante pronuncia con cui il Tribunale di Roma, nel richiamare la citata sentenza n. 68 del 2017 della Corte ha espressamente riconosciuto che la (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali, secondo i criteri *Engel*, non implica l'inclusione di una certa misura sanzionatoria diversamente qualificata dal legislatore nazionale nel campo del diritto penale – cfr., *ex multis*, Trib. Roma, VIII Sez. Penale, sentenza n. 6298 del 2017. Si legge, infatti, chiaramente nella sentenza che «la qualificazione in termini sostanzialmente penali, estensiva di garanzie proprie della pena, non implica l'inclusione di una certa misura sanzionatoria nel campo del diritto penale a qualsiasi altro effetto, fermo restando l'obbligo, discendente dall'art. 117, primo comma, Cost., di estendere alla 'pena', ai sensi dell'art. 7 CEDU, tutte le tutele previste dalla Convenzione, e quelle soltanto».

⁵⁴ Cfr. *supra* Cap. 4 §§ 2 e 3.

4. Il consolidamento della teoria dell'*assimilazione* nella più recente giurisprudenza costituzionale

Il percorso intrapreso nel 2017 ha conosciuto una significativa evoluzione l'anno successivo, a partire dalla sentenza n. 121 del 2018, con cui la Corte ha affermato senza incertezze di sorta che anche le sanzioni amministrative, non diversamente dalle pene in senso stretto, devono garantire ai propri destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle relative conseguenze sanzionatorie⁵⁵. Con questa pronuncia, in altre parole, le argomentazioni fin qui riferite dalla Corte costituzionale alla sola garanzia dell'irretroattività *in malam partem* vengono estese al principio di determinatezza delle norme sanzionatorie, il quale, parimenti, viene inteso in una dimensione di carattere generale⁵⁶, valevole anche al di fuori dell'universo penalistico formalmente inteso. La Corte costituzionale giunge infatti ad osservare che il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione avente carattere punitivo-afflittivo – qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento – rappresenta un «patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»⁵⁷.

Una importante pronuncia che attesta l'inizio di un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale, nel quale il modello della *coesistenza*, teorizzato con le sentenze del 2017 prima richiamate, è destinato progressivamente a lasciare spazio al modello dell'*assimilazione*.

⁵⁵ Richiamandosi alla sentenza n. 78 del 1967, la Corte ha ricordato come sia oramai frequente nella propria giurisprudenza l'affermazione per cui il principio della legalità della pena è «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire»); con l'ulteriore precisazione che, più di recente, si è affermato che dall'art. 25 Cost., data l'ampiezza della sua formulazione, è desumibile il principio secondo cui «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto».

⁵⁶ Principio, quest'ultimo, che, per un verso, vuole evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri, l'autorità amministrativa o «il giudice assuma[no] un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito» (sentenza n. 327 del 2008; sul punto anche ordinanza n. 24 del 2017); per un altro verso, non diversamente dal principio d'irretroattività, intende «garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (ancora sentenza n. 327 del 2008) – cfr. Corte cost., sentenza n. 121 del 2018, punto n. 15.3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 121 del 2018, punto n. 15.3 del *Considerato in diritto*.

La prima conferma arriva qualche mese dopo, sempre nel 2018: la Corte è nuovamente chiamata a confrontarsi con i confini da attribuire alla garanzia dell'irretroattività *in malam partem*; con la sentenza n. 223 del 2018⁵⁸, il Giudice delle leggi torna a pronunciarsi sulle medesime questioni di costituzionalità dichiarate inammissibili con la citata sentenza n. 68 del 2017, e poi puntualmente riproposte dalla Corte di Cassazione. La Consulta ha qui ribadito che l'art. 25, secondo comma, Cost. – e con esso il divieto di «applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante e il divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato»⁵⁹ – trova applicazione anche nel campo del diritto sanzionatorio amministrativo e, quindi, anche rispetto alle misure che il legislatore domestico ha escluso, in virtù di una precisa scelta classificatoria, dall'ambito del penalmente rilevante.

Incidentalmente, è possibile segnalare che la Corte non ha qui preso in considerazione – eventualmente per esplicitare la diversa conclusione raggiunta in merito all'estensione dell'art. 25, secondo comma, Cost. – proprio le sentenze del 2017 con cui la stessa Corte aveva teorizzato il modello della *coesistenza* di cui si è detto⁶⁰. Questa pronuncia del 2018, in ogni caso, conferma la strada intrapresa verso l'*assimilazione* dei due paradigmi: da una parte, si rimarca che anche rispetto al diritto amministrativo punitivo si impone la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto⁶¹; dall'altra parte, si afferma che la natura sostanzialmente punitiva della confisca per equivalente oggetto di impugnazione nel caso di specie comporta l'attrazione della stessa misura dall'orbita di garanzia dell'art. 25, secondo comma, Cost.; da qui la conclusione che la disposizione impugnata – che disponeva l'inderogabile applicazione della nuova disciplina sanzionatoria, formalmente non penale ma sostanzialmente più severa⁶², anche

⁵⁸ Per un commento adesivo alla pronuncia v., in particolare, G. L. GATTA, *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2018.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 223 del 2018, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ In questa decisione, la Corte chiama a sostegno della propria conclusione le sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014 che, a ben vedere, non rappresentano precedenti così rilevanti, specie se confrontati con i più ingombranti pronunciamenti del 2017, con i quali la Corte ha viceversa affrontato *expressis verbis* e in modo più puntuale la problematica oggetto delle considerazioni formulate nel testo.

⁶¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 223 del 2018, punto n. 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁶² Cfr. Corte cost., sentenza n. 223 del 2018, punto n. 6.2 del *Considerato in diritto*.

ai fatti pregressi – si pone in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma; Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

Il modello della *assimilazione* riceve una ulteriore – e probabilmente più rilevante⁶³ – conferma nella successiva sentenza n. 63 del 2019⁶⁴, con la quale è stata riconosciuta l'applicabilità della garanzia della retroattività favorevole anche all'interno del diritto sanzionatorio punitivo⁶⁵. Si tratta di una decisione davvero molto importante, con cui la Corte costituzionale si è dovuta anche occupare, in una chiave sistematica, del rapporto tra fonti interne e fonti UE, tra giudizio accentrato di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE in caso di doppia pregiudizialità⁶⁶. Il merito della questione riguarda però un aspetto che si apprezza proprio ragionando della riferibilità delle garanzie tradizionalmente riservate alla *materia penale* a misure e sanzioni amministrative: il giudice *a quo* in questo caso aveva, infatti, dubitato della legittimità costituzionale – rispetto agli artt. 3, 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU e 49 CDFUE – dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, proprio nella parte in cui veniva esclusa la retroattività *in mitius* della normativa sanzionatoria introdotta dal legislatore.

La fondatezza della censura è argomentata dalla Corte costituzionale sulla base di alcuni passaggi logici, che nella sentenza vengono riportati in modo molto chiaro⁶⁷.

⁶³ In fin dei conti nella sentenza n. 223 del 2018 si discuteva di irretroattività, vale a dire di una garanzia riconosciuta sia dall'art. 25, secondo comma, Cost., sia dall'art. 7 CEDU; mentre qui si ragionava del principio di retroattività *in mitius*, che forse poneva più problemi interpretativi.

⁶⁴ Precisamente, la Corte d'appello di Milano ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, «nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187-bis» del d.lgs. n. 58 del 1998, «nella parte in cui ha modificato le sanzioni di cui all'art. 187-bis» del medesimo decreto legislativo «in attuazione dell'art. 3 della legge delega n. 154/2014, escludendo la retroattività *in mitius* della normativa più favorevole prevista dall'art. 6, comma 3» del d.lgs. n. 72 del 2015.

⁶⁵ Ragiona, a tal riguardo, di un approdo storico M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019.

⁶⁶ Sul tema, *ex multis*, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019; G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020; si vedano anche le più risalenti riflessioni di M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997, per la quale i «casi di sovrapposizione tra le competenze della Corte costituzionale italiana e quelle della Corte di giustizia costituiscono evenienza tutt'altro che rara e quindi il giudice può in più di una occasione trovarsi di fronte ad ipotesi di 'doppia pregiudizialità'».

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, punto n. 6 del *Considerato in diritto*, ove la Corte condensa il contenuto della successiva motivazione: «il principio della retroattività della *lex*

In primo luogo, si afferma – nel solco di una consolidata giurisprudenziale costituzionale⁶⁸ – che la regola della retroattività della *lex mitior* in materia penale non è riconducibile alla sfera di tutela dell’art. 25, secondo comma, Cost.; il suo fondamento costituzionale va infatti rinvenuto principalmente nel principio di uguaglianza di cui all’art. 3 Cost.⁶⁹, il quale «impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice», posto che, in via generale, «[n]on sarebbe ragionevole punire (o continuare a punire più gravemente) una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può impunemente commettere (o per il quale è prevista una pena più lieve)»⁷⁰. In virtù dell’evoluzione della giurisprudenza sovranazionale⁷¹, è però necessario assegnare alla garanzia della retroattività anche un diverso e concorrente fondamento, a livello europeo, appunto: una pluralità di basi normative cui fa da «contraltare la comune *ratio* della garanzia in questione, identificabile in sostanza nel diritto dell’autore del reato a essere giudicato, e se del caso punito, in base all’apprezzamento attuale dell’ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all’apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione»⁷².

Il secondo snodo del ragionamento posto alla base della decisione di accoglimento è quello decisivo e investe frontalmente il problema del riconoscimento della regola della *lex mitior* anche alle sanzioni amministrative punitive. Nella precedente sentenza n. 193 del 2016⁷³, la Corte aveva escluso l’esistenza

mitior in materia penale è infatti fondato, secondo la giurisprudenza di questa Corte, tanto sull’art. 3 Cost., quanto sull’art. 117, primo comma, Cost., eventuali deroghe a tale principio dovendo superare un vaglio positivo di ragionevolezza in relazione alla necessità di tutelare controinteressi di rango costituzionale [...]. Il principio in questione deve ritenersi applicabile anche alle sanzioni amministrative che abbiano natura “punitiva” [...]. Le sanzioni amministrative previste per l’abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 hanno natura “punitiva”, e rientrano come tali nell’ambito di applicazione del principio della retroattività *in mitius* [...]. La deroga alla retroattività in *mitius* stabilita dall’art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 72 del 2015, qui censurato, non supera il “vaglio positivo di ragionevolezza” ed è, pertanto, costituzionalmente illegittima, nella parte in cui esclude l’applicazione retroattiva delle modifiche in *mitius* apportate alle sanzioni amministrative previste per l’illecito di abuso di informazioni privilegiate di cui all’art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 [...]».

⁶⁸ Cfr. *supra* Cap. 3 § 8.

⁶⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 393 e n. 394 del 2006.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 236 del 2011.

⁷¹ Oltre alla sentenza *Scoppola*, cfr. Corte EDU, *Morabito contro Italia*, decisione 27 aprile 2010; *Mihai Toma contro Romania*, sentenza 24 gennaio 2012; *Gouarré Patte contro Andorra*, sentenza 12 gennaio 2016; e *Ruban contro Ucraina*, sentenza 12 luglio 2016.

⁷² Cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, punto n. 6.1. del *Considerato in diritto*.

⁷³ Con cui la Corte costituzionale aveva giudicato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, *Modifiche al sistema penale*, del

di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla generalizzata previsione da parte degli Stati del principio di retroattività della legge più favorevole con riferimento alle sanzioni amministrative. In questo caso, la Corte dice però che rispetto alle sanzioni che abbiano natura e finalità punitiva la conclusione deve essere diversa, non essendovi ragione per continuare ad applicare tali misure, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarle in una misura considerata ormai eccessiva – e per ciò stesso sproporzionata – rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento⁷⁴. Un cambio di passo evidente⁷⁵, che la Corte corrobora con il rilievo per cui l'assenza di precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo non osta in alcun modo ad un intervento nel merito, atteso che «è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo»⁷⁶.

La sentenza si occupa infine di verificare, alla luce del canone di ragionevolezza, la scelta del legislatore di escludere la retroattività della modifica favorevole: nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, in attuazione della legge n. 154 del 2014, il Governo aveva dichiarato la propria intenzione di non introdurre nel decreto il principio del *favor rei* «sia per la sospetta irragionevolezza dell'introduzione di detto principio con riferimento solo ad alcune disposizioni, sia per evitarne l'applicazione a tutti i procedimenti ancora *sub iudice*», con conseguente «rischio di ripercussioni negative su procedimenti sanzionatori in corso»; la Corte, però, ribalta radicalmente i termini di un simile

quale il giudice a quo sospettava il contrasto con gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non prevede una regola generale di applicazione della legge successiva più favorevole agli autori degli illeciti amministrativi: regola generale la cui introduzione, secondo la valutazione della Corte costituzionale, avrebbe finito «per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri *Engel*»; a commento della decisione v., *ex multis*, M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016.

⁷⁴ M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, cit., si premura però di precisare che la Corte non vuole affermare l'estensione del principio di necessaria offensività – come elaborato rispetto al diritto penale – agli illeciti amministrativi, «ma significa comunque negare che, nel nostro ordinamento, la sanzione punitiva – comunque denominata – possa trovare esclusivo fondamento nella volontà anti giuridica del soggetto agente, cioè su un disvalore di intenzione completamente avulso da un imprescindibile disvalore del fatto, che deve mantenere attualità fino all'esaurimento della ‘vicenda punitiva’».

⁷⁵ Per richiamare l'espressione utilizzata da P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2017, proprio a commento della sentenza della Corte costituzionale n. 193 del 2016.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

ragionamento, affermando che semmai è la mancata generalizzata previsione della retroattività delle modifiche sanzionatorie *in melius* ad essere bisognosa di una specifica giustificazione in termini di necessità di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti. Aggiungendo anche che tali contro-interessi non possono identificarsi banalmente nell'esigenza di evitare ripercussioni sui procedimenti in corso, dal momento che l'incidenza su tali procedimenti non ancora conclusi è la conseguenza necessaria del principio di retroattività della *lex mitior* stessa.

Il caso in esame, in altre parole, si differenzia profondamente dai due precedenti del 2008 e del 2011⁷⁷, allorquando la deroga alla retroattività delle novità in tema di prescrizione era stata giustificata dall'esigenza di non disperdere tutte le attività processuali svolte nei giudizi già conclusi in primo grado. Al netto di questo dato, comunque, la sentenza n. 63 del 2019 è di estremo interesse, perché – sul presupposto, non più contestato, di una sorta di omogeneità strutturale e teleologica delle sanzioni amministrative punitive con le sanzioni penali – la Consulta arriva a tratteggiare uno statuto di garanzie unitario, in questo caso riferito al principio della *lex mitior* di cui all'art. 3 Cost.

Lungo lo stesso orizzonte si colloca anche la successiva sentenza n. 112 del 2019⁷⁸, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998, «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito». Anche in quest'occasione, la Corte si è dovuta occupare del problema dell'estensione alle sanzioni amministrative punitive di alcune delle garanzie tipicamente riservate dalla Costituzione alla materia penale: nella sentenza si dà giustamente conto dei più

⁷⁷ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., sentenze nn. 72 del 2008 e 236 del 2011.

⁷⁸ Su cui, ancora, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 18-19, il quale individua nella sentenza n. 88 del 2019 – con cui è stato dichiarato illegittimo l'automatismo applicativo della sanzione amministrativa della revoca della patente di guida disposta dal giudice in caso di condanna per taluni delitti – un immediato precedente della sentenza n. 112 del 2019: «pur in assenza di una specifica motivazione sulla natura “punitiva” della sanzione, l'iter motivazionale seguito dalla Corte, che fa leva essenzialmente sui precedenti in tema di pene fisse, pare qui muovere proprio da questo implicito presupposto, anche in considerazione della natura meramente accessoria della sanzione — in sé significativamente afflittiva, per le restrizioni severe alla vita di relazione e alle stesse possibilità lavorative a carico dell'interessato che ne conseguono — rispetto alla condanna penale, pronunciata contestualmente dal giudice, nonché dell'assenza di alcun obbligo di accertamento nel caso concreto della effettiva pericolosità dell'interessato stesso»; a commento della sentenza v., anche, G. L. GATTA, *Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia di insider trading*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 maggio 2019; e, per i profili che attengono alla problematica della cd. *doppia pregiudizialità*, A. ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova 'dottrina' sulla 'doppia pregiudizialità' in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019.

recenti approdi della giurisprudenza costituzionale⁷⁹, la cui lettura combinata restituisce un chiaro favore verso l'estensione di alcune garanzie: così il divieto di retroattività delle modifiche sanzionatorie *in peius*⁸⁰, la sufficiente precisione del precetto sanzionato⁸¹, nonché la retroattività delle modifiche sanzionatorie *in mitius*, come appena visto con la sentenza n. 63 del 2019. In questo ulteriore caso, la Corte si è occupata nel dettaglio della garanzia della proporzionalità⁸², che si è storicamente affermata, nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, anzitutto sotto il profilo del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., sulla base di una comparazione di tipo triadico; in tempi più recenti, come noto, il sindacato sulle scelte di dosimetria sanzionatoria è andato caratterizzandosi per la valorizzazione, accanto all'art. 3 Cost., del principio della necessaria finalità rieducativa, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.⁸³, ciò che ha anche consentito alla Corte di sganciare – per la fase del giudizio dedicata all'accertamento della denunciata sproporzione – il sindacato di costituzionalità dalla comparazione con un valido *tertium comparationis*; un giudizio, insomma, che oggi appare tutto incentrato sul concetto di ragionevolezza-proporzionalità intrinseca o cardinale⁸⁴.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 112 del 2019, punto n. 8.2.1 del *Considerato in diritto*, laddove si precisa che «una tale estensione non è avvenuta, invece, in relazione ai principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall'art. 27 Cost. (sentenza n. 281 del 2013 e ordinanza n. 169 del 2013). Tali principi – a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono infatti strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale».

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sentenze n. 223 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010.

⁸¹ Cfr. Corte cost., sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967.

⁸² Principio che ha una evidente valenza di carattere generale e trasversale: lo riconosce la stessa Costituzionale nella sentenza n. 112 del 2019, nel passaggio in cui, richiamandosi all'art. 49 della CDFUE, ricorda che il principio di proporzionalità «è stato del resto recentemente invocato dalla Sezioni unite civili della Corte di cassazione a fondamento dell'affermazione secondo cui anche forme di risarcimento con funzione prevalentemente deterrente come i 'punitive damages' eventualmente disposti da una sentenza straniera debbono comunque rispettare il principio di proporzionalità per poter essere riconosciuti nel nostro ordinamento (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 5 luglio 2017, n. 16601)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 112 del 2019, punto n. 8.2.4 del *Considerato in diritto*.

⁸³ A volte richiamato unitamente ad ulteriori parametri come il principio di offensività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost. – cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenze n. 205 del 2017, n. 106, n. 105 del 2014 e n. 251 del 2012.

⁸⁴ Utilizzando la classificazione proposta nel prezioso volume di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., per cui «l'idea della proporzionalità 'cardinale' – o assoluta o 'non comparativa' – mira a consentire una valutazione, in termini di appropriatezza/adeguatezza, della pena prevista per un reato, a prescindere dalla sua relazione con le pene previste per altri reati nel medesimo ordinamento».

Dopo aver richiamato l'evoluzione della propria giurisprudenza sul rapporto tra garanzie penalistiche e misure sostanzialmente punitive, la Corte ha però chiarito che i principi che attengono alla responsabilità penale e che discendono dall'art. 27 Cost. risultano strettamente connessi alla logica della pena privata, o quanto meno limitativa, della libertà personale⁸⁵ e non possono essere estesi *sic et simpliciter* al campo del diritto amministrativo punitivo; nondimeno, per la Consulta, non si può dubitare del fatto che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito commesso sia applicabile comunque anche alla generalità delle sanzioni amministrative⁸⁶, non solo dunque in relazione alle misure amministrative di carattere punitivo⁸⁷.

Pochi dubbi, in ogni caso, vi erano sulla natura della confisca obbligatoria oggetto di scrutinio: mentre l'ablazione del «profitto» ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del «prodotto» – identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei «beni utilizzati» per commettere l'illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore. Tali forme di confisca assumono pertanto una connotazione «punitiva», infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore – e, di regola, assai superiore – a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico

⁸⁵ Attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sempre più o meno direttamente sullo sfondo anche nell'ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, come rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti – cfr. Corte cost., sentenza n. 112 del 2019, punto n. 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

⁸⁶ In una sentenza più recente, la Corte ha precisato che seppur «non [possa] dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative» e che la confisca, per la sua incidenza sulla sfera patrimoniale del singolo, sia vincolata anche al rispetto del principio di proporzionalità di cui all'art. 1 Prot. addiz. CEDU (sentenza n. 112 del 2019), è nondimeno doveroso ritenere che questo si atteggi in modo diverso, offrendo corrispondentemente una tutela di diversa intensità, a seconda della struttura delle fattispecie sanzionatorie e delle finalità da esse perseguite» – cfr. Corte cost., sentenza n. 146 del 2021, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*; cfr., ancora più di recente, Corte cost., sentenza n. 95 del 2022, in materia di atti contrari alla pubblica decenza.

⁸⁷ Come anticipato, la Corte aveva già in numerose occasioni invocato tale principio – anche in relazione a misure delle quali veniva espressamente negata la natura «punitiva» (come nel caso deciso dalla sentenza n. 22 del 2018) – a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula «l'adeguatezza della sanzione al caso concreto»; adeguatezza che «non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell'illecito» – cfr. Corte cost., sentenza n. 112 del 2019, punto n. 8.2.2 del *Considerato in diritto*.

ricavato dall'illecito⁸⁸. Ciò che porta alla fine la Corte ad accertare l'illegittimità costituzionale della previsione della confisca obbligatoria del «prodotto» dell'illecito amministrativo e dei «beni utilizzati» per commetterlo, per contrasto con gli artt. 3, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione agli artt. 17 e 49, § 3, CDFUE.

Nello stesso anno, la Corte costituzionale ha pronunciato anche la sentenza n. 134 del 2019, che si pone in linea di perfetta continuità con la citata sentenza n. 121 del 2018, anche se in questo caso la Corte costituzionale ha respinto le censure avanzate dal giudice *a quo*⁸⁹. I passaggi più rilevanti della pronuncia sono quelli in cui il Giudice costituzionale ribadisce che i problemi legati ai limiti dell'eterointegrazione del precetto da parte di fonti di rango secondario riguardano unicamente le leggi penali in senso stretto, per le quali soltanto, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., vige il principio della riserva assoluta di legge statale. Secondo la Corte, infatti, tale garanzia non è applicabile alle leggi regionali che prevedono mere sanzioni amministrative, le quali ben possono rinviare – nel rispetto dei meno stringenti principi desumibili dall'art. 23 Cost. – anche ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto amministrativamente sanzionato in forza della stessa legge regionale. La sentenza, ai nostri fini, interessa perché rimarca che anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative devono garantire, in favore dei rispettivi destinatari, la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie; tali requisiti – che condizionano la legittimità costituzionale di simili leggi regionali – discendono dal principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, che è desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Ancora più di recente, quest'idea della riferibilità delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative è stata ulteriormente ribadita dalla sentenza n. 5 del 2021⁹⁰, sia pure nell'economia di una decisione che ha poi seguito trame motivazionali diverse: in un passaggio significativo della sentenza,

⁸⁸ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 112 del 2019, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

⁸⁹ Secondo il ricorrente, le disposizioni impugnate sarebbero state «afflitte da patente genericità», «facendo pressoché totale rinvio ad una normazione subordinata che non è nemmeno individuata [...], ovvero non è comunque determinata essendo per di più futura e/o incerta [...]». Inoltre, le due disposizioni sarebbero state caratterizzate da un ambito applicativo potenzialmente sovrapposto, «così determinando inevitabili problemi interpretativi ed incertezza nel destinatario della norma quanto alla corretta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito» - cfr. Corte cost., sentenza n. 134 del 2019, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

⁹⁰ Per un approfondimento delle questioni esaminate dalla sentenza v., in particolare, P. CERBO, *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021; e C. GABBANI, *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *Sistema penale*, 14 ottobre 2021.

richiamando i precedenti citati nelle precedenti pagine⁹¹, la Corte ha qualificato come «costante» l'indirizzo per il quale le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente penale⁹², con l'eccezione però della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale *stricto sensu*⁹³. È una sentenza, questa del 2021, che presenta anche un elemento processuale di problematicità, posto che le questioni promosse in riferimento al principio di legalità delle sanzioni amministrative sono state ritenute fondate ma non alla luce dell'art. 25, secondo comma, Cost., evocato dal rimettente, bensì in relazione all'art. 23 Cost.⁹⁴.

Al netto di questo aspetto, le decisioni esaminate – se lette in una prospettiva d'insieme – confermano una linea di tendenza della giurisprudenza costituzionale, sempre più evidente, nel senso della progressiva, benché non generalizzata, estensione delle garanzie penalistiche anche alle sanzioni formalmente extra-penali di tipo punitivo; linea di tendenza che sembra avvicinare sempre più gli schemi argomentativi della Corte costituzionale all'approccio tipico delle

⁹¹ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenze n. 134 del 2019, n. 223 del 2018, n. 121 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014.

⁹² Anche nella successiva sentenza n. 96 del 2020 – chiamata ad occuparsi del fenomeno della cd. *successione impropria* – la Corte costituzionale ha riconosciuto che il principio di irretroattività in peius stabilito dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applica anche alle sanzioni amministrative a carattere punitivo; a commento della decisione, sia consentito il rinvio a S. BIS-SARO, *Depenalizzazioni in 'malam partem': la corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'(ir)retroattività delle sanzioni amministrative punitive nei casi di successione impropria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2020, p. 1549 ss.

⁹³ Come precisato anche dalla sentenza n. 134 del 2019 già richiamata, con cui è stato altresì ribadito che il potere sanzionatorio amministrativo – che il legislatore regionale ben può esercitare, nelle materie di propria competenza – resta comunque soggetto alla riserva di legge relativa all'art. 23 Cost., intesa qui anche quale legge regionale. Anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo – di fonte statale o regionale che sia – si pone, in effetti, un'esigenza di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio, con riferimento sia alla configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, sia alla tipologia e al quantum della sanzione stessa, sia – ancora – alla struttura di eventuali cause esimenti. E ciò per ragioni analoghe a quelle sottese al principio di legalità che vige per il diritto penale in senso stretto, trattandosi, pure in questo caso, di assicurare al consociato tutela contro possibili abusi da parte della pubblica autorità (sentenza n. 32 del 2020, punto 4.3.1. del Considerato in diritto): abusi che possono radicarsi tanto nell'arbitrario esercizio del potere sanzionatorio, quanto nel suo arbitrario non esercizio. Questa esigenza è stata, del resto, già posta in evidenza da una risalente pronuncia di questa Corte, che ha altresì ricollegato espressamente la ratio della necessaria «prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione)» delle sanzioni amministrative al principio di imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., oltre che alla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. (sentenza n. 447 del 1988).

⁹⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2021, punto n. 5 del *Considerato in diritto*.

Corti europee, caratterizzato, come già osservato⁹⁵, dal superamento delle perimetrazioni formalistiche operate dal legislatore⁹⁶.

5. (segue) il caso della *cedevolezza* del giudicato penale e le ultime decisioni della Corte costituzionale

Il paradigma dell'*assimilazione* che la Corte costituzionale ha cominciato a tratteggiare nelle sentenze richiamate in precedenza conosce un fondamentale momento di consolidamento in occasione della sentenza n. 68 del 2021⁹⁷: sancendo la recessività del giudicato applicativo di una sanzione amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima, la Corte supera di slancio, probabilmente dando vita ad un vero e proprio un *overruling*, la citata pronuncia n. 43 del 2017⁹⁸. All'attenzione della Corte costituzionale viene infatti riportata, a distanza di alcuni anni soltanto, una analoga questione di costituzionalità relativa all'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953; previsione che, come già visto, disciplina il rapporto tra la declaratoria di incostituzionalità e il giudicato penale e che viene nuovamente censurata «nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione». Il rimettente – in qualità di giudice dell'esecuzione – era stato investito di una richiesta di eliminazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, oggetto di una precedente sentenza di accoglimento della Corte costituzionale⁹⁹. Non potendo superare l'ostacolo rappresentato dal tenore letterale della

⁹⁵ Cfr. *supra* Cap. 4 §§ 2, 3, e 4.

⁹⁶ Per usare le parole di M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrative illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema penale*, 20 aprile 2021.

⁹⁷ A commento della decisione, con accenti diversi, v. V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2021; A. PISANESCHI, *La sentenza n. 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021; e A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. 68/21*, in *Giur. cost.*, 2021.

⁹⁸ Per M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrative illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, cit, si tratta del superamento di un ulteriore tabù ordinamentale, coerente con il percorso intrapreso dalla Corte di estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive secondo la criteriologia *Engel*.

⁹⁹ Con la sentenza n. 88 del 2019, la Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., per i reati di cui agli artt. 589-bis (Omicidio stradale) e 590-bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime) c.p., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell'art. 222 cod. strada

previsione di cui all'art. 30, comma 4¹⁰⁰, il giudice *a quo* ha quindi chiesto l'intervento della Corte costituzionale, facendo valere l'irragionevole disparità di trattamento *in parte qua* tra le sanzioni penali in senso stretto e le misure sostanzialmente penali¹⁰¹. La risposta della Corte costituzionale alla censura del 2017 si era basata – come in parte già visto – su un triplice argomento¹⁰²: in primo luogo, la Consulta aveva sottolineato l'assenza di una specifica garanzia convenzionale avente ad oggetto la revoca del giudicato e della sanzione illegittima, rientrando questa scelta nel margine di apprezzamento dello Stato; in secondo luogo, quella che, al tempo, era stata considerata soltanto una «occasionale» estensione delle garanzie penalistiche dell'art. 25 Cost. alle sanzioni

allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p.; a commento v., in particolare, G. LEO, *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

¹⁰⁰ Già nella sentenza n. 43 del 2017, la Corte costituzionale aveva osservato che «correttamente il giudice rimettente si era astenuto dal praticare una interpretazione convenzionalmente orientata che lo avrebbe indotto a estendere la portata applicativa della disposizione impugnata senza coinvolgere previamente questa Corte» – cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2017, punto n. 2 del *Considerato in diritto*; nella sentenza n. 68 del 2021, su questo profilo, si dà anche conto del fatto che l'estensibilità della norma censurata alle sanzioni amministrative aventi natura penale agli effetti della CEDU è stata affermata incidentalmente dalla quinta sezione penale della Corte di cassazione nell'ordinanza 10 novembre 2014-15 gennaio 2015, n. 1782, senza, tuttavia, che tale soluzione venisse recepita dalla stessa Corte nella sentenza n. 43 del 2017; a tal riguardo, la Corte osserva che «ciò è avvenuto, peraltro, in un panorama nel quale la citata pronuncia del giudice di legittimità appariva isolata e in contrasto con una – sia pur remota e altrettanto isolata – decisione della Corte di cassazione civile (Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 20 gennaio 1994, n. 458)».

¹⁰¹ Più nello specifico, il rimettente ha evocato un ampio spettro di parametri costituzionali: in primo luogo, l'art. 136, che dispone in via generale la cessazione di efficacia delle norme dichiarate illegittime, con un effetto che dovrebbe riconoscersi rispetto a tutte le sanzioni ancora «in corso di esecuzione»; in secondo luogo, l'art. 3, per la irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina riservata alle sanzioni penali; in terzo luogo, gli artt. 35 e 41, poiché la libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro risulterebbero ingiustamente compromessi dalla perdurante efficacia della sanzione amministrativa di revoca della patente; ancora, l'art. 117, in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, in ragione del carattere sostanzialmente penale della sanzione amministrativa in esame, a nulla rilevando che la Corte EDU non si sia mai espressamente pronunciata in merito al contrasto di tale previsione normativa con il principio di legalità e, in particolare, con il presupposto della necessaria *legal basis* di qualsiasi sanzione punitiva; e, da ultimo, l'art. 25, in quanto l'impossibilità di rimodulare la sanzione amministrativa sostanzialmente penale, inflitta sulla base di una norma espunta dall'ordinamento perché incostituzionale, vulnererebbe il principio di legalità dei reati e delle pene.

¹⁰² Sui rapporti tra le due decisioni della Corte costituzionale si sofferma specificatamente A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. 68/21*, in *Giur. cost.*, cit., p. 878 ss.

amministrative¹⁰³; da ultimo, si faceva leva anche su una peculiarità, per così strutturale, delle sanzioni amministrative, prive, a differenze di quelle penali, di una fase esecutiva con controllo giurisdizionale della legalità della misura punitiva irrogata.

Con questa pronuncia del 2021, come anticipato, la Corte rimedita *funditus* tale conclusione, ripercorrendo analiticamente il percorso evolutivo che ha caratterizzato l'interpretazione, ad opera della giurisprudenza, dell'art. 30, comma 4, il cui ambito di applicabilità è stato progressivamente esteso¹⁰⁴. Percorso che ha raggiunto alcuni importanti approdi e che la sentenza si preoccupa di mettere in evidenza: da una parte, la giurisprudenza di legittimità ha affermato a più riprese che la norma censurata, contrariamente a quanto sostenuto dal rimettente, si presta ad essere applicata anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali¹⁰⁵; dall'altra parte, che la stessa giurisprudenza ha negato che la revoca della patente abbia una simile natura, escludendo che il giudice dell'esecuzione sia abilitato ad effettuare l'operazione richiesta dal rimettente¹⁰⁶.

All'interno della decisione – anche guardando ai successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale¹⁰⁷ – è cruciale la parte in cui la Corte costituzionale precisa e circoscrive il *thema decidendum*: i quesiti di costituzionalità vengono infatti a concentrarsi, per la Corte, unicamente sul trattamento riservato alla specifica sanzione amministrativa accessoria oggetto del giudizio *a quo*,

¹⁰³ Peraltro, limitata al solo «nucleo essenziale del precetto costituzionale», ovvero al divieto di retroattività sfavorevole e a misure che incidono su diritti politici dei cittadini – cfr., su questo ultimo profilo, Corte cost., sentenza n. 276 del 2016.

¹⁰⁴ Per effetto di una terna di pronunce delle sezioni unite penali della Corte di cassazione – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenze n. 18821 del 2014, n. 18821; n. 42858 del 2014; n. 37107 del 2015 – è venuta a consolidarsi, nella giurisprudenza di legittimità, una interpretazione ampia dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, quanto al tipo di declaratoria di illegittimità costituzionale che infrange il giudicato; sulla base di queste pronunce viene riconosciuta non solo alla pronuncia che rimuova, in tutto o in parte, la norma incriminatrice, producendo un'*abolitio criminis*, ma anche a quella che si limiti ad incidere in senso mitigativo sul trattamento sanzionatorio, ad esempio, eliminando una circostanza aggravante o rimodulando la cornice edittale – cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁵ Cfr. Cass., sez. fer. pen., sentenza n. 24023 del 2020; sez. I pen., sentenza n. 17834 del 2020; sez. I pen., sentenza n. 17508 del 2020; sez. I pen., sentenza n. 17506 del 2020; sez. I pen., sentenza n. 13451 del 2020.

¹⁰⁶ La revoca della patente avrebbe, infatti, una finalità preventiva, e non già repressiva: costituirebbe una misura a tutela della sicurezza della circolazione stradale, inibendo la guida di veicoli a motore a soggetti che, con la loro condotta, si sono dimostrati pericolosi, «con estraneità funzionale agli aspetti meramente afflittivi della pena» – cfr. Cass., sez. I pen., sentenza n. 1804 del 2020.

¹⁰⁷ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, in cui, parimenti, l'intervento correttivo della Corte costituzionale è stato limitato alla sola misura oggetto del giudizio *a quo*.

vale a dire la revoca della patente, al di là dal riferimento del dispositivo dell'ordinanza di rimessione all'indistinta platea delle sanzioni amministrative convenzionalmente penali.

Nel merito, la Corte ritiene che non si possa negare la connotazione sostanzialmente punitiva della sanzione in esame, non solo nell'ottica sovranazionale¹⁰⁸, ma anche in una prospettiva tutta interna, in ragione della carica afflittiva particolarmente elevata e della spiccata capacità dissuasiva della stessa misura¹⁰⁹. Da qui la costruzione di un dispositivo di accoglimento interpretativo che accerta l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, comma 4, appunto, in quanto interpretato, come vuole la giurisprudenza richiamata dal rimettente, nel senso di escluderne l'applicabilità in relazione alla sanzione amministrativa della revoca della patente¹¹⁰. Giova soprattutto sottolineare che la Corte motiva la propria differente conclusione rispetto al precedente del 2017, esplicitamente riconoscendo che, dopo tale pronuncia, «il processo di *assimilazione* delle sanzioni amministrative punitive alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in [quella] pronuncia»¹¹¹. Lo statuto costituzionale sostanziale delle sanzioni penali, come si è precisato, è stato infatti progressivamente esteso dalla Consulta al cd. *diritto amministrativo punitivo*, anche in relazione alla garanzia della retroattività *in mitius*; proprio facendo leva sulla sentenza n.

¹⁰⁸ La Corte di Strasburgo ha ripetutamente qualificato come di natura penale persino la misura della decurtazione dei punti della patente, in quanto idonea a determinare, alla fine, la perdita del titolo abilitativo alla guida; a tal riguardo, i giudici europei hanno posto in evidenza come sia «incontestabile che il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale»: di modo che, «anche se la misura è considerata dal diritto interno comune come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è giocoforza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo» – cfr. Corte EDU, *Varadinov contro Bulgaria*, sentenza 5 ottobre 2017; *Malige contro Francia*, sentenza 23 settembre 1998; e *Wagner contro Lussemburgo*, sentenza 6 ottobre 2011.

¹⁰⁹ «Non poter condurre veicoli a motore per cinque anni può rappresentare – specie per un soggetto che, come il ricorrente nel giudizio a quo, esercita l'attività di autotrasportatore – una sanzione, in concreto, più temibile della stessa pena principale di un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso» – cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁰ La pronuncia ha già determinato un qualche seguito a livello giurisprudenziale: si segnala una interessante decisione della Corte di cassazione in cui si è affermato che «alla luce delle sentenze n. 88 del 2019 e n. 68 del 2021 della Corte costituzionale, deve essere annullato con rinvio il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione, in sede di richiesta ex art. 673 cod. proc. pen., ritiene di non poter disporre la pena accessoria della sospensione della patente di guida, in sostituzione a quella della sua revoca, ai sensi dell'art. 222, comma 2, cod. strada., in caso di condanna o patteggiamento della pena per i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime, allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 589-bis, secondo comma, e 590-bis, secondo comma, cod. pen.» – cfr. Cass., sez. I pen., sentenza n. 35457 del 2021.

¹¹¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

63 del 2019¹¹² – che ne ha riconosciuto come visto l’operatività in relazione alle sanzioni amministrative punitive – la Corte è giunta in questo caso alla conclusione che a maggior ragione va escluso che un soggetto possa continuare a scontare una sanzione amministrativa punitiva inflittagli sulla base di una norma dichiarata incostituzionale. Una conclusione, insomma, incentrata sull’art. 3 Cost. e sul principio di legalità costituzionale della pena, cui si riconnette l’art. 30, comma 4, che è considerato «più forte» di quello di retroattività *in mitius*, il quale, nel caso di successione di leggi modificative, incontra, di regola, in base alla normativa codicistica, il limite del giudicato. Ciò perché non sarebbe costituzionalmente tollerabile – osserva ulteriormente la Corte¹¹³ – che un soggetto sia destinatario per cinque anni della sanzione inibitoria della guida di veicoli inflittagli sulla base di una norma che, all’indomani del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, è stata riconosciuta contrastante con la Costituzione¹¹⁴; sarebbe, infatti, irragionevole trattare diversamente questo caso da quello di chi «condannato a una, anche modesta, pena pecuniaria [formalmente penale] potrebbe giovarsi, finché non è eseguita, della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale che ne mitighi l’importo».

Ci si trova, a ben vedere, al cospetto di un pronunciamento che, lungi dall’interessare soltanto una specifica misura sanzionatoria¹¹⁵, esibisce una valenza

¹¹² Per V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit., p. 3, «tra le due pronunce si erge, come fosse lo spartiacque che ha determinato il ripensamento, la sentenza n. 63 del 2019, con cui la Corte ha esteso alle sanzioni amministrative convenzionalmente penali il principio di retroattività della *lex mitior*».

¹¹³ Da ultimo, la Corte smonta anche l’ultimo argomento che aveva sostenuto la sentenza del 2017, vale a dire l’assenza di una fase esecutiva per le sanzioni amministrative – cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 7 del *Considerato in diritto*

¹¹⁴ Quest’ultimo argomento ricorda quell’importante passaggio delle Sezioni Unite *Gatto* in cui si afferma che la conformità alla pena in fase esecutiva deve ritenersi costantemente *sub iudice* non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista intere all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 42858 del 2014.

¹¹⁵ «Pur comprendendo (e condividendo) la preoccupazione sottintesa alla scelta di delimitazione del *petitum* e, conseguentemente, del *decisum*, non può infatti non notarsi che, una volta intrapreso il percorso di tendenziale equiparazione tra sanzioni amministrative sostanzialmente penali e sanzioni penali *tout court*, la Corte avrebbe ben potuto proseguire con l’introduzione del principio della tangibilità del giudicato a seguito di dichiarazione di illegittimità della norma sulla cui base è stata irrogata la sanzione amministrativa sostanzialmente penale. La scelta, al contrario, di limitarsi a ridefinire, in senso punitivo, la natura della sanzione amministrativa del caso di specie ed estendere quel principio solo ad essa non può che sollevare nel commentatore qualche perplessità» – cfr. V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit. p. 10.

sistematica incontrovertibile e segna, per quanto più interessa, un ulteriore passo nel cammino di assimilazione tra le pene in senso stretto e le sanzioni che a queste vengono accostate in applicazione dei criteri *Engel*.

Nella più recente giurisprudenza della Corte, si rinvencono altre importanti pronunce che è necessario esaminare nell'ambito di una riflessione sulla perimetrazione delle garanzie penalistiche.

Rispettando l'ordine cronologico che si è scelto di seguire nella presente trattazione, la prima decisione che merita di essere richiamata è la n. 84 del 2021, che in realtà chiude una vicenda con una storia più complessa e risalente¹¹⁶: trattasi della pronuncia con cui la Corte costituzionale – dopo aver formulato, in prima battuta, un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹⁷ – risolve una questione relativa alla possibilità di riconoscere il diritto al silenzio, il cd. *nemo tenetur se detegere*, anche nei procedimenti che si concludono con l'applicazione di una misura sostanzialmente penale¹¹⁸. Sullo sfondo di questi arresti, la vicenda dell'amministratore di una società raggiunto da una pesante sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 187-*quinquiesdecies*¹¹⁹, per non aver risposto alle domande della CONSOB in merito ad alcune operazioni finanziarie sospette dallo stesso poste in essere. Tale soggetto aveva impugnato la sanzione sostenendo di aver semplicemente esercitato il proprio diritto costituzionale al silenzio e la Corte di cassazione, successivamente investita del caso, aveva quindi sollevato una questione di legittimità sull'art. 187-*quinquiesdecies*, per contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 della CDFUE. Con la sentenza n. 84, dopo la risposta della Corte di giustizia¹²⁰, la Consulta ha sottolineato anzitutto che l'interpretazione fornita a Lussemburgo collima con la lettura del diritto al silenzio che la stessa Corte italiana ha offerto nel proprio rinvio pregiudiziale, in armonia con le indicazioni provenienti dalla Convenzione europea

¹¹⁶ La questione ha sollecitato un interessante dibattito in dottrina, specie sul versante dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di "buon dialogo" fra Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021; e T. GUARNIER, *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2/2021.

¹¹⁷ Per un approfondito esame della risposta della Corte di giustizia, v., in particolare, M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 16 febbraio 2021.

¹¹⁸ Cfr. Corte cost., sentenza n. 84 del 2021, punto n. 3.6 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁹ Previsione che stabilisce una sanzione da 50.000 a un milione di euro a carico di chi «non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia o della CONSOB», senza prevedere alcuna eccezione in favore di chi sia già sospettato di avere commesso un illecito.

¹²⁰ Cfr. Corte di giustizia, *Conso*, C-481/19, sentenza 2 febbraio 2021.

dei diritti dell'uomo e del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Dal principio *nemo tenetur se detegere* discende, cioè, per entrambe le Corti, l'impossibilità di punire una persona che si sia rifiutata di rispondere a domande, formulate in sede di audizione o per iscritto dalla Banca d'Italia o dalla CONSOB, dalle quali sarebbe potuta emergere una sua responsabilità per un illecito amministrativo o addirittura penale¹²¹. Un proficuo dialogo tra le due Corti che – nella chiave di lettura dell'approfondimento proposto in questo capitolo – ha portato ad un ulteriore allargamento di una garanzia che tradizionalmente era stata riferita alla sola materia penale formalmente intesa.

Una successiva tappa cui occorre fare riferimento è rappresentata dalla pronuncia n. 185 del 2021, che non introduce elementi di particolare novità rispetto a quanto detto fino a qui¹²², ma ribadisce la *ratio decidendi* proposta nella sentenza n. 112 del 2019 in merito alla possibilità di estendere il sindacato sulla ragionevolezza-proporzionalità anche alle sanzioni amministrative punitive¹²³. In questo caso, oggetto di censura era l'art. 7, comma 6, secondo periodo, del d.l. n. 158 del 2012, cd. *Decreto Balduzzi*, in forza del quale veniva punito con la sanzione amministrativa fissa di 50 mila euro il concessionario del gioco e il titolare di sale giochi e scommesse per la violazione degli obblighi di avvertimento sui rischi di dipendenza dal gioco d'azzardo previsti dal comma 5 della medesima

¹²¹ Per completezza, va rilevato che la Corte costituzionale ha anche precisato che il diritto al silenzio non giustifica comportamenti ostruzionistici fonte di indebiti ritardi allo svolgimento dell'attività di vigilanza, come il rifiuto di presentarsi a un'audizione, ovvero manovre dilatorie finalizzate a rinviare lo svolgimento dell'audizione stessa, o ancora l'omessa consegna di dati, documenti, registrazioni preesistenti alla richiesta dell'autorità – cfr. Corte cost., sentenza n. 84 del 2021, punto n. 3.6 del *Considerato in diritto*.

¹²² Per la verità – come osserva precisamente L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale*, 4 ottobre 2021, p. 8 – un elemento di novità è presente e riguarda l'esito della pronuncia e il suo carattere meramente ablativo; su questo interessante profilo, v., anche, R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 3/2021; e G. CASAVECCHIA, *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, 7/2021.

¹²³ *Ratio decidendi* riproposta anche nella successiva sentenza n. 212 del 2019: in questa diversa occasione la Corte è stata chiamata ad esaminare una questione di legittimità relativa all'art. 33, comma 1, della legge n. 1096 del 1971, che punisce la commercializzazione di prodotti sementieri privi di requisiti o contrari a divieti con il pagamento di una soma pari a 40 euro per ogni quintale o frazione di quintale di prodotti sementieri e comunque non inferiore a 4.000 euro; la sentenza n. 212 del 2019 è interessante perché la Corte costituzionale ha anche ribadito, in linea generale, la «pertinenza esclusiva alle sanzioni propriamente penali» dell'art. 27 Cost. [...] Peraltro, l'estensione alle sanzioni amministrative dei principi in materia di responsabilità penale è stata esclusa anche con specifico riguardo alla finalità rieducativa prevista dal terzo comma del suddetto art. 27 Cost., ritenuta connessa alla pena in senso stretto, in quanto «privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale» – cfr. Corte cost., sentenza n. 212 del 2019, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*.

disposizione¹²⁴. Una sanzione fissa, dunque, che cade, all'esito dello scrutinio della Corte costituzionale, non diversamente dalle numerose pene fisse che il Giudice delle leggi ha dichiarato contrarie a Costituzione nel corso degli ultimi anni¹²⁵.

Lo scacco matto alle ultime, flebili resistenze contro l'affermazione del modello dell'*assimilazione* è realizzato dalla Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 149 del 2022¹²⁶, che interviene, dopo plurimi tentativi andati a vuoto, sull'art. 649 c.p.p., questa volta dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941, che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge¹²⁷. La questione sorge nell'ambito di un procedimento penale a carico di un soggetto imputato del delitto previsto dall'art. 171-ter, comma 1, lett. b) della legge n. 633 del

¹²⁴ Tale previsione era stata impugnata assumendo il contrasto con l'art. 3 della Costituzione, anche in combinato disposto con gli artt. 41 e 42 Cost., nonché con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, e agli artt. 16 e 17 della CDFUE.

¹²⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 222 del 2018, a commento della quale, v., in particolare, S. LEONE, *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1/2019.

¹²⁶ Cfr., in particolare, M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2022; e J. DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2022.

¹²⁷ Merita senz'altro di essere sottolineato il fatto che la Corte ha precisato l'originaria richiesta del giudice *a quo*: «per quanto il dispositivo dell'ordinanza di rimessione formuli questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento a tutti i casi in cui, con riguardo ad uno stesso fatto, «sia stata già irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale ai sensi della CEDU e dei relativi protocolli», l'intero sviluppo argomentativo della parte motiva dell'ordinanza evidenzia, come giustamente rilevato dalla difesa dell'imputato, che il rimettente ha inteso censurare l'art. 649 c.p.p. con specifico riferimento al regime di 'doppio binario' sanzionatorio previsto in materia di tutela del diritto d'autore. [...]. Dal momento che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio costituzionale deve essere individuato interpretando il dispositivo dell'ordinanza di rimessione alla luce della sua motivazione [...], la questione deve dunque essere intesa come mirante unicamente a estendere la disciplina di cui all'art. 649 c.p.p. all'ipotesi in cui l'imputato di uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter della legge n. 633 del 1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell'art. 174-bis della medesima legge – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

1941, la cd. *Legge sul diritto d'autore*¹²⁸: in tale contesto, il giudice *a quo* si avvede del fatto che nei confronti dello stesso soggetto era già stata applicata in via definitiva la sanzione amministrativa pecuniaria, prevista dalla medesima legge, all'art. 174-*bis*, per un totale di circa 6.000 euro; pertanto, sul presupposto della natura punitiva della predetta sanzione, il rimettente si rivolge alla Corte costituzionale per far accertare l'illegittimità costituzionale della preclusione discendente dall'art. 649 c.p.p., il quale, come più volte detto, limita – o meglio, limitava – l'operatività del principio del *ne bis in idem* alle sole ipotesi in cui il soggetto imputato fosse già stato giudicato, per i medesimi fatti, nell'ambito di un procedimento formalmente penale. Come avvenuto in occasione della sentenza n. 68 del 2021, anche in questo caso, la Corte ripermetra il *thema decidendum*¹²⁹, limitando la richiesta ablazione dell'art. 649 c.p.p. alla sola ipotesi del doppio binario sanzionatorio previsto in materia di tutela del diritto d'autore. Nella sentenza si legge, a tal riguardo, che tutti gli argomenti spesi dal giudice *a quo* sono finalizzati a dimostrare l'insussistenza di una connessione sostanziale e temporale tra i due procedimenti, con specifico riguardo alla predetta disciplina e «non si estendono necessariamente a tutte le variegate altre ipotesi in cui, nel nostro ordinamento, sono disciplinati regimi di 'doppio binario' sanzionatorio per i medesimi illeciti»¹³⁰. Il *test* di compatibilità con il modello definito dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia è qui condotto dalla Consulta in modo rigoroso: si rileva, in primo luogo, che i due procedimenti non perseguono scopi complementari, né concerno aspetti diversi del medesimo comportamento illecito¹³¹; ancora, che il sistema normativo non prevede alcun

¹²⁸ L'imputato, più nello specifico, era accusato di aver detenuto per la vendita e poi riprodotto abusivamente, con finalità di lucro, «opere letterarie fotocopiate oltre il limite consentito pari al 15% in numero pari a quarantanove testi [...] presso la copisteria di cui è titolare».

¹²⁹ Sulla base di una costante giurisprudenza costituzionale, per cui l'oggetto del giudizio deve essere individuato interpretando il dispositivo dell'ordinanza di remissione alla luce della sua motivazione (*ex multis*, sentenza n. 33 del 2019), onde considerare la questione come mirante unicamente a estendere la disciplina di cui all'art. 649 c.p.p. all'ipotesi in cui l'imputato di uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge n. 633 del 1941 sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell'art. 174-*bis* della medesima legge – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

¹³¹ «Quanto allo scopo perseguito dal legislatore mediante la sanzione amministrativa, si è già osservato come i lavori preparatori della legge n. 248 del 2000, che introdusse l'art. 174-*bis* nella legge n. 633 del 1941, dichiarino l'intenzione di potenziare l'efficacia general-preventiva dei divieti già contenuti nella legge, compresi quelli per i quali erano già previste sanzioni penali: queste ultime anch'esse finalizzate, strutturalmente, a dissuadere potenziali autori dal commettere gli illeciti in parola. Quanto poi alla condotta sanzionata, si è parimenti sottolineato come i fatti puniti dagli artt. 171-*ter* e 174-*bis* della legge n. 633 del 1941 siano esattamente i medesimi, salvo che nell'ipotesi – verosimilmente di rilievo poco più che teorico, data la tipologia di illecito in questione – di condotte meramente colpose, rilevanti soltanto ai sensi della seconda disposizione. Nemmeno poi è previsto, come tipicamente avviene nella materia tributaria, un sistema di soglie in grado di selezionare le

meccanismo volto ad evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazioni delle prove e ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale tra i due procedimenti; da ultimo, non è previsto alcun congegno che consente al giudice penale o all'autorità amministrativa, nel caso di formazione anticipata del giudicato penale, di tener conto della sanzione già irrogata, in modo da evitare che alla medesima condotta il sistema nel suo complesso reagisca in modo sproporzionato. Si tratta di un risultato molto rilevante che attesta un cambio di rotta rispetto al passato, nonostante la pronuncia disveli, per così dire, un carattere solo parziale¹³²: è la stessa Corte costituzionale, infatti, a riconoscere, nella parte conclusiva della pronuncia, che la manipolazione dell'art. 649 c.p.p. lascia impregiudicata l'ipotesi in cui sia il giudicato penale a formarsi prima di quello amministrativo¹³³; da questo punto di vista, la Consulta non perde l'occasione per rivolgere un fermo monito al legislatore, al quale è richiesto di rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimediazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e dalla stessa Corte costituzionale.

sole condotte che per la loro gravità appaiano meritevoli anche della sanzione penale» – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 5.2.3 del *Considerato in diritto*.

¹³² Cfr., ancora, M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit., p. 7, che si interroga anche sulla *vis expansiva* della pronuncia, in relazione agli ulteriori meccanismi di doppio binario sanzionatorio previsti nel nostro ordinamento.

¹³³ «Né il rimedio ora apprestato – pur necessario a evitare il prodursi di violazioni del diritto fondamentale nell'eventualità in cui il processo penale segua quello amministrativo – è idoneo di per sé a conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo, con conseguente duplicazione in capo all'interessato dei costi personali ed economici di cui si è detto» – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

I VANTAGGI (INDIVIDUALI) E I COSTI (DI SISTEMA) DI UNA NOZIONE *ELASTICA* DI MATERIA PENALE, TRA INCERTEZZE APPLICATIVE E IMPREVEDIBILI ESITI GIUDIZIARI

SOMMARIO: 1. La (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali: il ruolo e le responsabilità del giudice comune – 2. Gli effetti della (ri)qualificazione: alcune precisazioni sul modello dell’*assimilazione* – 3. I rischi di un uso disinvolto dell’interpretazione conforme, tra incertezze applicative e imprevedibili esiti giudiziari – 4. Il sindacato accentrato di costituzionalità come argine alle *fibrillazioni giurisprudenziali* in materia penale.

1. La (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali: il ruolo e le responsabilità del giudice comune

Tenendo a mente il complesso scenario giurisprudenziale tratteggiato in precedenza, può ora procedersi con l’esame di un ulteriore profilo di interesse con riguardo al più ampio fenomeno dell’impatto del *case-law* delle Corti europee sulle garanzie penalistiche nazionali; in particolare, domandandosi quale sia il ruolo e quali le responsabilità del giudice comune¹, le cui determinazioni sul piano interpretativo, a ben vedere, proprio in ragione del modello definitivo a partire dalle sentenze *gemelle* del 2007², hanno un’incidenza notevole rispetto all’effettivo adeguamento dell’ordinamento interno agli obblighi derivanti dalla CEDU e dalla Carta di Nizza³.

¹ Questione che ha assunto una consistenza maggiore negli ultimi anni, ma che – da diverso tempo – è attenzionata dagli studi della dottrina costituzionalistica: cfr., in particolare, G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in AA.VV., *L’«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, (a cura di) M. D’Amico e B. Randazzo, Giappichelli, 2009, pp. 139-160.

² Su cui, per tutti, M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007.

³ L’affermazione proposta nel testo non intende obliterare le differenze che sussistono tra la CEDU e la Carta di Nizza, dal punto di vista della corrispondente quotazione costituzionale, su cui, peraltro, si è ripetutamente pronunciata anche la Corte costituzionale (cfr., da ultimo, Corte

Che ci sia, oramai da diverso tempo, una crescente attenzione da parte dei giudici comuni verso la dimensione sovranazionale – e, nello specifico, proprio verso la criteriologia *Engel* – è un dato difficilmente contestabile⁴; non sempre però il ricco e prezioso compendio giurisprudenziale che le Corti europee mettono a disposizione dell'interprete nazionale viene valorizzato nel modo corretto e, non di rado⁵, la Corte costituzionale si trova a censurare errori, imprecisioni od omissioni da parte del giudice comune⁶. Queste eventualità sono molto probabilmente anche figlie del fatto che gli approdi della giurisprudenza europea in materia penale sono talvolta difficili da cogliere nei loro aspetti di dettaglio⁷, per non parlare dei casi in cui il giudice nazionale è tenuto a fare sintesi di un messaggio che giunge, per così dire, con accenti diversi dai suoi interlocutori a Strasburgo e Lussemburgo.

Anche per queste ragioni, insomma, è utile provare ad interrogarsi sugli spazi di autonomia interpretativa che il giudice comune può ritagliarsi allorché si trovi a maneggiare una misura che, secondo la qualificazione formale

cost., sentenza n. 149 del 2022); con essa, piuttosto, si vuole sottolineare che, per quanto riguarda la specifica questione della ripermimetrazione delle garanzie penalistiche, gli *input* che discendono dalle citate Carte internazionali – come si è cercato di dimostrare nei precedenti capitoli – possono considerarsi in modo unitario, attesa la loro sostanziale omogeneità; a tal riguardo, osserva autorevolmente F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, p. 15, che la nozione estensiva di materia penale – fondata sull'approccio antiformalistico più volte richiamato nel testo – è fatta propria, all'unisono, dalle due Corti europee.

⁴ Come ben dimostrato, in particolare, da V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti nella questione di costituzionalità*, Giappichelli, 2019.

⁵ Nella recente sentenza n. 118 del 2022, ad esempio, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate dal giudice *a quo* in relazione agli artt. 25 e 27 Cost., osservando come «in modo del tutto apodittico l'ordinanza accenna[ss]e alla circostanza che, nel caso di specie, la comunicazione interdittiva determinerebbe un «aggravio del trattamento sanzionatorio»; ad avviso della Consulta, la complessità e la delicatezza della materia avrebbero richiesto lo svolgimento di una qualche verifica sul punto – cfr. Corte cost., sentenza n. 118 del 2022, punto n. 2 del *Considerato in diritto*.

⁶ Emblematico di tali difficoltà è il caso deciso dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 109 del 2017, che, più di tutte, ha stigmatizzato un utilizzo improprio della giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel* da parte del giudice comune; in questa sede, interessa soprattutto richiamare il passaggio in cui la Corte ha censurato il fatto che «il giudice *a quo* utilizza i criteri *Engel* per perseguire – nella prospettiva che egli stesso privilegia – l'obiettivo dell'applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i soli precetti e per le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera, secondo i propri principi, espressione della potestà punitiva penale dello Stato [...]. Ma tale scopo è del tutto diverso da quello che il ricorso ai criteri *Engel* lascerebbe attendere, cioè l'estensione alla sanzione amministrativa delle sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la *matière pénale*» – cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁷ Cfr. *supra* Cap. 5 §§ 4 e 5.

operata dal legislatore nazionale, fuoriesce dall'ambito di operatività del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e che, nondimeno, ad avviso dello stesso giudice, rivela una natura sostanzialmente punitiva⁸.

La casistica – come in parte già visto – offre interessanti riscontri di come l'interprete nazionale in qualche caso ritenga acriticamente di dare diretta applicazione ai *dicta* europei, estendendo l'ambito di applicazione di talune garanzie penalistiche⁹: nella sentenza n. 68 del 2021, ad esempio, è la stessa Corte costituzionale a dar conto di quel consistente orientamento della giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto applicabile, oltre i suoi precisi confini letterali, l'art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953 anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali¹⁰.

Come si dirà meglio oltre, simili prassi interpretative, ancora oggi molto diffuse¹¹, pongono diversi problemi¹², entrando in tensione con le fondamentali esigenze di certezza¹³ e di uniforme applicazione della legge penale, nonché

⁸ Il punto di partenza da cui ogni giudice deve muovere per sviluppare un simile ragionamento è ben illustrato dalla stessa Corte costituzionale: «la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile» – cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto n. 4.4.4 del *Considerato in diritto*.

⁹ Di prospettive avanguardiste, rispetto al pur necessario adeguamento ai *dicta* europei, parlava, in sede di commento della sentenza n. 230 del 2012, V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della corte di Strasburgo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 ottobre 2012.

¹⁰ Cfr., in particolare, Cass., sez. I pen., sentenza n. 17834 del 2020; sez. I pen, sentenza n. 17508 del 2020; sez. I pen, sentenza n. 17506 del 2020; sez. I pen, sentenza n. 13451 del 2020; sez. fer. pen., sentenza n. 24023 del 2020.

¹¹ La giurisprudenza della Corte di cassazione offre diversi esempi di come molti giudici di merito propongano interpretazioni creative in materia penale: cfr., *ex multis*, Cass., sez. VI pen., sentenza n. 31873 del 2017; e Cass., sez. VI pen., sentenza n. 1645 del 2020.

¹² A questo proposito, ragiona di una «difficile navigazione fra le sirene del soggettivismo e i gorgi di un positivismo acritico» D. PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in AA. VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali* (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017, p. 65 ss.

¹³ È utile rimarcare, in premessa, che «la certezza del diritto entra nell'orizzonte del diritto costituzionale come uno degli obiettivi che danno senso all'intero sistema giuridico. L'incertezza è il dato negativo di partenza, il problema da risolvere; così come il disordine è il male a cui porre rimedio, la Costituzione e il diritto costituzionale dovrebbero essere gli strumenti per rimediarvi» – così, autorevolmente, R. BIN, *Certeza del diritto e legalità costituzionale*, in *Specula iuris*, 4/2022, p. 1; peraltro, già all'inizio del secolo scorso, O. RANELLETTI, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1/1913, rimarcava questa profonda interrelazione tra certezza e diritto costituzionale, ricordando che «fu negli scopi delle moderne carte costituzionali assicurare la certezza e la stabilità delle norme fondamentali dell'ordinamento e l'attività dello Stato e i diritti fondamentali dei cittadini e le loro garantigie»; per una ricognizione di tipo storico-filosofico del valore riconosciuto alla certezza

compromettendo in radice la prevedibilità degli esiti giudiziari¹⁴. Occorre, quindi, provare a sciogliere preliminarmente il nodo relativo alle modalità con cui il giudice può procedere alla (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali di una misura che il legislatore nazionale ha considerato come estranea alla *materia penale*.

Da questo punto di vista, la Corte costituzionale non ha affrontato *expressis verbis* tale questione, ma, nel corso degli ultimi anni, in concomitanza con le numerose occasioni in cui si è dovuta cimentare con il problema della estensione delle garanzie penalistiche di volta in volta portate alla sua attenzione¹⁵, ha fornito alcune indicazioni sulle quali è bene soffermarsi.

Sicuramente, come già si è detto, in forza del modello varato con le sentenze gemelle e poi ridefinito dalla sentenza n. 49 del 2015, il giudice comune deve accertare l'esistenza di un *well-established case-law* in seno alla Corte EDU¹⁶: già questo *step* iniziale, però, è tutto tranne che agevole, se solo si considerano la complessità e la varietà delle valutazioni che la giurisprudenza di merito e di legittimità, ad esempio, ha offerto a valle della sentenza *De Tommaso* sul carattere – più o meno consolidato, appunto – di questa importante pronuncia europea; il più recente caso *Contrada*, peraltro, non ha aiutato a chiarire le modalità con cui devono essere impiegati i criteri proposti dalla stessa Corte costituzionale nel 2015¹⁷. Questo snodo rimane in ogni caso cruciale perché anche di recente la Corte costituzionale ha ribadito che, per assumere rilievo ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la giurisprudenza della Corte EDU deve risultare consolidata, nei sensi precisati dalla sentenza n. 49 del 2015¹⁸.

Che l'indirizzo inaugurato negli anni settanta e ottanta, con le sentenze *Engel* e *Ozturk*, possa dirsi rispettoso dei canoni indicati dalla Corte costituzionale è probabilmente incontrovertibile: nessuno, infatti, potrebbe convintamente

del diritto v., per tutti, S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 2001, p. 131 ss.

¹⁴ In tema, v. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, (a cura di) C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato, ESI, 2016, pp. 213-265.

¹⁵ Cfr. *supra* Cap. 6 §§ 3, 4 e 5.

¹⁶ Cfr., da ultimo, R. BARTOLI, *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale. Giurisprudenza consolidata, riconfigurazione dei principi, contro-limiti*, in *Archivio diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2022, p. 44 ss.

¹⁷ Peraltro, è utile qui ricordare che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che gli effetti della sentenza *Contrada* non si estendono ai cd. *fratelli minori*, facendo leva sul fatto che il pronunciamento europeo non possa dirsi espressivo di una giurisprudenza consolidata – cfr. Cass. Pen., SS.UU., sentenza n. 8544 del 2020, Ric. *Genco*.

¹⁸ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentenza n. 66 del 2019, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

sostenere che la Corte EDU non abbia – in modo assolutamente costante nel corso degli anni – ribadito che le garanzie previste nella *matière pénale* si applichino a tutte le misure di carattere afflittivo, a prescindere dalla loro qualificazione come sanzioni penali nell’ordinamento degli Stati. Si tratta, in sostanza, di un indirizzo senz’altro espressivo di un orientamento consolidato. Questione diversa è invece quella che riguarda il riconoscimento di un siffatto carattere in relazione ad una sentenza della Corte EDU che abbia affermato la riconducibilità di una precisa misura sanzionatoria entro i confini della *matière pénale*; questa operazione – che passa necessariamente attraverso l’utilizzo dei criteri *Engel* – potrebbe risultare nel singolo caso concreto assai complessa ed opinabile: non solo perché la stessa giurisprudenza della Corte EDU – senza disconoscere il tipico approccio anti-formalistico che ne ha contraddistinto storicamente l’evoluzione – potrebbe subire sviluppi significativi, anche imprevisi, come dimostra plasticamente proprio il caso del *ne bis in idem* e la svolta impressa con la sentenza *A e B*; ma, soprattutto, perché l’applicazione dei criteri *Engel* nei singoli casi concreti non è una operazione né automatica, né neutra rispetto all’ordine di preferenza con cui impiegare gli stessi criteri. In tempi recentissimi, a titolo di esempio, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l’elevata carica afflittiva delle misure oggetto di scrutinio e la conseguente incidenza sui diritti fondamentali dei destinatari non sono tali da escludere, in senso assoluto, la loro finalità preventiva, né depongono univocamente nel senso di una loro natura «punitiva»¹⁹. Un’operazione, insomma, quella che ha ad oggetto l’applicazione dei criteri *Engel*, tutt’altro che scontata, rispetto sia all’esito, sia all’eventuale procedimento argomentativo seguito, che, a seconda della sensibilità dell’interprete, può condurre al riconoscimento dei connotati punitivi, così come all’esclusione degli stessi²⁰.

Un conto, allora, è affermare il carattere consolidato alla giurisprudenza *Engel*; altro conto è riconoscere gli stessi connotati qualificanti ad uno specifico indirizzo della Corte EDU, formatosi in relazione ad una particolare misura di tipo sanzionatorio.

Ora, immaginando di riuscire ad aggirare questo primo problema che investe direttamente il parametro convenzionale, è noto che il giudice nazionale deve sperimentare un tentativo di interpretazione conforme alla CEDU, dovendo

¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.2.3 del *Considerato in diritto*.

²⁰ La vicenda decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 68 del 2021 conferma l’aleatorietà e l’incertezza che circonda una tale valutazione; v., ancora, V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit.; e A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. 68/21*, cit.

attivare il giudizio di costituzionalità ove questo tentativo fallisca²¹. Si osservi, incidentalmente, con riguardo a questa seconda eventualità, che il giudice comune non potrebbe in nessun caso prescindere dall'invocazione espressa del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.²² che, in simili giudizi, costituisce un presupposto processuale indefettibile per considerare conferente rispetto alla normativa impugnata e, quindi, potenzialmente rilevante ai fini del connesso scrutinio di costituzionalità la giurisprudenza della Corte EDU²³. Una sorta di parametro *stargate* che consente «l'ingresso [della questione] nel mondo convenzionale», per richiamare una efficace formula utilizzata dal Giudice costituzionale Zanon²⁴.

Molto probabilmente, al giudice *a quo* che intenda valorizzare la giurisprudenza europea per superare l'etichetta formale prescelta dal legislatore domestico si dovrebbe richiedere uno sforzo agiuntivo²⁵: non solo egli dovrebbe

²¹ «Le norme della CEDU, nell'interpretazione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo, costituiscono 'norme interposte' ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost.: con la conseguenza che, ove il giudice ravvisi un contrasto, non componibile per via di interpretazione, tra una norma interna e una norma della Convenzione, egli non può disapplicare la norma interna, ma deve sottoporla a scrutinio di costituzionalità in rapporto al parametro dianzi indicato» – cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 80 del 2011, punto n. 1 del *Considerato in diritto*.

²² Per completezza, va segnalato che in una più recente occasione in materia di incandidabilità, la Corte costituzionale ha osservato – a fronte di una ordinanza del giudice *a quo* con cui veniva invocato l'art. 3 Prot. addiz. CEDU, omettendo di richiamare esplicitamente l'art. 117, primo comma, Cost. – che «è in riferimento a tale ultima previsione – rispetto alla quale la citata norma convenzionale funge da parametro interposto (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007) – che la censura può e deve intendersi effettivamente proposta. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, infatti, la questione di legittimità costituzionale deve essere scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati ma desumibili in modo univoco dall'ordinanza di rimessione, qualora tale atto faccia a essi chiaro, sia pure implicito, riferimento mediante il richiamo ai principi da questi enunciati (ex *plurimis*, sentenze n. 5 del 2021, n. 227 del 2010, n. 170 del 2008, n. 26 del 2003, n. 69 del 1999 e n. 99 del 1997)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 25 del 2021, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

²³ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, con cui la Corte costituzionale aveva censurato proprio l'erronea invocazione dei parametri da parte del giudice rimettente.

²⁴ Cfr., sul punto, ancora N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 88.

²⁵ È noto il precedente della sentenza n. 276 del 2016, in materia di incandidabilità, in cui i giudici *a quibus* si erano limitati a considerare che, sebbene la sospensione dalla carica costituisca un effetto di natura amministrativa della condanna penale, si tratterebbe comunque di un effetto afflittivo conseguente a condanna pronunciata per un reato consumato in data antecedente a quella dell'entrata in vigore [della normativa]; in quest'occasione la Corte ha osservato che «tale motivazione – povera di argomenti di supporto e di richiami alla giurisprudenza della Corte EDU – è appena sufficiente a superare la soglia minima dell'ammissibilità e lo è solo perché essa individua, sia pure in modo implicito, nel ritenuto carattere di "afflittività" della misura uno dei criteri identificativi della nozione di 'pena' in senso convenzionale, conosciuti dalla Corte di Strasburgo» – cfr. Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.3 del

evocare formalmente l'art. 117, primo comma, Cost. e il relativo parametro convenzionale, ma dovrebbe anche indicare le principali direttrici argomentative che, sulla base di uno o più precedenti della Corte europea, suggeriscono di attrarre nel cono della *materia penale* la misura oggetto di scrutinio; la Corte, poi, come dimostrano alcuni importanti precedenti²⁶, non dovrà considerarsi vincolata a queste indicazioni, potendo liberamente vagliare la natura giuridica della stessa misura sulla base di argomenti diversi e di ulteriori pronunce della Corte EDU²⁷.

Guardando al ruolo del giudice in una prospettiva più generale, è utile ricordare che parte della dottrina ha messo in guardia l'interprete dai rischi correlati ad utilizzo disinvolto dell'interpretazione convenzionalmente conforme²⁸, proprio rispetto ai casi che riguardano la possibile (ri)qualificazione di un istituto considerato come non penale dal legislatore nazionale²⁹. Si è sottolineato, in particolare, che di fronte ad una precisa scelta classificatoria del legislatore nazionale in virtù della quale una determinata misura è stata considerata come estranea alla *materia penale*, il dato testuale/letterale della disposizione rappresenta un ostacolo difficilmente superabile in via interpretativa da parte del giudice comune³⁰. Né, in quest'ottica, al fine di estendere lo spazio di autonomia

Considerato in diritto; si tratta, comunque, di un precedente che pone alcuni problemi, per l'analisi dei quali sia consentito il rinvio a S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, 2/2017.

²⁶ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 276 del 2016, punto n. 5.4 del *Considerato in diritto*.

²⁷ Come si dirà meglio oltre commentando la sentenza n. 148 del 2022, la Corte costituzionale rimane ovviamente libera di non condividere la premessa esegetica del giudice *a quo* sulla natura punitiva della misura oggetto di scrutinio nel caso concreto.

²⁸ Cfr., in particolare, A. CARDONE, *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2016, p. 76, il quale evidenzia il rischio che l'interpretazione conforme possa risolversi in una sorta di «disapplicazione mascherata», con pesanti implicazioni sulla tenuta del principio di separazione dei poteri; su questo stesso tema, v., anche A. GUZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018; e V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti nella questione di costituzionalità*, cit., p. 49 ss.

²⁹ Sul tema v., in particolare, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 319 ss., e V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 luglio 2012; e, più di recente, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 settembre 2017.

³⁰ Così F. PALAZZO, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, cit., 2695 ss, il quale, peraltro, sottolinea le notevoli incertezze che derivano dall'interpretazione convenzionalmente conforme in materia penale, nascenti spesso «dall'eterogeneità strutturale tra la norma da

interpretativa riservato al giudice comune, sembra potersi richiamare la tesi, pur autorevolmente sostenuta³¹, secondo cui tutte le previsioni della CEDU – anche quelle, come l’art. 7 o come l’art. 4 Prot. 7 CEDU, che interessano la *matière pénale* – allorquando ricadano in «spazi normativamente vuoti», ossia non regolati in modo antinomico dalla legislazione nazionale, devono essere direttamente applicate dal giudice comune³². Questa tesi è stata sovente proposta per ricordare che al giudice comune spetta il compito di dare diretta applicazione alle disposizioni della CEDU e dei relativi protocolli, «in quanto norme incorporate nell’ordinamento giuridico italiano in forza delle rispettive leggi di autorizzazione alla ratifica». A sostegno della tesi in parola, inoltre, si è fatto spesso riferimento alla circostanza che la Corte costituzionale ha sì escluso che il giudice comune possa disapplicare una disposizione nazionale di diritto primario, applicando in suo luogo la norma convenzionale, ma non ha invece preso posizione in ordine alla diversa questione della diretta applicabilità, al pari di qualsiasi altra norma dell’ordinamento, della medesima norma convenzionale, «quantomeno in ogni ipotesi in cui si inserisca in uno spazio giuridico vuoto, non regolato in modo antinomico da altra disposizione di legge nazionale

interpretare conformemente e il parametro europeo di riferimento. Quest’ultimo, infatti, può presentarsi con caratteristiche molto diverse, che vanno da quelle di un principio o comunque di una norma di scopo estremamente generica e suscettibile di molteplici gradi di attuazione, a quelle di una disposizione estremamente analitica e minuziosa»; anche per C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss., nel settore penale in particolare, l’interpretazione «non può mai essere ‘libera’, deve tenere rigorosamente conto del dato letterale, pur potendo essere ‘estensiva’ non può stravolgere la lettera della legge. C’è, quindi, un ‘limite esegetico’, si sostiene, costituito dalla dizione lessicale, che non può essere superato se si vuole evitare di confondere i confini tra la funzione di creazione legislativa (di competenza parlamentare) e quella interpretativa/applicativa (di competenza giurisdizionale)»; su questo tema, v., anche, S. MARGIOTTA, *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 1/2021, p. 26, che giustamente rileva che «se [...] la certezza del diritto, in senso soggettivo, è un limite costituzionale alla discrezionalità del legislatore, deve esserlo, a maggior ragione, in sede giudiziaria, quando si tratta di valutare la fondatezza di interpretazioni lontane dal testo normativo che sovvertono applicazioni consolidate dello stesso».

³¹ Tesi sostenuta, in particolare, nella dottrina penalistica, da F. VIGANÒ, *L’impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis, F. Viganò, Giappichelli 2016, p. 26 ss.; e da A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative. Note a Corte cost., sent. 20 luglio 2016, n. 193, Pres. Grossi, red. Amato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 dicembre 2016, p. 267 ss.

³² Su questo tema osservano V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti nella questione di costituzionalità*, cit., p. 23, che la «principale ragione ostativa rispetto all’applicabilità diretta delle norme convenzionali risiede, in molti casi, nella loro fisiologica mancanza di chiarezza e precisione».

confligente»³³. Di questa tesi, però, non sembra convincere del tutto la premessa teorica da cui muove e cioè che esistano realisticamente degli spazi giuridici normativamente vuoti: la scelta del legislatore nazionale di limitare l'operatività di un determinato istituto alla sola *materia penale*³⁴, infatti, non può che essere interpretata nel senso che al di fuori di quello specifico ambito quel medesimo istituto non può trovare applicazione. Delle due l'una, infatti: o si rientra all'interno della *materia penale* e allora può predicarsi l'operatività di quel particolare istituto, che il legislatore nazionale ha, per l'appunto, riservato alla *materia penale*, ovvero, se si ricade all'interno di un settore diverso dell'ordinamento quello stesso istituto non può essere applicato, salva ovviamente una fruttuosa attivazione del giudizio di costituzionalità.

La nostra Corte, nella sentenza n. 43 del 2018 – scrutinando, come già detto, una questione di legittimità volta ad estendere il perimetro applicativo del divieto di *bis in idem*, codificato all'art. 649 c.p.p. – ha fornito importanti indicazioni su questo specifico profilo: essa ha osservato, in modo molto chiaro, che la lettera e la *ratio* dell'art. 649 c.p.p. escludono che, in difetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale, tale disposizione sia idonea a regolare il caso del giudizio *a quo*³⁵. Questa affermazione si inserisce nel solco della costante giurisprudenza costituzionale che ha messo in luce come l'obbligo dell'interpretazione conforme «ceda il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si

³³ La situazione descritta nel testo è per i sostenitori della tesi proposta tutt'altro che infrequente: si è fatto comunemente riferimento, in questa prospettiva, al diritto dell'imputato, dedotto dalla giurisprudenza europea dall'art. 6 CEDU, di interloquire sulla qualificazione giuridica del fatto oggetto dell'imputazione, il cui riconoscimento in sede processuale non presuppone la disapplicazione di alcuna disposizione del vigente codice di procedura penale (non dell'art. 521, comma 1, c.p.p., che si limita ad attribuire al giudice la facoltà di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, senza in alcun modo vietare che il giudice possa previamente sollecitare le parti a interloquire su tale possibile qualificazione alternativa); onde – viene osservato – «alla garanzia di tale diritto in sede processuale il giudice potrà pianamente pervenire attraverso la diretta applicazione dell'art. 6 CEDU così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo, che introduce – *in parte qua* – uno specifico diritto di difesa in capo all'imputato, non previsto ma nemmeno negato dal Codice» – cfr. F. VIGANÒ, *L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e diritto penale* (a cura di) G. Ubertis, F. Viganò, cit., p. 26 ss.; sul tema v., anche, F. GIUFFRIDA – G. GRASSO, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, cit., p. 15 ss.

³⁴ Così, per esempio, proprio il più volte citato art. 649 c.p.p. che limitava – prima del recentissimo intervento della sentenza n. 149 del 2022 – al settore penale l'operatività del divieto di *bis in idem*, stabilendo, come visto, che «l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69, comma 2, e 345».

³⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 43 del 2018, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca». Siffatta interpretazione – ancorché «doverosa» e con «un’indubbia priorità su ogni altra» – «appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell’esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo» e, pertanto, ove «sulla base di tali tecniche non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme a [...], il giudice è tenuto ad investire [la] Corte della relativa questione di legittimità costituzionale»³⁶.

Non è inutile ricordare, peraltro, che proprio nella materia penale valgono peculiari regole interpretative e che, coerentemente con questo assunto, nella sentenza n. 115 del 2018, il Giudice delle leggi ha ribadito che «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza»³⁷. Del resto, se si ragionasse diversamente – ovverosia se si riconoscesse, al giudice comune, la possibilità di estendere, in forza di una interpretazione convenzionalmente conforme basata sui criteri *Engel*, il perimetro applicativo di un istituto che il legislatore nazionale ha riservato al solo settore penale – si finirebbe, in fin dei conti, per svilire le scelte classificatorie di quest’ultimo, le quali devono sempre essere valutate in uno con le esigenze garantistiche sottese alla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost³⁸. La tesi di cui è detto, insomma, nel riconoscere la piena autonomia del giudice comune rispetto a tale asserita diretta applicazione della CEDU in spazi normativamente vuoti³⁹, non sembra tenere nella dovuta considerazione le esigenze di uguaglianza che il giudizio accentrato di costituzionalità, per come considerato proprio nel modello tracciato a partire dalle sentenze gemelle, assicura.

Ciò premesso e spostando l’attenzione su un ulteriore aspetto problematico, si può osservare che, ad oggi, non sembra completamente risolto il nodo relativo alla possibilità, per il giudice comune, di servirsi di una giurisprudenza europea consolidatasi su una misura diversa da quello che egli stesso è chiamato ad applicare nel caso concreto⁴⁰. Ci si riferisce, specificatamente, a quella particolare

³⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 36 del 2016, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

³⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 115 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

³⁸ Riferendosi al principio del *ne bis in idem*, la Corte costituzionale ha di recente sottolineato l’importanza di una tutela certa e uniforme nell’intero ordinamento, proprio rimarcando le specificità della materia penale che è dominata dal principio di stretta legalità – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

³⁹ Cfr., ancora, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

⁴⁰ Nel caso in cui la Corte europea si sia invece espressa direttamente sull’istituto italiano, patrocinando a tal fine un indirizzo interpretativo *well-established*, il giudice comune potrà agevolmente prendere in considerazione la strada dell’interpretazione convenzionalmente conforme, salvo, come

ipotesi in cui un orientamento consolidato della Corte EDU in effetti sussista ma in riferimento ad una misura diversa da quello di cui è questione nel giudizio pendente davanti al giudice comune che intenda servirsi dei criteri *Engel* per procedere ad una (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali⁴¹.

Su un primo versante si attestano una serie di pronunce con cui la Corte costituzionale è giunta a riconoscere, a tali fini, un ruolo significativo al giudice comune, che è espressamente chiamato a sviluppare i principi enucleati dalle Carte dei diritti fondamentali, nell'interpretazione datane dalle rispettive Corti⁴². Nella citata sentenza n. 68 del 2017, come visto, la Corte ha scrutinato una serie di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione in materia di confisca per equivalente⁴³, affermando di non aver «motivo di

visto, trovarsi costretto a chiedere l'intervento della Corte costituzionale ove il dato testuale fosse tale da non consentire una simile lettura – cfr., da ultimo, Corte cost., sentenza n. 149 del 2022.

⁴¹ Considerata la notevole e costante produzione giurisprudenziale della Corte EDU, con specifico riguardo agli artt. 6 e 7 CEDU, è ragionevole ipotizzare che una tale eventualità sia sempre più remota; ne si ricava una indiretta conferma nella sentenza n. 68 del 2021, in cui si discuteva, *inter alia*, della natura giuridica della revoca della patente di guida: la Consulta rileva come la Corte EDU abbia preso più volte posizione sulla natura penale, agli effetti della Convenzione, di misure quali il ritiro e la sospensione della patente, o il divieto di condurre veicoli a motore, disposte a seguito dell'accertamento di infrazioni connesse alla circolazione stradale; «da tali pronunce emerge un orientamento sostanzialmente univoco, alla luce del quale – ancorché le misure in discorso siano configurate nel diritto interno come misure amministrative finalizzate a preservare la sicurezza stradale – esse si connotano come di natura convenzionalmente penale quando l'inibizione alla guida si protragga per un lasso di tempo significativo, tanto più, poi, ove la loro applicazione consegua a una condanna penale (Corte EDU, *Rivard contro Svizzera*, sentenza 4 gennaio 2017; *Boman contro Finlandia*, sentenza 17 febbraio 2015; *Nilsson contro Svezia*, decisione 13 dicembre 2005): venendo, in tal caso, le misure stesse ad assumere, per il loro grado di severità, un carattere punitivo e dissuasivo (Corte EDU, *Maszni contro Romania*, sentenza 21 settembre 2006). In quest'ottica, si è ritenuto rientrare nella «materia penale» il ritiro della patente per la durata di diciotto mesi (Corte CEDU, *Nilsson contro Svezia*, decisione 13 dicembre 2005): lasso di tempo ben più breve dei cinque anni per i quali si protrae – nella più favorevole delle ipotesi – la revoca della patente disposta ai sensi dell'art. 222 cod. strada» – cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

⁴² Nel testo si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, ma è noto che, sulla riconducibilità di sanzioni extra-penali nel cono delle garanzie tradizionalmente riferibili al *nullum crimen* si è espressa anche la Corte di giustizia; nella sentenza n. 117 del 2019, ad esempio, la Corte costituzionale ha riconosciuto che le sanzioni amministrative previste in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura “punitiva”, proprio nel solco di quanto affermato dalla stessa Corte di giustizia UE, Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Consob*, § 38 – cfr. Corte cost., sentenza n. 117 del 2019, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³ In relazione all'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 e 9, comma 4, della l. n. 62 del 2005; nel formulare le proprie censure, il giudice rimettente aveva mosso dal presupposto per cui la misura in oggetto avrebbe dovuto essere considerata, in ragione del suo carattere afflittivo e in disparte l'etichetta formale di «misura conseguente ad un illecito amministrativo» ad essa

discostarsi dalla premessa argomentativa da cui muove il rimettente, sulla natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, della confisca per equivalente»⁴⁴. La tesi che il giudice comune possa procedere autonomamente alla riqualificazione di un istituto come sostanzialmente penale, secondo i criteri propri della giurisprudenza europea⁴⁵, è accreditata da quanto la stessa Corte ha precisato immediatamente dopo e cioè che è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo; il giudice comune, in questa prospettiva ed in qualità di «primo interprete della CEDU»⁴⁶, è tenuto a sviluppare i principi enunciati sulla base dell'art. 7 della CEDU per decidere se valgano anche con riferimento ad altri istituti⁴⁷. Il medesimo argomento è riproposto, più di recente, in occasione della sentenza n. 63 del 2019, con cui la Corte ha riconosciuto l'applicabilità della garanzia della *lex mitior* ad una particolare sanzione amministrativa punitiva. Anche in quest'occasione, la Consulta ha sottolineato come alla declaratoria di incostituzionalità non fosse d'ostacolo il fatto che, sino a quel momento, non si registrassero precedenti specifici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Condividendo la prospettiva del rimettente, la Consulta ha quindi affermato la natura punitiva della sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998, riconoscendo l'applicabilità delle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*⁴⁸.

attribuita dal legislatore, alla stregua di una sanzione *penale* e, come tale, protetta dalle garanzie del *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU.

⁴⁴ Cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Anche nella sentenza n. 43 del 2017, la Corte è sembrata proporre questo tipo di lettura, riscontrando, senza eccepire alcunché sul punto, che il giudice rimettente aveva ritenuto che a determinate sanzioni amministrative dovesse essere riconosciuta natura sostanzialmente penale, «benché manchi, allo stato, una pronuncia della Corte europea che, con specifico riferimento alle suddette sanzioni, si sia espressa in tal senso» – cfr., su questo specifico profilo, ancora N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁴⁶ Sottolinea con enfasi questo profilo F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*. *Corte cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68, Pres. Grossi, Red. Lattanzi*, cit., p. 3 ss.

⁴⁷ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 68 del 2017, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ «Questa Corte ha già avuto occasione di affermare, in due distinte occasioni, la natura sostanzialmente punitiva della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate [...]; ma tale qualificazione deve necessariamente estendersi anche alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista per il medesimo illecito, che qui viene immediatamente in considerazione. Tale sanzione non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro (a loro volta elevabili sino al triplo ovvero al maggior importo di dieci volte il profitto conseguito o le perdite evitate), e che è comunque sempre destinata, nelle

Su un versante diverso si collocano invece alcune affermazioni, probabilmente più isolate, con cui la Corte costituzionale ha messo in relazione la tematica in oggetto con la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., per sottolineare i rischi sottesi ad un eccessivo attivismo da parte dei giudici comuni, proprio in relazione alla possibile riqualificazione in termini sostanzialmente penali. Così, nella sentenza n. 109 del 2017, con cui, come già visto, sono state dichiarate inammissibili le censure di incostituzionalità formulate dal Tribunale di Varese in relazione ad alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016⁴⁹. Senza contestare, in termini generali, la tesi per cui «il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della CEDU e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima»⁵⁰, la Corte ha evidenziato che, ove si ammettesse la possibilità per ciascun giudice comune di procedere alla riqualificazione in termini sostanzialmente penali di una misura sanzionatoria, il criterio casistico cui sarebbe inevitabilmente consegnata l'identificazione della natura della medesima sanzione «potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.»⁵¹. Questa idea – rimasta sottotraccia nella successiva giurisprudenza costituzionale – ha trovato riscontro in una recente pronuncia, ancorché nell'ambito di un *obiter dictum*⁵²: nella sentenza n. 149 del 2022, che riguarda il complesso tema del *ne bis in idem*, è stato riconosciuto dalla Corte che nella materia penale, dominata dal principio di stretta legalità, è necessario garantire una tutela certa ed uniforme nell'intero ordinamento; passaggio davvero rilevante, sia perché viene proposto nel corpo di una sentenza in

intenzioni del legislatore, a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto, di separata confisca. Una simile carica afflittiva si spiega soltanto in chiave di punizione dell'autore dell'illecito in questione, in funzione di una finalità di deterrenza, o prevenzione generale negativa, che è certamente comune anche alle pene in senso stretto» – cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁹ Recante *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*; sul tema, si v. F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2016, p. 6 ss.

⁵⁰ Passaggio che sembra implicitamente riconoscere che il giudice *a quo* possa procedere nello stesso senso anche qualora manchino precedenti specifici della Corte EDU – cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto* – cfr. I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

⁵² *Obiter* che, peraltro, viene formulato in relazione alla diversa questione della eventuale disapplicazione, in forza dell'art. 50 della CDFUE, dell'art. 649 c.p.p. oggetto di scrutinio; su questi profili, v., ancora, M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit., p. 10.

cui si giunge a dichiarare, per la prima volta, l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p., sia perché, anche attraverso i precedenti richiamati a margine dalla Corte⁵³, appare evidente l'intenzione del Giudice costituzionale di ribadire la cogenza del principio della separazione dei poteri.

In ogni caso e alla luce di quanto evidenziato fino a qui, è possibile ritenere che nella giurisprudenza costituzionale si rintracciano spunti diversi tra loro in ordine all'ampiezza del ruolo che il giudice comune si può riconoscere quando è chiamato a risolvere il problema della (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali.

2. Gli effetti della (ri)qualificazione: alcune precisazioni sul modello dell'assimilazione

Quando si discute del perimetro applicativo delle garanzie sottese al principio di legalità, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., è necessario confrontarsi con un ulteriore interrogativo, che può essere compendiato nei seguenti termini: a prescindere dalla circostanza che sia il giudice comune ovvero, come si dirà, più auspicabilmente la Corte costituzionale a procedere alla (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali di un istituto diversamente etichettato dal legislatore nazionale, quali sono le implicazioni, sul versante delle garanzie individuali, di una simile operazione ermeneutica? Detto altrimenti, qual è il risultato pratico dell'attrazione all'interno dei confini della *matière pénale* di una misura che il legislatore nazionale ha ritenuto di collocare all'esterno della *materia penale*?⁵⁴ Nel precedente capitolo⁵⁵, abbiamo visto che la Corte costituzionale, dopo aver soltanto teorizzato il modello della *coesistenza*, di recente ha aderito più convintamente alla teoria dell'*assimilazione*, riconoscendo che già i parametri interni consentono l'applicazione delle garanzie penalistiche alle sanzioni extra-penali aventi carattere punitivo⁵⁶. La stessa Corte, però, ha anche riconosciuto che talune specifiche garanzie – come la riserva di legge e quelle

⁵³ Cfr. Corte cost., sentenze n. 98 del 2021, n. 115 del 2018, n. 109 del 2017 e ordinanza n. 24 del 2017.

⁵⁴ Si vedano, sul tema, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. n. 109 del 2017*, cit.; e N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative 'incostituzionali' fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, pp. 378-380.

⁵⁵ Cfr. *supra* Cap. 6 §§ 3, 4 e 5.

⁵⁶ L'art. 25, secondo comma, Cost. in particolare; ma anche l'art. 3 in relazione alla garanzia della retroattività *in bonam partem* che la Corte ha riconosciuto per una particolare categoria di sanzioni amministrative in materia di abuso di informazioni privilegiate – cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, punto n. 6.2 del *Considerato in diritto*.

che discendono dal principio di personalità della responsabilità penale⁵⁷ – non possono estendersi anche alle sanzioni formalmente non penali, in ragione della loro profonda connessione con lo statuto tipico delle pene in senso stretto.

A questo punto, è opportuno guardare più da vicino un simile approdo, per comprenderne la reale portata e per provare a coglierne anche le implicazioni di sistema. Partiamo col dire che, su un piano prettamente teorico, rispetto alla questione delle ricadute pratiche della riqualificazione in termini sostanzialmente penali, esistono due scenari ben differenziati tra loro.

Secondo una prima ricostruzione – coerente con una concezione radicale dell'idea dell'*assimilazione* – andrebbero riconosciute al cospetto di istituti collocati all'esterno della *materia penale*, ma da intendersi come sostanzialmente penali, in virtù dei criteri elaborati *Engel*, tutte le garanzie che l'ordinamento interno riconosce ai sensi dell'art 25, secondo comma, Cost. e di quelle particolari norme che – a vario titolo – fanno riferimento, nella dimensione nazionale, ai soli reati e/o alle sole sanzioni penali. Non vi sarebbe, in questa prospettiva, alcuna differenza pratica, sul piano delle garanzie da riconoscere in concreto, tra gli istituti che il legislatore qualifica formalmente – *ab origine* – come rientranti nella *materia penale* e quelli che, in disparte l'etichetta formale ad essi attribuita dal legislatore, vengono (ri)qualificati come sostanzialmente penali, secondo i canoni propri dalla giurisprudenza europea. La *materia penale* nazionale e la *matière pénale* europea andrebbero così ad integrarsi fino a determinare una sorta di cd. *spazio giuridico penale*, frutto, per l'appunto, della combinazione dei due paradigmi, in cui le garanzie costituzionali e quelle convenzionali si sommerebbero e andrebbero, tutte e indistintamente, riconosciute nei singoli casi concreti agli istituti (ri)qualificati come sostanzialmente penali, in applicazione dei criteri *Engel*: non solo, pertanto, le garanzie proprie sia del principio di legalità *ex art. 25*, secondo comma, Cost., che del *nullum crimen* convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, come la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem*, bensì anche quelle specifiche ed ulteriori tutele, come la riserva di legge⁵⁸, che l'ordinamento nazionale predispone, nella *materia penale*, in relazione ai soli reati e alle sole sanzioni penali formalmente qualificati come tali.

⁵⁷ Nella sentenza n. 109 del 2017, la Corte ha osservato che «la pertinenza esclusiva [dell'art. 27 Cost.] alle sanzioni propriamente penali è, peraltro, affermata dalla costante giurisprudenza di questa Corte: sentenze n. 281 del 2013 e n. 487 del 1989; ordinanze n. 125 del 2008, n. 434 del 2007, n. 319 del 2002, n. 33 del 2001 e n. 159 del 1994)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 109 del 2017, punto n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Si interrogava in ordine a questa eventualità già V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., p. 227 ss.

A ben osservare, una simile ricostruzione muove dalla premessa, più volte rimarcata dalla stessa Corte costituzionale⁵⁹, che l'apertura dell'ordinamento alla dimensione sovranazionale, specie nel settore penale, debba risolversi, sempre e comunque, in una estensione delle garanzie individuali, non potendo in nessun caso il rispetto degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost., causare una *deminutio* nell'effettività delle tutele offerte dall'ordinamento nazionale. Questa prima opzione ricostruttiva – che pure muove da coordinate teoriche condivisibili da un punto di vista assiologico – determina però implicazioni di carattere sistematico tutt'altro che marginali: ritenere operative in relazione alle misure considerate come sostanzialmente penali secondo i criteri elaborati dalla Corte EDU tutte le garanzie proprie della *materia penale nazionale*⁶⁰ significa, in buona sostanza, svilire le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore, in spregio alla riserva di legge e al principio costituzionale di sussidiarietà⁶¹.

A risultati opposti conduce invece la seconda delle opzioni in astratto prospettabili rispetto al quesito posto in apertura, per la quale la (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali di una misura formalmente non penale trascinnerebbe con sé soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della CEDU. Ciò determinerebbe, sul piano pratico, una netta differenziazione tra le misure formalmente qualificate come penali dal legislatore nazionale, da una

⁵⁹ Riecheggiano, in questo senso, le parole della Corte costituzionale, per cui «il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» – Corte cost., sentenza n. 317 del 2009; a commento della quale, v., in particolare, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., P. 2197 ss.; e, della stessa A., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., p. 161 ss.

⁶⁰ Non solo ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost., ma anche ex artt. 27, primo e terzo comma, e 11, terzo e quarto comma, e 112 Cost.; è quanto sembra prefigurare A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021, p. 270, laddove osserva che «tutte le sanzioni sostanzialmente penali alla luce dei criteri *Engel* dovranno godere delle garanzie costituzionali in tema di legalità, determinatezza, riserva di legge, divieto di retroattività e anche retroattività favorevole (anche se tale principio non deriva da una norma costituzionale espressa ma da una interpretazione giurisprudenziale dell'art. 3), giusto processo».

⁶¹ Ed è importante ricordare, a tal proposito, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 49 del 2015: «l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la 'effettività dell'imposizione di obblighi e doveri', corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà», per il quale, secondo un consolidato insegnamento della medesima Corte, «la criminalizzazione, costituendo l'ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire» – cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

parte, e quelle sostanzialmente penali, ai sensi della CEDU, dall'altra: per le prime, *nulla quaestio* circa il riconoscimento nei loro confronti di tutte le garanzie che l'ordinamento individua all'interno della *materia penale*, per come definita a livello nazionale, essendo questa pacificamente la naturale conseguenza della scelta classificatoria operata dal legislatore, in forza della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost.; per le seconde, viceversa, sarebbero operative soltanto le garanzie previste dalla CEDU – *rectius*: che la Corte EDU ha ricavato, con la sua attività interpretativa, dalle disposizioni della CEDU – le quali, come si è già detto, non possono dirsi, pur a fronte di una progressiva convergenza⁶², del tutto coincidenti con quelle previste nella *materia penale* nazionale. Di questa ultima circostanza appare consapevole anche la stessa Corte costituzionale che ha messo in evidenza due importanti aspetti: con la citata ordinanza n. 24 del 2017, ha sottolineato che «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla discrezione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità»; con la sentenza n. 230 del 2012, che «nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana, ad esso restando estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.»⁶³.

Orbene, alla luce delle pronunce esaminate nel precedente capitolo, occorre domandarsi se l'*assimilazione* che la Corte costituzionale ha proposto tra le sanzioni penali in senso proprio e le misure sanzionatorie punitive sia effettivamente riconducibile al primo dei due modelli appena richiamati. Come visto, in relazione alle sanzioni sostanzialmente penali è stata predicata l'estensione della garanzia dell'irretroattività *in malam partem*, così come della garanzia della determinatezza-prevedibilità, in coerenza con il comune fondamento assiologico che la stessa Corte costituzionale, da ultimo con la sentenza n. 98 del 2021, ha riconosciuto a questi corollari. La progressiva affermazione del modello dell'*assimilazione* è passata, inoltre, dalla fondamentale sentenza n. 63 del 2019, che ha esteso alle sanzioni extra-penali aventi connotati punitivi la retroattività *in mitius* e il principio del *nemo tenetur se detegere*; ancora più di recente, è stato ridefinito il tradizionale baluardo del giudicato, che aveva resistito ad un primo tentativo di superamento nel 2017 e che ora la Corte

⁶² A tal riguardo, può essere utile segnalare che, nell'ordinanza n. 24 del 2017, la Corte ha affermato che il requisito della prevedibilità, quale corollario della legalità penale – ampiamente valorizzato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo – è anche un «principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale» – cfr., in particolare, Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, sentenza 21 ottobre 2013.

⁶³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

costituzionale ha fatto venir meno in favore di una particolare categoria di sanzioni amministrative; l'ultimo tassello, infine, è stato posizionato in tempi recentissimi, con la dichiarazione di illegittimità dell'art. 649 c.p.p., che può oggi applicarsi anche in relazione alle sanzioni amministrative previste dalla legge n. 633 del 1941 sul cd. *Diritto d'autore*.

Senza timore di essere smentiti⁶⁴, si può dunque sostenere che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni ha condiviso, in modo sempre più convinto, l'approccio anti-formalistico promosso in sede europea, estendendo una cospicua quota delle garanzie tradizionalmente riferibili alla cd. *Costituzione penale* anche alle sanzioni sostanzialmente penali. In questo quadro, però, come anticipato, si registrano alcune significative eccezioni, che contribuiscono a definire un sistema a più livelli o a cerchi concentrici: le eccezioni riguardano, *in primis*, la riserva di legge statale, riconosciuta sempre dall'art. 25, secondo comma, Cost., che la Corte costituzionale ritiene del tutto incompatibile con un apparato sanzionatorio che può essere configurato a livello ragionevole⁶⁵; il principio rieducativo, scolpito nell'art. 27, terzo comma, Cost., la cui riferibilità alle sanzioni extra-penali è stata fino ad oggi esclusa dalla Corte costituzionale⁶⁶, la quale, con riguardo alla sanzioni disciplinari, ha affermato che, pur attenendo in senso lato al diritto sanzionatorio, tali misure «conservano tuttavia una propria specificità, anche dal punto di vista del loro statuto costituzionale, non essendo [...] soggette al principio della necessaria funzione rieducativa della

⁶⁴ Del resto, lo riconosce chiaramente anche la Corte costituzionale, affermando di aver «ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello 'statuto costituzionale' sostanziale delle sanzioni penali: sia quello basato sull'art. 25 Cost. – irretroattività della norma sfavorevole (sentenze n. 96 del 2020, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017; nonché, a livello argomentativo, sentenze n. 112 del 2019 e n. 121 del 2018; ordinanza n. 117 del 2019), determinatezza dell'illecito e delle sanzioni (sentenze n. 134 del 2019 e n. 121 del 2018) – sia quello basato su altri parametri, e in particolare sull'art. 3 Cost. – retroattività della *lex mitior* (sentenza n. 63 del 2019), proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto (sentenza n. 112 del 2019)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵ «Secondo l'ormai costante giurisprudenza di questa Corte, le garanzie discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. si applicano anche agli illeciti e alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente punitivo (sentenze n. 134 del 2019, n. 223 del 2018, n. 121 del 2018, n. 68 del 2017, n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), con l'eccezione però della riserva assoluta di legge statale, che vige per il solo diritto penale *stricto sensu*, come da ultimo precisato dalla sentenza n. 134 del 2019» – cfr. Corte cost., sentenza n. 5 del 2021, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁶ Anche se, come abbiamo visto, a partire dalla sentenza n. 112 del 2019, la Corte ha ritenuto di poter sindacare la ragionevolezza-proporzionalità anche delle sanzioni sostanzialmente penali, sulla base di cadenze argomentative per molti aspetti analoghe a quelle sviluppate in relazione alle pene in senso proprio – cfr., in particolare, F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 29.

pena, che questa Corte ha sempre ritenuto essere connotato esclusivo delle pene in senso stretto»⁶⁷.

A certi limitati fini, insomma, la Corte costituzionale continua a distinguere l'universo penale definito a livello formale dal legislatore – nel cui perimetro sono destinate ad operare anche tutte quelle garanzie processuali che attengono alle modalità di accertamento della responsabilità penale – dal mondo del diritto sanzionatorio punitivo⁶⁸. La sensazione, in conclusione è che la Corte abbia optato per una *assimilazione temperata*, che guarda alla tipologia di garanzia che, di volta in volta, viene in rilievo⁶⁹; un modello che risponde evidentemente all'esigenza di prevedere un corredo di garanzie adeguato a fronte di sanzioni amministrative di «nuova generazione», il cui grado di afflittività può anche superare quello proprio delle sanzioni penali⁷⁰. Certo non si può ignorare il fatto che una perimetrazione delle garanzie *a più livelli* porta con sé degli inconvenienti di un certo peso, specialmente nella prospettiva del diritto costituzionale, se si tengono a mente quelle fondamentali esigenze di certezza e prevedibilità, sulle quali la stessa Corte costituzionale ha giustamente richiamato l'attenzione negli ultimi anni⁷¹.

3. I rischi di un uso disinvolto dell'interpretazione conforme, tra incertezze applicative e imprevedibili esiti giudiziari

In diversi passaggi di questo volume si è fatto riferimento all'idea che una interpretazione eccessivamente *elastica* della nozione di *materia penale*

⁶⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 197 del 2018, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ In una interessante pronuncia in materia di confisca urbanistica, la Corte ha recentemente ricordato che «la natura amministrativa della sanzione in esame non è di per sé incompatibile con il fatto che essa debba essere irrogata nel rispetto di quanto prevede l'art. 7 CEDU per le sanzioni di natura punitiva, considerato che ciò corrisponde alla necessità di salvaguardare l'effettività delle garanzie convenzionali e i connessi profili sostanziali di tutela, senza con questo sacrificare la discrezionalità del legislatore nel configurare gli illeciti amministrativi come autonomi dal diritto penale, nel rispetto del principio di sussidiarietà (sentenza n. 49 del 2015 e ordinanza n. 187 del 2015, in riferimento alla sentenza n. 487 del 1989)» – cfr. Corte cost., sentenza n. 146 del 2021, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ In questo modo, le pronunce della Corte costituzionale sembrano convergere verso quel modello teorico che la dottrina penalistica aveva proposto qualche anno fa: v., in particolare, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.

⁷⁰ Si sofferma diffusamente sugli elementi differenziali tra sanzioni amministrative di «vecchia» e «nuova» generazione F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 23 ss.

⁷¹ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 2.2.2 del *Considerato in diritto*.

potrebbe avere ripercussioni molto serie, in chiave sistematica, su alcuni corollari del principio di legalità, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; è ora giunto il momento di soffermarsi in modo più puntuale su questi profili, attraverso l'esame di un caso che, per molteplici ragioni, risulta paradigmatico: più di altre, infatti, la vicenda che ha interessato l'evoluzione del principio del *ne bis in idem* consente di mettere in luce la rilevanza e la complessità delle problematiche evocate nelle precedenti pagine⁷².

Il punto di svolta, come già visto, è rappresentato in questo contesto dalla sentenza *Grande Stevens* della Corte di Strasburgo, che ha condannato l'Italia, per la violazione del diritto a un equo processo e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte; tale pronuncia, come noto, si è fondata sul presupposto per cui il procedimento amministrativo che si celebra davanti alla CONSOB, pur avendo ad oggetto un illecito formalmente amministrativo, si sostanzia in un'accusa di natura penale e, per l'effetto, deve essere assistito da tutte le garanzie che la CEDU prevede nella *matière pénale*, tra cui, appunto, il divieto di *bis in idem*, sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

In precedenza⁷³, sono state esaminate le ricadute sul fronte domestico e gli sviluppi giurisprudenziali di questa storica decisione; in questa diversa sede interessa richiamarne alcuni profili soltanto, sviluppando delle considerazioni di carattere più generale.

In primo luogo, ad un livello che potremmo definire sovra-statale, la vicenda del *ne bis in idem* conferma che, come qualsiasi organo giurisdizionale⁷⁴, anche la Corte EDU può rimeditare i propri precedenti, talvolta anche in modo radicale: la svolta impressa con la sentenza *A e B* – che ha proposto una lettura in chiave sostanzialistica del diritto a non subire un doppio giudizio per i medesimi fatti – riflette questa circostanza in modo evidente; quando ciò accade, peraltro, diventa anche più difficile cogliere la presenza, in seno alla stessa giurisprudenza convenzionale, di un indirizzo sufficientemente consolidato in

⁷² Per un approfondimento sul tema, v., anche, AA.VV., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, (a cura di) E. Bindi, A. Pisaneschi, Giappichelli, 2018.

⁷³ Cfr. *supra* Cap. 5 §§ 4 e 5.

⁷⁴ Commentando la sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021, V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2/2021, p. 1, osserva come «il diritto posto muta; il diritto interpretato muta; e la giurisprudenza, anche quella costituzionale, non può non tenere conto di questi mutamenti. Ciò che, però, caratterizza il mutare del diritto giurisprudenziale rispetto al mutare del diritto legislativo, differenziandolo, è che il secondo risponde a esigenze di opportunità politica; il primo a esigenze di necessità giuridica».

grado di vincolare l'attività dell'interprete nazionale⁷⁵. Ancora, il fatto che sullo stesso tema si sia pronunciata anche la Corte di giustizia, con una ricostruzione che converge verso gli stessi risultati interpretativi⁷⁶, pur non sovrapponendosi del tutto con gli approdi della giurisprudenza convenzionale, rende particolarmente complesso il ruolo del giudice domestico che deve scegliere con attenzione a quale sistema di tutela fare riferimento per risolvere il proprio caso⁷⁷.

In secondo luogo, in una dimensione questa volta endo-statale, la vicenda del *ne bis in idem* dimostra plasticamente quanto il giudice comune possa farsi

⁷⁵ Si interrogava su questo profilo, con riferimento all'evoluzione impressa dalla sentenza *A e B*, in particolare, M. MERSINI, *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decumum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2018.

⁷⁶ Come già si è detto, in una recente occasione la Corte costituzionale ha riconosciuto che ad approdi assai simili negli esiti a quelli [...] della giurisprudenza di Strasburgo è pervenuta la Corte di giustizia dell'Unione europea sulla corrispondente garanzia apprestata dall'art. 50 CDFUE – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁷ Interessante da segnalare il fatto che, nella sentenza n. 149 del 2022, la Corte ha respinto un'eccezione dell'Avvocatura di Stato con cui si era argomentato, in sostanza, che il giudice *a quo* avrebbe potuto disapplicare, totalmente o parzialmente, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio per il delitto oggetto di scrutinio; sul punto la Corte replica in modo approfondito: «secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. [...]. Tale rimedio non si sostituisce, ma si aggiunge a quello rappresentato dalla disapplicazione nel singolo caso concreto, da parte del giudice comune, della disposizione contraria a una norma della Carta avente effetto diretto [...] E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che, «per definizione, esclude ogni preclusione» [...], e che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze. Nel presente procedimento, peraltro, il giudice rimettente ha chiesto a questa Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della disciplina censurata in ragione del suo asserito contrasto non già con l'art. 50 CDFUE, bensì – unicamente – con l'art. 4 Prot. 7 CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost. A maggior ragione, dunque, questa Corte non può sottrarsi al proprio compito di scrutinare nel merito la questione, e se del caso dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, secondo i principi costantemente osservati a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007» – cfr. Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 2.2.2 del *Considerato in diritto*; si soffermano su questi aspetti della pronuncia della Corte costituzionale, da ultimo, G. PARODI, *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2022; e J. DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2022.

condizionare e talvolta suggestionare dai richiami dell'interpretazione conforme alla CEDU: nel settore delle sanzioni disciplinari di tipo carcerario, ad esempio, diversi giudici comuni hanno ritenuto di poter spingere l'interpretazione convenzionalmente conforme fino al punto di applicare l'art. 649 c.p.p. – e il divieto di *bis in idem* ivi previsto – a settori diversi da quello penale, nel cui solo ambito il legislatore lo aveva previsto con una precisa scelta classificatoria⁷⁸; tali decisioni hanno fatto applicazione in modo molto variegato della giurisprudenza europea sui criteri *Engel*, riconoscendo la natura punitiva di sanzioni come l'esclusione delle attività in comune per la durata di cinque giorni, ovvero, nel caso forse più noto⁷⁹, di sanzioni come il pagamento di una somma di euro 341,00 unitamente all'isolamento continuo e al divieto, per quindici giorni, di svolgere determinate attività (comunicare con i compagni, di accettare generi alimentari, di acquistare al servizio di sopravvito generi alimentari, di svolgere colloqui nei locali in comune).

Questo filone giurisprudenziale è interessante – nel ragionamento che si sta conducendo – per il fatto che tali interpretazioni creative sono state in taluni casi portate all'attenzione della Corte di cassazione, che ha avuto quindi modo di pronunciarsi e di disincentivare, nei limiti di quanto le è consentito fare, simili slanci ermeneutici⁸⁰. Le affermazioni del giudice di legittimità possono ritenersi in larga parte confortanti, posto che, ad esempio, è stato riconosciuto che la sanzione disciplinare di quindici giorni di esclusione dell'attività comune non possa ritenersi avere la sostanza di una sanzione penale, comportando «soltanto una diversa modalità di restrizione carceraria ed è suscettibile di dare luogo ad un aggravamento di afflittività dello *status detentionis* assai modesto, visti la durata ed il grado d'intensità dell'inasprimento al regime limitativo della libertà personale»⁸¹; nello stesso senso, la Suprema Corte, in un ulteriore caso – del pari relativo ad una ipotesi di sospensione dall'attività comune applicata

⁷⁸ Almeno fino ad un recentissimo passato: il più volte citato intervento della Corte costituzionale che ha dichiarato, sia pur nella sola materia del diritto d'autore, l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., suggerisce ora l'utilizzo del verbo al passato – cfr. M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2022.

⁷⁹ Commentato da S. FINOCCHIARO, *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente 'disciplinari': l'art. 649 c.p.p. Interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2014.

⁸⁰ Di interpretazioni acrobatiche parla G. GAJA, *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, (a cura di) S. Panunzio e E. Sciso, Giuffrè, 2002, p. 13 ss.

⁸¹ Cfr. Cass., sez. VI pen., sentenza n. 31873 del 2017, in cui si osserva anche che la misura dell'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni non è commensurabile con nessuna delle sanzioni previste dal sistema penale come pene principali e, finanche, delle misure alternative alla pena detentiva

ai sensi dell'art. 39 della legge n. 354 del 1975⁸² –, ha affermato che «le sanzioni disciplinari irrogate in ambito penitenziario non possono ontologicamente comportare un grado di afflittività assimilabile a quello proprio della reclusione [...] operando le prime sulle modalità di espiazione della pena detentiva già in atto così da renderla temporaneamente più rigorosa per il soggetto detenuto, laddove l'irrogazione della reclusione incide sulla stessa libertà personale del condannato, privandogliela per il tempo stabilito dal giudice in sentenza»⁸³.

Nondimeno, nonostante la perentorietà di queste affermazioni, anche in seno alla stessa Corte di cassazione si registrano precedenti in cui la valutazione in ordine alla natura sostanzialmente penale di una sanzione disciplinare di tipo carcerario ha raggiunto esiti differenti⁸⁴, più problematici: ad esempio, in un caso piuttosto noto⁸⁵, ci si poneva il problema della possibile violazione del principio del *ne bis in idem* perché l'imputato aveva già subito, per gli stessi fatti di danneggiamento che gli venivano contestati nel procedimento penale, la sanzione dell'isolamento diurno per cinque giorni; qui la Cassazione ha riconosciuto di essere al cospetto di una punizione di significativa gravità, capace di rendere la detenzione particolarmente afflittiva, al punto che per applicarla è necessaria una autorizzazione del medico; ancora, si è ritenuto in questo caso «che il grado di afflittività della stessa, tenuto conto della severità della

⁸² A norma del quale «le infrazioni disciplinari possono dar luogo solo alle seguenti sanzioni: 1) richiamo del direttore; 2) ammonizione, rivolta dal direttore, alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati; 3) esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni; 4) isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni; 5) esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni. La sanzione della esclusione dalle attività in comune non può essere eseguita senza la certificazione scritta, rilasciata dal sanitario, attestante che il soggetto può sopportarla. Il soggetto escluso dalle attività in comune è sottoposto a costante controllo sanitario. L'esecuzione della sanzione della esclusione dalle attività in comune è sospesa nei confronti delle donne gestanti e delle puerpere fino a sei mesi, e delle madri che allattino la propria prole fino ad un anno».

⁸³ Cfr. Cass., sez. VI pen., sentenza n. 1645 del 2019, decisione con cui la Suprema Corte ha poi annullato la sentenza di primo grado che aveva fatto applicazione dei criteri *Engel* decidendo per l'effetto di assolvere l'imputato.

⁸⁴ Cfr. Cass., sez. I pen., sentenza n. 15865 del 2021, in cui si legge che «il procedimento disciplinare, proprio per il suo carattere sanzionatorio, partecipa dei principi generali che caratterizzano il procedimento amministrativo [...], tra i quali vi è, pacificamente, il divieto di *bis in idem* e, dunque, la preclusione rispetto alla possibilità di una riapertura della procedura per la applicazione di nuove eventuali sanzioni. Diversamente opinando, si finirebbe per collocare il procedimento disciplinare in una sorta di dimensione atemporale, grazie alla quale rimettere in discussione, in qualunque momento, le valutazioni di merito compiute su un determinato accadimento».

⁸⁵ Sviluppa alcune ulteriori considerazioni critiche sulla pronuncia della Cassazione, anche richiamando la nota opinione dissenziente del giudice *Pinto de Albuquerque* nel caso *A e B c. Norvegia*, E. ZUFFADA, *La Corte di cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017.

restrizione e della sua durata ne consente l'equiparazione alla sanzione formalmente penale, nel rispetto dei principi *Engel*⁸⁶. Una decisione che è stata – probabilmente a ragione – criticata dalla dottrina, non solo per questa sua discutibile statuizione preliminare, ma anche per il suo esito⁸⁷: pur avendo riconosciuto la natura penale della sanzione disciplinare, i giudici di legittimità, infatti, hanno alla fine escluso la sussistenza di un *bis in idem*, ritenendo i due procedimenti sufficientemente connessi, dal punto di vista sostanziale e temporale, facendo valere soprattutto un argomento francamente piuttosto debole, come quello della contiguità cronologica tra gli stessi⁸⁸.

In ogni caso, in una prospettiva più generale, questo ulteriore arresto della Suprema Corte conferma la tendenza che abbiamo più volte segnalato e cioè che, anche in uno stesso limitato settore – quale è, all'evidenza, quello delle sanzioni disciplinari di tipo carcerario –, le valutazioni dei giudici sulla natura della misura *sub iudice* possono differenziarsi profondamente, con evidenti ricadute sul fronte della uniforme applicazione della legge penale, della certezza⁸⁹ e della prevedibilità dell'esito giudiziario⁹⁰. Invero, non si può negare

⁸⁶ Cfr. Cass., sez. III pen., sentenza n. 9184 del 2017, laddove – questa volta più opportunamente – la Suprema Corte ha anche rimarcato che «tale valutazione non può essere generalizzata ed estesa a tutte le sanzioni disciplinari dovendosi valutare, caso per caso, se le stesse abbiano caratteristiche tali da potere essere considerate sostanzialmente 'penali', tenuto conto dei parametri indicati dalla Corte europea».

⁸⁷ Da segnalare che i giudici di legittimità hanno ricordato, in proposito, che «qualora, all'esito del giudizio, venisse accertata la responsabilità dell'imputato, il giudice di merito, nel definire la pena, dovrà tenere conto della sanzione disciplinare già irrogata, con l'obiettivo di completare il 'compendio sanzionatorio integrato', generato dalle due procedure, definendo una sanzione complessivamente proporzionata al disvalore del fatto polioffensivo» – cfr. Cass., sez. III pen., sentenza n. 9184 del 2017.

⁸⁸ Questo passaggio non convince del tutto che, mentre il procedimento disciplinare si era concluso nel dicembre 2014, il procedimento penale era, al momento della decisione e ad oltre due anni di distanza, ancora in corso di svolgimento e in attesa di ben due gradi di giudizio: in una prospettiva come questa, appare arduo continuare a parlare di 'sanzione penale integrata', invece che di vera e propria duplice sanzione dell'*idem factum* – cfr., ancora, E. ZUFFADA, *La Corte di cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al "doppio binario" sanzione penale – sanzione disciplinare (penitenziaria)*, cit.

⁸⁹ In una prospettiva di carattere generale sul tema della certezza del diritto e del ruolo del giudice, v. E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giustizia*, 2018.

⁹⁰ I due concetti – quello della certezza del diritto e della prevedibilità – sono intimamente connessi, al punto che la definizione del primo è sovente proposta facendo leva sulla seconda: «la certezza del diritto consiste nella possibilità di stabilire (in maniera ragionevolmente attendibile) le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti» – così G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, (a cura di) A. Apostoli, M. Gorlani, Editoriale scientifica, 2018, p. 110; anche M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018,

che, proprio rispetto al principio del *ne bis in idem*, molte delle criticità discendono da un quadro giurisprudenziale europeo non univoco che lascia un significativo margine di discrezionalità all'interprete nazionale in ordine all'accertamento dei presupposti che consentono di affermare la compatibilità del meccanismo di doppio binario con i parametri europei⁹¹; un quadro che, per richiamare un'efficace espressione utilizzata in dottrina, lascia il principio del *ne bis in idem* e il connesso principio di legalità della pena alla mercè degli interpreti⁹².

Le criticità che si sono appena segnalate assumono toni ancora maggiori in quei settori di rilevanza euro-unitaria in cui il giudice è chiamato anche a dare diretta applicazione alle norme della CDFUE, tra cui, appunto, l'art. 50 che sancisce il divieto di *bis in idem*⁹³; già si è ricordato, peraltro, che è stata proprio la Corte di giustizia, nel perimetro di una criteriologia coerente con quella definita dalla sentenza *A e B*, che ha dato ampia valorizzazione al profilo della proporzionalità del trattamento sanzionatorio cumulativo.

È sufficiente il richiamo ad una sentenza di merito per comprendere quanto sia attuale e concreto il rischio di costruire, sull'altare dell'adeguamento del sistema penale interno ai *dicta* delle Corti europee, soluzioni interpretative

condivide la tesi che identifica la certezza «con la possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti».

⁹¹ Per un approfondimento su questi elementi, v. M. SCOLETTA, *L'impatto sostanziale della CEDU sui principi fondamentali della materia penale nell'ordinamento interno: resistenze, desistenze, prospettive*, in *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale* (a cura di) G. Grasso, A. Maugeri, R. Sicurella, Pisa University Press, 2020; e F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2018.

⁹² Così M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercè degli interpreti*, in *Le società*, 2019, p. 533 ss.

⁹³ La Corte di cassazione ha, in proposito, affermato che, in tema di abuso di informazioni privilegiate, nel caso in cui siano state già definitivamente inflitte le sanzioni amministrative previste dall'art. 187-bis del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in modo tale da assorbire completamente il disvalore della condotta, risultando coperti aspetti rilevanti sia a fini penali che amministrativi, e pienamente tutelato l'interesse protetto dell'integrità dei mercati finanziari e della fiducia del pubblico negli strumenti finanziari, il giudice di merito o quello di legittimità – ricorrendo le condizioni previste dall'art. 620, comma 1, lett. l) c.p.p. – può disapplicare integralmente la sanzione penale, atteso che, in tal caso, il cumulo delle sanzioni risulterebbe radicalmente sproporzionato e contrario ai principi sanciti dagli artt. 50 CDFUE e 4 Prot. 7 CEDU, come interpretati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze Grande Sezione, *Menci* (C-524/15); *Garlsson Real Estate SA e altri contro Consob* (C-537/16); *Di Puma contro Consob e Consob contra Zecca* (C-596/16 e C-597/16) e dalla Corte EDU nella sentenza *A e B contro Norvegia* del 2016. In motivazione, la Corte ha precisato che il giudice, nella valutazione complessiva dell'afflittività del carico risultante dalla combinazione delle discipline sanzionatorie, tenendo conto delle sanzioni principali e accessorie e della confisca, ha il dovere di spingersi oltre la verifica meramente quantitativa o legata alle ragioni di tutela dell'interesse protetto, valorizzando anche le esigenze di garanzia individuale – cfr. Cass., sez. V pen., sentenza n. 39999 del 2019.

foriere di enormi incertezze applicative⁹⁴; in una materia, quella penale, che, sulla base di quanto anche di recente affermato dal Giudice costituzionale, dovrebbe essere dominata dalla stretta legalità⁹⁵. Senza indugiare sugli aspetti di dettaglio del caso⁹⁶, si può qui ricordare che il Tribunale di Milano è stato chiamato a giudicare la posizione di alcuni soggetti, imputati del delitto di manipolazione del mercato *ex art.* 185 T.U.F., già destinatari di una sanzione di 100 mila euro per la violazione dell'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter T.U.F.⁹⁷. Convinti della penale responsabilità dei predetti e stimata equa, ai sensi dei criteri di commisurazione di cui all'art. 133 c.p., la pena di anni due di reclusione e 40mila euro, il Tribunale si è dovuto confrontare con un problema di non poco conto: la sanzione amministrativa già definitivamente inflitta era maggiore di quella che lo stesso giudice aveva in animo di applicare nel caso di specie. E così, per superare questo ostacolo, il Tribunale ha ritenuto che l'unica possibilità per rispettare il canone del *ne bis in idem* e il criterio di proporzionalità ad esso correlato fosse la disapplicazione del minimo edittale della pena detentiva stabilita dall'art. 185 T.U.F.

Il ragionamento è oltremodo complesso e può essere ricostruito con i seguenti passaggi logici⁹⁸: i) l'eccedenza della sanzione pecuniaria già inflitta rispetto a quella che il giudice stima equa nel caso di specie comporterebbe una sproporzione nel complessivo trattamento punitivo; ii) per riequilibrare questa sproporzione non si può operare soltanto sul versante della pena pecuniaria e la

⁹⁴ Questa la posizione espressa da un autorevole commentatore, che pure riconosce l'acume e l'acribia argomentativa del collegio che ha pronunciato la sentenza richiamata nel testo – cfr. F. MUCCIARELLI, “Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e *ne bis in idem*: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2019.

⁹⁵ Cfr., da ultimo, Corte cost., sentenza n. 149 del 2022, punto n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

⁹⁶ Per un approfondimento, che tiene conto anche di una coeva decisione della Corte di appello di Milano – Corte. App. Milano, Sez II, sentenza n. 284 del 2019 – che giunge ad esiti in parte diversi, v. M. MANGIA, *Il nuovo art. 187-terdecides TUF ed il divieto di bis in idem in materia di market abuse*, in *4legal.com*, 2019.

⁹⁷ Merita di essere segnalato anche un ulteriore caso, recentemente commentato sulla rivista *Sistema penale* – con note di F. MUCCIARELLI, *Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente*, in *Sistema penale*, 25 novembre 2022; e M. SCOLETTA, *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2022 – che apre, lungo una prospettiva senz'altro meritevole di approfondimento, interessanti scenari sulla tenuta del principio del *ne bis in idem* nel nostro ordinamento, anche con riguardo alle persone giuridiche.

⁹⁸ Così precisamente il Tribunale: «si ritiene di condannare gli imputati alla pena detentiva di anni uno mesi quattro di reclusione, disapplicando – *in mitius* – il minimo edittale di anni due di reclusione, e sottraendo al minimo edittale di anni due di reclusione, la pena di mesi otto di reclusione (corrispondente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da CONSOB eccedente la multa che questo tribunale avrebbe irrogato)».

quota di 40mila euro, corrispondente al minimo edittale dell'art. 185 T.U.F., non può essere applicata in quanto assorbita dalla sanzione amministrativa già inflitta; iii) utilizzando i criteri di ragguaglio tra pena detentiva-pena pecuniaria, di cui all'art. 135 c.p., si può quantificare l'eccedenza di 60mila euro equivalente a mesi otto di reclusione; iv) a questo punto, si può sottrarre, al minimo edittale di due anni di reclusione, tale quota e giungere così alla definitiva quantificazione della pena, decisa in anni uno e mesi quattro di reclusione.

Si tratta, evidentemente, di un percorso argomentativo molto articolato che possiamo riassumere dicendo che il giudice ha disapplicato parzialmente la forbice edittale di cui all'art. 185 T.U.F., al fine di determinare una complessiva risposta sanzionatoria coerente con il principio di proporzionalità, per adeguarsi agli *standard* europei⁹⁹. Quali i parametri legali su cui il Tribunale di Milano ha basato questa «compensazione sanzionatoria»? Sicuramente l'art. 185-*terdecies* T.U.F.¹⁰⁰, che ha introdotto un minimo meccanismo di raccordo tra i due procedimenti, amministrativo e penale, e l'art. 133 c.p., che, in questo ambito, impone una valutazione estesa al trattamento sanzionatorio comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa e relativa al fatto commesso nei

⁹⁹ Non mancano comunque ulteriori prese di posizione della Corte di legittimità nel senso della disapplicazione *in mitius* commentata nel testo: «l'accertamento dell'incompatibilità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* comporta, nel caso di sanzione amministrativa già divenuta irrevocabile, esclusivamente la ridefinizione delle sanzioni penali attraverso la disapplicazione *in mitius* della norma che commina dette sanzioni – non già *in toto*, ma – solo nel minimo edittale e con i limiti che saranno subito di seguito messi in luce» – cfr. Cass., sez. V pen., sentenza n. 49869 del 2018.

¹⁰⁰ In forza del quale: «quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria». L'attuale formulazione della previsione – frutto dell'intervento modificativo operato con il d.lgs. n. 107 del 2018 – è stata ampiamente commentata in dottrina: cfr., in particolare, L. DEAGLIO, *Il perimetro operativo del “ne bis in idem” nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. è tempo di bilanci*, in *Diritto penale e processo*, 10/2019, p. 1441, la quale osserva che «nonostante il nuovo testo abbia colmato le lacune più evidenti della versione originaria della disposizione, prevedendo lo scomputo della sanzione pecuniaria anche da parte dell'autorità amministrativa qualora il procedimento penale si concluda per primo ed aprendo la porta della ‘proporzionalità complessiva’ anche alle sanzioni diverse rispetto alle pecuniarie, diversi autori hanno evidenziato le criticità che continuano a caratterizzare la novellata formulazione, rilievi che qui si sente in toto di condividere e che possono rielaborarsi in due punti chiave [...]: l'eccessiva vaghezza dell'espressione “tenere conto”, utilizzata all'art. 187-*terdecies*, lett. a), e la mancanza di precise indicazioni circa il rapporto, in sede di scomputo, tra sanzioni pecuniarie e non».

diversi aspetti propri dei due illeciti¹⁰¹. È difficile dire, in poche battute, se la combinazione di questi parametri legali sia in grado di riempire di contenuto uno schema valutativo – quello richiesto per l'applicazione del *ne bis in idem* – che appare estremamente incerto¹⁰²; l'impressione che si ritrae dall'esame della giurisprudenza prima richiamata è che esso che sembra avvicinarsi molto ad una sorta di mappa orientativa; tale schema, peraltro, sembra soffrire di un *deficit* genetico, legato al fatto che è la giurisprudenza europea a pretendere dal giudice nazionale lo svolgimento di un accertamento sulla proporzionalità del complessivo trattamento punitivo molto difficile; del resto, come più volte ricordato, il ricorso a forme di «compensazione sanzionatoria» origina proprio dall'esigenza di adeguare il sistema interno al modello di *bis in idem* sostanziale che la Corte EDU e la Corte di giustizia hanno configurato¹⁰³.

In ogni caso, i riflessi che tali modelli decisori producono sulla possibilità che ciascun consociato riesca a prefigurarsi, con un sufficiente grado di certezza¹⁰⁴, le conseguenze delle proprie condotte sono autoevidenti¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cfr. anche Cass., sez. V pen., sentenza n. 3555 del 2021, che sottolinea come «il richiamo ai parametri normativi previsti dall'art. 133 c.p., utili a modulare la sanzione complessivamente inflitta, deve tener conto di un ampliamento dell'oggetto di tali valutazioni che, per un verso, devono essere estese al trattamento sanzionatorio inteso come comprensivo anche della sanzione formalmente amministrativa, oltre alla componente punitiva del risarcimento eventualmente irrogato ai sensi dell'art. 187-*undecies* T.U.F. [...] e, per altro verso, devono investire il fatto commesso nei diversi aspetti propri dei due illeciti (quello penale e quello “formalmente” amministrativo)».

¹⁰² Per M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, cit., p. 9, lo schema configurato in materia dalle Corti europee «consegna ai giudici un potere discrezionale altissimo, sottraendolo alle tradizionali prerogative del legislatore e di conseguenza ponendo rilevanti problemi in tema di “legalità della pena”».

¹⁰³ In una prospettiva più ampia, non va però dimenticato – come sottolinea in modo approfondito M. L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in Il diritto dell'Unione europea*, 4/2019 – che proprio la Corte di giustizia ha in molti casi valorizzato il principio di certezza come fondamentale strumento per garantire l'effettività nel sistema multilivello.

¹⁰⁴ Rispetto alla questione della prevedibilità delle conseguenze pregiudizievoli e della relazione che si instaura tra questa e la certezza, si può ricordare che in uno scritto dedicato all'opera *La libertà e la legge* di Bruno Leoni, N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione: leggendo la “libertà e la legge” di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, p. 256, osserva che «la certezza del diritto che interessa a Leoni non è quella insita nella precisione di un testo scritto dal legislatore, non manipolabile da interpretazioni giudiziarie “creative” (un tipo di certezza cui peraltro è da anettere rilievo tutt'altro che secondario, proprio nell'epoca del massimo trionfo del diritto giudiziario, anche nei sistemi di *civil law*): è invece “la possibilità per gli individui di fare piani a lungo termine in base a una serie di regole adottate spontaneamente in comune dalla gente e infine accertate dai giudici per secoli e generazioni”».

¹⁰⁵ Come sottolinea L. BARON, *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Archivio penale*, 3/2019, p. 11, per cui le sentenze delle Corti europee hanno «riversato all'interno della

Ora, come già visto, in numerose occasioni, la Corte costituzionale ha ribadito che le garanzie della irretroattività e della determinatezza valgono anche al di fuori della materia penale formalmente intesa, assistendo con pari intensità anche le misure extra-penali aventi carattere punitivo¹⁰⁶; tali garanzie, come più volte ricordato dalla stessa Corte costituzionale¹⁰⁷, intendono assicurare a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta, così da poter operare consapevoli scelte di azione; ad un tempo, con tali garanzie, in una prospettiva più generale, la Costituzione mira ad «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito».

Ma allora, se tutto ciò è vero e, soprattutto, se questi fondamentali postulati valgono anche nella materia penale, intesa in senso lato, sulla base dell'approccio antiformalistico verso cui sembrano oggi convergere Corte costituzionale e Corti europee, appare evidente come gli schemi valutativi che la giurisprudenza italiana propone in materia di *bis in idem*, sulla scia dei *dicta* europei, vadano a confliggere radicalmente con il nucleo essenziale di queste stesse garanzie¹⁰⁸.

In tutti questi casi, infatti, il singolo agente, lungi dal poter calcolare le conseguenze sanzionatorie delle proprie azioni, sembra più che altro esposto – richiamando un'efficace immagine usata in dottrina – ad un «misterioso ed imponderabile lancio di dadi»¹⁰⁹. L'incertezza che fatalmente connota questo tipo

gestione del meccanismo del *ne bis in idem*, già di per sé complessa, l'incertezza tipica di un giudizio – quello di proporzione rispetto alla gravità del fatto – caratterizzato da un tasso di elasticità e discrezionalità a tal punto consistente da porre a serio rischio qualsivoglia aspirazione alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie».

¹⁰⁶ Non solo: dalla vicenda *De Tommaso*, in materia di misure di prevenzione, si ricava che sia per la Corte costituzionale, sia per la Corte EDU l'esigenza di una sufficiente predeterminazione legale viene in rilievo anche in relazione a misure che non sono considerate penali, neppure nell'accezione più lata del termine.

¹⁰⁷ Cfr., *ex multis*, Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017; sentenze n. 115 del 2018 e n. 98 del 2021.

¹⁰⁸ Questione diversa da quella esaminata nel testo, che pure apre scenari altrettanto complessi per il futuro, è quella posta dalla recente decisione della Corte di giustizia, *NE*, C-205/20, sentenza 8 marzo 2022, autorevolmente commentata da F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit.; questa decisione, come si dirà meglio nel paragrafo conclusivo di questo capitolo, ha affermato il principio secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, § 3, della Carta – è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri; con la conseguenza che il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate».

¹⁰⁹ Così V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti nella questione di costituzionalità*, cit., quarta di copertina.

di valutazioni non offre alcun tipo di garanzie a livello generale¹¹⁰: né rispetto al fatto che quello stesso giudice raggiunga le stesse conclusioni, se chiamato nuovamente a pronunciarsi in futuro su fattispecie analoghe; né rispetto al fatto che un giudice diverso, investito dello scrutinio di un episodio comparabile, si faccia guidare dalle medesime logiche argomentative¹¹¹. Si tratta, per la verità, di una incertezza che si va a sommare all'incertezza che, più a monte, riguarda la stessa (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali di una misura sanzionatoria che il legislatore ha collocato al di fuori della *materia penale*. Il caso è ovviamente diverso dal celebre precedente *Taricco* ma giova comunque ricordare che, per difendere proprio il principio di determinatezza, unitamente alla logica della separazione di poteri che lo sottende, la Corte costituzionale è giunta addirittura ad attivare sostanzialmente i contro-limiti nei confronti del diritto dell'Unione europea, sfidando apertamente la Corte di giustizia¹¹²; ed è noto come, all'esito di quella complessa vicenda, il principio di determinatezza sia stato elevato al rango di principio supremo, siccome qualificante l'identità costituzionale del nostro ordinamento¹¹³.

4. Il sindacato accentrato di costituzionalità come argine alle fibrillazioni giurisprudenziali in materia penale

Nel precedente paragrafo abbiamo messo in evidenza, attraverso l'esame di un caso emblematico, le criticità che possono accompagnare un uso disinvolto dell'interpretazione conforme – alla CEDU e, non meno significativamente, alla

¹¹⁰ In generale su questo tema, G. GEMMA, *Applicazione giudiziaria della Costituzione e certezza del diritto*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, (a cura di) E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, 2002, p. 470, ricordava come il potere dei giudici comuni «incontri un limite, trova un confine in un fattore limitativo, costituito da un principio: la certezza del diritto».

¹¹¹ A tal riguardo, possono essere richiamate le preziose riflessioni di G. PINO., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, (a cura di) A. Apostoli, M. Gorlani, Editoriale scientifica, 2018, p. 109 ss., per il quale «se nell'architettura dello Stato costituzionale il controllo accentrato di costituzionalità è un presidio per la certezza del diritto, la pratica dell'interpretazione conforme [...] tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio diffuso: assicura una diretta penetrazione dei principi costituzionali nel tessuto del diritto legislativo, ma a valere solo per il caso concreto. Con la conseguenza che nulla garantisce che altri giudici non diano una diversa interpretazione di quella legge, o non valutino diversamente la sua incompatibilità con la Costituzione».

¹¹² Sul tema, si vedano i ricchi contributi raccolti in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018; e AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017.

¹¹³ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 115 del 2018.

CDFUE – in materia penale¹¹⁴; abbiamo sottolineato, in particolare, le problematiche che circondano l'applicazione dei criteri *Engel* insieme alle difficoltà che incontra l'interprete quando si trova a dover ragionare, proprio sul riconosciuto presupposto della natura punitiva della sanzione *sub iudice*, della possibile estensione delle garanzie tipiche della *matière pénale*. Questi due profili sono evidentemente correlati ma è bene tenerli distinti: mentre il primo riguarda una questione di carattere generale che investe, a 360 gradi e in modo omogeneo, tutte le misure che si collocano ai confini del penalmente rilevante e che potrebbero essere attratte – in applicazione dei criteri *Engel*, appunto – all'interno del cono della *materia penale*; il secondo profilo assume un rilievo cangiante, che varia a seconda del tipo di garanzia che entra in gioco nel singolo caso concreto; il divieto di *bis in idem*, ad esempio, è al centro di una evoluzione che non rende semplice definirne precisamente lo statuto applicativo, ma lo stesso non può dirsi per la garanzia dell'irretroattività o per la cedevolezza del giudicato a fronte di una declaratoria di incostituzionalità; queste ultime garanzie, infatti, una volta che si sia affermata la natura sostanzialmente penale di una misura, pongono problemi interpretativi di minor impatto. Rispetto ad alcune garanzie, insomma, la partita si gioca unicamente sul versante della (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali.

Ciò premesso, è utile dedicare conclusivamente un supplemento di attenzione al ruolo del giudice che si cimenta con il problema della (ri)qualificazione di una misura considerata dal legislatore al di fuori della *materia penale*: in precedenza, si è visto che talune decisioni della Corte costituzionale suggeriscono all'interprete di sviluppare i principi stabiliti dalla CEDU, estendendoli anche a casi che non siano già stati oggetto di puntuali pronunce a livello europeo; altre decisioni, invece, ponendo l'accento sulle esigenze di certezza e uniforme applicazione della legge penale, mettono in guardia lo stesso giudice sui rischi connaturati a valutazioni di tipo casistico, suggerendo come via maestra l'attivazione del giudizio di costituzionalità¹¹⁵.

Sulla scia di queste ultime decisioni, è possibile ritenere che l'intervento accentrato della Corte costituzionale – che pure è condizionato, in un sistema incidentale come quello italiano, da una scelta del giudice *a quo* – si fa preferire

¹¹⁴ Merita di essere segnalata una sentenza della Cassazione di qualche anno fa in cui si sottolineava quanto fosse attuale il rischio «espresso anche da consapevole dottrina che il diritto 'eurounitario', ed in particolare il diritto proveniente dalla giurisprudenza-fonte della Corte di Strasburgo, [...] venga adoperato dall'interprete alla stregua di un diritto *à la carte*, dal quale scegliere l'ingrediente ermeneutico ritenuto più adatto ad un'operazione di pre-comprensione interpretativa. Il distorto utilizzo della giurisprudenza casistica delle Corti europee, infatti, può condurre, come nel caso dell'applicazione analogica della prescrizione alla demolizione, a compiere una 'disanalogia', con la quale si universalizza arbitrariamente la portata di un principio affermato in un determinato contesto» – cfr. Cass., sez. III pen., sentenza n. 41498 del 2016.

¹¹⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 109 del 2017.

per molteplici ragioni¹¹⁶. In primo luogo, nel solco di quanto affermato dalla Corte costituzionale, perché «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale»¹¹⁷. In secondo luogo, poiché l'intervento della Corte costituzionale è l'unico in grado di restituire certezza e prevedibilità ad un sistema altrimenti dominato da interpretazioni creative, eccentriche, *a macchia di leopardo*; interpretazioni che, a ben vedere, non riguardano elementi marginali della disciplina penalistica, bensì il perimetro operativo delle garanzie che più di tutte dovrebbero limitare l'esercizio del potere autoritativo dello Stato e che la stessa Corte costituzionale ha elevato al rango di principi supremi dell'ordinamento.

Il coinvolgimento della Corte costituzionale, in questo come in ogni altro ambito, è però rimesso all'iniziativa del giudice comune, che potrebbe scegliere – come si è verificato nei casi richiamati in precedenza – di risolvere in modo autonomo l'antinomia con le fonti sovranazionali.

Laddove viceversa il giudice ritenga di investire del proprio dubbio la Consulta, sul presupposto della natura punitiva della sanzione oggetto di scrutinio, lo sviluppo più fisiologico è quello per cui la Corte si convinca della bontà della valutazione del rimettente sulla natura sostanzialmente penale della misura *de qua*: è quanto è successo, ad esempio, nella sentenza n. 63 del 2019¹¹⁸, in cui si è affermato che non «v'è dubbio che la sanzione amministrativa prevista dall'art. 187-*bis* del d.lgs. n. 58 del 1998 abbia natura punitiva, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*»¹¹⁹; o ancora, nella più recente sentenza n. 68 del 2021, laddove la Corte ha riconosciuto come non fosse «possibile negare che la revoca della patente, disposta dal giudice penale con la sentenza di condanna o di

¹¹⁶ È stato osservato in modo autorevole che «la Corte costituzionale non è solo un giudice più prossimo al caso rispetto alla Corte europea di Strasburgo, ma, grazie al fatto che si pronuncia in via incidentale, essa è dotata di una visione che ad un tempo è attenta ai diritti individuali, ma anche all'ordinamento come sistema. Questo è il “genio” del rimedio in via incidentale: esso porta davanti alla Corte tutta la ricchezza della problematicità del caso concreto ma, nel contempo, attiva un giudizio che ha effetti generali, in quanto la Corte giudica sempre sulle leggi e con decisioni aventi effetti generali» – cfr. CARTABIA M., *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisprudenziali*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2016, p. 241.

¹¹⁷ Cfr. Corte cost., sentenza n. 269 del 2017, punto n. 5.2 del *Considerato in diritto*, con nota di A. GUZZAROTTI, *Un “atto interruttivo dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.

¹¹⁸ Cfr., anche, Corte cost., sentenze n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017.

¹¹⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 63 del 2019, punto n. 6.3 del *Considerato in diritto*.

patteggiamento della pena per i reati di cui agli artt. 589-*bis* e 590-*bis* c.p., abbia connotazioni sostanzialmente punitive (sia pur non disgiunte da finalità di tutela degli interessi coinvolti dalla circolazione dei veicoli a motore, secondo uno schema tipico delle misure sanzionatorie consistenti nell'interdizione di una determinata attività)»¹²⁰. In entrambi questi casi, come si è già visto, la Corte ha poi deciso di accogliere la questione di costituzionalità, ma limitatamente alla specifica misura che i giudici *a quibus* erano chiamati ad applicare nei singoli casi concreti: la confisca per equivalente e la revoca della patente di guida, appunto¹²¹.

Nondimeno, la Corte costituzionale rimane libera di non condividere la (ri)qualificazione proposta dal giudice *a quo*: tale eventualità si è concretizzata nella recente sentenza n. 148 del 2022, che ha scrutinato una questione di legittimità relativa all'art. 63, comma 3, c.p.p. «nella parte in cui non prevede che gli avvisi ivi indicati debbano essere rivolti alla persona cui sia contestato l'illecito amministrativo di cui all'art. 75, comma 1, d.p.r. 309/1990 o che sia già raggiunta da elementi indizianti di tale illecito, allorché la stessa sia sentita in relazione ad un reato collegato ai sensi dell'art. 317, comma 2, lett. b) c.p.p.»¹²². Questa sentenza interessa, ai presenti fini, soprattutto perché la Corte costituzionale esclude che le sanzioni amministrative previste per chi acquisti sostanze stupefacenti di cui al citato art. 75 abbiano natura punitiva¹²³; il giudice *a quo*, da parte sua, aveva costruito le proprie censure muovendo proprio dal presupposto che tali sanzioni fossero sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel*¹²⁴;

¹²⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 68 del 2021, punto n. 6 del *Considerato in diritto*.

¹²¹ Questo rilievo suggerisce il confronto con una argomentazione che è stata autorevolmente proposta da V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2021; l'A. ha affermato che, così procedendo, la Corte muove soltanto piccoli passi, occupandosi di volta in volta di un'unica misura o di un unico istituto, rinunciando a compiere valutazioni di sistema; è stato osservato, ancora, che, così facendo, la Corte si allontana dalla sua vocazione naturale di Giudice delle leggi, per avvicinarsi sempre più all'idea di una Corte giudice dei singoli casi concreti e dei singoli diritti.

¹²² Per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 24, 111, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 14, par. 3, lett. g) del PIDCP.

¹²³ Esprime valutazioni critiche sulla conclusione e sulle modalità argomentative proposte dalla Corte costituzionale L. MASERA, *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in *Sistema penale*, 14 luglio 2022.

¹²⁴ Questo il presupposto di una questione che appare comunque piuttosto complessa: il giudice *a quo*, infatti, era chiamato a convalidare l'arresto di un soggetto per fatti di cessione di sostanza stupefacente di lieve entità, ex art. 73, comma 5, d.p.r. 309/1990 e si era posto il dubbio della possibilità di usare, quali fonti di prova, dei verbali di sommarie informazioni rese da due persone esposte al rischio di vedersi applicate le sanzioni amministrative previste dal medesimo art. 73 d.p.r.; sanzioni che, ad avviso del rimettente, ad onta della qualifica formale, dovevano per l'appunto essere (ri)qualificate in termini sostanzialmente penali, in forza dei criteri *Engel*.

nella prospettiva del rimettente, infatti, le sanzioni in parola avrebbero «natura repressiva e non meramente preventiva, dal momento che l'autorità competente [...] non sarebbe chiamata ad alcun accertamento sulla effettiva pericolosità dell'interessato, né sulla eventuale trasgressione, da parte di costui, delle norme relative alla circolazione stradale»¹²⁵. La Corte replica in modo *tranchant* sul punto, contestando la (ri)qualificazione operata dal giudice *a quo* con argomentazioni analitiche: nei confronti della figura del tossicodipendente o del tossicofilo l'ordinamento rivolge di regola trattamenti di tipo terapeutico e riabilitativo¹²⁶, riservando la reazione tipica dell'armamentario penale soltanto al produttore e al trafficante di droga; ed anche quando il legislatore ricorre in questo ambito a provvedimenti di tipo sanzionatorio – come nel caso della sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli, lett. a), art. 75 d.p.r.) – configura misure che non possono essere *sic et simpliciter* assimilate alle sanzioni penali¹²⁷; «l'elevata carica di afflittività di queste misure rispetto ai diritti fondamentali sui quali esse incidono non esclude, di per sé stessa, la loro finalità preventiva, né depone univocamente nel senso di una loro natura “punitiva”»¹²⁸. Si tratta di una valutazione che la

¹²⁵ A ciò, per il rimettente, dovrebbe poi aggiungersi una elevata carica afflittiva, funzionale, proprio in ragione della sua severità, a dissuadere i consociati dall'alimentare il traffico illecito delle sostanze stupefacenti – cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.1 del *Considerato in diritto*.

¹²⁶ Ciò è reso evidente dalla disciplina di cui al comma 2 dell'art. 75, che prevede l'invito all'interessato a seguire, «ricorrendone i presupposti», un «programma terapeutico e socio-riabilitativo», ovvero «altro programma educativo e informativo personalizzato in relazione alle [sue] specifiche esigenze», predisposto dal servizio pubblico per le tossicodipendenze o da una struttura privata autorizzata – cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.2.2 del *Considerato in diritto*.

¹²⁷ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.2.3 del *Considerato in diritto*.

¹²⁸ Con questa sentenza, peraltro, la Corte sembra marcare una importante differenza con la citata pronuncia n. 68 del 2021, che, in senso opposto, aveva riconosciuto una connotazione sostanzialmente punitiva alla misura della revoca della patente disposta dal giudice penale con la sentenza di condanna; ma siamo davanti ad un vero ripensamento? Per la Corte probabilmente no, dal momento che quella specifica misura, così come tutte quelle interessate dalla giurisprudenza convenzionale ivi richiamata, sono irrogate direttamente dal giudice penale nella stessa sentenza di condanna oppure dall'autorità amministrativa, ma sempre a seguito della condanna penale a carico del soggetto; diversamente, nell'ipotesi regolata dall'art. 75 d.p.r. oggetto di questa recentissima decisione, la misura è disposta dall'autorità amministrativa a fronte dell'accertamento di un fatto che il legislatore ha ritenuto di non qualificare come reato e che, quindi, non dà luogo ad alcuna conseguenza di natura penale. Ciò ovviamente non toglie che questo stesso fatto possa denotare una pericolosità sociale del suo autore per la «generalità degli utenti del traffico, in considerazione del rischio che egli si ponga alla guida di un autoveicolo in una condizione di alterazione psicofisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti» – cfr. Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.2.4 del *Considerato in diritto*.

Corte svolge con particolare attenzione, confrontandosi con i propri precedenti e con la giurisprudenza della Corte EDU: nella sentenza si dà conto per esempio che la Consulta ha negato natura punitiva alla misura della sorveglianza speciale, dalla quale pure discendono pesanti limitazioni ai diritti fondamentali della persona, riconoscendone invece una finalità spiccatamente preventiva¹²⁹.

Sulla base di tutti questi argomenti la Corte costituzionale è quindi giunta a formulare un dispositivo di non fondatezza, respingendo le censure del giudice *a quo*: un epilogo decisorio che, pur non vincolando al pari di una declaratoria d'incostituzionalità, è comunque in grado di orientare le future valutazioni degli interpreti sulla natura giuridica delle sanzioni previste dall'art. 75 d.p.r. n. 309/90, così contribuendo a ripristinare, sia pur rispetto ad un settore specifico, un certo grado di certezza e prevedibilità. Difficilmente, infatti, se non a fronte di una nuova questione di costituzionalità, il giudice comune potrà discostarsi dalla conclusione che la Corte ha raggiunto e motivato in modo approfondito.

Provando, a questo punto, a sviluppare alcune considerazioni conclusive, risulta chiaro che – nel contesto di uno *spazio giudiziario europeo*¹³⁰ complesso e in continua evoluzione – il giudice comune è chiamato a svolgere un ruolo estremamente delicato. Le insidie che si celano dietro una rincorsa affrettata alla giurisprudenza delle Corti europee in materia penale, come si è cercato di dimostrare, sono notevoli, se si considerano le potenziali ripercussioni su principi fondamentali del nostro Stato di diritto, come la certezza, la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e l'eguale applicazione della legge. Ripercussioni che potrebbero conoscere anche sviluppi ulteriori nel prossimo futuro¹³¹, come sembra far presagire una recente sentenza della Corte di giustizia, depositata lo scorso 8 marzo 2022¹³², con cui è stato affermato il principio secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, paragrafo 3, della Carta – è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri e che, per l'effetto, il giudice penale, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali contrastanti, seppur «nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate». Un pronunciamento

¹²⁹ Cfr., ancora, Corte cost., sentenza n. 148 del 2022, punto n. 4.2.3 del *Considerato in diritto*.

¹³⁰ Per richiamare un'efficace espressione di M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2017.

¹³¹ Nel suo commento alla decisione della Corte di Giustizia, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022, p. 15, osserva che i principi enunciati dalla Corte europea sono «suscettibili di essere applicati all'intera materia “punitiva”, così come definita dalla stessa giurisprudenza di Lussemburgo, sulla scia degli insegnamenti della Corte EDU».

¹³² Cfr. Corte di giustizia, G.S., *NE*, C-205/20, sentenza 8 marzo 2022.

senz'altro importante e ricco di implicazioni, sulle cui ricadute nell'ordinamento interno è difficile – in questo momento – prefigurare scenari sicuri. Tuttavia, non è senza significato rilevare che, proprio in sede di commento di questa decisione¹³³, è stato autorevolmente sostenuto che, anche in questo specifico ambito, l'intervento della Corte costituzionale rappresenta lo strumento migliore per adeguare il nostro ordinamento agli *standard* richiesti a livello europeo, presentando il vantaggio di consentire, all'indomani della pronuncia della Corte, la stabilizzazione nell'ordinamento di un'unica soluzione, grazie a una pronuncia con effetti *erga omnes*, che evita in partenza quella situazione di incertezza e di inevitabile disparità di trattamento che consegue alla individuazione, da parte di ciascun singolo giudice penale, di soluzioni per risolvere l'antinomia tra diritto nazionale e diritto UE.

Il giudizio accentrato di costituzionalità, in altre parole, sembra proporsi – alla stregua di un moderno *filo di Arianna* – come l'opzione di gran lunga preferibile per assicurare al giudice l'uscita da quell'intricato labirinto, frutto dell'intreccio tra le fonti nazionali e sovranazionali nel settore penale¹³⁴. Fuor di metafora, le caratteristiche che contraddistinguono l'intervento della Corte – al netto delle segnalate criticità che circondano la giurisprudenza costituzionale sui confini mobili della *materia penale*¹³⁵ – sono tali da meglio garantire la «tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale secondo la Corte EDU»¹³⁶ e la Corte di giustizia¹³⁷.

¹³³ Cfr., ancora, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, cit., p. 18; esprime analogamente un *favor* per l'incidente di costituzionalità, anche al fine di realizzare il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali, E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022, p. 113.

¹³⁴ Che l'intreccio tra le fonti nazionali e sovranazionali in materia penale possa essere accostato proprio all'immagine metaforica di un labirinto è condivisa da V. MANES, *Il giudice nel labirinto (Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali)*, Roma, Ed. Dike, 2012.

¹³⁵ Cfr. *supra* Cap. 7 § 2; criticità che interessano, in termini ancora più generali, lo scrutinio della Corte costituzionale nella materia penale, il quale, come noto e pur a fronte di un orientamento più lasco rispetto al passato, incontra alcune strettoie di tipo processuale; sul tema, v., per tutti, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016; e della stessa A., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2016.

¹³⁶ Cfr., in particolare, Corte cost., sentenza n. 24 del 2018, punto n. 4.2.3 del *Considerato in diritto*, sulla quale ragiona, da ultimo, R. BIN, *Certezza del diritto e legalità costituzionale*, in *Specula iuris*, cit., p. 7.

¹³⁷ Come ricorda M. L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2019.

RINGRAZIAMENTI

Il primo grazie va alla Prof.ssa Marilisa D'Amico, la cui inesauribile passione per i diritti e la giustizia costituzionale ho sempre cercato di seguire, con la consapevolezza di vivere una condizione di enorme privilegio; a lei rivolgo quindi un pensiero di profonda gratitudine, per le innumerevoli sfide ed avventure in cui mi ha coinvolto.

Un grazie, altrettanto sentito, alla Prof.ssa Francesca Biondi, che ha accompagnato i miei primi passi nel mondo dell'accademia e che è stata sempre presente nei momenti più importanti, con consigli mai banali.

Ringrazio tutte le colleghe e i colleghi del Dipartimento di diritto pubblico, italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, con cui ho condiviso, nel corso degli anni, momenti di confronto scientifico e preziosi scambi a livello umano. Evito di nominarle/i solo per non dover affrontare l'imbarazzo di scegliere l'ordine con cui farlo; ciascuna/o di loro è in grado di capire quanto sia stata/o importante nel percorso, non solo professionale, del sottoscritto.

Un pensiero, che è molto più di un semplice grazie, per i miei genitori e per tutta la mia famiglia, per il supporto, la disponibilità e la pazienza.

Le amiche e gli amici che vivono al di fuori del mondo universitario, invece, più che ringraziati dovrebbero essere risarciti per il tempo che questo libro e la ricerca che lo ha ispirato hanno sottratto loro.

Alla fine, ma prima di tutto, un enorme grazie è destinato a Gianni, a cui vorrei dire soltanto che "andrà tutto bene" e che resisteremo insieme...

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, (a cura di) G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022.
- AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, (a cura di) C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, Giappichelli, 2021.
- AA.VV., *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, (a cura di) B. Caravita, Giappichelli, 2021.
- AA.VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, (a cura di) V. Velluzzi, Giappichelli, 2020.
- AA.VV., *Il sistema "accentrato" di costituzionalità. Atti del seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, (a cura di) G. Campanelli, G. Famiglietti, R. Romboli, Editoriale scientifica, 2019.
- AA.VV., *The dissenting opinion. Selected essays*, (a cura di) G. Ragone, N. Zanon, Giuffrè, 2019.
- AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018.
- AA.VV., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, (a cura di) E. Bindi, A. Pisaneschi, Giappichelli, 2018.
- AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene 2017.
- AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) Scalfati, Giappichelli, 2017.
- AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 dicembre 2016.
- AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2016.
- AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene, 2016.
- AA.VV., *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, (a cura di) F. Biondi, G. Brunelli, M. Revelli, Editoriale scientifica, 2016.
- AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Giappichelli, 2011.
- AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate. Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, 2010.
- AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, (a cura di) E. D'Orlando e L. Montanari, Giappichelli, 2009.

- AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, (a cura di) A. Barbera e T. Giupponi, Bologna University Press, 2008.
- AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, (a cura di) M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, 2009.
- AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, 2007.
- AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) M. Donini e M. Papa, Giuffrè, 2007.
- AA.VV., *Interpretazioni a fini applicativi e legittimità costituzionale*, (a cura di) P. Femia, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- AA.VV., *Ai confini del 'favor rei'. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, 2005.
- AA.VV., *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli argomentativi*, (a cura di) A. Pertici, E. Navarretta, PLUS Università di Pisa, 2004.
- AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, (a cura di) E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Giappichelli, 2002.
- AA.VV., *La 'matière pénale' au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987.
- ABBADESSA G., *Il caso Fiat-Ifil alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Nozione di «pena» e contenuti del principio "ne bis in idem"*, in *Giur. comm.*, 2/2014.
- ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, Jovene, 1957.
- ALBERTI A., *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il "caso Cappato" e la libertà di morire*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- ALBERTI A., *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2014.
- ALBERTI G, (voce) *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2016.
- ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 1/2014.
- ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Jovene, 2007.
- ALLEGREZZA S., *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (diretto da) S. Bartole – P. De Sena – V. Zagreblesky, Cedam, 2012.
- ALLEN M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi*, 2017.
- ALLEN M., *Il caso "Grande Stevens" c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014.
- AMALFITANO C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di Giustizia?*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.
- AMALFITANO C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *sidi-isil.org*, 15 settembre 2015.
- AMALFITANO C., *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *L'istituzione del procurato europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione*, (a cura di) L. Camaldo, Giappichelli, 2014.

- AMALFITANO C. e POLLICINO O., *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018.
- AMARELLI G., *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 19 luglio 2018.
- AMATO G., *L'integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2018.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, 1976.
- AMBROSELLI D. A., *La Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla retroattività della lex mitior: applicabilità del giudizio-pilota a fattispecie ad esso assimilabili non pervenute alla Corte di Strasburgo. Questioni a margine della sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 3 febbraio 2014.
- AMBROSETTI E. M., *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reo*, in *Cassazione Penale*, 2017.
- ANGIOLINI V., *L'«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, (a cura di) M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, 2009, pp. 1-11.
- ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995.
- ANZON DEMMIG A., *Applicazioni virtuose della nuova 'dottrina' sulla 'doppia pregiudizialità' in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019.
- APOSTOLI A., *La Carta dei diritti nei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa. Le tappe successive all'adozione della Carta di Nizza*, Promodis Italia, 2003.
- APOSTOLI A., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la Convention entra in una fase decisiva*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2000.
- APOSTOLI A., *La Carta dei diritti dell'unione europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Promodis Italia, 2000.
- ARCONZO G., *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 febbraio 2013.
- ARCONZO G., *Note critiche sul 'decreto legge ad Ilvam', tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 dicembre 2012.
- AZZARITI A., *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Jovene, 2009.
- AZZARITI G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2016.
- AZZARITI G., *A proposito di decadenza del parlamentare e della -presunta- legittimazione della Giunta delle elezioni a sollevare questioni di legittimità costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 5 settembre 2013.
- BALATO F., *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2017.
- BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Giuffrè, 1990.
- BARGIS M., *Appendice di aggiornamento al compendio di procedura penale*, in *shop.wki.it*, 2017.

- BARON L., *Test di proporzionalità e ne bis in idem. La giurisprudenza interna alla prova delle indicazioni euro-convenzionali in materia di market abuse*, in *Archivio penale*, 3/2019.
- BARTOLI R., *I rapporti tra costituzionalismo europeo e costituzionalismo nazionale*, in *Sistema penale*, 14 aprile 2022.
- BARTOLI R., *Con una finta la consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al covid*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021.
- BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2017.
- BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018.
- BASILE F., *La prescrizione che verrà*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 maggio 2017.
- BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 1/2016.
- BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924.
- BELFIORE R., *L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla procura europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, 30 luglio 2020.
- BENUSSI C., *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corr. Merito*, 4/2013.
- BERNARDI A., *Note telegrafiche su genesi, evoluzione e prospettive future della Procura europea*, 25 novembre 2021.
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, Giuffrè, 2013.
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e 'soft law'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011.
- BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (diretto da) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, 2001.
- BERNARDI S., *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema penale*, 11 marzo 2020.
- BERNARDI S., *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa. A proposito del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2018.
- BERNARDI S., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyye c. Russia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2018.
- BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2017.
- BERTEA S., *La concezione della certezza del diritto presso alcuni interpreti del dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 2001.
- BERTOLINO M., *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, (a cura di) C. E. Paliero – F. Viganò – F. Basile – G. L. Gatta, Giuffrè, 2018.
- BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Vita e Pensiero, 2003.
- BIANCO C., *La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europeanrights.eu*, 29 febbraio 2008.
- BIGNAMI M., *Il caso cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018.

- BIGNAMI M., *Da Strasburgo via libera alla confisca senza condanna*, in *Questione giustizia*, 10 luglio 2018.
- BIGNAMI M., *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017.
- BIGNAMI M., *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo. A proposito di Contrada, Varvara, Grande Stevens, Taricco e qualche fratello*, in *Questione giustizia*, 2015.
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2/2015.
- BIGNAMI M., *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scopola-Ercolano*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2014.
- BILANCIA F., *La legge e l'interesse generale: un paradigma di etica costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2005.
- BIN L., *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Sistema penale*, 3 agosto 2020.
- BIN L., *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *archiviopenale.it*, gennaio 2016.
- BIN R., *Certeza del diritto e legalità costituzionale*, in *Specula iuris*, 4/2022.
- BIN R., *Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, 2015.
- BIN R., *Soft law, no law, in Soft law e hard law nelle società postmoderne*, (a cura di) A. Somma, Giappichelli, 2009.
- BIN R., CARETTI P., PITRUZZELLA G., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, il Mulino, 2015.
- BIONDI G., *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 ottobre 2017.
- BIONDI F., *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi*, 2019.
- BIONDI F., *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- BIONDI F., *Il 4-bis all'esame della Corte costituzionale: le questioni sul tappeto e le possibili soluzioni*, in *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (a cura di) G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- BIONDI F., *La verifica dei poteri nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il Filangeri*, 2019, pp. 103-116.
- BIONDI F., *Tra soluzione processuale e merito delle questioni: quale pronuncia possiamo attenderci?*, in *Libertà fondamentali alla fine della vita. riflessioni a margine dell'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Apostoli, F. Biondi, P. Carnevale, O. Chessa, M. Cecchetti, F. Gallo, I. Pellizzone, B. Pezzini, Goware, 2019.
- BIONDI F., *Il ricorso alla decretazione d'urgenza in assenza dei presupposti straordinari di necessità ed urgenza: sintomo di forza o di debolezza del Governo "in" Parlamento?*, in *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, (a cura di) G. D'Elia, G. Tiberi, M. P. Viviani Schlein, Giuffrè, 2012, pp. 79-102.
- BIONDI F., *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso 'valore' della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla CEDU pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2010.
- BIONDI F., *La Corte costituzionale italiana individua il bene giuridico del reato di incesto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001.
- BIONDI F. – LEONE S., *Il Governo "in" Parlamento. Evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012.
- BIONDI F. – ZANON N., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2019.

- BISACCI M. C., *Brevi considerazioni in margine di un episodio di doppio suicidio con sopravvivenza di uno dei soggetti*, in *Cass. Pen.*, 3/1999.
- BISSARO S., *Depenalizzazioni in 'malam partem': la corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'(ir)retroattività delle sanzioni amministrative punitive nei casi di successione impropria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2020.
- BISSARO S., *La sentenza n. 115 del 2018 e la fine (?) della saga Taricco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2018.
- BISSARO S., *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Capato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- BISSARO S., *"Report - Primato del diritto dell'Unione e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: la sentenza della Corte di giustizia nella causa C-42/17"*, in *Cortec-dicassazione.it*, 2018.
- BISSARO S., *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, 2/2017.
- BISSARO S., *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- BISSARO S., *I 'nodi' della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.
- BISSARO S., *La "storia infinita" della sentenza costituzionale n. 32/2014. Ricadute della decisione e spunti di riflessione sul giudicato penale e sul principio di legalità della pena*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- BONOMI A., *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta online*, 2021.
- BOLOGNA C., *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) S. Bartole, R. Bin, Cedam, 2008.
- BOSCARRELLI M., *A proposito del principio di 'tassatività'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981.
- BOZZI G. M., *Manipolazione del mercato: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del principio dell'equo processo e del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2014.
- BRAY C., *Eccesso di delega nell'attuazione del principio di 'riserva di codice': il commercio di sostanze dopanti è punito a prescindere dal fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti*, in *Sistema penale*, 12 maggio 2022.
- BRAY C., *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73, co. 5., t.u.stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 marzo 2016.
- BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, I, Giuffrè, 1997.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *Quest. Crim.*, 1980.
- BRICOLA F., *Art. 25, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) F. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, 1981.
- BRICOLA F., *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno C.N.P.D.S., 26-28 aprile 1974, 1975.
- BRICOLA F., (voce) *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, XIX, 1974.
- BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, vol. I, tomo I, Giuffrè, 1972.
- BUSCEMA L., *Orgoglio e pregiudizio (penale) in tema di diritto di elettorato passivo. Riflessioni a margine del caso De Magistris*, in *Rivista AIC*, 1/2015.
- CACACE E., *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme CEDU: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.

- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Un libro sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014.
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, I ed., Giappichelli, 1999.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Cedam, 2015.
- CAIANIELLO M., *Dum Romae (et Brucellae) Consulitur...Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 24/2016.
- CALAFIORE G., *La sentenza A e B c. Norvegia della Corte di Strasburgo ridimensione la portata del principio ne bis in idem*, in *European Papers*, 18 aprile 2017.
- CALISE M., *La terza Repubblica: partiti contro presidenti*, Laterza, 2006.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, 1911.
- CAMON A., *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016.
- CAMPANELLI G., *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in AA.VV., *L'«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, (a cura di) M. D'Amico e B. Randazzo, Giappichelli, 2009, pp. 139-160.
- CANESTRARI S., FOFFANI L., (a cura di) *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Giuffrè, 2005.
- CANZIAN N., *Le sanzioni amministrative 'incostituzionali' fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017.
- CANZIO G., *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, *Rivista AIC*, 2/2011.
- CAPOTORTI F., *Verso un revirement della Corte di giustizia in materia di prescrizione? Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Taricco e a.*, in *Eurojus*, 20 luglio 2015
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2005.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, 1984.
- CARACCIOLI I., *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014.
- CARACE E., *Riserva di legge e fattispecie penale: relazioni fra fonti primarie e secondarie*, in *Giur. cost.*, 2011.
- CARAVITA B., *Ai margini della dissenting opinion*, Giappichelli, 2021.
- CARAVITA B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 2020.
- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, 1970.
- CARDONE A., *Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici comuni e disapplicazione della legge: appunti per la comprensione delle trasformazioni della forma di stato*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2016, p. 65 ss.
- CARLASSARE L., *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno, Milano 17-17 marzo 2000*, Giuffrè, 2001.
- CARLASSARE L., (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Treccani, 1990.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, 1966.
- CARNEVALE P., *Il vizio di 'evidente mancanza' dei presupposti al debutto quale causa dichiaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007.
- CARTABIA M., *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016.

- CARTABIA M., *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisprudenziali*, in AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2016.
- CARTABIA M., *Il Governo "signore delle fonti"?*, in *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa"*, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Giappichelli, 2011.
- CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007.
- CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro italiano*, 1997.
- CASAVECCHIA G., *Sanzioni amministrative fisse e rime obbligate. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021*, in *Osservatorio AIC*, 7/2021.
- CASSETTA E., *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1982.
- CASSIBBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Perini"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 27 aprile 2015.
- CASTELLANETA M., *Caso Grande Stevens: si applica il «ne bis in idem» se la sanzione amministrativa equivale a una penale*, in *Guida dir.*, 14/2014.
- CATALANO S., *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di "buon dialogo" fra Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021.
- CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2019.
- CATALANO S., *Il caso Taricco: una fuga in avanti?*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.
- CATELANI E., *L'ordinamento giuridico italiano nello "spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.
- CATELANI E., *I problemi di attuazione/applicazione della Costituzione tra interpretazione "conforme" e prospettive di riforma costituzionale*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"?*, (a cura di) G. Brunelli – G. Cazzetta, Giuffrè, 2013.
- CATELANI E., *Il percorso costituzionale europeo e ruolo della Corte costituzionale*, in *Annali del Seminario giuridico (2004-2005)*, Giuffrè, 2006.
- CATELANI E., *Tecniche processuali e rapporto Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994.
- CATELANI E., *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Giuffrè, 1993.
- CAVALIERE A., *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 2015*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2015.
- CECCANTI S., *Ma le Camere hanno potere di giudizio*, in *IlSole24Ore*, 22 marzo 2017.
- CELOTTO A., *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Rivista Consulta online*, 2012.
- CELOTTO A., *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2011.
- CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono 'co-genti e sovraordinate'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011.
- CELOTTO A., *Postilla in tema di abrogazione eliminativa*, in *Giur. cost.*, 2010.
- CELOTTO A., *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1998.
- CELOTTO A., *L'"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, 1997.
- CELOTTO A. e DI BENEDETTO E., *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, II, Utet giuridica, 2006.

- CENTAMORE G., *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.
- CERBO P., *Sistemi sanzionatori e autonomia regionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021.
- CERESA GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2015.
- CHIBELLI A., *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente previsto per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2018.
- CHIBELLI A., *La Cassazione e i confini di tipicità del 'nuovo' reato di atti osceni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 novembre 2017.
- CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni 'sostanzialmente penali' e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale. Nota a Corte cost., sent. 10 gennaio 2017 (dep. 24 febbraio 2017), n. 43, Pres. Grossi, Red. Cartabia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017.
- CHIBELLI A., *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative. Note a Corte cost., sent. 20 luglio 2016, n. 193, Pres. Grossi, red. Amato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 settembre 2016.
- CHESSA O., *Relazione al VI Seminario annuale con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017.
- CHESSA O., *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene, 2016.
- CHIZZONITI G., *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, 2015.
- CICCONETTI M., *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*, in *Giur. cost.*, 1996.
- CIVELLO G., *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Archivio penale*, 2/2017.
- CIVIELLO G., *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *Archivio penale*, 1/2016.
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 4 maggio 2014.
- CODUTI D., *Incandidabilità, misure anticorruzione e Costituzione*, in *Rivista AIC*, 4/2016.
- COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte Cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3/2013.
- COLELLA A., (voce) *Il nuovo delitto di tortura*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Ist. Enc. It., Roma, 2018.
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, Laterza, 1996.
- CONTENTO G., *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di) A. M. Stile, Jovene, 1991.
- CONTI G., *Dalla depenalizzazione alla disciplina dell'illecito amministrativo*, in AA.VV., *Modifiche al sistema penale (legge 24 novembre 1981, n. 689)*, (a cura di) R. Bertoni, G. Lattanzi, E. Lupo, L. Violante, Giuffrè, 1982.
- CONTINIELLO A. – POGGIALI G., *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.

- COPPETTA M. G., *Commento all'art. 40*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di) F. Della Casa – G. Giostra, Cedam, 2015.
- CORBETTA S., *Incostituzionale la sospensione nel periodo Covid in caso di rinvio del processo per motivi organizzativi*, in *Quotidiano giuridico*, 2021.
- CORBETTA S., *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997.
- CORTESI M. F., *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema della prevenzione penale*, (a cura di) L. Filippi – M. F. Cortesi, Giappichelli, 2011.
- COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quaderni Fiorentini*, I, 2007.
- COSTANZO P., TRUCCO L., *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta online*, 3/2015.
- CREMONA J. J., *The interpretation of the word “law” in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Selected Papers, 1946-1989*, 1990.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.Vv., *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, il Mulino, 1978.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 6° ed., II, pt. 1, Cedam, 1993.
- CUPELLI C., *Come nasce il panpenalismo. Un esempio*, in *Sistema penale*, 17 novembre 2022.
- CUPELLI C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità dell'autodeterminazione alla morte*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018.
- CUPELLI C., *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018.
- CUPELLI C., *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di Giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 maggio 2018.
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1/2015.
- CUPELLI C., *L'Italia si adegua al Trattato di Lisbona: pubblicata la nuova legge sulla partecipazione del nostro paese alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 gennaio 2013.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Editoriale scientifica, 2012.
- CURRERI S., *Il voto segreto su Berlusconi: un precedente grave e preoccupante*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.
- DAL CANTO F., *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in *La responsabilità dei magistrati*, (a cura di) M. Volpi, Jovene, 2008.
- D'ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2014.
- D'ALESSANDRO G., *Una mera parvenza di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010.
- D'AMICO M., *Il fine vita e la libertà di autodeterminazione in ambito medico-sanitario*, in AA.Vv., *Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine del “Caso Cappato” alla luce del diritto interno e internazionale*, GoWare, 2021.
- D'AMICO M., *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2020.
- D'AMICO M., *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2020.
- D'AMICO M., *Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di giustizia*, in *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018.

- D'AMICO M., *L'art. 580 c.p. e la sua incostituzionalità. Scegliere di morire 'degnamente' e 'aiuto' al suicidio. I confini della rilevanza penale davanti alla Consulta*, in *Corriere giuridico*, 6/2018.
- D'AMICO M., *Relazione introduttiva*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, (a cura di) M. D'Amico e F. Biondi, Editoriale scientifica, 2018.
- D'AMICO M., *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, 2017.
- D'AMICO M., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2017.
- D'AMICO M., *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.
- D'AMICO M., *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2016.
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016.
- D'AMICO M., *La Corte europea come giudice "unico" dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- D'AMICO M., *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015.
- D'AMICO M., *Trattato di Lisbona, diritti e 'tono costituzionale'*, in *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, (a cura di) M. D'Amico, P. Bilancia, Giuffrè, 2009.
- D'AMICO M., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Giappichelli, 2008.
- D'AMICO M., *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica, 2006.
- D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale tra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, 2006.
- D'AMICO M., *Relazione introduttiva. Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, Giappichelli, 2005.
- D'AMICO M., *Il falso in bilancio davanti alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 3/2005.
- D'AMICO M., *Reati e pene*, in *Viva Vox Constitutionis*, (a cura di) V. Onida e B. Randazzo, Giuffrè, 2005.
- D'AMICO M., *Principio di legalità in materia penale e diritto penale europeo*, in *La giustizia penale nella Convenzione*, (a cura di) F. Ruggieri, Giuffrè, 2003.
- D'AMICO M., *Lo spazio di libertà, sicurezza, giustizia e i suoi riflessi sulla formazione di un diritto penale europeo*, in *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, (a cura di) A. Lucarelli, A. Patroni Griffi, ESI, 2003.
- D'AMICO M., *Articolo 49*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, (a cura di) R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, il Mulino, 2001.
- D'AMICO M., *Competenza esclusiva statale in materia penale e riforma del Titolo V della Costituzione. Atti del seminario svoltosi a Milano, 31 maggio 2001, Facoltà di Scienze Politiche, in I problemi del federalismo*, 2001.
- D'AMICO M., *Il nuovo testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali: disciplina sanzionatoria e principio di legalità in materia penale*, in *Archivio delle Locazioni e del Condominio*, 2000.

- D'AMICO M., *L'Europa e la lotta alla pornografia infantile: verso un diritto penale europeo?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2000.
- D'AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000.
- D'AMICO M., *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998.
- D'AMICO M., *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. cost.*, 1995.
- D'AMICO M., *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali nella materia penale*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) V. Angiolini, Giappichelli, 1990.
- D'AMICO M., *Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giurisprudenza italiana*, 4/1990.
- D'AMICO M., LIBERALI B. (a cura di), *Il referendum sull'art. 579 c.p.: aspettando la Corte costituzionale. Atti del Convegno del 15 dicembre 2021 svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2022.
- D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, 2010.
- L. DEAGLIO, *Il perimetro operativo del "ne bis in idem" nella giurisprudenza sovranazionale e nazionale. è tempo di bilanci*, in *Diritto penale e processo*, 10/2019.
- DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 dicembre 2017.
- DEFFENU A., *Ergastolo ostativo e principio di proporzionalità tra reato e pena: spunti dalle vicende francesi. In Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, (a cura di) G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019.
- DE FIORES G., *La crisi della legge. Trasformazioni dello stato-nazione e produzione normativa*, in *Lo stato della democrazia*, (a cura di) C. De Fiores, FrancoAngeli, 2003.
- DE FLAMMINEIS S., *L'età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2018.
- DE GASPERIS C., *Il "nuovo" reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, 5/2018.
- DE GASPERIS C., *Il "nuovo" reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, 2/2015.
- DELLA VALENTINA J. *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2022.
- DE LIA A., *La perdurante rilevanza penale dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 189/2019*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2019.
- DE LIA A., *Le misure di prevenzione: dalla sentenza 'De Tommaso c. Italia' alle modifiche operate dalla legge n. 161 del 17 ottobre 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.
- DE LIA A., *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio penale*, 1/2017.
- DE MARCHI E., *L'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p. nel processo a Marco Cappato: motivazioni e possibili scenari*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.
- DEL BONO L., *Il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di fronte all'ossimoro della cristallizzazione del diritto vivente. L'epilogo dell'affaire Contrada*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 7-8/2017.
- DELITALA G., (voce) *Diritto penale*, in *Enc. giur.*, XII, Giuffrè, 1964.
- DELITALA G., *Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976.
- DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964.

- DELITALA G., *Effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1955.
- DELLA BELLA A., *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2017.
- DELLA CASA F., *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta della centralità del carcere*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 giugno 2018.
- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006.
- DELMAS MARTY M., *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in *Astridonline.it*, 2003.
- DELMAS-MARTY M., *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Editions Economica, 1997.
- DELMAS – MARTY M., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Economica, 1993.
- DELMAS – MARTY M., *Légalité pénal et prééminence du droit selon la Convention Européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain – Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, 1989.
- DELMAS-MARTY M. – VERVAELE J. A. E., *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, Intersentia, 2000.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, 2012.
- DE VERO G., *La riserva di legge penale*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, (a cura di) G. De Vero, Giappichelli, 2010.
- DE SIERVO U., *Ma chi fa i decreti legislativi?*, in *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) F. Coccozza, S. Staiano, Giappichelli, 2001.
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2015.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2012.
- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011.
- DI GIOVINE O., *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità - Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007.
- DI GIOVINE O., *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui 'falsi elettorali'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006.
- DI GIOVINE O., *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996.
- DI GIUSEPPE M. O., *Il ne bis in idem alla luce degli effetti della sentenza "Grande Stevens"*, in *Rass. trib.*, 2014.
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2015.
- DI MARTINO C., *La c.d. Legge Severino ed il diritto a libere elezioni: i motivi imperativi di ordine democratico giustificano l'applicazione del decreto agli eletti in corso di mandato*, in *Rivista AIC*, 3/2018.
- DI ROSA G., *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2018.

- DOGLIANI M., *Le norme prodotte dalla sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 1/2012.
- DOLCINI E., *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021.
- DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2018.
- DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di Stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2016.
- DOLCINI E., *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2004.
- DONATI F., *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e le sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2016.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011.
- DONINI M., *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, (a cura di) R. E. Kostoris e R. Orlandi, Giappichelli, 2006.
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 dicembre 2014.
- ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 1990.
- ELIA L., *La "stabilizzazione" del governo dalla Costituente ad oggi*, relazione al Convegno dell'Accademia dei Lincei su "La Costituzione ieri e oggi", Roma, 9-10 gennaio 2008, in *Astrid.eu*, 2008.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, 1962.
- ESPOSITO C., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961.
- EPIDENDIO T. E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la 'crisi' del diritto penale tra le Corti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2017.
- EPIDENDIO T. E., *Violenza sessuale di gruppo: la crisi dei rapporti tra Cassazione e Corte costituzionale (Nota a Cass. Sez. Un. Pen. 20 gennaio 2012, n. 4377)*, in *Quaderni costituzionali*, 2012.
- FARAGUNA P., *Roma locuta, Taricco finita*, in *Diritto Comparati*, 5 giugno 2018.
- FARMER L., *The obsession with definition: the nature of crime and critical legal theory*, in *Social & Legal Studies*, 1996.
- FELICI E., *Doppio suicidio: omicidio del consenziente o aiuto al suicidio?*, in *Giur. Merito*, 1998.
- FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016.
- FERRAJOLI L., *Il processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano*, 2010.
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Cedam, 2001.
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* 2013.
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011.
- FIANDACA G., *Sui 'giudizi di fatto' nel sindacato di costituzionalità in materia penale. Tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Jovene, 2011.
- FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, (a cura di) M. Carabia e T. Vettor, Giuffrè, 2009.

- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, II, 2007.
- FIANDACA G., *Quale diritto penale per l'Europa*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, (a cura di) I. Trujillo, F. Viola, Bologna, 2007.
- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014.
- FIANO N., *Il "governo" degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle Unvereinbarkeitserklärungen adottate dal Bundesverfassungsgericht*, in *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, (a cura di) F. Biondi e M. D'Amico, Editoriale scientifica, 2018.
- FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.
- FIDELBO M., *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 novembre 2016.
- FIDELBO M., *Il principio del ne bis in idem e la sentenza 'Grande Stevens': pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *Archivio Diritto penale europeo*, 9 aprile 2014.
- FILIPPETTA G., *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 4/2012.
- FIMIANI P., *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2018.
- FIMIANI P., *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2017.
- FINOCCHIARO S., *Gli effetti dell'abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 maggio 2018.
- FINOCCHIARO S., *Ancora in tema di ricadute della sentenza De Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità qualificata*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 febbraio 2018.
- FINOCCHIARO S., *Le misure di prevenzione italiane, sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2017.
- FINOCCHIARO S., *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato. Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), Pres. Est. Cernuto*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2017.
- FINOCCHIARO S., *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015.
- FINOCCHIARO S., *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 24 aprile 2015.
- FINOCCHIARO S., *Improcedibilità per bis in idem a fronte di sanzioni formalmente 'disciplinari': l'art. 649 c.p.p. interpretato alla luce della sentenza Grande Stevens*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 dicembre 2014.
- FIGLIORE C. – FIGLIORE S., *Diritto penale – Parte generale*, 5a ed., Utet giuridica, 2016.
- FIGLIORE A., (voce) *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, 1987.
- FIGLIORE F., *Parla il "Giudice dei lasciati indietro". A proposito del libro di Paulo Pinto de Albuquerque, i diritti umani in una prospettiva europea, a cura e con un saggio di Davide Galliani, prefazione di Paola Bilancia, Giappichelli, Torino, 2006*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 novembre 2016.

- FIORILLO M., *Le nuove cause di incandidabilità, sospensione e decadenza nell'ordinamento delle regioni e degli enti locali: legge 18 gennaio 1992, n. 16*, Istituto di studi sulle Regioni, Roma, 1994.
- DE FLAMMINEIS S., *L'età della (apparente) codificazione: brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 giugno 2018.
- FLICK G. M., *Dolore versus dignità*, in *Rivista AIC*, 3/2018.
- FLICK G. M., *Parere pro-veritate sulla riconducibilità del c.d. disastro ambientale all'art. 434 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1/2015.
- FLICK G. M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2014.
- FLICK G. M., *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi*, 2014.
- FLICK G. M. – NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, 3/2015.
- FLICK G. M. – NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? "materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Rivista AIC*, 3/2014.
- FOFFANI L., *Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in F. Palazzo, C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Cedam, 2007.
- FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, 1963.
- FOIS S., *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958.
- FURFARO S., *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2013.
- GABBANI C., *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *Sistema penale*, 14 ottobre 2021.
- GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quaderni costituzionali*, 2014.
- GAETA P., *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012.
- GAJA G., *L'esigenza di interpretare le norme nazionali in conformità con il diritto comunitario*, in *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, (a cura di) S. Panunzio e E. Sciso, Giuffrè, 2002, p. 13 ss.
- GALGANI B., *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, in *Archivio penale*, 2014.
- GALDI M., *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso*, in *Osservatorio AIC*, 3/2016.
- GALLO D., *La Corte costituzionale chiude la 'saga Taricco': tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *Europeanpapers*, 1 luglio 2018.
- GALLO D., *La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda Taricco*, in *SIDIBlog*, 2017.
- GALLO M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018.
- GALLO M., *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, I, Giappichelli, 2014.
- GALLO M., *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Giappichelli, 1965.
- GALLO M., *La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. It. dir. pen.*, 1956.

- GALLUCCIO A., *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2018.
- GALLUCCIO A., *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis* in idem, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2018.
- GALLUCCIO A., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 marzo 2018.
- GAMBARDELLA M., *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cass. Pen.*, 2/2017.
- GAMBARDELLA M., *"Legge Severino" in materia di incandidabilità sopravvenuto e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*, in *Archivio penale*, 2014.
- GAMBARDELLA M., *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010.
- GAMBARDELLA M., *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007.
- GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011.
- GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, NelDiritto, 2021.
- GATTA G. L., *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della 'legge Carabia'*, in *Sistema penale*, 15 ottobre 2021.
- GATTA G. L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 26 dicembre 2020.
- GATTA G. L., *Tolleranza tra principi' e 'principi intolleranti'. L'emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività in malam partem: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato ex art. 83, co. 4 d.l. n. 18/2020*, in *Sistema penale*, 22 luglio 2020.
- GATTA G. L., *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema-Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *Sistema Penale*, 10 giugno 2020.
- GATTA G. L., *Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale in materia di insider trading*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 maggio 2019.
- GATTA G. L., *Non sempre 'depenalizzazione' equivale a 'mitigazione'. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative 'punitive' più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 dicembre 2018.
- GATTA G. L., *La 'materia penale' oltre oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 maggio 2018.
- GATTA G. L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 gennaio 2016.
- GATTA G. L., *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 24 novembre 2014.
- GATTA G. L., *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010.

- GIACOBBE G., (voce) *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989.
- GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2018.
- GIORDANO S. E., *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prima riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archivio penale*, 14 aprile 2015.
- GIOVANNINI A. – MURCIANO L. P., *Il principio del “ne bis in idem” sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014.
- GIUPPONI T., *La Corte e il ‘suo’ processo. Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 4/2015.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2014.
- GOLIA A. JR., ELIA F., *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni ‘sostanzialmente’ penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.
- GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della ‘legge quadro’ n. 234 del 2012*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2013.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010.
- GRASSO G., *L’incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una ‘politica criminale europea’?*, in *Indice pen.*, 1993.
- GRASSO G., *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Giuffrè, 1989.
- GRASSO G., *Controllo sulla rispondenza della realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981.
- GRASSO G., GIUFFRIDA F., *L’incidenza sul giudicato interno delle decisioni della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 maggio 2015.
- GRIGLIO E., *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2005.
- GROPPI T., *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Federalismi*, 2016.
- GROSSI P., *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, 2012.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001.
- GROSSO C. F., *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Diritto penale minimo*, (a cura di) U. Curi – G. Palombarini, Roma, 2002.
- GUARNIER T., *Corte costituzionale, Corti sovranazionali, giudici comuni e legislatore. Lo scenario a seguito della sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2/2021.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992.
- GUAZZAROTTI A., *L’interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.
- GUAZZAROTTI A., *Un “atto interruttivo dell’usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269 del 2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.
- GUIDO E., *Condizioni di applicabilità della custodia cautelare in carcere e retroattività dello ius superveniens di favore*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 10 gennaio 2014.
- GUSMAI A., *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista AIC* 3/2014.
- HARRIS D., BOYLE M. O., WARBRICK C., *Law of the European Convention*, II ed., Oxford, 2009.
- HELFFERICH F., *Contatto e contagio. Il diritto penale e le misure di contenimento del coronavirus*, in *Sistema penale*, 4 dicembre 2020.

- INFUSINO M., *Misure di prevenzione all'indomani della sentenza De Tommaso*, in *diritto.it*, 13 giugno 2018.
- INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012.
- INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007.
- INSOLERA G., *Relazione*, in *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali*, (a cura di) L. Zilletti – F. Oliva, 2007.
- INTRONA F., *Il suicidio è un omicidio ruotato di 180°?*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2000.
- IRTI N., *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Editoriale scientifica, 2015.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981.
- KELSEN H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ.*, 1928.
- KOSTORIS R. E., *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in *Rivista AIC*, 2/2011.
- LAMARQUE E., *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Questione giustizia*, 4/2020.
- LAMARQUE E. – VIGANÒ F., *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2014.
- LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, 4/2016.
- LANCHASTER F., *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Giuffrè, 2014.
- LANZAFAME A., *"Ci sarà un giudice comune a Berlino?" Le vicende del d.lgs. Severino come occasione per ripensare il sistema di protezione dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016.
- LASALVIA F. P., *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Archivio penale*, 25 maggio 2017.
- LASSALLE M., *Taricco kills two birds with one stone for the sake of the PIF*, in *European Law Blog*, 27 ottobre 2015.
- LATTANZI, G., *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.
- LAZZERI F., *La riforma attuativa della "riserva di codice" non ha abolito il delitto di violazione degli obblighi economici nei confronti dei figli di coppie non coniugate: infondate le questioni di legittimità relative all'art. 570-bis c.p.*, in *Sistema penale*, 18 novembre 2019.
- LEO G., *Prescrizione e improcedibilità: problematiche di diritto intertemporale alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Sistema penale*, 1 marzo 2022.
- LEO G., *Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 aprile 2019.
- LEO G., (voce) *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2018.
- LEO G., (voce) *Concorso esterno nei reati associativi*, in *Il libro dell'anno Treccani 2017*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2017.
- LEO G., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2016.
- LEO G., *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 dicembre 2015.
- LEO G., *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2015.
- LEONE S., *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019.

- LEONE S., *Illegittima la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione "a rime possibili"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2019.
- LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- LEONI B., *La libertà e la legge*, Liberilibri, 1995.
- LIBERALI B., *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.
- LIGETI K., *Toward a Public Prosecutor for the European Union*, Hart Publishing, 2013.
- LIPPOLIS V., *Art. 66*, in *Commentario della Costituzione*, (diretto da) G. Branca, Zanichelli-Il Foro italiano, 1986.
- LO MONTE E., *Il commiato della legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2013.
- LOI E. – MAZZACUVA N., *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in *Il carcere riformato*, (a cura di) F. Bricola, Bologna 1977.
- LOLLI I., *Decreti-legge e disegni di legge: il Governo e la 'sua' maggioranza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016.
- LOLLO A., *La riserva di legge in materia penale alla prova del bilanciamento. In occasione della questione di legittimità costituzionale sull'art. 2268 del codice militare*, in *Rivista AIC*, 4/2011.
- LOSAPPIO G., *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni 'stradali'. Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 giugno 2016.
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020.
- LUCIANI M., *Diritto penale e Costituzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 ottobre 2018.
- LUCIANI M., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.
- LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012.
- LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'*, in *Foro amm.-TAR*, VI, supplemento al n. 7-8, 2007.
- LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi*, 2007.
- LUCIANI M., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno, Milano 17-17 marzo 2000*, Giuffrè, 2001.
- LUCIANI M., *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una Costituzione senza Stato*, (a cura di) G. Bonacchi, Bologna, 2001.
- LUDOVICI L., *Applicazione della pena su richiesta delle parti: le modifiche apportate dalla legge 'spazzacorrotti'*, in *Diritto penale e processo*, 4/2019.
- LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.
- LUPO N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, (a cura di) E. Gianfrancesco e N. Lupo, Luiss University Press, 2007.
- LUPO N., RIVOSECCHI G., *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013.
- MAIELLO V., *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018.

- MAIELLO V., *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, (a cura di) V. Maiello, Giappichelli, 2015.
- MALFATTI E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio AIC*, 6/2020.
- MANACORDA S., *Diritto penale europeo*, in *Enc. Treccani*, 2014.
- MANCINI M., *La “materia penale” negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell’elettorato passivo*, in *Federalismi*, 2018.
- MANCUSO A. M. – VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punite due volte, in Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) F. Viganò – G. Ubertis, Giappichelli, 2016.
- MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della consulta)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2021.
- MANES V., *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 febbraio 2019.
- MANES V., *Dalla ‘fattispecie’ al ‘precedente’: appunti di ‘deontologia ermeneutica’*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2018.
- MANES V., *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/2017.
- MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017.
- MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a ‘Taricco’. Note minime all’ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *AA.Vv., I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene 2016.
- MANES V., *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 aprile 2015.
- MANES V., *Il ruolo ‘poliedrico’ del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione Penale*, 5/2014.
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2014.
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, 2012.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto (Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali)*, Roma, Ed. Dike, 2012.
- MANES V., *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 luglio 2012.
- MANES V., *Commento all’art. 7*, in *AA.Vv., Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, (a cura di) S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012.
- MANES V., *L’eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva ‘politica’ e specificazione ‘tecnica’*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010.
- MANES V., *Attualità e prospettiva del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 2007.
- MANES V., *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.
- MANES V. – CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020.
- MANES V. – NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019.

- MANES V. e ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 marzo 2014.
- MANETTI M., *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. cost.*, 2012.
- MANETTI M., *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008.
- MANGIA M., *Il nuovo art. 187-terdecides TUF ed il divieto di bis in idem in materia di market abuse*, in *4legal.com*, 2019.
- MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2016.
- MANNA A., *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Archivio penale*, 2014.
- MANNA A. – DI FLORIO M., *Il trascorrere del tempo nel diritto penale: la prescrizione del reato tra le "criticità" della disciplina e il "difficile dialogo" tra CGUE e Corte costituzionale*, in *Archivio Penale*, 2017.
- MANTINI P., *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi*, 2017.
- MANTINI P., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, (a cura di), Giuffrè, 2009.
- MANTOVANI F., *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. Pen.*, 2/2017.
- MANTOVANI F., *Diritto penale – Parte generale*, 8a ed., Cedam, 2013.
- MANZELLA A., *Lo "stato" del Parlamento e il futuro del parlamentarismo - Conferenza inaugurale al corso "Nuevas tendencias del derecho parlamentario". Universidad de Cantabria, Santander, 20 luglio 2009*, in *Astrid.it*, 2009.
- MANZELLA A., *Il "Parlamento d'emergenza"*, in AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, (a cura di) A. Barbera e T. Giupponi, Bononia University Press, 2008.
- MANZELLA A., *Il Parlamento*, il Mulino, 2003.
- MANZELLA A., *Note sulla questione di fiducia. Ancora sui rapporti tra maggioranza e opposizione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n.5-6/1969, ora in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Giuffrè, 1970.
- MANZELLA A., *La formazione della Camera*, in *Il regolamento della Camera dei deputati. Storia, istituti, procedure*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1968.
- MARANDOLA A., *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 ottobre 2017.
- MARCONÒ V., *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2021.
- MARCONÒ V., *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 2018.
- MARCONÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- MARCONÒ V., *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 1/2014.
- MARCONÒ V., *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, 2013.
- MARCONÒ V., *L'eterogeneità delle disposizioni come 'male' da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.
- MARCONÒ V., *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Jovene, 2009.
- MARGIOTTA S., *Certezza del diritto e diritto positivo*, in *Nomos*, 1/2021.

- MARINI F. S., *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio AIC*, 1/2016.
- MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006.
- MARINUCCI G., *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, Napoli, 2006.
- MARINUCCI G., *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole 24 ore*, 12 marzo 1998.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2017.
- MAROLDA G., *La non irragionevolezza della “Legge Severino”: note a margine della sent. n. 236/2015 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionale*, 30 gennaio 2016.
- MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 maggio 2017.
- MARZADURI E., *Disciplina delle accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9 gennaio 2019 n. 3*, in *La legislazione penale*, 2019.
- MASSA PINTO E., *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 2020.
- MASSA PINTO I., *Rappresentanza*, Relazione svolta al XXXI Convegno AIC su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità – Rappresentanza – Territorio*, Trento, 11-12 novembre 2016, in *Rivista AIC*, 3/2017.
- MASERA L., *La Corte costituzionale ritiene che le sanzioni amministrative previste per i consumatori di stupefacenti abbiano finalità preventiva e non punitiva*, in *Sistema penale*, 14 luglio 2022.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.
- MASERA L., *La Grande Sezione della Corte di giustizia UE ritiene contraria alla direttiva rimpatri la previsione di una pena detentiva per i casi di ingresso irregolare nel territorio di uno Stato membro attraverso una frontiera interna*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 luglio 2016.
- MASERA L., *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Libro dell’anno del Diritto*, Enc. Treccani, 2012.
- MASSARO A., *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale ‘frammentario’ a un diritto ‘frammentato’*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2016.
- MATSCHER F., *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, 1996.
- MATTARELLA B. G., PELLISSERO M. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.
- MAUGERI A., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 marzo 2017.
- MAZZA O., *Legge e potere: l’irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Atti del convegno ‘Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile’*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2017.
- MAZZA O., *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. Pen.*, 2017.
- MAZZA O., *Scelte politiche “europee” e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, ottobre 2016.

- MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rassegna Tributaria*, 2015.
- MAZZA O., *La chassé-croisé della retroattività (in margine alla "Legge Severino")*, in *Archivio penale*, 2014.
- MAZZA O., *Introduzione ad un dibattito su "retroattività e legge Severino"*, in *Archivio penale*, 1/2014.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017.
- MAZZACUVA F., *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 luglio 2016.
- MAZZACUVA F., *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2016.
- MAZZACUVA F., *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis e F. Viganò, Giappichelli, 2016.
- MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art 7 Cedu. C. eur. dir. uomo, seconda sezione, sent. 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 5 novembre 2013.
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2013.
- MAZZACUVA N., *Intervento al dibattito su "Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"*, in *Crit. dir.*, 1998.
- MELANI A., *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione. Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa', Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, G. Tanzarella, Giappichelli, 2011.
- MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017.
- MENTASTI G., *Il Decreto Severino (finalmente) al vaglio della Corte EDU: nulla poena anche per i giudici europei*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2021.
- MERSINI M., *Applicazione ed evoluzione del principio del ne bis in idem: il revirement della Corte EDU e il decisum della Corte di Giustizia nelle cause Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate e a. (C-537/16) e Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2018.
- MIEDICO M., *Illecito penale o illecito amministrativo*, in *Le società*, 2007.
- MICHELETTI D., *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco: dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *Legis. Pen.*, 2016.
- MICCOLI F., *L'estensione analogica delle scusanti: le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384, co. 1 c.p. al convivente more uxorio*, in *Penale. Diritto e procedura*, 3/2021.
- MILAZZO P., *La Corte costituzionale si fa scudo con l'inoppugnabilità e conferma l'esistenza (precaria) nel sistema delle fonti delle leggi "tamquam non essent" anche in materia penale. Osservazioni a Corte cost., ord. n. 184/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2017.
- MOCCIA S., *La lotta alla criminalità organizzata*, in *La difficile antimafia*, (a cura di) M. Vallefuoco, A. Gialanella, Roma, 2002.
- MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

- MODUGNO F., *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2014.
- MODUGNO F., (voce) *Fonti del diritto*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Utet giuridica, 2010.
- MODUGNO F., *A mò di introduzione. Considerazioni sulla 'crisi della legge', Trasformazioni della delega legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, (a cura di) F. Modugno, Giuffrè, 2000.
- MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Giuffrè, 1971.
- MONTALENTI P., *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 1/2015.
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970.
- MORELLI A., *La garanzia dell'irretroattività penale nella sent. n. 278/2020: una dissenting opinion*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021.
- MORELLI A., *Le trasformazioni del principio democratico*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, (a cura di) L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, 2015.
- MORELLI A., *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, (a cura di) A. Morelli, Giuffrè, 2015.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 2021.
- MORRONE A., *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. 68/21*, in *Giur. cost.*, 2021.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Spunti su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019.
- MOSCATI M., *La riserva di legge in materia penale... un principio tiranno?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011.
- MUCCIARELLI F., *Ne bis in idem, sanzioni tributarie e responsabilità dell'ente*, in *Sistema penale*, 25 novembre 2022.
- MUCCIARELLI F., *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 marzo 2019.
- MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2018.
- MUSCO E., *Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione?*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, II, (a cura di) M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata e A. M. Stile, Giuffrè, 1991.
- NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta di Strasburgo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 ottobre 2012.
- NAPOLI G. M., *Sanzioni disciplinari in ambito carcerario e sindacato giurisdizionale esteso al 'merito' dei provvedimenti punitivi: un tentativo (non riuscito) di controllo di "full jurisdiction"*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 giugno 2017.
- NARDOCCI C., *Quando la Corte "vuole decidere": sulla retroattività in mitius della sanzione amministrativa, ma su base "costituzional-convenzionale"?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2019.
- NARDOCCI C., *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in *Federalismi*, 2017.
- NARDOCCI C., *Norme penali di favore fra tutela dell'unità della famiglia "tradizionale" e diritti individuali, all'incrocio tra tempo della norma e tempi del legislatore, a margine di Corte cost., sent. n. 223 del 2015*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

- NASCIMBENE B., *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto tra CEDU e diritto UE*, in *Eurojus*, 23 dicembre 2014.
- NATALINI A., *La "contravvenzionalizzazione" del delitto paesaggistico: il "sacrificio" del precepto (e del giudicato) in nome della (ir)ragioneevolza sanzionatoria*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 11 aprile 2016.
- NEPPI MODONA G., *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quad. Fior.*, 2/2007.
- NEPPI MODONA G., *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccioli*, (a cura di) L. Lacchè, Ed. Univ. Mac., 2007.
- NEPPI MODONA G., *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989.
- NEPPI MODONA G., *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, (a cura di) G. Quazza, Einaudi, 1973.
- NEPPI MODONA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, (a cura di) L. Violante, Einaudi, 1997.
- NINO D'ASCOLA V., *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Archivio penale*, 2014.
- NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, 2015.
- NOTARO D., *"Rimandato" il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari*, in *Diritto penale e processo*, IV, 2012.
- NUVOLONE P., (voce) *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Giuffrè, 1982.
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1968, p. 63 ss.; e dello stesso A. *Pena (Dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 1982.
- NUVOLONE P., *Considerazioni sul delitto di plagio*, in *Il diritto penale degli anni settanta*, (a cura di) P. Nuvolone, Cedam, 1982.
- NUVOLONE P., *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1956.
- ONIDA V., *Una votazione 'contra legem'*, in *IlSole24ore*, 22 marzo 2017.
- ONIDA V., *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC*, 1/2016.
- ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, (a cura di) R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, 2005.
- ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di 'rilevanza' delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978.
- ORLANDO A., *Riserva di codice. L'importanza di un principio che guarda al futuro*, ne *Il Manifesto* del 23 luglio 2017.
- PACINI F., *"Abrogatio non petita, accusatio manifesta": la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in *Federalismi*, 2014.
- PADOVANI T., *Il binomio irriducibile – La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni*, in *Diritto penale in trasformazione*, (a cura di) G. Marinucci – E. Dolcini, Giuffrè, 1985.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, (diretto da) C. F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Giuffrè, 2007.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003.
- PAJNO S., *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005.
- PALAZZO F., *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cassazione penale*, 2022.

- PALAZZO F., *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021.
- PALAZZO F., *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sistema penale*, 18 marzo 2021.
- PALAZZO F., *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisla-zione penale.eu*, 2017.
- PALAZZO F., *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2016.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale: parte generale*, Giappichelli, 2016.
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Archivio Diritto penale contempo-raneo*, 13 gennaio 2016.
- PALAZZO F., *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisla-zione penale.eu*, 29 gennaio 2016.
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014.
- PALAZZO F., *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 settembre 2011.
- PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011.
- PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzio-nale italiana*, (a cura di) N. Zanon, ESI, 2006.
- PALAZZO F., *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999.
- PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999.
- PALAZZO F., (voce) *Legge penale*, in *Digesto Disc. Pen.*, Utet giuridica, 1993.
- PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determina-tezza-tassatività in materia penale*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di) A. M. Stile, Napoli, 1991.
- PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. Pen.*, 1987.
- PALAZZO F., *Valori costituzionali e diritto penale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (a cura di) A. Pizzorusso e V. Varano, I, Giuffrè, 1985.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza del diritto penale: la fattispecie*, Cedam, 1979.
- PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmansiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 3/2014.
- PALIERO C. E., *I caratteri generali del diritto penale*, in *Ius17@unibo.it*, 2012.
- PALIERO C. E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *AA.VV., La crisi finanziaria: ban-che, regolatori, sanzioni*, Giuffrè, 2010.
- PALIERO C. E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004.
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990.
- PALIERO C. E., *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo: una questione classica ad una 'svolta' radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985.
- PALIERO C. E. – TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988.
- PALMISANO G., *Le norme pattizie come parametro di costituzionalità delle leggi: questioni chia-rite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze "gemelle"*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018.
- PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2016.

- PARODI G., *Effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e priorità del giudizio costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2022.
- PAPA M., *Dal Codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2018.
- PATRONI GRIFFI F., *Prefazione, in L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, (a cura di) I. Nicotra, Giappichelli, 2017.
- PECORELLA C., *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007.
- PEDRAZZI C., (voce) *Diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Utet giuridica, 1990.
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975.
- PEDRAZZI C., *Sentenze 'manipolative' in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1974.
- PEDRAZZI E., *Lo sciopero nella legge penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963.
- PEERS S., *The Italian Job: the CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, in *EU Law Analysis*, 22 settembre 2015.
- PELLEGRINO B., *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare, con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1979.
- PELLEGRINO M., *Cooperazione giudiziaria penale nella UE. Dalle origini alla Procura Europea, nella collana Temi europei ed internazionali*, (a cura di) A. Venegoni, Exeo editore, 2016.
- PELLEGRINO M., *L'incidenza discendente del diritto UE sul sistema penale (a margine della l. 24 dicembre 2012, n. 234)*, in *Archivio penale*, 3/2013.
- PELLISERO M., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.
- PELLISERO M., *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento della politica penale dell'Unione europea*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, (a cura di) S. Vinciguerra e F. Dassano, ESI, 2010.
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. n. 109 del 2017*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2017.
- PELLIZZONE I., *Assenza di una base legale sufficientemente specifica: l'impatto di sistema della sentenza De Tommaso*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017.
- PELLIZZONE I., *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?*, in *AA.Vv.*, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene 2017.
- PELLIZZONE I., *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017.
- PELLIZZONE I., *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e dalla soppressione degli embrioni malati*, in *Studium Iuris*, 7-8/2016.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015.
- PELLIZZONE I., *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in *AA.Vv.*, *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, (a cura di) E. D'Orlando e L. Montanari, Giappichelli, 2009, pp. 3-37.
- PERINI A., *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.
- PERINI P., FARAGUNA P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza 'Taricco' alla prova dei controlimiti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2016.
- PERTICI P., *Il referendum abrogativo e il suo procedimento, tra garanzie e ostacoli. Un bilancio complessivo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2022.

- PERTICI A., *Il trattato che adotta una costituzione per l'Europa. Le istituzioni giudiziarie e la tutela dei diritti*, in, *Il Foro italiano*, 1/2005.
- PERTICI A., La "giustiziabilità" dei diritti fondamentali tra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, La Carta europea dei diritti fondamentali, Atti del Convegno di Genova del 16-17 marzo 2001, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, (a cura di) , P. Costanzo vol. XXXI, De Ferrari, 2001-2002.
- PERTICI A., *La delegazione legislativa: dalle distorsioni (con particolare riferimento ai rapporti con i decreti-legge) alle ipotesi di riforma*, in *Fuga dalla legge? – Seminari sulla qualità della legislazione*, (a cura di) R. Zaccaria, Grafo, Brescia, 2011, p. 150 ss.
- PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.
- PICCIRILLI G., *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlli: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017.
- PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona (Atti del Convegno di Catania, 28-29 maggio 2010)*, (a cura di) G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella, Giuffrè, 2011.
- PIERANDREI F., (voce) *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, 1962.
- PIETROPOLLI M., *L'impatto delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sistema italiano*, in *Diritto processuale dei diritti umani*, (a cura di) L. Mezzetti, C. Pizzolo, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.
- PINARDI R., *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 3/2021.
- PINARDI P., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.
- PINARDI R., *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta online*, 1/2015.
- PINO G., *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Crisi della giustizia e (in)certeza del diritto*, (a cura di) A. Apostoli, M. Gorlani, Editoriale scientifica, 2018, pp. 109-125.
- PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, (a cura di) G. Pino, V. Villa, il Mulino, Bologna, 2016.
- PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014.
- PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011.
- PINTO D. e D'ALFONSO S., *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità*, in F. Pinto, S. D'Alfonso *Incandidabilità, ineleggibilità, incompatibilità e status degli amministratori locali. Cause ostative al mandato, aspettative, permessi, indennità*, Maggioli, 2001.
- PISANESCHI A., *La sentenza n. 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021.
- PISTORIO G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea*, Editoriale scientifica, 2012.
- PITTARO P., *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. cost.*, 1991.
- PIZZETTI F. G., *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008.
- PIZZETTI F. G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Giuffrè, 2004.
- PONTI B., *La incandidabilità e gli effetti della estinzione del reato*, in *Giornale Dir. amm.*, 4/2014.

- PROVENZANO P., *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2017.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, 2/2014.
- PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 4/2013.
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994.
- PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 luglio 2018.
- PULITANÒ D., *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenza penale*, 2017.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017.
- PULITANÒ D., *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, 2017.
- PULITANÒ D., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2016.
- PULITANÒ D., *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, (a cura di) M. Donini – L. Stortoni, Bologna, 2015.
- PULITANÒ D., *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *AA.VV., Il diritto penale tra scienza e politica*, (a cura di) M. Donini e R. Orlandi, Bologna, 2015.
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2015.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015.
- PULITANÒ D., *Il nodo della prescrizione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 settembre 2014.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, V ed., Giappichelli, 2013.
- PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013.
- PULITANÒ D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011.
- PULITANÒ D., *Principio d'eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007.
- PULITANÒ D., *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2006.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983.
- PULITANÒ D., *La 'non punibilità' davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 1983.
- PULITANÒ D., *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982.
- PUPO V., *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, 1/2017.
- RACCA A., *Problematiche costituzionali del nuovo regime dell'“incandidabilità” per le cariche elettive (e di governo) nell'ordinamento italiano*, in *Consulta online*, 2014.
- RAFIOTTA E., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, 2020.
- RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2011.
- RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I*

- nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni, (a cura di) B. Caravita, Giappichelli, 2021.
- RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo : tra cooperazione e negoziazione a margine della vicenda Taricco e dintorni*, in *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018.
- RANDAZZO B., *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola alla Consulta. (Cass.civ., Sez. II, 16 febbraio 2018, n. 3831, ord. – Pres. Petitti – Rel. Cosentino – B. c. Consob)* in *Giornale di Diritto amministrativo*, 3/2018.
- RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista AIC*, 2/2015.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea di diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2012.
- RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, ESI, 2006.
- RANELLETTI O., *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1/1913.
- RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di ne bis in idem*, in *EuroJus*, 22 marzo 2018.
- RECCHIONE S., *European Public Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2014.
- REDENTI R., *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Giuffrè, 1957.
- REPETTO G., *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al "doppio binario"*, in *Diritto pubblico*, 2014.
- RESCIGNO G. U., (voce) *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (diretto da) S. Cassese, vol. I, Giuffrè, 2006.
- RICCARDI G., *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 26 gennaio 2015.
- RIVELLO P., *Su una pronuncia della Corte costituzionale in materia di diritto penale militare*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2017.
- RIVOSECCHI G., *"Legge Severino", atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2017.
- RIVOSECCHI G., (voce) *Fiducia parlamentare*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Utet giuridica, 2008.
- RIVOSECCHI G., *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet giuridica, 2006.
- RIZZATO E., *Osservazioni a Corte europea dei diritti dell'uomo, data 23 febbraio 2017*, in *Cass. Pen.*, 5/2017.
- ROCCATAGLIATA L., *Il Consiglio UE approva definitivamente il Regolamento istitutivo della Procura europea. L'EPPO è infine realtà*, in *Giurisprudenza Penale*, 15 ottobre 2017.
- ROMANO B., *Diritto penale – Parte generale*, III ed., 2016.
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008.
- ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, 2006.
- ROMANO M., *Commentario sistematico*, I, sub. Art. 1, Giuffrè, 2004.
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1974.

- ROMBOLI R., *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e sugli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in *Foro italiano*, I, 2008.
- ROMBOLI R., *Una sentenza 'storica': la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro italiano*, 2007.
- ROMEO G., *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena 'incostituzionale'*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2014.
- ROMEO G., *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 1 ottobre 2013.
- ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 aprile 2012.
- ROMEO G., *Le Sezioni Unite sul regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: un revirement giurisprudenziale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 19 giugno 2011.
- RONCO M., *L'istigazione o l'aiuto al suicidio*, in *Centrostudilivattino.it*, 4 settembre 2017.
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010.
- ROSSI E., *La Corte costituzionale bocca l'abrogazione del decreto legislativo sulle associazioni paramilitari*, in *Quotidiano giuridico*, 24 gennaio 2014.
- ROSSI E., *Quali possibili rimedi per la decretazione d'urgenza?*, in *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, 2011.
- ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia. Note a Trib. Cuneo, 17.01.2014, G.U.P. Boetti*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 7 febbraio 2014.
- RUDONI R., *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della 'materia penale': spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull'ordinamento interno*, in *Osservatorio AIC*, 4/2021.
- RUDONI R., *Ne bis in idem e obblighi di mantenimento dei figli*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2021.
- RUDONI R., *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Osservatorio AIC*, 2/2016.
- RUGGERI A., *Venuta alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, 3/2018.
- RUGGERI A., *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una prospettiva che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 2017.
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2/2015.
- RUGGERI A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.
- RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Diritti comparati*, 15 ottobre 2012.
- RUGGERI A., *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*; in *Rivista AIC*, 2/2011.

- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011.
- RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.
- RUGGERI S., *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. Pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2014.
- SAITTA A., *Distorsioni e fratture nell'uso degli atti normativi del Governo: qualche riflessione di ortopedia costituzionale*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa". Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella, Giappichelli, 2011, p. 485 ss.
- SALAZAR L., *L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, 6 aprile 2021.
- SALAZAR L., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura Europea (EPPO)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2017.
- SALERNO G. M., *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) V. Crisafulli, L. Paladin, Cedam, 1990.
- SALVEMINI P., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- SANDULLI M. A., *Incostituzionalità dell'interpretazione analogica "creativa" in malam partem*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.
- SANDULLI A. M., *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959.
- SANTISE M., *Le prescrizioni del 'vivere onestamente' e del 'rispettare le leggi' al vaglio delle Sezioni Unite tra interpretazione adeguatrice e abolitrice*, in *Iurisprudenzia.it*, 2017.
- SCACCIA G., *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2020.
- SCACCIANOCE C., *La Riforma 'Orlando' e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla 'specificità' dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, in *Archivio penale*, 3/2017.
- SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra le Corti in materia penale*, in *Cass. Pen.*, 2015.
- SCODITTI E., *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Questione giustizia*, 2018.
- SCOLETTA M., *Condotte riparatorie e ne bis in idem nella responsabilità delle persone giuridiche per illeciti tributari*, in *Sistema penale*, 28 novembre 2022.
- SCOLETTA M., *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario sanzionatorio punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sistema penale*, 23 giugno 2022.
- SCOLETTA M., *Il principio europeo di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, (a cura di) C. Amalfitano, M. D'Amico, S. Leone, Giappichelli, 2022.
- SCOLETTA M., *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, (a cura di) R. Acquaroli – E. Fronza – A. Gamberini, Aracne, 2021.
- SCOLETTA M., *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osservatorio AIC*, 5/2021.
- SCOLETTA M., *La revocabilità della sanzione amministrative illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema penale*, 20 aprile 2021.

- SCOLETTA M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2019.
- SCOLETTA M., *Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 novembre 2014.
- SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 febbraio 2014.
- SCOLETTA M., *Norme penali “convenzionalmente illegittime” e questioni incidentali di costituzionalità in sede esecutiva: il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in *Federalismi*, 1/2014.
- SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, Giuffrè, 2013.
- SCOLETTA M., *La ‘rilevanza’ delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem*, p. 8-9: *il caso della prescrizione del reato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 giugno 2012.
- SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Manbosco Editrice, Pavia, 2012.
- SCOLETTA M., *Reviviscenza di fattispecie penali illegittimamente abrogate? Il caso del reato di ‘associazioni di carattere militare per scopi politici’ al cospetto della Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 maggio 2011.
- SCOLETTA M., *L’irragionevole insindacabilità dell’arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. cost.*, 2009.
- SCORZA E., *La riforma della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Osservatorio AIC*, 1/2022.
- SCUTO F., *La nuova dimensione dell’incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *Rivista AIC*, 4/2013.
- SERGES G., *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.
- SERRAINO M., *Non ogni giorno che passa è un giorno che si aggiunge al libro dell’oblio. La Corte di giustizia disvela la doppietta della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Legislazione penale*, 2015.
- SESTIERI M., *Note di politica criminale in materia di caporalato*, in *La legislazione penale*, 3 marzo 2017.
- SICURELLA R., *Prosegue l’azione dell’Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 25 luglio 2011.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Giuffrè, 2005.
- SILVA C., *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2017.
- SIMONCINI A. – LONGO E., *Dal decreto legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 3/2014.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009.
- SORRENTINO F., *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996.
- SOTIS C., *“Tra Antigone e Cretone, io sto con Porzia”. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017.
- SOTIS C., *Le competenze penali dell’Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d’insieme*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, Giuffrè, 2013.
- SOTIS C., *Le regole dell’incoerenza - Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- SOTIS C., *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Giuffrè, 2007.

- SOTTILE L., *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Osservatorio AIC*, 6/2021.
- SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, 2022.
- SPERTI A., *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la 'seconda svolta'*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione 'Gruppo di Pisa', Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011*, (a cura di) M. Cartabia, E. Lamarque, G. Tanzarella, Giappichelli, 2011.
- SPANGHER G., *Parere pro veritate depositato presso la Giunta per le elezioni e le immunità del Senato il 30 agosto 2013*, in *Federalismi*, 2013.
- SQUILLACI E., *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 aprile 2016.
- STAFFLER L., *Questioni di legittimità costituzionale in malam partem: nuovi limiti al sindacato da parte della Consulta? (A proposito della causa di non punibilità ex art. 649 c.p.)*, in *Archivio penale*, 2014.
- STAIANO S., *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi*, 19/2015.
- STANCATI P., *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015.
- STURNIOLO S., *"Ufficiale e gentiluomo"? Le "ragioni" del diritto penale militare in una recente decisione della Corte costituzionale in materia di ingiuria*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.
- TAVASSI L., *Il primo anno di EPPPO: appunti per una revisione critica*, 2022, entrambi pubblicati su *Sistema penale*, 31 maggio 2022.
- TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 3 febbraio 2021.
- TEGA D., *La corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bonomia University Press, 2020.
- TENORA V., *Considerazioni sui possibili (ma non operanti) riflessi della sentenza CEDU 4 marzo 2014 "Gabetti-Grande Stevens" sulla cumulabilità della sanzione disciplinare con quella penale*, in *Lex Italia – Rivista di diritto pubblico*, 2014.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TOMASI L., *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale*, 4 ottobre 2021.
- TORRETTA P., *"Legge Severino". La Corte conferma la sua legittimità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.
- TORRETTA P., *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Editoriale scientifica, 2015.
- TRAPANI M., (voce) *Legge penale*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1990.
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, 1983.
- TRINCHERA T., SASSAROLI G., MODUGNO F., *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FIAT*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 24 settembre 2013.
- TRINTI G., *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 settembre 2017.
- TRIPODI A. F., *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 marzo 2018.

- TRIPODI A. F., *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 marzo 2014.
- TROISI P., *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 2 aprile 2015.
- TUFANO M. L., *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4/2019.
- TUZET G., *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011.
- UBERTIS G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2/2012.
- UBERTIS G. e VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016.
- URBANI F., *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della 'continuità dell'illecito'*, in *Cass. pen.*, 2015.
- VALENTINI V., *Continua la navigazione a vista*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 gennaio 2015.
- VALSECCHI A., *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 giugno 2014.
- VAN DIJK P., VAN HOOF F., VAN RIJIN A., ZWAAK L., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, IV ed., Antwerpen-Oxford, 2006.
- VASSALLI G., *Il tormentato cammino della riforma nel cinquecento repubblicano*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996.
- VASSALLI G., (voce) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Utet giuridica, 1994.
- VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, 1972.
- VELLUZZI V., *L'analogia giuridica presa sul serio. osservazioni su cass., sez. un. penali, 17.3.2021, n. 10831*, in *Criminalia*, 2021.
- VELLUZZI V., *Analisi giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, in *Working Papers del Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali dell'Università di Siena (Digips)*, Siena, 1996.
- VENEGONI A., *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione. Dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 ottobre 2016.
- VENTORUZZO M., *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. soc.*, 2014.
- VENTORUZZO M., *When Market Abuse Rules Violate Human Rights: Grande Stevens v. Italy and the Different Approaches to Double Jeopardy in Europe and the US*, in *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2015.
- VENTURI F., *La Corte costituzionale torna sul divieto di analogia in malam partem in materia penale: canoni di tecnica ermeneutica e indicazioni di politica criminale nello scenario della crisi della legalità*, in *Diritti comparati*, 2021.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sistema penale*, 26 aprile 2022.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021.
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2020.
- VIGANÒ F., *Recensione. F. Mazzacava, le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017 e *L. Maserà, la nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 ottobre 2018 .

- VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 ottobre 2017.
- VIGANÒ F., *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 23 ottobre 2017.
- VIGANÒ F., *Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 settembre 2017.
- VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 maggio 2017.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2017.
- VIGANÒ F., *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 31 marzo 2017.
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 3 marzo 2017.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in AA.VV., *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, (a cura di) S. Tordini, Atti del convegno su "Giurisprudenza, legalità e diritto penale" – Università degli Studi di Bologna (5 novembre 2015), Bup Editore, 2017.
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, 2016.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 19 dicembre 2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 novembre 2016.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 novembre 2016.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Corte sulla proporzionalità della pena*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2016.
- VIGANÒ F., *A Never-Ending Story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tre ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 17 ottobre 2016.
- VIGANÒ F., *L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis, F. Viganò, Giappichelli, 2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 16 maggio 2016.
- VIGANÒ F., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 22 febbraio 2016.

- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 febbraio 2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2015.
- VIGANÒ F., *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 9 aprile 2015.
- VIGANÒ F., *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2015.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 8 luglio 2014.
- VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 12 maggio 2014.
- VIGANÒ F., *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2014.
- VIGANÒ F., *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno Treccani*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2012.
- VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 18 dicembre 2012.
- VIGANÒ F., *Figlio di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 10 aprile 2012.
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 6 settembre 2011.
- VIGANÒ F., *Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 28 aprile 2011, Hassen El Driri, causa C-61/11 PPU (Direttiva rimpatri e inosservanza dell'ordine di allontanamento dello straniero). La Corte di Giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14, comma V-ter T.U.Imm.*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2011.
- VINCIGUERRA C., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015.
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, 2011.
- VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della corte di giustizia dell'unione europea*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 15 aprile 2013.
- ZACCARIA R., *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, 2012.
- ZACCARIA R., *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, 2011.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet giuridica, 1988.
- ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, il Mulino, 2018.
- ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, il Mulino, 2018.
- ZAGREBELSKY V., *Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani*, in *Sistema penale*, 5 dicembre 2022.

- ZAGREBLESKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 1 maggio 2015.
- ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014.
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17, 2009.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, 1924.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcuni recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2021.
- ZANON N., *Stagioni creative della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), in Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, (a cura di) C. Padula, Editoriale scientifica, 2020, p. 381 ss.
- ZANON N., *Tra giurisdizione e legislazione: leggendo la "libertà e la legge" di Bruno Leoni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018.
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017.
- ZANON N., *Corte costituzionale, evoluzione della 'coscienza sociale', interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015.
- ZANON N., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015.
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011.
- ZANON N., *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008.
- ZANON N., *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore*, in *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, (a cura di) L. Zilletti, F. Oliva, Edizioni ETS, 2007, pp. 53-60.
- ZANON N., *La Corte costituzionale e le Corti dell'integrazione europea – Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, 2006.
- ZANON N., *Rapporti tra le Corti europee e le Corti nazionali*, in *Quali diritti avremo in Europa? Costituzione per l'Europa e interesse nazionale – Quaderni della Fondazione Magna Carta*, 2005.
- ZIRULIA S., *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 20 giugno 2017.
- ZOCCALI S., *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei c.d. "criteri Engel": un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di "ne bis in idem"*, in *Ordines*, 1/2019.
- ZUFFADA E., *La Corte di Cassazione alle prese con i principi stabiliti dalla Corte europea in materia di ne bis in idem in relazione al 'doppio binario' sanzione penale-sanzione disciplinare (penitenziaria)*, in *Archivio Diritto penale contemporaneo*, 21 aprile 2017.

Ultimi volumi pubblicati:

Manuali

- PIERLUIGI MANTINI (a cura di), *Lezioni di diritto pubblico del territorio*. Urbanistica, edilizia, rigenerazione urbana, ambiente appalti.
- MARILISA D'AMICO, GIUSEPPE ARCONZO, STEFANIA LEONE, *Lezioni di diritto costituzionale*.
- FRANCESCO VIGNOLI, *Diritto amministrativo*. Per concorsi ed esami.
- ALCESTE SANTUARI, *Lineamenti di diritto degli enti del terzo settore e delle cooperative*.
- FRANCESCO RIGANO, MATTEO TERZI, *Lineamenti dei diritti costituzionali*.
- ARMANDO MANNINO, SALVATORE CURRERI, *Diritto parlamentare* (disponibile anche in e-book).
- SALVATORE CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*.
- MARILISA D'AMICO, GIUSEPPE D'ELIA, *Diritto costituzionale*.
- MARCO ODELLO, *Il diritto dei rifugiati*. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano.
- GAIA TROISI, *Diritto dello Spettacolo*.
- GIOVANNA CONDO', *Elementi di diritto privato e di famiglia*. Manuale per operatori sociali.
- VINCENZO RUGGIERO, MANLIO LUBRANO DI SCORPANIELLO (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale* (disponibile anche in e-book).
- VINCENZO MUSACCHIO, *Il sistema penale del lavoro*.

Saggi e ricerche

- NANNAREL FIANO, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale* (disponibile in Open Access Gold: <https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/book/872>).
- ALCESTE SANTUARI, *Il Budget di salute e la presa in carico delle persone fragili*. Profili giuridici di uno strumento innovativo di partenariato pubblico-privato (disponibile in Open Access Gold: <https://series.francoangeli.it/index.php/oa/catalog/book/763>).
- GIACOMO GALAZZO, «*Sembra che in tale guisa non si ottemperi...*». Il rinvio presidenziale nell'esperienza repubblicana (disponibile anche in e-book).
- GRAZIA MANNOZZI, ROBERTO MANCINI, *La giustizia accogliente* (disponibile anche in e-book).
- TERESA RUSSO, ANNA ORIOLO (a cura di), *La lotta alla corruzione nella legalità reticolare*. Il sistema penale multilivello (disponibile anche in e-book).
- ROLANDO GROSSI, *Legittima difesa e sport*. Il caso di praticanti e di conoscitori di sport da combattimento (disponibile anche in e-book).
- TULLIO FENUCCI, *Rappresentanza politica e libertà di mandato nell'era della "disintermediazione" digitale* (disponibile anche in e-book).

JAN SAWICKI, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale*. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale (disponibile anche in e-book).

GIOVANNI ZAMPINI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda* (disponibile anche in e-book).

GIOVANNI DORIA, *La prospettiva del giusto*. Percorsi di realismo giuridico neo-classico.

ARIANNA ANGELI, *La circolazione del sistema francese di decentramento regionale nell'Europa centro-orientale* (disponibile anche in e-book).

NICOLE LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*. I limiti di applicazione (disponibile anche in e-book).

NADAN PETROVIC, *Basta accogliere?*. Politiche di integrazione tra soft law e best practices.

CHIARA ABATANGELO (a cura di), *Problematiche giuridiche per l'impresa*. Un'antologia (disponibile anche in e-book).

ROBERTO RUSSO, *Le leggi d'interpretazione autentica al vaglio del rasoio di Occam* (disponibile anche in e-book).

MARILISA D'AMICO, *I diritti contesi*. Problematiche attuali del costituzionalismo..

NADAN PETROVIC, *Rifugiati, profughi, sfollati*. Breve storia del diritto d'asilo in Italia (disponibile anche in e-book).

NELIANA RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare*. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo (disponibile anche in e-book).

FLAVIA CANNATA, *L'eguaglianza nella previdenza di genere* (disponibile anche in e-book).

ROBERTO DI MARIA, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa*. Tipicità ed interferenza del modello statunitense (disponibile anche in e-book).

GIUSEPPE D'ELIA, LINO PANZERI, *Statuti ordinari e legge regionale*. Contributo allo studio del giusto procedimento legislativo.

FULVIO CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*. Dinamiche e interpretazioni (disponibile anche in e-book).

ANGELA DI GREGORIO, *Epurazioni e protezione della democrazia*. Esperienze e modelli di "giustizia post-autoritaria" (disponibile anche in e-book).

ALEJANDRO NIETO, *Critica della ragion giuridica*.

DANIELA BIFULCO, *Negare l'evidenza*. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz".

ALESSANDRO TURCHI, *Coscienti evasori*. Problemi e prospettive dell'obiezione fiscale (disponibile anche in e-book).

DEBORA MIGLIUCCI, *Storia e costituzione*. Le basi giuridiche e istituzionali dei 150 anni d'Italia (disponibile anche in e-book).

DAVIDE DE GRAZIA, *Il governo di Internet*.

Questo 
LIBRO

 ti è piaciuto?

Comunicaci il tuo giudizio su:
www.francoangeli.it/opinione



VUOI RICEVERE GLI AGGIORNAMENTI
SULLE NOSTRE NOVITÀ
NELLE AREE CHE TI INTERESSANO?



ISCRIVITI ALLE NOSTRE NEWSLETTER

SEGUICI SU:



FrancoAngeli

La passione per le conoscenze

Copyright © 2022 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835142164

Corte costituzionale e “materia penale”

Le novità poste dalla progressiva affermazione del cd. *diritto penale europeo* e dalla sempre più rilevante attività delle Corti europee nel settore criminale hanno profondamente inciso sui corollari del principio di legalità penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. Anche sul versante domestico, la traiettoria evolutiva di tale principio ha allontanato, nel corso degli anni, le garanzie del *nullum crimen* dal disegno che aveva tracciato il Costituente, in omaggio alla loro genesi illuministica. In tale contesto, la dottrina e la giurisprudenza, sia nazionale, che sovranazionale, si sono confrontate soprattutto con il cd. *dilemma della materia penale*, vale a dire con il problema della perimetrazione dei confini del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; si tratta di una questione che ha assunto negli ultimi tempi una rilevanza del tutto particolare, dopo che la Corte costituzionale ha elevato il *nullum crimen* al rango di principio supremo del nostro ordinamento, nella parte in cui impone la determinatezza e la irretroattività in *malam partem*.

Il presente volume intende indagare queste problematiche, nella peculiare prospettiva del diritto costituzionale, provando a misurare i vantaggi e i costi, anche in chiave sistematica, di una nozione elastica di materia penale.

Stefano Bissaro è assegnista di ricerca in diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano; tra i suoi principali ambiti di studio, vi sono le interazioni tra il diritto costituzionale e il diritto penale, e la giustizia costituzionale.