



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO

Corso di dottorato in diritto pubblico, internazionale ed europeo - XXXI Ciclo
Curriculum in diritto costituzionale - IUS/08
Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE.
PROFILI COSTITUZIONALI.**

Dott. Stefano Bissaro
Matricola n. R11286

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Francesca Biondi

Coordinatrice: Chiar.ma Prof.ssa Diana-Urania Galetta

Anno accademico 2017/2018

*A te piccola Franci,
solo a te,
ovunque tu sia.*

"Why did you want to climb Mount Everest?"
"Because it's there"

George Mellory, New York City, 1923

Abstract

In occasione dell'ordinanza n. 24 del 2017, nell'ambito della nota vicenda *Taricco*, la Corte costituzionale ha elevato il principio di legalità penale, sancito all'art. 25, secondo comma, Cost., al rango di principio supremo dell'ordine costituzionale, per la parte che impone la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem* delle norme penali, riconoscendo la straordinaria importanza delle garanzie individuali da esso presidiate.

Questa presa di posizione del Giudice costituzionale si inserisce, però, in un contesto di profonda crisi delle garanzie storicamente riferite al principio del *nullum crimen*, il quale, vuoi per le storture legate alla produzione legislativa e per il ruolo sempre più rilevante della giurisprudenza (comune e costituzionale), vuoi per la definitiva affermazione di un *diritto penale europeo* e della progressiva incidenza della Corte EDU nel settore criminale, ha visto profondamente mutato, rispetto all'originario modello tracciato dal Costituente, il proprio contenuto di garanzia.

La presente ricerca dottorale intende esplorare, nella peculiare prospettiva del diritto costituzionale, proprio questo complesso terreno, indagando, dopo una breve ricostruzione delle sue origini storico-filosofiche, l'evoluzione del principio di legalità penale, alla luce dell'integrazione con le Carte europee, con l'intento di approfondire, in particolare, le questioni più attuali e controverse: anzitutto, perché prioritaria da un punto di vista logico, la definizione dell'ambito di operatività del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; e poi, il significato attuale della riserva di legge in materia penale, in uno scenario in cui il Parlamento rappresentativo pare sempre più estromesso dalla definizione delle direttive di politica criminale; ancora, il ruolo giocato, nella materia penale, dalla Corte costituzionale, chiamata a rappresentare l'ultimo baluardo in difesa del principio di legalità, e talvolta però essa stessa fonte di indebolimento delle garanzie sottese alla riserva di legge e alla determinatezza; nonché, da ultimo, l'incidenza sul sistema penale domestico delle scelte di criminalizzazione assunte dalle Istituzioni dell'Unione e del ruolo sempre più invasivo delle Corti sovranazionali.

Abstract

Within the well-known *Taricco* affair, the Constitutional Court, with the refer n. 24 of 2017, raised the principle of legality in criminal law, enshrined in art. 25, second paragraph of the Constitution, to the rank of supreme principle of the constitutional legal order, insofar it requires that criminal rules must be precise and must not have retroactive effect, recognizing the extraordinary importance of the individual guarantees related to it.

However, this statement of the Constitutional Judge comes into a context of deep crisis of the guarantees historically referred to the principle of *nullum crimen*, which, due to the distortions of legislative procedures and the increasingly importance of the jurisprudence (common and constitutional), due to the definitive affirmation of a *European criminal law* and of the progressive incidence of the European Court in the criminal sector, has profoundly changed its own content of guarantee, compared to the original model traced by the Constituent.

This doctoral research intends to investigate, with the peculiar perspective of constitutional law, this complex ground focusing, after a brief introduction of its historical and philosophical origins, on the evolution of the principle of legality in criminal law, in light of the integration with the European Charters, with the idea of particularly deepening the most recent and controversial issues: firstly, the definition of the scope of the principle recognized by the art. 25, second paragraph of the Constitution (which is a priority topic); the current significance of the statutory clause in criminal matters in a scenario where the representative Parliament seems ousted from the definition of the criminal policy's directives; the role played in criminal matters by the Constitutional Court, called to represent the last bastion in defense of the principle of legality and sometimes becomes itself the source of guarantees' weakening linked to the statutory clause and the principle of certainty; and lastly, the impact on the domestic penal system brought by the criminalization's choices taken by the institutions of the European Union and the increasingly role of supranational Courts.

Indice

<i>Introduzione</i>	15
---------------------------	----

Capitolo I. Il principio di legalità penale nell'ordinamento costituzionale italiano..... 19

1. Le origini del principio di legalità penale: cenni storici, dalle teorizzazioni degli illuministi fino al Codice Rocco	19
2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la definitiva consacrazione del principio di legalità penale	25
3. Le molteplici <i>rationes</i> sottese al principio di legalità penale, nel disegno tracciato dal Costituente.....	31
4. Delimitazione del campo di indagine della ricerca: la tenuta del principio di legalità penale, alla luce dell'evoluzione interna e dell'integrazione con il sistema sovranazionale.....	34

Capitolo II. L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della *materia penale*, tra diritto nazionale e diritto europeo 39

1. Considerazioni introduttive: ragioni e scopi di uno studio preliminare sui confini della <i>materia penale</i>	39
2. (Segue) alcune brevi precisazioni in merito all'oggetto dell'indagine.....	43
3. I confini della <i>materia penale</i> nel diritto nazionale	46
4. La <i>matière pénale</i> nel sistema europeo: nascita ed evoluzione della giurisprudenza <i>Engel</i>	50
5. <i>Materia penale vs matière pénale</i> : conseguenze e problematiche applicative derivanti dalla contaminazione di due modelli differenti	59
5.1. I settori di (reale o potenziale) sconfinamento: il diritto processuale penale.....	67
5.2. (Segue) il diritto amministrativo punitivo e i sistemi di doppio binario sanzionatorio	79
5.3. (Segue) il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo.....	95
5.4. (Segue) il controverso campo delle misure di prevenzione.....	108

5.5. (Segue) il settore delle sanzioni disciplinari (cenni).....	120
6. L'ambito di operatività del principio di legalità penale di cui all'art. 25, II comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale.....	128
6.1. (Segue) l'actio finium regundorum della più recente giurisprudenza costituzionale e la teorizzazione del paradigma della coesistenza.....	136
7. Riflessioni conclusive: il ruolo e le responsabilità del giudice comune.....	141

Capitolo III. I contenuti del principio di legalità penale: i corollari dell'art. 25, secondo comma, Cost.....149

Introduzione.....	150
-------------------	-----

Sezione I. Sul versante storico-formale: la riserva di legge..... 151

1. Il principio della riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica e della perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti.....	152
2. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo nella materia penale: le posizioni della dottrina, le risposte della prassi e i problemi ancora aperti.....	161
2.1. Segnali in controtendenza dalla recente giurisprudenza costituzionale?.....	169
2.1.1. Alcune conforme e un'importante novità nel sindacato di legittimità sul ricorso al decreto legislativo in materia penale.....	170
2.1.2. (Segue) gli abusi della decretazione d'urgenza in materia penale e le recenti prese di posizione della Corte costituzionale.....	177
3. La Corte costituzionale al cospetto della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.....	183
3.1. La riserva di legge e gli interventi in bonam partem della Corte costituzionale: presupposti, effetti e alcune criticità di fondo.....	187
3.2. La riserva di legge come limite al sindacato di costituzionalità in malam partem.....	195
3.2.1. Una prima eccezione: le cd. norme penali di favore.....	200
3.2.2. (Segue) una seconda eccezione: il caso dell'eccesso/carenza di delega legislativa.....	209
3.2.3. (Segue) una terza eccezione: il caso dell'incostituzionalità per vizio formale.....	212
4. Il ruolo creativo della magistratura quale ulteriore fattore di crisi della riserva di legge.....	218
5. L'impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulla riserva di legge in materia penale.....	232
6. La riserva di legge di fronte all'avvento del diritto penale europeo.....	237
6.1. Lo "stato dell'arte", alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.....	239
6.2. Alcune considerazioni sulla tenuta della riserva di legge nazionale.....	243

Sezione II. Sul versante a-storico-universalistico: il principio di determinatezza e il principio di irretroattività in malam partem. 251

1. Preliminarmente, la mancata riforma del codice Rocco e gli interventi settoriali del legislatore: il principio di determinatezza e una <i>crisi</i> che parte da lontano	252
1.1. (Segue) il d.lgs. n. 21 del 2018 e la cd. riserva di codice	258
2. La Corte costituzionale alle prese con il principio di determinatezza	262
2.1. I più rilevanti tracciati della giurisprudenza costituzionale: dalla svolta degli anni '80... ..	265
2.2. (Segue) ... passando per le controverse decisioni sul cd. disastro innominato e sulle prescrizioni del “vivere onestamente e del rispettare le leggi”	269
2.3. (Segue) ... al recente caso Taricco, la definitiva <i>renaissance</i> del principio di determinatezza ...	274
3. Gli innesti della giurisprudenza della Corte EDU sul principio di determinatezza ...	280
4. Il principio di irretroattività in <i>malam partem</i>	288
4.1. L'irretroattività in <i>malam partem</i> come garanzia della libera determinazione individuale: l'orientamento granitico della Corte costituzionale	291
4.2. Il problema della individuazione dell'ambito di operatività del principio di irretroattività in <i>malam partem</i> : ancora, sui confini mobili della materia penale	294
5. La differente copertura costituzionale del principio di retroattività in <i>bonam partem</i> ..	299
6. Irretroattività sfavorevole, retroattività in <i>bonam partem</i> ed effetti delle decisioni della Corte costituzionale, tra (molte) certezze e (alcuni) dubbi.....	307

Capitolo IV. Riflessioni conclusive: il principio di legalità penale oggi 315

Premessa: il <i>labirinto</i> , la Corte costituzionale e il <i>filo di Arianna</i>	315
1. Alcune osservazioni di sintesi intorno all'ambito di operatività del principio di legalità penale	317
2. Uno sguardo d'insieme sul contenuto del principio di legalità in materia penale.....	320
2.1. Brevi riflessioni sulla crisi della riserva di legge	321
2.2. Il principio di determinatezza e il principio di irretroattività in <i>malam partem</i>	327
3. Conclusivamente: da <i>Schmitt</i> a <i>Taricco</i> ... “ <i>la boucle est bouclée</i> ”	330

Bibliografia 333

Introduzione

Per introdurre le tematiche della presente ricerca, 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 in cui la Costituzione repubblicana, attraverso alcune importanti previsioni, si occupa di delineare i profili essenziali del magistero punitivo statale, scolpendo solennemente, nell’art. 25, secondo comma, Cost., il principio di legalità dei reati e delle pene. 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 presente ricerca: 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, quindi, a *dialogare* l’una con l’altra per proporre delle soluzioni condivise, frutto dell’intreccio delle sensibilità di ciascuna. La *saga Taricco*³ e le numerose questioni di legittimità costituzionale di cui si è dovuta occupare la Corte in ordine al cd. *dilemma della materia penale*⁴ hanno confermato, 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 rilievo.

Entro questo preciso scenario, si inserisce la ricerca dottorale qui proposta, con cui si intende studiare il principio di legalità penale, sancito all’art. 25, secondo comma, Cost., muovendo dalla prospettiva del diritto costituzionale, prestando cioè particolare attenzione al fondamento assiologico del principio del *nullum crimen*, al contenuto delle garanzie da esso

¹ Cfr. C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it. 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*, Quad. Fior., 2007, II, p. 1250.

³ 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; 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., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene 2016.

⁴ 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.it*, 28 marzo 2018.

discendenti, nonché alle ricadute che la sua evoluzione determina sulla tenuta del sistema delle fonti del diritto e sulla complessiva architettura costituzionale del nostro ordinamento, ancora oggi imprescindibilmente fondata sulla logica della separazione dei poteri.

A ben vedere, il tema delle fondamenta, storico-filosofiche e costituzionali, della legalità penale ha sempre 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 e dettagliate, concentrandosi, nell'ultimo periodo, intorno ai fattori di crisi, sia *endogeni* che *esogeni*⁵, che hanno condizionato negativamente la portata garantista dei corollari ad esso riferibili, specie sul *versante storico-formale* del principio di legalità⁶, quello che riguarda la selezione delle fonti abilitate ad intervenire nella materia penale e che intercetta, nel nostro sistema, la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. 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*"⁷, 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, con l'idea di studiarne la più recente evoluzione e lo *stato di salute* delle garanzie ad esso riconducibili.

In primo luogo, perché sono numerose e di fondamentale momento le novità poste dalla definitiva affermazione del cd. *diritto penale europeo* e dalla sempre più rilevante attività della Corte EDU 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 giurisprudenziale⁸: nel già citato caso *Taricco*, in quest'ottica, la Corte è addirittura giunta ad azionare 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

⁵ Secondo la precisa ricostruzione proposta da C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010.

⁶ 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*.

⁷ Per C. E. PALIERO, *Conclusioni*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017, p. 280 ss.

⁸ Ragionano in modo prevalentemente critico su queste tendenze N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2014, p. 5.

quest'occasione, come “*principio supremo dell'ordine costituzionale, posto a presidio dei diritti inviolabili degli individui*”⁹.

Ancora, perché a prescindere dalle *scosse telluriche* provocate dalle Corti sovranazionali, è la stessa evoluzione domestica del principio del *nullum crimen* che ha sollevato, nel corso degli ultimi anni, alcuni ineludibili interrogativi di 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 *ratio* illuministica.

Da ultimo, e principalmente, perché lo studio che viene qui presentato, come già si è detto, è condotto 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 costituzionalistica¹⁰, è quello di provare a ricostruire, parafrasando la formula utilizzata dalla Corte in occasione della sentenza n. 50 del 1980, il “*volto costituzionale dell'attuale sistema penale*”¹¹.

⁹ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 2 e 5*; come si dirà precisamente nel prosieguo dello studio, la Corte costituzionale ha riferito l'affermazione ai soli corollari della determinatezza e dell'irretroattività *in malam partem*.

¹⁰ Da ultimo, in questo senso, v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 3/2016.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 1980, *Considerato in diritto n. 4*.

Capitolo I

Il principio di legalità penale nell'ordinamento costituzionale italiano

SOMMARIO: 1. Le origini del principio di legalità penale: cenni storici, dalle teorizzazioni degli illuministi fino al Codice Rocco. 2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la definitiva consacrazione del principio di legalità penale. 3. Le molteplici *rationes* sottese al principio di legalità penale nel disegno tracciato dal Costituente. 4. Delimitazione del campo di indagine della ricerca: la tenuta del principio di legalità penale, alla luce dell'evoluzione interna e dell'integrazione con il sistema sovranazionale.

1. Le origini del principio di legalità penale: cenni storici, dalle teorizzazioni degli illuministi fino al Codice Rocco

Tradizionalmente associato al brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹², il principio di legalità penale ha conosciuto le sue prime compiute e rigorose 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 eccezioni¹³, 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 pene, strumento,

¹² 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, Milano, 1978, p. 950 ss; F. CORDERO, *Legalità penale*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; M. BOSCARRELLI, *Nullum crimine sine lege*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990. G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 281 ss; e G. MARTINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. Del diritto*, Giuffrè Ed., 1978, p. 950 ss.

¹³ Nel diritto inglese, per esempio, merita attenzione 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*, Padova, 1955.

quest'ultimo, che invero ne ha sempre rappresentato un corollario fondamentale, "irrinunciabile"¹⁴.

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 penale¹⁵, all'esito della quale vengono poste le basi per una legislazione criminale realmente improntata al principio di legalità.

Grazie in particolare agli studi di Montesquieu¹⁶, 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 comminare¹⁷, 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 dell'autore francese 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"¹⁸.

Non meno importanti per la definizione dei presupposti concettuali su cui si sarebbe poi retto il principio del *nullum crimen* i contributi di Cesare Beccaria¹⁹ che, nel suo celebre *Dei delitti e delle pene*, oltre a ribadire il primato del potere legislativo²⁰, da una parte, e la soggezione del giudice alla legge²¹, dall'altra, ha messo a fuoco l'esigenza che le leggi penali siano

¹⁴ Aspetto ben messo in luce nella manualistica penale: si rinvia, sul punto, a G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2008, e F. MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, Padova 1988.

¹⁵ Alcuni spunti posso essere rinvenuti nelle opere di Bacone e di altri filosofi del XVII (come Hobbes e Pufendorf). Sul tema si v. a. M. A. CATTANEO, *La filosofia della pena nei secoli diciassettesimo e diciottesimo*, 1974, p. 15 ss; ancora G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, cit., p. 288; M.; e, più di recente, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 15 ss.

¹⁶ 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 preconstituita, 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, tra i molti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 16 ss.

¹⁷ 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, Torino, 2006, p. 534 ss; e L. LANDI, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, 1979, p. 160 ss.

¹⁸ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, cit., p. 134.

¹⁹ Su cui, si 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, Milano, 1976, p. 686; G. NEPPI MODENA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1989, p. 499 s.; e M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 1998.

²⁰ 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.

²¹ 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 logia 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

formulate in modo “*chiaro ed intellegibile*”, dando così la stura a quello che oggi è comunemente noto come il principio di determinatezza in materia penale²².

Beccaria, peraltro, oltre a farsi promotore di idee assolutamente innovative, ha avuto anche il merito di sviluppare le teorie proposte da Montesquieu, giungendo a riconoscere una peculiare ed ulteriore legittimazione al primato del potere legislativo: ed, infatti, facendo propri alcuni dei più interessanti spunti delle riflessioni di Rousseau²³, 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*”²⁴.

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 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*”²⁵.

Come noto, comunque, ad onta dell’utilizzo della lingua latina, si deve a P. J. A. Von Feuerbach²⁶, e al suo *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen Peinlichen Rechts* del 1847, il conio della formula *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁷, 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

tutte quelle minime forza che cangiano l'apparenza di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo” (cfr. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 15).

²² Sul carattere assolutamente attuale delle riflessioni di Beccaria, si 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, Napoli, 2002, p. 15; e S. LARIZZA, *Cesaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 4, p. 2076 ss.

²³ Ci si riferisce, in particolare, alle teorie proposte nel noto J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762.

²⁴ 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*, 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. In questo senso, non può non ricordarsi la celebre sentenza n. 487 del 1989 in cui la Corte ebbe a precisare che “*che, 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., sent. 487 del 1989, *Considerato in diritto* n. 3.

²⁵ Per una precisa ricostruzione dell’evoluzione della legislazione penale tra la fine del settecento e il primo ottocento, si 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, 1993, p. 38 ss.

²⁶ Per un’analisi del pensiero di Feuerbach, si v. M. A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

²⁷ Cfr., ancora, M. BOSCARRELLI, *Nullum crimine sine lege*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.

ricorrere all'analogia in materia penale²⁸; 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 religiose²⁹).

Nel contesto italiano, occorre rilevare che il principio di legalità, dopo alcuni significativi riconoscimenti nel codice del Regno delle Due Sicilie, del 1819, e nel codice parmense, nel 1820³⁰, 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 legge, e nelle forme ch'essa prescrive"*.

Realizzata l'Unità d'Italia³¹, il legislatore del 1889 ha poi consacrato il principio del *nullum crimen*, all'art. 1, comma 1, del codice Zanardelli³², stabilendo, con una formula che tiene insieme le proposte dei progetti preparatori³³, 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 affermati)³⁴.

La *"questione della legalità"*³⁵ ha poi fatto inevitabilmente i conti, a cavallo dei due secoli, con evidenti torsioni, anche di natura autoritaria, in larghe parte conseguenti alle

²⁸ 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.

²⁹ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 535 ss.

³⁰ 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, 1993.

³¹ 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, si v., ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 22.

³² Si rinvia, sul punto, a A. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, 1890, I, Roma, p. 35 ss.

³³ 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 si v. G. CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, 1890, vol. I, p. 97; e, più di recente, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, op. cit., p. 22.

³⁴ La letteratura, sul tema, è evidentemente sterminata: 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.

³⁵ 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.*, I, 2007, p. 709.

determinazioni di politica-criminale assunte dal Governo per fronteggiare le situazioni eccezionali via via venute ad esistenza³⁶.

Riproposto dal legislatore del 1930 nei medesimi termini del codice Zanardelli³⁷, 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 fascista³⁸.

Ed, infatti, benché considerato, nelle intenzioni dello stesso Guardasigilli Rocco, come un "*presidio massimo per la libertà dei cittadini*"³⁹, il principio del *nullum crimen* ha subito profondissime violazioni, fino a svuotarsi del tutto, in talune particolari circostanze, del suo contenuto di garanzia⁴⁰.

Basterebbe ricordare, in questa prospettiva, che negli anni della dittatura fascista il Parlamento, lungi dal costituire diretta espressione della volontà popolare, era 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*"⁴¹, senza qualsivoglia legittimazione rappresentativa⁴².

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, e le minoranze addirittura indotte alla clandestinità o all'esilio, quando non racchiuse nelle patrie galere o inviate al confino⁴³.

³⁶ 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'*". Sul tema, per un'ampia ricostruzione delle posizioni dottrinali di fine '800, si 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.

³⁷ 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, si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 3 ss.

³⁸ Si deve dare atto, per completezza espositiva, che il legislatore del 1930 ha ulteriormente previsto, all'art. 199, 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*".

³⁹ 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*".

⁴⁰ 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. Del diritto*, VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 272 ss; e E. DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988, Torino, Utet, p. 279 ss.

⁴¹ Così testualmente G. NEPPI MODENA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quad. Fior.*, tomo II, 2007.

⁴² Sul conseguente carattere plebiscitario delle elezioni del Parlamento fascista, si 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.

⁴³ Sottolinea questo aspetto, ancora, G. NEPPI MODENA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., p. 986 ss.

Sul versante della copertura democratica delle scelte di politica criminale, preme 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"⁴⁴.

In un simile contesto, come è stato detto⁴⁵, 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 interessa⁴⁶, 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 sostegno⁴⁷, 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 capaci di garantirne il rispetto e l'attuazione⁴⁸.

Senza indugiare sul punto, è sufficiente rammentare, in questa sede, che il sistema fascista aveva previsto la possibilità (in particolare, per la repressione del dissenso politico) di ricorrere alternativamente a strumenti diversi dal codice penale e dal processo penale ordinario, a seconda delle peculiari contingenze del momento⁴⁹, 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 superiori⁵⁰.

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

⁴⁴ Così I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015, p. 15.

⁴⁵ 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*, Bari, Laterza, 1998, V ed., p. 71 ss.

⁴⁶ 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, I, 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. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, p. 297-299.

⁴⁷ Ci si riferisce al più volte citato G. NEPPI MODENA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., p. 1000.

⁴⁸ Si veda, così, G. NEPPI MODENA e M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12, *La criminalità*, (a cura di) L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, p. 757-847.

⁴⁹ Su questo specifico aspetto, si rinvia a G. NEPPI MODENA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccioli*, Macerata, Ed. Univ. Mac., (a cura di) L. Lacchè, 2007.

⁵⁰ Su cui, ampiamente, G. NEPPI MODENA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, cit. e dello stesso autore *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, (a cura di) G. Quazza, Torino, Einaudi, 1973, p. 136 ss.

ridimensionato, e per alcuni, addirittura, ridotto ad espressione di garanzie dal carattere assolutamente “*velleitario*”⁵¹.

Giova, da ultimo, a margine di questo breve *excursus* storico, 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 illuministi⁵²: ed è, infatti, 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 penale⁵³, benché, ancora una volta, con una posizione nel sistema delle fonti non rinforzata.

2. Il dibattito in Assemblea Costituente e la definitiva consacrazione del principio di legalità penale

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 assoluti⁵⁴, del principio formalizzato nell’attuale art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁵, sia alla portata dei singoli corollari ad esso riferibili.

Dalle parole dei Costituenti emerge, anzitutto, e in modo pressoché unanime⁵⁶, una attenzione particolare rispetto all’esigenza di consacrare il principio di legalità penale nella

⁵¹ Più in generale, occorre rilevare che tutte le esperienze totalitarie del novecento hanno offerto esempi drammatici in ordine alla sistematica e palese 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 fondo meglio gli si attaglia*”. 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*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 293.

⁵² Sul tema si v. G. MARINUCCI, *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 4, 2007, p. 1254 ss.

⁵³ 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*”.

⁵⁴ “*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.

⁵⁵ 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*, Padova 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*, Milano, 1953; P. ROSSI, *lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1968; P. G. GRASSO, *Il principio ‘nullum crimen sine lege’ nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.

⁵⁶ Minoritarie le posizioni di chi considera 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

Carta costituzionale, con l'obiettivo di porre le garanzie ad esso sottese al riparo dalle mutevoli dinamiche della legislazione ordinaria⁵⁷.

Principi e diritti certamente indiscutibili, quelli discendenti dall'art. 25⁵⁸, che dovevano essere “*trincerati nella Costituzione*”, poiché, pur trattandosi di principi immortali – “*non perché nati sulla Bastiglia in fiamme, ma perché nati con l'uomo: 'non scriptae sed natae leges', a dirla con Cicerone*”⁵⁹ –, la più recente esperienza statutaria aveva offerto numerosi e drammatici esempi di come questi stessi potessero venir “*solennemente violati*”⁶⁰, 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 inadeguata 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*”⁶¹, mettendo peraltro così a fuoco anche il diverso rapporto tra le citate fonti in un regime a Costituzione rigida.

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, sulla scorta degli insegnamenti degli illuministi, il ruolo centrale del Parlamento nelle scelte di politica

subito 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 venire 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).

⁵⁷ “*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 posso 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*”.

⁵⁸ 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. 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.

⁵⁹ Così testualmente l'On. G. Bellavista, seduta del 26 marzo 1947.

⁶⁰ 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 *Digesto pen.*, VIII, Torino, 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.

⁶¹ 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 vista la libertà individuale, di porre nella Costituzione stessa quei principi*”.

criminale, quale organo rappresentativo del popolo⁶²; è altrettanto vero che, benché richiamata l'importanza della "legge", come fonte caratterizzata da "qualità irrinunciabili"⁶³, i più significativi interventi dei Costituenti 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 legge⁶⁴.

Al riguardo, peraltro, è 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, la quale, come noto, ha inteso assegnare un ruolo assolutamente centrale proprio al Parlamento⁶⁵, limitando lo spazio di intervento del Governo⁶⁶, nonché prevedendo, nella materia della libertà personale (su cui sono destinate inevitabilmente ad incidere le sanzioni penali), una riserva di legge di tipo assoluto⁶⁷.

E questo pare, in effetti, il primo dato di interesse, che può giustificarsi, a ben vedere, 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*"⁶⁸, 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 ordine al quale lo spettro degli abusi perpetrati nel ventennio fascista, sul versante dell'applicazione retroattiva e analogica delle norme penali, ha rappresentato un tema ricorrente nelle riflessioni e nelle successive determinazioni dei Costituenti.

Non è quindi un caso che proprio su questi specifici profili si sia concentrato prevalentemente il dibattito svoltosi in Assemblea Costituente. L'On. G. Bettiol, uno dei più

⁶² 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*, FrancoAngeli, 2015, p. 16. Cfr. sul medesimo tema, *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 regime democratico. Saggio di diritto costituzionale comparato*, Milano, 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, Torino, 2006, p. 536 ss.

⁶³ Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, op. ult. cit., 2015, p. 9.

⁶⁴ Sulla cui attuale tenuta, si segnalano già in questa sede i contributi di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, 315 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, 125 ss. 3

⁶⁵ Si veda, ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 28 ss.

⁶⁶ Come ampiamente noto, la Costituzione, agli artt. 76 e 77, prevede stringenti 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, Padova, 1993; e V. ANGIOLINI, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Rivista Diritto costituzionale*, 1996.

⁶⁷ Su cui, per tutti, L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, vol. XVIII, 1990, p. 7; e G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, p. 54.

⁶⁸ Così F. HAMON – M. TROPER, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., 2009, p. 673.

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’*”⁶⁹.

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 penali⁷⁰, nell’ambito dei lavori della Prima sottocommissione della Costituzione⁷¹, 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.)⁷².

Ebbene, 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 ulteriori⁷³. In questa prospettiva, preme rilevare come, nella versione originaria⁷⁴, 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 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 favorevole⁷⁵, 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

⁶⁹ Così precisamente l’On. G. Bettiol nella seduta del 26 marzo 1947.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

⁷² Condivide questa lettura I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015, p. 17.

⁷³ 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.

⁷⁴ 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*”.

⁷⁵ 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., Roma, 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 *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011.

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.)⁷⁶.

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 finale⁷⁷ – 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”⁷⁸ – appare oggi, alla luce della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia, oltre che opportuna, del tutto condivisibile in quanto sostenuta da numerosi giustificazioni⁷⁹. Anticipando in questa sede alcuni argomenti che verranno sviluppati nella seconda parte del presente studio⁸⁰, 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, III e IV comma, c.p.⁸¹) “non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe”. Sicché, è stato più volte ribadito, anche di recente⁸², 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

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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 trovato in questo progetto una conferma o un riverbero: tale è il problema delle misure di sicurezza”.

⁷⁹ 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”.

⁸⁰ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, §§ 4 e 5.

⁸¹ 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”.

⁸² Cfr. Corte cost., sent. 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.

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*”⁸³; 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 liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo*”. E tuttavia, come è stato correttamente osservato⁸⁴, 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*”⁸⁵. 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*”⁸⁶.

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. Ed, infatti, 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*”⁸⁷, 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 sent. n. 15 del 1962⁸⁸, 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. – 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

⁸³ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4*. A commento della decisione si vedano i contributi di V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, ; 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*,
⁸⁴ 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.

⁸⁵ Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4*.

⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978; ord. n. 330 del 1995.

⁸⁷ Efficace l'espressione di P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, op. ult. cit., p. 1633.

⁸⁸ Si tratta di una decisione con cui la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma primo, del d.lgs. 5 agosto 1947, n. 871, in relazione all'art. 25, secondo comma, della Costituzione.

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 antigiusuridico, non si può contestare che pure la individualizzazione della sanzione da comminare risulta legata al comando della legge*”⁸⁹.

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 pena⁹⁰. Ed, invero, un'attenta disamina degli emendamenti proposti e poi votati in relazione all'articolo in commento consente infatti 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.⁹¹. 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*”⁹². 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, della legalità del reato e della legalità della pena, sono entrambi “*elementi costitutivi coesenziali del principio di legalità, quasi come le due facce di una stessa medaglia*”⁹³.

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 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, nel disegno tracciato dal Costituente

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

⁸⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 1962, *Considerato in diritto* n. 1.

⁹⁰ Su cui, anche, si v. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Giuffrè, 2004, p. 31 ss.

⁹¹ E' 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., sent. n. 15 del 1962, *Considerato in diritto* n. 1.

⁹² Così l'On. G. Leone, nella seduta del 15 aprile 1947.

⁹³ Cfr. P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, op. ult. cit., p. 1638.

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 giudiziaria⁹⁴; 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 coinvolto⁹⁵; 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 essa⁹⁶.

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 repubblicana⁹⁷.

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'"⁹⁸, precisando che "è la società

⁹⁴ Per tutti, in questo senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, 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 omnicomprensivo il concetto di *determinatezza*, salvo quanto si preciserà in relazione ad alcune pronunce della Corte (così, per esempio, la sent. n. 247 del 1989 – cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, §§ 2 e 2.1); pertanto, nel prosieguo del lavoro, si utilizzerà la nozione di *determinatezza* in questo senso ampio.

⁹⁵ In proposito, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, 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".

⁹⁶ Sul tema, tra i molti, M. BOSCARDELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 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 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*, Padova, 1988, p. 97 ss.

⁹⁷ 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".

⁹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 487 del 1989, *Considerato in diritto* n. 5.

*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*⁹⁹.

Con questa chiave di lettura, l'idea che sia la legge lo strumento più idoneo per garantire il bene fondamentale della libertà personale¹⁰⁰ 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*”¹⁰¹ – 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*”¹⁰², in relazione al quale, peraltro, è previsto, sia pur in via solo eventuale e successiva, il controllo di conformità alla Costituzione da parte della Corte costituzionale¹⁰³.

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*”¹⁰⁴.

Ed è proprio questa doppia giustificazione – in chiave sia liberal-garantista, sia democratica¹⁰⁵ – che caratterizza la *ratio* originaria del principio di legalità sancito nell'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁰⁶.

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*¹⁰⁷ – 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*”. Sul medesimo orizzonte di garanzia, un ruolo fondamentale viene giocato anche dal principio di

⁹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 487 del 1989, *Considerato in diritto* n. 5.

¹⁰⁰ Così F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, Bologna, p. 232 ss.

¹⁰¹ Così G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1964, p. 968 ss.

¹⁰² Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 7.

¹⁰³ Il cui intervento – come dimostrano alcuni importanti precedenti del 2014 (sent. n. 5 e n. 32 del 2014) – potrebbe giustificarsi proprio con l'esigenza di ribadire le istanze di democraticità sottese alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, §§ 2.1, 2.1.1 e 2.1.2.

¹⁰⁴ Su questo profilo, in particolare, M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, sub. *Art. 1*, Giuffrè, 2004, p. 31 ss.

¹⁰⁵ A tal riguardo, v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2007, II; 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*”.

¹⁰⁶ Peraltro, per L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 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 della Stato di diritto che entrambe le ideologie – democratica e liberale, appunto – hanno concorso a determinare*”.

¹⁰⁷ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.1.

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 saranno determinati soltanto dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto*”¹⁰⁸, così evitando il rischio di sopraffazioni del giudice o del legislatore.

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.

4. Delimitazione del campo di indagine della ricerca: la tenuta del principio di legalità penale, alla luce dell'evoluzione interna e dell'integrazione con il sistema sovranazionale

Così ricostruite le origini storico-filosofiche e le diverse articolazioni del principio di legalità penale, è possibile definire con maggior precisione il campo d'indagine della presente ricerca, con cui, è bene precisarlo fin da subito, lungi dal poter approfondire tutte le questioni interpretative che investono il principio scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost., si cercherà piuttosto di prendere in esame, nella peculiare prospettiva del diritto costituzionale, gli aspetti più rilevanti dell'evoluzione del principio in parola, sia con riferimento al contesto interno, sia, soprattutto, con riguardo all'integrazione del principio *de quo* con le Carte sovranazionali.

Alla luce di questa premessa, può quindi anticiparsi che alcune delle classiche questioni su cui gli studiosi si sono a lungo interrogati nel passato, ragionando intorno alla portata delle garanzie riconducibili al principio di legalità penale (sul versante cd. storico-formale in particolare), verranno soltanto richiamate nel corso dello studio, da un lato, perché in relazione ad esse sembra possibile registrare un certo consolidamento (sia in dottrina che in giurisprudenza), dall'altro, perché esse non paiono rientrare nel fuoco delle novità poste dall'apertura del sistema penale alla dimensione sovranazionale e, quindi, per tale ragione, risultano estranee a quello che rappresenta il principale oggetto dell'indagine qui proposta.

In questa logica, per esempio, è bene ricordare che sulla natura “*statale*” della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. nessuno, in dottrina, ha mai avanzato dubbi realmente convincenti¹⁰⁹, specie a seguito della riforma costituzionale dell'art. 117, secondo comma, lett. l, Cost., che ha definitivamente chiarito come “*lo Stato [abbia] legislazione esclusiva in materia di ordinamento penale*”¹¹⁰. Questa stessa preclusione, peraltro, era già stata precisamente teorizzata da chi, anche a tal fine, aveva valorizzato la *ratio* politica sottesa al principio della riserva di legge penale, sottolineando come “*solo il Parlamento nazionale rifletta la*

¹⁰⁸ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 101.

¹⁰⁹ Già F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, cit., p. 232 ss., per cui “*il carattere 'statale' della riserva è sostenuto dalla quasi unanimità della dottrina, sia pure con diversità di accenti e di sfumature. L'indirizzo della Corte costituzionale che afferma la esclusività della potestà normativa penale dello Stato è ormai consolidato e si è venuto specificando*”.

¹¹⁰ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *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

*volontà dell'intero popolo, mentre l'Assemblea regionale è rappresentativa dei soli cittadini della Regione*¹¹¹, e solo il primo, pertanto, è capace di esprimere quella visione d'insieme indefettibile per esprimere una valutazione, in termini di necessarietà, del presidio penale.

Nella fondamentale sentenza n. 487 del 1989, in quest'ottica, la Corte costituzionale ha ricordato che il procedimento di formazione della legge (statale) è aperto al confronto tra maggioranza e minoranza e, come tale, è adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza, venendo così a ricostruire il fondamento della riserva contenuta nell'art. 25, secondo comma, Cost. nel *"fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano"*¹¹². E' quindi fondato ritenere, per la Corte costituzionale, che l'estensione alle leggi regionali del potere normativo penale contrasti con il fondamento politico della riserva in questione, sì da ritenere, in questo senso, affette da un insanabile vizio di costituzionalità le norme penali regionali: che creino un nuovo tipo di reato o abroghino una norma incriminatrice preesistente, ovvero che ne modifichino il corrispondente trattamento sanzionatorio; che sostituiscano la sanzione penale con una sanzione amministrativa, che configurino una nuova causa di esclusione della punibilità o, ancora, che estendano la portata di una causa di estinzione preesistente¹¹³.

Problema in parte diverso è quello che riguarda la possibilità che una Regione introduca, con una propria legge, una causa di giustificazione: a stretto rigore, infatti, la preclusione discendente dall'art. 25, secondo comma, Cost. dovrebbe interessare unicamente le norme incriminatrice (*"e non le norme scriminanti, che non sono norme penali"*¹¹⁴); ciò nondimeno, dal principio per cui la potestà legislativa regionale è in ogni caso tenuta, nelle materie concorrenti, *"al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato"*, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost., è possibile sostenere, con il conforto della prevalente dottrina, che la legge regionale non possa modificare la disciplina delle cause di giustificazione (come la legittima difesa, il consenso dell'avente diritto, l'adempimento di un dovere) che sono espressamente previste a livello statale¹¹⁵.

Anche la questione della *natura* della riserva di legge – che, per una lunga stagione, aveva animato vivaci dibattiti in dottrina¹¹⁶ – sembra oggi aver trovato un solido punto di approdo, benché l'art. 25, secondo comma, Cost. non chiarisca i limiti entro i quali fonti diverse dalla legge possano concorrere a descrivere, in tutto o in parte, la fattispecie penale.

¹¹¹ *"Eventuali norme penali di fonte regionale avrebbero come destinatari anche i cittadini di altre Regioni, che, per condotte tenute nel territorio di una Regione diversa da quella cui appartengono, si vedrebbero applicare norme incriminatrici emanate da un organo privo nei loro confronti di qualsiasi rappresentatività"* – cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 44 ss.

¹¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 487 del 1989, *Considerato in diritto* n. 3.

¹¹³ Nella sentenza n. 13 del 1961, la Corte ha anche chiarito che *"la materia penale è riservata alla competenza esclusiva dello Stato ed è precluso alle regioni non soltanto stabilire nuove figure di reati, ma anche richiamare, per violazioni di norme regionali, sanzioni già comminate dalle leggi dello Stato"*.

¹¹⁴ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 45.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2004.

¹¹⁶ Per l'analisi del quale, si rinvia ai ricchi riferimenti contenuti in G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 284; e M. BOSCARDELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; e M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 537.

Respinta la tesi della “riserva relativa” – per la quale il legislatore sarebbe tenuto a fissare le sole linee fondamentali della disciplina, potendone affidare l’integrazione alle fonti di rango secondario, in funzione descrittiva del fatto illecito – e la tesi della “riserva assoluta pura” – per cui, in modo completo e rispetto a tutti gli elementi della fattispecie, la sola norma primaria sarebbe abilitata ad intervenire –, la prevalente dottrina ha inteso la riserva in parola come “tendenzialmente assoluta”, volendo con ciò ammettere il rinvio, da parte della fonte primaria, a norme regolamentari, purché nei limiti di specificazioni di tipo tecnico di elementi già puntualmente enucleati dalla norma primaria, secondo i criteri ivi stabiliti.

A ben vedere, su questa stessa linea, si è mossa anche la giurisprudenza della Corte costituzionale che, fin dalla sentenza n. 4 del 1958¹¹⁷, ha aderito alla tesi della riserva “tendenzialmente assoluta”, riconoscendo, per esempio, come legittima, al metro dall’art. 25, secondo comma, Cost., la disciplina degli stupefacenti prevista dalla legge n. 685 del 1975 in quanto i parametri in essa indicati rappresentavano “vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della P.A. nell’ambito di una valutazione strettamente tecnica, e come tale giudicata ripetutamente idonea a concorrere, nel pieno rispetto dell’art. 25, secondo comma, Cost., a precisare il contenuto della norma incriminatrice con l’ausilio dei suggerimenti che la scienza specialistica può dare in un determinato momento storico”¹¹⁸.

Tradizionalmente, nelle riflessioni condotte sulla natura riserva di legge in materia penale, si è ragionato anche delle norme penali in bianco¹¹⁹, in cui il precetto è posto, in tutto o in parte, da una norma diversa da quella che contempla la sanzione: paradigmatica di questa modalità di incriminazione è l’art. 650 c.p. che punisce “chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall’Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d’ordine pubblico o d’igiene”.

Ai nostri fini, interessa qui ricordare che, pur nella presenza di alcune voci contrarie in dottrina¹²⁰, la Corte costituzionale ha chiarito che la norma in questione non si pone in contrasto con l’art. 25, secondo comma, Cost., dal momento che il provvedimento amministrativo da essa contemplato non integra la disposizione penale, la quale è totalmente

¹¹⁷ Con cui la Corte ha escluso l’illegittimità costituzionale, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost., di una norma che attribuiva al Governo gli accertamenti per il riconoscimento delle denominazioni di origine di alcuni prodotti alimentari, sottolineando che i provvedimenti del Governo “hanno carattere tecnico”. A commento della decisione, v. S. FOIS, *Osservazioni sui limiti dell’impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall’art. 41 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1958.

¹¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 333 del 1991, *Considerato in diritto n. 12.4*; co nota di P. PITTARO, *Principio di tassatività ed elementi normativi extra-giuridici della fattispecie penale*, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 2646 ss; sul tema, v. anche M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 537, per cui “un esempio tipico di tale tecnica normativa consentita dall’art. 25, secondo comma, Cost. è costituito dall’art. 73, I comma, del T.U. delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope (d.p.r. 309/1990), il quale rinvia alle tabelle delle sostanze stupefacenti determinate dal Ministero della Sanità (art. 13, I comma). In tal caso l’integrazione normativa secondaria si limita a determinare il contenuto della fattispecie, nelle linee e secondo i criteri rigidamente fissati dalla norma penale”.

¹¹⁹ Sul tema, si vedano anche le recenti riflessioni di M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018, p. 4 ss., che osserva come la Corte costituzionale abbia, nel corso degli anni, vagliato con una certa benevolenza le varie ipotesi di norme penali in bianco, venendo ad affermare che “la violazione del principio di legalità deve essere esclusa ove si rinvenga nella legge una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dei provvedimenti dell’autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena (cfr. Corte cost., sent. n. 21 del 2009)”; sullo stesso tema, v. anche M. GALLO, *Diritto penale e Costituzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018, p. 5.

¹²⁰ Così G. CARBONI, *Inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, Milano, 1970, p. 249 ss., che sottolinea come, in simili casi, il precetto sarebbe integralmente determinato dal provvedimento amministrativo, in palese violazione, appunto, della riserva di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

determinata dalla legge¹²¹: l'art. 650 c.p. infatti, esige che il provvedimento sia “*legalmente dato*”, imponendo al giudice penale una valutazione “*volta per volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge o se una legge dello Stato determini 'con sufficiente specificazione' le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento*”¹²². In proposito, comunque, non è mancato chi ha rilevato, in modo condivisibile, che le *norme penali in bianco* potrebbero violare l'art. 25, secondo comma, Cost., sotto il diverso profilo della determinatezza della fattispecie¹²³, in ragione dell'eccessiva vaghezza della loro formulazione. Non sorprende, allora, che proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 282 del 1990, accogliendo una questione promossa dal rimettente in relazione sia alla riserva di legge, sia alla determinatezza, ha ritenuto – dopo aver ribadito che “*solo la legge dello Stato [debba] stabilire con sufficiente precisione gli estremi del fatto*” – che “*il totale rinvio al regolamento o all'atto amministrativo subordinato nella persistenza del potere dell'amministrazione di modificare l'atto stesso*” introduce anche “*incertezze sul contenuto essenziale dell'illecito penale*”¹²⁴. Nello stesso senso, nella più recente sentenza n. 295 del 2002, la Corte ha escluso una violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., ritenendo possibile rinvenire “*nella legge una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'atto di natura amministrativo che impone il divieto assistito da sanzione penale, tale da permettere un efficace controllo incidentale di legittimità dell'atto medesimo*”¹²⁵.

Orbene, mette conto rilevare che anche con riferimento ai corollari della determinatezza e dell'irretroattività *in malam partem* – che rilevano sul cd. *versante a-storico-universalistico*¹²⁶ – la dottrina e la giurisprudenza costituzionale sono giunte, nel corso degli anni, a dare risposta a molti dei dubbi sorti nell'applicazione concreta delle fattispecie penali, venendo così a definire un orientamento che può dirsi oramai consolidato in ordine agli elementi di maggior rilievo che investono la portata e l'effettività delle garanzie ad essi riconducibili. Tra questi, può senz'altro ricondursi il principio – nella più recente manualistica proposto come principio di tassatività¹²⁷ (e, nella lettura condivisa dalla Corte costituzionale che qui seguiremo¹²⁸, inteso come articolazione dello stesso principio di determinatezza) – che vieta al legislatore di creare fattispecie ad analogia esplicita e, allo stesso tempo, al giudice di applicare in via analogia le norme incriminatrici già esistenti. Su questo tema, infatti, la dottrina penalistica si è a lungo interrogata, esaminando in modo puntuale anche la correlata questione dell'analogia *in bonam partem*, sostanzialmente condividendo la tesi per cui le norme che escludono o attenuano la responsabilità penale possono trovare applicazione analogica

¹²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 26 del 1966 e n. 168 del 1971.

¹²² Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1971, *Considerato in diritto n. 1*.

¹²³ Così, in particolare, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 538.

¹²⁴ Su questo tema, v. anche M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, p. 50 ss.

¹²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 295 del 2002, *Considerato in diritto n. 2.1*.

¹²⁶ Come già si è detto, con questa espressione, in dottrina si fa riferimento 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 esplicitamente si dichiarano informati al principio del *nullum crimen*. Sul punto, v., in particolare, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, p. 7 ss.

¹²⁷ Cfr., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 167 ss.; e, prima ancora, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 287 ss.

¹²⁸ Così, per esempio, nella sent. n. 247 del 1989 – cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, §§ 2 e 2.1

soltanto se: i) la norma in questione non ricomprende il caso sottoposto a giudizio (neppure se interpretata fino al limite estremo di tutti i suoi possibili significati letterali); ii) la lacuna non è intenzionalmente realizzata dal legislatore; iii) e, infine, se la norma *de qua* non presenta natura eccezionale.

A margine di queste brevi considerazioni, è però necessario ricordare che l'obiettivo della presente ricerca è quello di approfondire gli aspetti più controversi relativi all'attuale *stato di salute* del principio di legalità penale, con l'idea, quindi, di confrontarsi con gli interrogativi posti dalla sua recente evoluzione, in particolare, alla luce della integrazione con il modello riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla CEDU.

In questa direzione, allora, rinviando per l'esame delle questioni più classiche, sopra sinteticamente richiamate, alla ricca letteratura formatasi in materia (penalistica in prevalenza), va anticipato che, nel corso della prima parte dello studio, ci si confronterà diffusamente con il cd. *dilemma della materia penale*¹²⁹, per tentare di ricostruire anzitutto l'ambito di operatività del principio riconosciuto all'art. 25, secondo comma, Cost., proprio in ragione del fatto che la questione dell'individuazione del perimetro applicativo delle garanzie penalistiche, oltre a rappresentare un profilo dall'evidente carattere di priorità logica¹³⁰, ha coinvolto, negli ultimi anni, studiosi di aree differenti (costituzionalisti e penalisti in particolare), animando un dibattito tuttora aperto.

Nella seconda parte del lavoro, si cercherà di esplorare il contenuto del principio di legalità penale, con l'idea di analizzare, da un lato, il portato di garanzia di ciascun corollario ad esso correlato e, dall'altro, i fattori, sia *endogeni* che *esogeni*, che ne hanno condizionato l'evoluzione nel corso degli ultimi anni, ponendosi l'obiettivo ultimo di verificare quale sia il grado di attualità della tesi che, ancora oggi, ripropone una interpretazione del principio del *nullum crimen* sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. fedele alla sua ispirazione illuministica.

¹²⁹ Come lo definisce V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018.

¹³⁰ Cfr. *supra* Cap. II, §§ 1 e 2.

Capitolo II

L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della *materia penale*, tra diritto nazionale e diritto europeo

SOMMARIO: 1. Considerazione introduttive: ragioni e scopi di uno studio preliminare sui confini della *materia penale*. 2. (Segue) alcune brevi precisazioni sull'oggetto dell'indagine. 3. I confini della *materia penale* nel diritto nazionale. 4. La *matière pénale* nel sistema europeo: nascita ed evoluzione della giurisprudenza *Engel*. 5. *Materia penale* vs *matière pénale*: conseguenze e problematiche applicative derivanti dalla contaminazione di due modelli differenti. 5.1. I settori di (reale o potenziale) sconfinamento: il diritto processuale penale. 5.2. (Segue) il diritto amministrativo punitivo e i sistemi di doppio binario sanzionatorio. 5.3. (Segue) il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo. 5.4. (Segue) il controverso campo delle misure di prevenzione. 5.5. (Segue) il settore delle sanzioni disciplinari (cenni). 6. L'ambito di operatività del principio di legalità penale, di cui all'art. 25, II comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale. 6.1. (Segue) l'*actio finium regundorum* della più recente giurisprudenza costituzionale e la teorizzazione del paradigma della coesistenza. 7. Riflessioni conclusive: il ruolo e le responsabilità del giudice comune.

1. Considerazioni introduttive: ragioni e scopi di uno studio preliminare sui confini della *materia penale*

La scelta di approfondire – con priorità rispetto a qualsiasi altro tema (tra i molti anticipati nel primo capitolo) – il nodo della *materia penale*, quale nozione perimetrante l'ambito di operatività delle garanzie sottese al principio di legalità penale, appare sostenuta da diverse ragioni.

Anzitutto, sul piano metodologico, un simile modo di procedere sembra del tutto coerente con l'idea di affrontare, in via preliminare, la questione più controversa e divisiva¹:

¹ Impostazione metodologica condivisa da autorevoli studiosi: così 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, Atti del convegno su "Giurisprudenza, legalità e diritto penale" – Università degli Studi di Bologna (5 novembre 2015), Bologna 2017; e G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente: 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*, Giappichelli, 2018, p. 194, in questo contesto, "l'approccio che .. pare scientificamente più corretto di fronte ad un

non ci si distanzia troppo dal vero, infatti, se si sostiene che proprio sulla nozione di *materie penale* si è incentrato negli ultimi anni uno tra i dibattiti scientifici più vivaci e stimolanti², cui sono stati chiamati a partecipare studiosi di ambiti differenti (penalisti, in particolare, e costituzionalisti, in modo sempre più consistente³), divisi, secondo una approssimativa ma non per questo poco fedele ricostruzione, tra “euro-entusiasti” e “euro-scettici”⁴, a seconda che il fenomeno della (progressiva e, per molti versi, inesorabile) contaminazione tra il modello di legalità penale nazionale e quello europeo, sia stata valutata, appunto, con favore o come primariamente foriera di criticità e, come tale, pertanto, avversata.

E tutto ciò vale, a ben vedere, non soltanto per il confronto interno all’ambito accademico, essendo davvero significativo, sia quantitativamente che qualitativamente, il numero di pronunce giurisdizionali (nazionali e sovranazionali⁵) che hanno affrontato il tema in parola, patrocinando interpretazioni spesso divergenti sui confini – più o meno mobili ovvero più o meno ampi – della *materia penale*⁶.

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.

² 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.

³ Ne è riprova la circostanza che la presenza di uno o più costituzionalisti ha rappresentato, negli ultimi anni, una costante nelle iniziative scientifiche di approfondimento delle tematiche in commento; tra i molti, possono qui segnalarsi i preziosi contributi offerti dagli studiosi di diritto costituzionale in occasione dei convegni organizzati, presso l’Università degli Studi di Ferrara, dal Prof. Alessandro Bernardi sulla nota vicenda *Taricco: Diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali*, del 6-7 aprile 2016 (i cui atti sono ora pubblicati in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene 2016); e *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, del 24 febbraio 2017 (i cui atti sono ora pubblicati 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).

⁴ Sul tema, tra i molti, si rinvia in questa sede alle preziose riflessioni di A. BERNARDI, *Presentazione*, in *Riserva di legge e legalità penale europea* (C. Grandi), Giuffrè, 2010, per cui, in particolare, “*far leva sul principio di legalità per contrastare fenomeni sintomatici di un processo di destituzionalizzazione nel settore del diritto più espressivo dell’identità nazionale costitutiva, in effetti, una scelta strategica comprensibile, stante il generale timore di una intollerabile erosione del fondamentale nucleo garantista della legalità da parte del nascente diritto penale europeo*”; su un tema più specifico, con l’idea di mettere in luce i due supposti “schieramenti”, si v. S. RECCHIONE, *European Public Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2014.

⁵ Sul versante nazionale, oltre a tutte le sentenze della Corte costituzionale di cui si darà ampiamente conto nei paragrafi finali del capitolo, interessa ricordare, tra le molte, un’interessante pronuncia di merito - Trib. Roma, VIII Sez. Penale, sent. n. 6298 del 2017 – in cui si afferma 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*”. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, ci si limita qui a segnalare le pronunce che rappresentano i *leading cases* in materia: 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Ozturek c. Germania*; 2006, e 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*. 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, p. 57 ss.; da ultimo, su questo tema, si 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 *penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2018; e L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 111 ss., il quale dedica un intero capitolo al tema della “*nozione di materia penale nella giurisprudenza costituzionale di Germania, Stati Uniti e Spagna*”.

⁶ 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 (poi radicalmente esclusa) prevedibilità della cd.

In questo senso, si potrebbe financo aggiungere – seguendo la suggestione di un’efficace metafora proposta in dottrina – che il concetto di *materia penale* (in ragione della “*plurivocità delle declinazioni che lo accompagnano*”⁷ e ricordando il volto del personaggio mitologico di Medusa) ha finito quasi per “*pietrificare*” larga parte del dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel settore penalistico (ma non solo, come si è detto) intorno alla *quaestio* dell’esatta individuazione del perimetro applicativo delle garanzie sottese al principio di legalità penale⁸.

In ogni caso, e ciò anche a prescindere dalla straordinaria rilevanza o attualità del tema, affrontare prioritariamente il problema della perimetrazione della *materia penale* significa, prima di tutto, ragionare del profilo che presenta una evidente precedenza logica rispetto agli altri⁹: è persino intuitivo, in questa prospettiva, rilevare che avrebbe poco senso (impegnarsi nel) ricostruire il contenuto dei singoli corollari sottesi e/o riconducibili 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 prima precisato l’ambito entro cui quegli stessi corollari sono destinati a trovare applicazione¹⁰.

Anche per la *materia penale*, allora, sembra valere la regola generale per cui è opportuno, anzitutto, delineare i contorni del settore oggetto d’indagine, per distinguerlo dalle altre (e limitrofe) branche dell’ordinamento giuridico, con l’idea quindi di procedere, soltanto in un secondo momento, all’esame delle garanzie e dei principi applicabili in quel medesimo settore.

Tale scelta, peraltro, appare perfettamente in linea con l’impostazione che si è voluta assegnare a questa ricerca, in forza della quale, come si è già detto¹¹, si è scelto di esaminare 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

“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 Taricco, pur nelle sfumature delle diverse posizioni*” - cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 12.

⁷ Così precisamente in V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, fasc. 3/2017, p. 989.

⁸ Anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 194 ss., sembra apprezzare la scelta dell’immagine metaforica utilizzata dal Prof. Manes, utile per “*rappresentare 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*”.

⁹ Per O. CHESSA, *Relazione al VI Seminario annuale con i dottorandi delle discipline giuridiche*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, p. 1 ss., la nozione di *materia penale* “*esibisce ... una priorità logico-sistemica rispetto a ogni altra questione, visto che attiene ai presupposti e ai confini della garanzia costituzionale in oggetto*”.

¹⁰ Sottolineano, da ultimo, 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*, Giappichelli, 2017, 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*”.

¹¹ Cfr. *supra* Cap. I, § 4.

corrispondente modello accolto nel sistema europeo, della CEDU e (sia pur con alcune, significative, differenze¹²) 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 CDFUE¹³, dall'altra, ha interrogato l'interprete, negli ultimi tempi, intorno a questioni di massima rilevanza, da un punto di vista teorico anzitutto, ma non meno significativamente da un punto di pratico, avuto riguardo alle implicazioni derivanti, sul versante delle garanzie da riconoscersi in concreto, da una più o meno ampia estensione del concetto di *materia penale*¹⁴.

Ed 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 – ovvero sia 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*”¹⁵ –, è parimenti vero, sotto un diverso e simmetrico angolo visuale, che i settori del diritto interno in cui, negli ultimi anni, è sconfinato il concetto di *matière pénale* sperimentato in seno alla Corte EDU sono numerosi ed eterogenei, essendo stati via via attratti sotto l'egida dell'art. 7 delle CEDU misure od istituti (financo intere materie¹⁶) che sfuggono, nella dimensione domestica, dal tradizionale ambito di operatività del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Si tratta, peraltro, nella prospettiva più volte rimarcata, di comprendere e chiarire quale sia lo *spazio costituzionale* entro cui è chiamato ad operare, non già un semplice, pur rilevante, principio riconosciuto dalla Carta fondamentale¹⁷, bensì un “*principio supremo dell'ordinamento*”

¹² Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, §§ 5 e 6.

¹³ 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, Bologna 2001, 334 ss.

¹⁴ Non solo sul versante delle garanzie di natura sostanziale: per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 196, “*definire un fatto illecito come penale o come amministrativo comporta immediate conseguenze innanzitutto in termini di individuazione delle autorità statale 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*”.

¹⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 8*.

¹⁶ Si intende qui 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, da ultimo, 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 *penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018; v., anche, V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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.

¹⁷ Principio considerato “fondamentale” – ben prima dell'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale (citata nel testo) – 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.

posto a salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo, (almeno) per la parte che impone la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem* delle norme penali¹⁸.

2. (Segue) alcune brevi precisazioni in merito all'oggetto dell'indagine

Fermo quanto prima premesso, occorre a questo punto rilevare che, su un piano squisitamente teorico sono, in buona sostanza, due gli approcci che possono essere fatti propri quando si affronta il problema della delimitazione della *materia penale*¹⁹: 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'ordinamento²⁰; il secondo, invece, assume come fuoco il tema della *sanzione*, ovverosia delle conseguenze pregiudizievoli riconnesse alla commissione di un determinato comportamento²¹.

Condividendo l'assunto per cui né l'una né l'altra prospettiva possono dirsi, in senso assoluto, migliori o più efficaci²², mette conto osservare che 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 2015²³, 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

¹⁸ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 2*; sul tema, con particolare attenzione ai profili costituzionali della decisione della Corte, 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 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, Jovene 2017; si v., anche, sempre nella 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*, a cura di A. Bernardi, Jovene 2016, 301 ss.

¹⁹ 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*".

²⁰ 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.

²¹ 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 amministrative 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*".

²² 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*".

²³ Cfr. *infra* Cap. II, § 5.

stato in quell'occasione 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 Corte²⁴, "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"²⁵.

In altre e più numerose occasioni²⁶, invece, la Corte costituzionale ha sviluppato le proprie valutazioni in ordine alla supposta riconducibilità di un istituto entro i confini della materia penale sul carattere e sull'entità della sanzione posta sotto il suo esame: 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*²⁷, la sentenza n. 276 del 2016. In quel 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 CEDU²⁸.

Da parte sua, la Corte europea – che in una prima fase era sembrata privilegiare il criterio della "very nature of the offence" per attrarre (o, eventuale per escludere l'attrazione²⁹) sotto l'egida dell'art. 7 CEDU³⁰ (del)la misura sottoposta al suo scrutinio – si è

²⁴ Tra cui, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 487 del 1989, n. 447 del 1998 e n. 317 del 1996.

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 7*; considerazioni, quelle riportate nel testo, che seguono altre e fondamentali precisazioni del Giudice delle leggi, che è utile in questa sede segnalare: 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"; per la Corte, tuttavia, "i rimettenti, nell'enunciazione di una simile premessa, non colgono che essa si mostra di dubbia compatibilità sia con la Costituzione, sia con la stessa CEDU, per come quest'ultima vive attraverso le pronunce della Corte di Strasburgo" - cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 6*.

²⁶ Cfr., tra le molte, Corte cost., sent. n. 196 del 2010, occasione in cui la natura sostanzialmente penale della speciale ipotesi di confisca di cui all'art. 186 del Codice della Strada veniva ricavata, dalla Corte costituzionale, "dall'assenza di valenza preventiva" nella predetta misura, che era invece contraddistinta da una "funzione repressiva e meramente sanzionatoria"; su cui, *ex multis*, V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, p. 994.

²⁷ Su cui volendo 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*, 2017.

²⁸ Per una più puntuale analisi del contenuto della decisione, cfr. *infra* Cap. II, § 5.3.

²⁹ Criterio in molte occasioni utilizzato 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 disciplinari oggetto di scrutinio in sede convenzionale: cfr., tra le molte, Corte EDU, *Ravnsborg c. Svezia*, 23 marzo 1994; *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996; *Matyjek c. Polonia*, 30 maggio 2006.

³⁰ Per un approfondimento sul tema, si v. Cfr. 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, Padova 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, Padova 2012, p. 258 ss.

successivamente determinata, con un orientamento andato consolidandosi nel tempo³¹, nel senso di riconoscere una maggior attenzione al versante delle conseguenze del comportamento sanzionato, e ciò sul presupposto – ben messo in luce dalla dottrina³² – che, ai fini dell'estensione delle tutele penalistiche, “*ciò che conta non è che cosa viene proibito, bensì come l'ordinamento reagisce alla violazione di un precetto*”.

E' 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 *sostanzialistico*.

Invero, la preferenza per l'uno o l'altro approccio non può che essere giustificata in chiave *teleologica*³³, 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 riconducibili³⁴. Ed è proprio nella evocata prospettiva *teleologica* – come si dirà più precisamente oltre – che possono apprezzarsi 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 introdurre le tematiche dei prossimi paragrafi, 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 distinzione³⁵ – il legislatore del 1930 ha optato per una concezione *formale* di reato, legando “*la qualificazione come penale di un illecito al tipo di sanzione comminata*”³⁶, con il

³¹ Oltre al precedente rappresentato dalla sentenza *Engel c. Paesi Bassi*, possono segnalarsi ancora Corte EDU, *Ravnborg c. Svezia*, 23 marzo 1994; *Putz c. Austria*, 22 febbraio 1996; *Demicoli c. Malta*, 27 agosto 1991; e *Ezzeb e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003.

³² Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 15, “*divenuta insensibile al tema della natura e della gravità dell'infrazione, quindi, l'estensione della matiere pénale finisce essenzialmente per dipendere dall'elaborazione autonoma del concetto di pena*”.

³³ Mostra particolare attenzione alla prospettiva *teleologica*, da ultimo, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 2.

³⁴ 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.*, fasc. 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*”.

³⁵ 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, 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*; da ultimo, si v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 147.

³⁶ Così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 149.

correlato obiettivo di risolvere una volta per tutte il nodo della disciplina (sostanziale e processuale) applicabile³⁷.

Allo stesso modo, 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 esplicitato³⁸) fine di scongiurare che i processi di decriminalizzazione avviati dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, 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.

Nelle prossime pagine, si cercherà di ragionare sulle differenti caratterizzazioni dei due modelli, attraverso l'esame della rispettiva origine e delle criticità sottese al loro concreto operare, con l'obiettivo di verificare, nell'ultima parte del capitolo, quale sia lo stato dell'arte della loro reciproca contaminazione (alla luce, in particolare, della giurisprudenza costituzionale formata sul tema), concentrando, per il momento, l'attenzione sull'esclusivo versante del perimetro applicativo delle garanzie tradizionalmente riconosciute nella *materia penale*.

3. I confini della *materia penale* nel diritto nazionale

Ragionando in ordine ai confini della *materia penale* nel sistema nazionale, si fa tradizionalmente riferimento, nella manualistica, alla definizione *formale* di reato³⁹: si osserva, in questa prospettiva, che è reato “ogni fatto per il quale l'ordinamento giuridico statuisce una sanzione

³⁷ Per D. PULITANO', *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”.

³⁸ Come osserva precisamente la Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015: “*fin dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, e 21 febbraio 1984, Ozturk contro Germani, [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., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* n. 6.

³⁹ 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 ha fornito una idea sufficientemente generale e indivisibile 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.

*penale*⁴⁰, ossia una delle sanzioni elencate nell'art. 17 c.p.⁴¹ 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.

A ben vedere, con questa precisazione potrebbe già dirsi conclusa la trattazione della nozione di *materia penale* nazionale, e ciò non per una sorta di “*ingiustificato minimalismo argomentativo*”⁴² 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*⁴³.

Nulla di più chiaro, infatti, nella prospettiva *teleologica* già richiamata, 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.

⁴⁰ Così, ad es., A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, (diretto da) Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, 2007, p. 13 ss.

⁴¹ 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, cfr. anche E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 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, cfr. anche C. PEDRAZZI, (voce) *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 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, cfr. anche P. NUVOLONE, (voce) *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 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*, Torino, 1924, p. 38 ss. (ma per una rivalutazione degli aspetti sostanziali di tale elaborazione, cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 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., Milano, 2001, p. 390 (ribadita in ID., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Milano, 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 peraltro recepito in diverse opere istituzionali: cfr. M. GALLO, *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014, p. 5 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale – Parte generale*, 8a ed., Padova, 2013, XXIV; D. PULITANO, *Diritto penale*, 6a ed., Torino, 2015, p. 3 ss.; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Padova, 2015, p. 7; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale – Parte generale*, 5a ed., Torino, 2016, p. 1 ss.

⁴² 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* (cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.3).

⁴³ Osserva, in questo senso, F. PALAZZO, (voce) *Legge penale*, in *Digesto Disc. Pen.*, 1993, Torino, p. 340, che “*la sanzione criminale è la matrice logica e storia 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*”.

E così, 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.⁴⁴. 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 *unitario*⁴⁵, che registra nella chiarezza e nella rigidità del suo operare i propri tratti essenziali e caratterizzanti⁴⁶ e che, per quanto più interessa, senza prendere posizione esplicitamente in ordine alla preferenza per la prospettiva *reato-centrica* ovvero per quella *sanzione-centrica*⁴⁷, 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 decisioni⁴⁸, mettere in relazione il modello in parola con il principio della riserva di legge, quale fondamentale corollario del principio di legalità in materia penale⁴⁹.

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 (in quanto 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*.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Su questo elemento è importante indugiare brevemente: chi scrive è consapevole del fatto che la più recente dottrina (penalistica, in particolare) è sembrata 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.); e ciò nondimeno, è possibile ritenere che, sulla scorta della più recente giurisprudenza costituzionale, esista una nozione *unitaria* di *materia penale*, individuata sulla base delle scelte formali operate dal legislatore nazionale, nel cui ambito operano tutte le garanzie riconducibili, più o meno direttamente, all'art. 25, II comma, Cost.

⁴⁶ 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. *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976; *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984; e *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006.

⁴⁷ 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*.

⁴⁸ 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. Cfr. *infra* Cap. II, §§ 6 e 6.1.

⁴⁹ Su cui distesamente cfr. *infra* Cap. III.

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 nella sentenza n. 109 del 2017 della Corte costituzionale: in un importante passaggio della decisione, nel censurare la premessa da cui aveva mosso in quel caso il giudice *a quo*, per la 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 ha precisato che “*il criterio casistico cui sarebbe in tal modo consegnata 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.*”⁵⁰.

Per valutare puntualmente simili considerazioni è necessario dare qui conto, rinviando al prossimo capitolo per considerazioni più precise sul punto, del fatto che il principio della riserva di legge, per come inteso anche nella più recente giurisprudenza costituzionale⁵¹, ha sempre ricoperto una posizione centrale nell'architettura della cd. *Costituzione penale*⁵². 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*”⁵³.

In questa fase dell'indagine, del principio di legalità sancito all'art. 25, secondo comma, Cost., interessa però mettere in evidenza un profilo 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 importante⁵⁴, *ratio* garantista, che assegna al corollario

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

⁵¹ Il riferimento è, da ultimo, 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*”.

⁵² Utilizza efficacemente questa espressione V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in www.cortecostituzionale.it, 2014.

⁵³ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 7. Con alcune osservazioni critiche sulla decisione della Corte, si v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata 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 www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012. Più adesivo il commento di N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 323 ss.

⁵⁴ Nel terzo e nel quarto capitolo del presente studio si cercherà – dopo aver esaminato, in chiave diacronica, il contenuto dei singoli corollari sottesi al principio di legalità di cui all'art. 25, II comma, Cost. – di verificare quale delle due *rationes* sia oggi prevalente.

della riserva di legge, in particolare, la funzione di limitare il potere valutativo e interpretativo del giudice⁵⁵.

È bene 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 una certa rilevanza, sul terreno del 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 – *rectius*: deve – avere rispetto alla definizione del campo applicativo delle garanzie penalistiche.

4. La *matière pénale* nel sistema europeo: nascita ed evoluzione della giurisprudenza *Engel*

Nella già citata sentenza n. 49 del 2015⁵⁶, 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 legge 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*”⁵⁷.

⁵⁵ Si v., per tutti, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006; e F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) F. Branca, Bologna 1981.

⁵⁶ 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015; 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 costituzionale*, maggio 2015; e M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015, 288 ss.

⁵⁷ Così precisamente Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 6*.

Tale rilievo – più volte confermato in successive occasioni dalla Corte costituzionale⁵⁸ – coglie nel segno laddove individua precisamente nell’esigenza di fronteggiare le cd. “*truffe delle etichette*” l’originaria ispirazione della giurisprudenza europea in materia⁵⁹.

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*”⁶⁰, 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*”⁶¹, avendo come obiettivo unicamente quello di evitare che le scelte discrezionali degli Stati vadano a detrimento delle garanzie individuali, riconosciute nel testo della Convenzione.

Ed è, peraltro, interessante notare 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 personale⁶². Dettaglio, questo, che è opportuno tenere a mente perché l’incidenza sul bene individuale più prezioso – quale è generalmente, e condivisibilmente, considerata la libertà personale⁶³ – 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 ragionevolmente dare la stura ad una violazione del fascio di diritti di cui agli artt. 6 e 7 CEDU⁶⁴.

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

⁵⁸ Anche nelle successive sentenze nn. 43 e 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 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., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

⁵⁹ In coerenza con il fine del 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*, § 89).

⁶⁰ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, §§ 81 ss.

⁶¹ 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*, 21 febbraio 1984, §§ 49 ss.

⁶² Per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 35, “*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*”.

⁶³ Già per F. BRICOLA, (voce) *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, XIX.

⁶⁴ 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, Padova 2001, 256 ss; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17, 2009, 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, Padova 2012, 258 ss. (già citato verificare).

decisione, giustamente considerata, insieme alla successiva pronuncia *Ozturk*⁶⁵, 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.

Ed è, in particolare, prendendo in esame l'allegata violazione dell'art. 6 della CEDU⁶⁶ che la Corte si è dovuta confrontare, per la prima volta⁶⁷, 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

⁶⁵ 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". Si 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*".

⁶⁶ 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 provvisorio 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 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, in 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 omissso 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). Giustificerebbe, 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*, 8 giugno 1976, § 69.

⁶⁷ 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» (cit., par. 18, da confrontare con il secondo capoverso di p. 28 e il primo capoverso di p. 35; cfr. anche la sentenza *Wemhoff*, cit., par. 19 e la sentenza *Ringeisen*, cit., par. 110)" - cfr. Corte EDU, GC, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 81.

europea, assume primaria rilevanza quante volte, come nel caso di specie, ci si trovi davanti ad *infracation mixte*, quando cioè “*esiste ... una possibilità di opzione, perfino di cumulo, tra procedimenti penali e procedimenti disciplinari*”⁶⁸.

Ed è comunque 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 convenzionale (scelta, questa, che “*si sottrae, in linea di principio, al controllo della Corte*”⁶⁹), 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 si può apprezzare la ricorrente affermazione della Corte per cui “*l'autonomia della nozione di matiere pénale opera per così dire a senso unico*”⁷⁰.

Poste queste premesse, la Corte ha quindi precisato, qui limitandosi al contesto del servizio militare oggetto di scrutinio⁷¹, i criteri in forza dei quali verificare “*se una determinata accusa, alla quale lo Stato in causa attribuisce ... natura disciplinare, rientri tuttavia nella matiere pénale*”⁷², 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 indicazioni ha, per la Corte EDU, soltanto un valore formale e relativo⁷³;

✓ in secondo luogo, “*la natura stessa dell'illecito rappresenta un elemento di valutazione della massima rilevanza*”⁷⁴ per accertare il carattere *sostanziale* di una misura qualificata come non *penale* a livello nazionale;

⁶⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 80.

⁶⁹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 81.

⁷⁰ Cfr. G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Archivio Penale*, 2/2012.

⁷¹ 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*”.

⁷² Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 82.

⁷³ 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*, 8 giugno 1976, § 82.

⁷⁴ 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*”.

✓ in terzo luogo, per la Corte, “*si rivelerebbe in generale illusorio se non [si] prendesse in considerazione il grado di severità della sanzione che l’interessato rischia di subire*”, circostanza che quindi consente di spingere oltre il controllo sulla legittimità convenzionale della misura oggetto di scrutinio, tenendo a tal riguardo a mente che “*in una società legata alla preminenza del diritto, attengono 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*”⁷⁵.

Ebbene, 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 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 mesi⁷⁶), proprio valorizzando i notevoli indici di afflittività della medesima.

Ed è curioso, a questo punto e in una prospettiva di più ampio respiro, 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*”⁷⁷, 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 definiti⁷⁸, 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 CEDU⁷⁹.

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

⁷⁵ Cfr. anche Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, 18 giugno 1971, § 42.

⁷⁶ 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 edittale, non la pena applicata in concreto*” – cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p., 34.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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’architrave costante di tutte le decisioni in argomento.*”

⁷⁹ Non solo, però: osservano, infatti, 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)*”.

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 imprudente".

Sullo sfondo della decisione, già lo si è anticipato, 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 1975⁸⁰. 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"⁸¹. E così, dopo aver esaminato approfonditamente il contesto normativo tedesco⁸², 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 teorizzata⁸³.

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"; e 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"⁸⁴.

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 di riforma messo in atto dal legislatore tedesco, continuando a rivolgersi ad una serie indeterminata di destinatari (tutti gli utenti della strada, e non una classe speciale di soggetti), con una finalità assieme *dissuasiva e punitiva*⁸⁵.

⁸⁰ Qui inserirei alcuni riferimenti alla dottrina tedesca che si è occupata delle "loro" depenalizzazioni.

⁸¹ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 49.

⁸² Come puntualmente osserva L. MASERA, *Op. ult. cit.*, p. 39, "ben 25 paragrafi della motivazione sono dedicati alla legislazione tedesca".

⁸³ 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*, 21 febbraio 1984, § 50.

⁸⁴ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 53.

⁸⁵ Cfr., ancora, Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 53. Passaggio che si conclude con la

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 sanzione⁸⁶.

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 unicamente avere riguardo, per ragionare degli eventuali profili di illegittimità convenzionale, al metro del citato art. 6, di una *misura* qualificata come non *penale* a livello domestico, 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 CEDU⁸⁷.

Ebbene, l'importanza della pronuncia è anche attestata dalla presenza di numerose e ricche opinioni dissenzienti⁸⁸, rispetto alle quali è interessante in particolare 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 (ri)tracciare i confini di operatività delle garanzie penalistiche, i giudici dissenzienti avendo piuttosto criticato l'interpretazione che dei criteri è

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 *misure* 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; Corte EDU, *Malige c. Francia*, 23 settembre 1998, §§ 38 ss.

⁸⁶ Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 54: “*as the contravention committed by Mr. Ozturk was criminal for the purposes of Article 6 (art. 6) of the Convention, there is no need to examine it also in the light of the final criterion stated above (at paragraph 50). The relative lack of seriousness of the penalty at stake (see paragraph 18 above) cannot divest an offence of its inherently criminal character*”.

⁸⁷ “*Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6 (art. 6) (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Deweert judgment, Series A no. 35, p. 25, § 49, and the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 23, first sub-paragraph)*” – cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 56. 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 EDU (cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e a. c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 139 e 143; e *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, 4 marzo 2004, § 28), osserva che “*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*”.

⁸⁸ Alcune delle quali, anche piuttosto articolate nel loro impianto motivazionale: così quella del Giudice Matscher.

stata data nel caso di specie⁸⁹ 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.

Giunti a questo punto, per concludere questa breve ricognizione, è opportuno richiamare anche la più recente sentenza *Jussila c. Finlandia*⁹⁰, con cui la Corte EDU, nella sua massima composizione, ha segnato una ulteriore tappa nel cammino della giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel*⁹¹.

Prima di tutto, 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 semplici⁹², 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'infrazione⁹³: per la Corte, infatti, “le

⁸⁹ Degne di nota le critiche mosse da alcuni giudici dissenzianti 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.

⁹⁰ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006.

⁹¹ 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; F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., 1891.

⁹² In particolare, nel caso *Bendenoun c. Francia*, 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 costituzionale di materia penale*, cit., p. 48, che analizza puntualmente le successive pronunce *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002; e *Morel c. Francia*, 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.

⁹³ Qui considerato dalla Corte EDU come il “*più importante*” – cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 38.

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 (e quindi fuoriuscendo dallo specifico *focus* di questa prima parte della ricerca), 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"*⁹⁴; dall'altra, la Corte ha affermato che *"l'obbligo di tenere un'udienza pubblica non è assoluto"*⁹⁵ e che l'art. 6 *"non esige necessariamente la tenuta di un'udienza in ogni procedimento"*⁹⁶. 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 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"*⁹⁷.

Ai nostri fini, 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 ci ricorda come *"adottando un'interpretazione autonoma della nozione di 'accusa in materia penale' attraverso l'applicazione dei criteri Engel⁹⁸, 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 amministrative⁹⁹, le punizioni per inosservanza della disciplina penitenziaria¹⁰⁰, le infrazioni doganali¹⁰¹, le sanzioni pecuniarie inflitte a fronte della violazione del diritto alla concorrenza¹⁰² e le ammende comminate da giurisdizioni finanziarie¹⁰³"*.

Tutto quanto premesso, occorre inoltre precisare che gli indici di cui si è servita la Corte EDU 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

⁹⁴ Cfr. anche Corte EDU, *Findlay c. Regno Unito*, 25 febbraio 1997, § 79.

⁹⁵ Cfr. anche Corte EDU, *Makansson e Sturesson c. Svezia*, 21 febbraio 1990, § 66.

⁹⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 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*, 12 novembre 2002, § 37; e Corte EDU, *Pursiheimo c. Finlandia*, 25 novembre 2003.

⁹⁷ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 43.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 43.

⁹⁹ Cfr. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984.

¹⁰⁰ Cfr. Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28 giugno 1984.

¹⁰¹ Cfr. Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988.

¹⁰² Cfr. Corte EDU, *Società Stenuit c. Francia*, 27 febbraio 1992.

¹⁰³ Cfr. Corte EDU, *Guisset c. Francia*, 26 settembre 2000.

nel citato caso *Ozturek* – può essere ricavata anche soltanto da uno di essi¹⁰⁴. 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 istituto¹⁰⁵.

Da ultimo, è importante citare anche la sentenza *Welch c. Regno Unito*¹⁰⁶, con cui la Corte EDU, per la prima volta, 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 stupefacenti¹⁰⁷. 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 *Ozturek*, e 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, ai nostri fini, la nozione di *matière pénale* unitaria anche nel contesto europeo¹⁰⁸, senza che assuma rilievo, rispetto alla perimetrazione del relativo ambito di operatività, la tipologia di garanzia oggetto di valutazione¹⁰⁹.

5. Materia penale vs matière pénale: conseguenze e problematiche applicative derivanti dalla contaminazione di due modelli differenti

¹⁰⁴ Cfr., nello stesso senso, Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, § 55; *Garyfallou Aebe c. Grecia*, 24 settembre 1997, § 33; *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, §§ 57; *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002, § 67; e, da ultimo, *Grande Stevens e a. c. Italia*, 4 marzo 2014, § 94.

¹⁰⁵ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, G.C., *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, §§ 30 – 31; *Zaicevs c. Lettonia*, 31 luglio 2007.

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995.

¹⁰⁷ Per un commento della decisione, da ultimo, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 90 ss.

¹⁰⁸ 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. n. 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*”.

¹⁰⁹ Forse l'unico elemento che può essere considerato come unicamente riferibile alla criteriologia proposta dalla Corte europea in relazione al parametro, l'art. 7 CEDU, che 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*, 9 febbraio 1995, § 28; e *Bergmann c. Germania*, 7 gennaio 2016, §§ 150 e 155; *Mihai Toma c. Romania*, 24 gennaio 2012, § 20).

Dopo aver ricostruito, nei termini sopra descritti, l'origine e la differente caratterizzazione delle nozioni di *materia penale* e di *matière pénale*, 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*¹¹⁰.

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 CEDU¹¹¹.

Ebbene, prima delle note sentenze *gemelle* del 2007¹¹², come la più attenta dottrina ha evidenziato¹¹³, 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*"¹¹⁴; e, 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 2007¹¹⁵, si è registrato, in tale contesto, un momento di assoluta discontinuità con il passato¹¹⁶ e la Corte costituzionale è stata, prima di tutto, chiamata ad una operazione di *ortopedia ermeneutica* in merito all'individuazione del rango delle norme convenzionali¹¹⁷, dal momento che nella precedente situazione di incertezza alcuni

¹¹⁰ Su cui, tra i molti, F. PALAZZO, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2016, 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 Nobile'*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2017.

¹¹¹ Distesamente su questo tema v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto (Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali)*, Roma, Ed. Dike, 2012, *passim*.

¹¹² 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., sent. n. 348 del 2007, *Considerato in diritto* n. 3.3.

¹¹³ Così precisamente O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012, p. 2.

¹¹⁴ 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, I comma, c.p.; art. 25, II comma, Cost.; art. 11, n. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

¹¹⁵ Per tutti, 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.

¹¹⁶ Evidenzia questo elemento, da ultimo, 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*, n. 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*".

¹¹⁷ 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*

giudici comuni si erano (addirittura) spinti a disapplicare direttamente le norme interne in contrasto con quelle CEDU¹¹⁸, sul presupposto che la specifica antinomia potesse essere eliminata “con i normali criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto”¹¹⁹.

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”¹²⁰.

Con l’obiettivo di fare chiarezza in questo complesso scenario¹²¹, la Corte ha anzitutto precisato 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”¹²², giungendo a chiarire 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.¹²³.

E così, per quanto più interessa rilevare, a partire dal 2007, i giudici comuni, nell’esercizio dell’attività che spetta loro ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost., sono stati gravati da 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 EDU¹²⁴. Con la conseguenza che, soltanto una volta che abbiano verificato l’impraticabilità di una simile interpretazione, i giudici comuni – non potendo disapplicare la norma interna¹²⁵, né,

modificarle o abrogarle a piacimento, in quanto fonti atipiche (secondo quanto affermato nella 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., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto n. 4.3.

¹¹⁸ La stessa Corte costituzionale richiama a tal proposito alcune pronunce della Corte di legittimità: Cass. Pen., sez. I, n. 6672 del 1998; Cass. Pen., SS.UU., n. 28507 del 2005.

¹¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto n. 4.3.

¹²⁰ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto n. 4.3.

¹²¹ 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., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto 4.3.

¹²² Cfr. Corte cost., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto 3.3.

¹²³ 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., sent. n. 348 del 2007, Considerato in diritto n. 4.7.

¹²⁴ Questo pare, in effetti, un elemento cruciale, che già nelle sentenze gemelle la Corte costituzionale aveva messo in evidenza; nella recente 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., sent. n. 43 del 2018, Considerato in diritto n. 5.

¹²⁵ Ed è, in particolare, 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

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. – sono tenuti a sollevare questione di legittimità costituzionale, assumendo che la norma interna collida con l'obbligo convenzionale.

Con le successive sentenze n. 311 e 317 del 2009, le cd. *seconde gemelle*¹²⁶, 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 sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*”¹²⁷.

Di una certa rilevanza, sempre sul versante dei rapporti con il sistema convenzionale, è anche la successiva sentenza n. 113 del 2011¹²⁸ con cui la Corte ha dichiarato la illegittimità

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, par. 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.

¹²⁶ Cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., p. 161 ss.

¹²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, *Considerato in diritto n. 7*, 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. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela di singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne un'interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni della CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali. L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost. E' evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*”. 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.

¹²⁸ Si v. il commento polifonico con interventi 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*

costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione (della sentenza o del decreto di 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.

Ed ancora, più di recente, con la nota sentenza n. 49 del 2015¹²⁹, la Corte ha aggiunto un ulteriore, fondamentale, tassello nel mosaico delle “*regole d'ingaggio*”¹³⁰ 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 definitivo¹³¹.

Ciò significa, e giova sottolinearlo, 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 oltretutto dalle peculiarità dell'ordinamento in cui il *dictum* europeo è destinato a spiegare effetto¹³² –, “*libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un [particolare] contenuto della normativa interposta*”¹³³.

Sul punto, occorre rilevare che talune delle riserve manifestate dalla dottrina all'indomani della sentenza n. 49¹³⁴, 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.

interne; e A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, onverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*; in *Rivista AIC*, 2/2011.

¹²⁹ Particolarmente netta, sul punto, la lettura di M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica, tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 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*”; sul tema, da ultimo, F. DONATI, *Il rilievo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno: problemi e possibili soluzioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018.

¹³⁰ L'espressione è di V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strenghtening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, cit.

¹³¹ 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.

¹³² Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* n. 7. 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., sent. n. 210 del 2013, *Considerato in diritto* n. 7.2.

¹³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 200 del 2016, *Considerato in diritto* n. 5.

¹³⁴ In particolare dalla dottrina penalistica, si v. F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Crisnuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015, p. 333 ss.

E non può, peraltro, sottacersi, a tal riguardo, la circostanza che recentemente la Corte europea – quasi per rispondere 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*”¹³⁵.

Risulta paradigmatica, in questo senso, la complessa vicenda *De Tommaso*¹³⁶ (su cui *infra* Cap. II, § 5.4), in cui, 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 europea¹³⁷.

Da una parte, infatti, i Tribunali di Milano¹³⁸ e Palermo¹³⁹ hanno escluso chiaramente, con non implausibili argomentazioni, 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 Napoli¹⁴⁰, nel marzo del 2017, e più di recente, i Tribunali di Udine¹⁴¹ e Padova¹⁴², 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 caso¹⁴³, e soltanto di alcuni veloci riferimenti al tema

¹³⁵ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 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.

¹³⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017. Come commento, a prima lettura, v. 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 6 marzo 2017.

¹³⁷ Ed è interessante riportare la posizione espressa dal Prof. Viganò a seguito della decisione della Corte EDU: “*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 sent. n. 49/2015 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 *Riv. It. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3/2017, p. 377.

¹³⁸ Cfr. Trib. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, decreto 7 marzo 2017. Per un commento critico del provvedimento, si 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2017.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ Cfr. Corte d’appello di Napoli, Sez. VIII pen. – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, consultabile su *penalecontemporaneo.it*, con un breve commento di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, 31 marzo 2017.

¹⁴¹ 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 *Archiviopenale.it*, 25 maggio 2017.

¹⁴² Cfr. Trib. Padova, 30 maggio 2017, ord. n. 146 (G.U. n. 43 del 2017).

¹⁴³ 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*

nei due successivi¹⁴⁴ – 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*¹⁴⁵ e *Sorresso*¹⁴⁶, quando chiamate ad applicare la fattispecie di cui all'art. 75, II comma, 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 aveva, sia pur in modo non esaustivo¹⁴⁷, enucleato nella sentenza n. 49¹⁴⁸.

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 europea¹⁴⁹. 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)*”¹⁵⁰, la Suprema Corte si è confrontata con le numerose e significative opinioni dissenzienti annesse alla pronuncia della Corte

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 (Corte cost., sent. n. 349/2007)”.

¹⁴⁴ 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*”.

¹⁴⁵ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40076 del 2017, Imp. *Paternò*.

¹⁴⁶ Cfr. Cass. Pen., II Sez., sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 11 ss.

¹⁴⁷ 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. Pen., sez. II, sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 11.

¹⁴⁸ 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. Pen., II Sez., sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 12.

¹⁴⁹ “*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. Pen., sez. II, sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 12.

¹⁵⁰ Cfr. Cass. Pen., II Sez., sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 14.

europea¹⁵¹, 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*”¹⁵².

Ebbene, un simile contesto giurisprudenziale – che, peraltro, *mutatis mutandis*, ricorda quello determinatosi all’esito della sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia¹⁵³ – 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 CEDU.

In ogni caso, ferma questa premessa, deve osservarsi che, grazie soprattutto ad una mutata sensibilità della giurisprudenza nazionale (sia di merito che costituzionale¹⁵⁴), 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 quantitativo¹⁵⁵.

Nelle prossime pagine, si cercherà allora 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*”¹⁵⁶.

¹⁵¹ Cfr. *infra* Cap. II, § 5.4

¹⁵² Cfr., ancora, Cass. Pen., II Sez., sent. n. 49194 del 2017, Imp. *Sorresso*, p. 14

¹⁵³ In cui, come noto, in particolare per quel che concerne le condizioni poste dalla Corte di Giustizia per la non- applicazione della normativa interna in materia di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. (oggetto della decisione pregiudiziale resa l’8 settembre 2015 dalla Corte di Lussemburgo), i giudici comuni hanno fornito risposte assai differenti: alcuni, come la Corte di cassazione, III Sez. (17 settembre 2015, n. 2210, Imp. *Pennacchini*), dando seguito al *dictum* europeo, hanno non-applicato la normativa interna; altri, come la Corte di cassazione, IV Sez. (25 gennaio 2016, n. 7914, Imp. *Tormenti*), non hanno ritenuto sussistenti le condizioni poste dalla Corte europea, dando applicazione alla normativa interna; altri ancora, come la Corte di appello di Milano, II sez., e la Corte di cassazione, III sez. (con ordinanze, rispettivamente, del 18 settembre 2015 e del 30 marzo 2016), hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, chiedendo alla Corte di attivare i *controlimiti* nei confronti dell’ordinamento dell’Unione europea. Sul tema, tra i molti, si v. G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell’epoca del “minimalismo penale”*, in *www.archiviopenale.it*, febbraio 2016; sia inoltre consentito il rinvio a S. BISSARO, *I ‘nodi’ della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 235 ss.

¹⁵⁴ In questa prospettiva, può utilmente segnalarsi la recente 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2018.

¹⁵⁵ 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 giurisprudenza de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Federalismi.it*, 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 *www.penalecontemporaneo*, 25 maggio 2015.

¹⁵⁶ Per utilizzare le parole della Corte costituzionale nella più volte citata sentenza n. 43 del 2017, *Considerato in diritto n. 4.3*.

5.1. I settori di (reale o potenziale) sconfinamento: il diritto processuale penale

Il primo settore cui è necessario fare riferimento per apprezzare la rilevanza dell'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sul sistema italiano riguarda il diritto processuale penale¹⁵⁷, ambito nel quale, in effetti, già da diverso tempo (e forse anche prima delle “scosse telluriche”¹⁵⁸ scatenate dalle recenti decisioni delle Corti europee¹⁵⁹), il modello formale accolto a livello nazionale è stato messo sotto tensione¹⁶⁰.

Preliminarmente, mette conto ribadire, rinviando al prossimo capitolo per un esame approfondito del tema¹⁶¹, che 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 tempo, infatti, in ossequio al principio del *tempus regit actum*¹⁶² – 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

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ 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*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2017.

¹⁵⁹ Qui il riferimento è rivolto, volutamente, ad entrambe le Corti europee: non sola 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*.

¹⁶⁰ 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 (sia in dottrina che in giurisprudenza) 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 *penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2017.

¹⁶¹ Cfr., in particolare, *infra* Cap. III, Sez. II, § 4.

¹⁶² 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 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*, 12 febbraio 2004, e *Rasnik c. Italia*, 10 luglio 2007; v. anche *Martelli c. Italia*, 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*, 17 settembre 2009, § 110.

in cui la nuova disciplina dovesse essere più rigorosa o più severa rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio¹⁶³.

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.¹⁶⁴ e dal simmetrico, benché distinto sul versante del fondamento costituzionale¹⁶⁵, 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, disvelando significative criticità di ordine pratico, allorquando 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*.

Emblematico, in questo senso, il settore delle *misure* cautelari, intorno alle quali si è lungamente dibattito (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 novella¹⁶⁶.

Nonostante in dottrina fossero stati proposti validi argomenti di segno contrario¹⁶⁷, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con importanti avalli anche delle Sezioni Unite¹⁶⁸, 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, condizioni¹⁶⁹. È bene precisare, però, che tale orientamento non

¹⁶³ Cfr. Cass. Pen., 15 febbraio 2011, n. 3688, 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*”.

¹⁶⁴ Riprodotto, come già rilevato nel Cap. I, 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*”.

¹⁶⁵ 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*” – cfr. ancora Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4*; e, nello stesso senso, Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 7*.

¹⁶⁶ 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 inquinì le prove e si dia alla fuga, sottraendosi alla possibile condanna*”.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ Cfr. in particolare, Cass. Pen., SS. UU., n. 27919 del 2011, Ric. *Ambrogio*.

¹⁶⁹ 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

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 *novum* normativo¹⁷⁰. Deve, in altri termini, osservarsi che 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 legislativa¹⁷¹.

Ebbene, altrettanto 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*. E può essere quindi utile, anche se in modo cursorio, qui 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.¹⁷², e della sospensione del processo con messa alla prova, di cui all’art. 168-*bis* e ss. c.p.¹⁷³.

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. 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 merito¹⁷⁴.

tempus regit actum; cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 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 *penalecontemporaneo.it*, 10 gennaio 2014.

¹⁷⁰ 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, si v. G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sul regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: un revirement giurisprudenziale*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 giugno 2011.

¹⁷¹ L’esempio classico è quello della modica 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, II comma, Cost.

¹⁷² Introdotto, nell’esercizio della delega di cui alla legge n. 67 del 2014, con il d.lgs. n. 28 del 2015, che 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.

¹⁷³ 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., sent. n. 240 del 2015, *Considerato in diritto* n. 2.1.

¹⁷⁴ 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.it*, 1/2014.

Nel 2003, il Sig. *Scoppola* adiva la Corte di Strasburgo¹⁷⁵, lamentando di aver illegittimamente subito – perché applicatagli in via retroattiva e, quindi, in violazione dell’art. 7 CEDU¹⁷⁶ – una condanna alla pena dell’ergastolo, in luogo di quella, meno severa, prevista al momento della instaurazione del procedimento penale a suo carico¹⁷⁷. 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 concreto¹⁷⁸.

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, la sostituzione della pena dell’ergastolo con quella di trent’anni di reclusione; questa norma è stata però dichiarata costituzionalmente illegittima per eccesso di delega¹⁷⁹ e, per l’effetto, tra il 1991 e

¹⁷⁵ 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, per quanto più interessa rilevare, 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 *www.penalecontemporaneo*, cit.

¹⁷⁶ Nel proprio atto di ricorso, il Sig. *Scoppola* allegava anche la violazione dell’art. 6 CEDU; questa la ricostruzione operata dalla Corte sul punto: “*il ricorrente ritiene che le circostanze che hanno portato alla violazione dell’articolo 7 della Convenzione hanno comportato anche una violazione dei principi del processo equo. Nel febbraio 2000, aveva optato per il giudizio abbreviato, rinunciando in tal modo a un certo numero di garanzie processuali poiché, sulla base del CPP in vigore all’epoca, egli sapeva che in caso di condanna sarebbe stato punito con la pena della reclusione di anni trenta e non con quella dell’ergastolo. Il CPP è stato tuttavia modificato in maniera sfavorevole e alla sua rinuncia non ha più corrisposto come controparte una riduzione della pena (l’unico vantaggio essendo quello di evitare l’isolamento diurno). Ora, l’adozione del giudizio abbreviato si traduce nella conclusione di un «contratto di diritto pubblico» tra l’imputato e lo Stato; una volta concluso, tale «contratto» non può essere sciolto o modificato in maniera unilaterale. Il ricorrente osserva che, al momento dell’entrata in vigore del decreto-legge n. 341 del 2000 e della sua conversione in legge, era detenuto in un istituto penitenziario. Pertanto, non sapeva che aveva la facoltà di ritirare la sua domanda di adozione del giudizio abbreviato, che si riferisce all’esercizio di un diritto personale dell’imputato. Tale facoltà non era per nulla menzionata nel ricorso per cassazione della procura*” - Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 127-128.

¹⁷⁷ Solo per completezza si segnala che il Sig. *Scoppola* veniva arrestato e poi giudicato perché ritenuto colpevole dell’omicidio commesso nei confronti della moglie, del tentato omicidio posto in essere in danno di un figlio, oltretutto di una serie di episodi di maltrattamenti in famiglia e di una condotta abusiva di porto d’armi.

¹⁷⁸ Soluzione che sarebbe confermata, secondo la tesi del ricorrente, anche dalla giurisprudenza interna (a tal riguardo, viene infatti citata la sentenza della Corte di Cassazione, SS. UU., 6 marzo 1992, Imp. *Merletti*).

¹⁷⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 176 del 1991, *Considerato in diritto n. 3*, in cui il Giudice costituzionale ha rilevato che “*la sostituzione invece operata, con la pena 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*”. Di un certo interesse, il passaggio finale della decisione, in cui la Corte ha osservato, sul tema degli

il 1999, l'accesso al rito abbreviato, 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 diurno”* e che *“alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo”*¹⁸⁰.

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 (con sentenza emessa in data 24 novembre 2000), 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 (con sentenza del 10 gennaio 2002), e sostituita, trattandosi nella specie di una contestazione per plurimi reati avvinti dal nesso della continuazione ai sensi dell'art. 81 c.p., 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, in altre parole, il citato d.l. non era ancora entrato in vigore (pubblicato sulla Gazzetta ufficiale nella stessa data del 24 novembre 2000) 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 tempus regit actum”*¹⁸¹. 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 (2 settembre 1999), la legge non prevedeva la possibilità di chiedere il giudizio abbreviato*

effetti della declaratoria di incostituzionalità, che *“una volta riconosciuta la connessione tra giudizio abbreviato e diminuzione della pena e, quindi, l'impraticabilità del primo in mancanza della possibilità di operare la seconda, il venir meno di quest'ultima, per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, rende di per sé inapplicabile il giudizio abbreviato, quale disciplinato dagli artt. Da 438 a 443 del codice di procedura penale, ai processi concernenti delitti punibili con l'ergastolo”*.

¹⁸⁰ 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”*.

¹⁸¹ Per la Corte EDU, ancora, *“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*, 17 settembre 2009, § 84.

quando i fatti ascritti erano puniti con l'ergastolo"¹⁸². questa possibili, in effetti, come visto, è stata introdotta soltanto con la legge n. 429 del 1999. Conclusivamente, seconda 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"¹⁸³.

Orbene, per la Corte, in linea con l'orientamento inaugurato negli anni '70 e '80 con le citate sentenze *Engel* e *Ozturk*, "la qualifica nel diritto interno del testo di legge interessato non può essere determinante"¹⁸⁴, e, pertanto, "se è vero che gli artt. 438 e 441-443 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 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"¹⁸⁵. Ed è, peraltro, interessante notare – rinviando al prossimo capitolo per un esame più approfondito dei profili che attengono al merito delle garanzie in gioco¹⁸⁶ – 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"¹⁸⁷.

Su queste premesse, l'Italia veniva 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.¹⁸⁸, ottenendo la *restitutio in integrum* imposta dalla Corte EDU, ovverosia la rideterminazione della pena subita¹⁸⁹. La giurisprudenza nazionale si è però trovata, anche sulla scorta delle sollecitazioni

¹⁸² Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 84.

¹⁸³ Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 85.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ Cfr. Corte EDU, G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 111-113.

¹⁸⁶ Cfr. *infra* Cap. III.

¹⁸⁷ Così precisamente E. LAMARQUE – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2014, p. 3.

¹⁸⁸ 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".

¹⁸⁹ Cfr. Cass. Pen., sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, Ric. *Scoppola*, in cui la Corte, dopo aver preso in esame i numerosi precedenti in cui si è posta una analoga questione circa l'esigenza di rimuovere una sentenza penale irrevocabile in contrasto con una sentenza della Corte EDU, ha precisato che, nel caso in esame, la "non equità riguarda solo il trattamento sanzionatorio e, comunque, anche nel caso in esame sussistono le ragioni di coerenza interna

provenienti dalla dottrina¹⁹⁰, a gestire le ricadute della sentenza della Corte EDU in una dimensione ben più ampia¹⁹¹, 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 CEDU¹⁹²), e non potevano quindi direttamente beneficiare del 'titolo esecutivo' costituito da una specifica pronuncia della Corte europea dichiarativa della violazione convenzionale¹⁹³.

A ben vedere, rispetto a costoro – efficacemente considerati dalla dottrina come "figli minori"¹⁹⁴ – 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 Corte europea che riguardava *direttamente* il soggetto interessato¹⁹⁵. Ed è intorno a queste delicate questioni – poste al crocevia tra le esigenze di salvaguardia del giudicato penale (peraltro, già grandemente indebolito dalle recenti evoluzioni giurisprudenziali¹⁹⁶) e l'obbligo di dare applicazione del diritto interno in modo "conforme agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea, così come interpretati dal 'suo' giudice

dell'ordinamento, che impediscono di considerare legittima la quantificazione della sanzione inflitta allo S. con una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio nel quale sia stata violata una regola del giusto processo, accertata dalla Corte europea"; e che "nel caso del ricorrente S., non è quindi necessario che si proceda a un nuovo giudizio di merito, essendo sufficiente una modifica della pena"; argomenti, tutti questi, sufficienti per far concludere la Suprema Corte nel senso che "in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase [della revoca in sede esecutiva], a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee. Pertanto, questa Corte, preso atto dell'iniquinà e dell'ineseguità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte dei diritti dell'uomo (...); preso atto della conseguente esigenza di provvedere all'immediata caducazione della decisione vizziata e della immediata modifica della pena inflitta con sentenza 10.1.2002 della Corte di assise di appello di Roma, revoca in parte qua la sentenza di questa Corte n. 2592/03 del 25.9.2002, che ha formato il giudicato, e annulla senza rinvio la sentenza della corte di assise di appello di Roma emessa il 10.1.2002, limitatamente al trattamento sanzionatorio nei confronti di S.F., che determina in anni trenta di reclusione".

¹⁹⁰ 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 penalecontemporaneo.it; 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*, 2013.

¹⁹¹ Come di recente accaduto anche in relazione alla vicenda *De Tommaso* – cfr. *infra* Cap. II, § 5.4.

¹⁹² Come noto, 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".

¹⁹³ 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.it*, cit., 4.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Su cui E. LAMARQUE – F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in penalecontemporaneo.it, 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.

¹⁹⁶ 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 *Arch. Pen.*, n. 2/2013, p. 5

naturale, la Corte EDU¹⁹⁷ – che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiesto alla Corte costituzionale di pronunciarsi¹⁹⁸, sollevando una questione di legittimità costituzionale sugli art. 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, I comma, quest’ultimo con riferimento all’art. 7 CEDU.

In questa sede, rinviando per più puntuali precisazioni alla dottrina confrontatasi sul tema, si intende mettere in luce due 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, II comma, c.p.p., anche richiamando a tal fine un importante pronunciamento della Corte di Cassazione¹⁹⁹, 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 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.”.

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Nella giurisprudenza di merito, prima di questa importante ordinanza delle Sezioni Unite, si erano registrati orientamenti di segno diverso: la Corte d’appello di Caltanissetta, in particolare, in qualità di giudice dell’esecuzione, si determinava nel senso di rigettare un incidente d’esecuzione, volto a modificare la pena dell’ergastolo, sostituendola con quella dei trent’anni reclusione, presentato da un cd. “fratello minore” di Scoppola. Per la Corte d’appello “il giudizio di esecuzione non può essere trasformato in una fase di rivisitazione delle precedenti pronunce emesse in esito alle fasi di gravame, nel corso delle quali mai veniva sollevata alcuna specifica censura afferente all’entità del trattamento sanzionatorio. Infatti la questione circa l’applicabilità della lex mitior non può, per la prima volta, essere proposta dinanzi al giudice dell’esecuzione, cui non spetta il potere di rideterminazione della pena nell’ipotesi di successione di leggi incriminatrici nel tempo (Cass. Sez. VI, sent. n. 1490 del 1994, Ric. De Angelis) (...) l’istanza di sostituzione della pena dell’ergastolo con la pena detentiva temporanea non può trovare fondamento neppure in una interpretazione della normativa interna in senso conforme all’art. 7 della CEDU, ostandovi il tenore letterale dell’art. 2, comma quarto, c.p., secondo cui nell’ipotesi di successioni di leggi modificative del trattamento sanzionatorio di un determinato fatto che conserva la sua rilevanza penale, a differenza di quanto avviene nella fattispecie dell’abolitio criminis, l’applicazione retroattiva della lex mitior trova un limite nella definizione del procedimento con sentenza irrevocabile. Ne consegue (...) che la legge sopravvenuta più favorevole non può essere applicata dal giudice dell’esecuzione (Cass. Sez. I, sent. n. 24652 del 2005, Ric. Silvestro). La legittimità costituzionale di tale limite è stato riconosciuto dalla Consulta, che ne ha ravvisato la ratio nell’esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici (Corte cost. n. 74 del 1980) – cfr. Corte d’App. Calt., Sez. I, 18 novembre 2011, Ric. Cavallo. Nello stesso senso, Cass. Sez. I, n. 25280 del 2011, Ric. El Magbarpil ed altri, per cui “la sentenza pronunciata nel processo Scoppola non può assumere una specifica incidenza, tenuto conto della profonda diversità tra le rispettive situazioni di fatto”; offre una valutazione critica su questo orientamento, 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. 9 ss.

¹⁹⁹ La già citata sentenza delle Sezioni Unite, n. 2977 del 1992, Imp. Merletti.

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”²⁰⁰ ovvero l'esigenza di *“ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore, a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini”*²⁰¹ – 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”*²⁰².

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*²⁰³, 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”*²⁰⁴.

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)²⁰⁵ – 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*, cui verrà dedicata un'ampia trattazione nel prossimo capitolo per i profili che attengono al merito delle garanzie coinvolte²⁰⁶ e che, in questa sede, viene viceversa in rilievo sul versante della definizione del confine di operatività delle medesime garanzie.

²⁰⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 311 del 2009.

²⁰¹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 103 del 2013 e 87 del 2012.

²⁰² Cfr. Corte cost., sent. n. 210 del 2013, *Considerato in diritto n. 9*.

²⁰³ Cfr., Cass. Pen., SS. UU., 24 ottobre 2013, n. 188821, 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 *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2014, con cui l'Autore abbraccia l'interpretazione estensiva dell'art. 30, IV comma, l. 87 del 1953, operata dalle Sezioni Unite anche nella successiva pronuncia n. 42858 del 2014, Ric. *Gatto*.

²⁰⁴ 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1/2014, p. 250 ss.

²⁰⁵ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 5.

²⁰⁶ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.3.

Per il momento, preme segnalare che, nell'ordinanza n. 24 del 2017²⁰⁷, 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”*²⁰⁸. Chiarendo in modo ancor più netto, poi, nella successiva sentenza n. 115 del 2018²⁰⁹, 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, II comma, Cost.”*²¹⁰.

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 rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile”*²¹¹. 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 legittimità²¹² (sulla scorta di alcune autorevoli tesi proposte dalla dottrina²¹³), l'idea di poter considerare la prescrizione (e, in particolare, le previsioni che ne disciplinano l'allungamento in presenza di atti processuali interruttivi²¹⁴) alla stregua di un istituto di natura *processuale*, come tale

²⁰⁷ 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.

²⁰⁸ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerate in diritto n. 8*.

²⁰⁹ 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., sent. n. 115 del 2018, *Ritenuto in fatto n. 5*.

²¹⁰ A margine di queste considerazioni, la Corte ribadisce che l'art. 25, II comma, Cost., presenta una formula di particolare ampiezza, riecheggiando le parole della già citata sentenza n. 196 del 2010 (in parte riprese dalla sentenza n. 276 del 2016): *“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”*; sul tema, si v. 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;

²¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 10*. Cfr., anche, *ex plurimis*, Corte cost., sent. 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.

²¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 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 *penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016; G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”*, in *archivioopenale.it*, gennaio 2016; e L. BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in *archivioopenale.it*, gennaio 2016.

²¹³ 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.

²¹⁴ Si tratta degli artt. 160, ultimo comma, e 161, II comma, 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,*

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 condizioni (come si dirà più diffusamente, 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): siffatta disapplicazione – si legge nella sentenza della Corte europea – "avrebbe [avuto] soltanto per effetto di non abbreviare il termine di prescrizione generale nell'ambito di un procedimento penale pendente"²¹⁵ senza alcuna violazione dei "diritti degli imputati, quali garantiti dall'art. 49 della Carta"²¹⁶, 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"²¹⁷ 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 europea²¹⁸, 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 prescritti²¹⁹.

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

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".

²¹⁵ Consentendo, nell'ottica funzionalistica privilegiata dalla Corte di Giustizia, "di consentire 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".

²¹⁶ Cfr. C.G., *Taricco*, C-105/14, 8 settembre 2015, § 54.

²¹⁷ Cfr. C.G., *Taricco*, C-105/14, 8 settembre 2015, § 56.

²¹⁸ 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, 15 settembre 2015.

²¹⁹ 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*, in penalecontemporaneo.it, 22 febbraio 2016.

omogeneità di cui all'art. 52, III par., CDFUE²²⁰: in particolare, nel caso *Coeme c. Belgio*, la Corte EDU 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 prescrizione²²¹.

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* (resa, come si vedrà, a fronte del rinvio pregiudiziale formulato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 24 del 2017), essa 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"²²².

Considerazioni che, da un lato, chiamano in causa – non senza problematiche, come si dirà più precisamente nel prossimo capitolo – la *Direttiva PIF*²²³, alla stregua di un vero

²²⁰ Più precisamente, l'art. 52, III §, 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 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*, n. 1/2016.

²²¹ Cfr., a conferma della stessa conclusione, anche Corte EDU, *Oao Neftyanay Kompaniya Yukos c. Russia*, 20 settembre 2011; e, più di recente, *Previti c. Italia*, 12 febbraio 2013, § 80; richiama queste decisione 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*, febbraio 2018. Critico, rispetto alla conclusione della Corte EDU riportata nel testo, da ultimo, 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 P.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".

²²² Cfr. C.G., M.A.S. e M.B., 5 dicembre 2017, §§ 40-45.

²²³ 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 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 *penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2017, per cui "il legislatore eurounitario non prende ovviamente posizione rispetto alla diafrasi 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

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.

Orbene, 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 *europea* – 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.

5.2. (Segue) il diritto amministrativo punitivo e i sistemi di doppio binario sanzionatorio

L'ampiezza e la ricchezza del materiale giurisprudenziale e dottrinale a disposizione²²⁴, in uno con l'assoluta rilevanza delle questioni problematiche ancora aperte²²⁵, fanno

successivamente alla commissione di tali reati, al fine di contrastare tali reati efficacemente” (così l'art. 12, § 1, Direttiva PIF).

²²⁴ Solo a commento della decisione della Corte EDU che verrà analizzata nel testo (Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 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. ALLENA, *Il caso “Grande Stevens” c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, p. 1053 ss.; G. M. BOZZI, *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, p. 3099 ss.; I. CARACCIOLI, *La progressiva assimilazione tra sanzioni penali e amministrative e l'inevitabile approdo al principio ne bis in idem*, in *Il Fisco*, 2014, p. 2374 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 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 *Dirittopenaleeuropeo.it*; 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 *Riv. AIC*, 3/2014; P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 740 ss.; A. GIOVANNINI – L. P. MURCIANO, *Il principio del “ne bis in idem” sostanziale impedisce la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, p. 1548 ss.; P. MONTALENTI, *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 478 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 *Giur. it.*, 2014, p. 1196 ss.

²²⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 16 marzo 2018).

senz'altro guardare al settore del *diritto amministrativo punitivo*²²⁶ e al correlato meccanismo del *doppio binario sanzionatorio*²²⁷ con estremo interesse e, allo stesso tempo, con massima prudenza²²⁸.

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 Giustizia²²⁹). E si aggiunga, ancora, a giustificazione dell'approfondimento in parola, che, sullo 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 sovranazionali²³⁰.

Per introdurre tali tematiche, può essere utile muovere preliminarmente da un'analisi della cruciale sentenza che la Corte EDU ha pronunciato, nel marzo 2014, all'esito del noto caso *Grande Stevens e altri c. Italia*²³¹, soffermandosi, in un secondo momento, sugli ulteriori sviluppi della giurisprudenza (nazionale ed europea) in materia per mettere poi a fuoco le più importanti questioni interpretative ancora aperte.

²²⁶ 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.

²²⁷ Di "*doppio binario sanzionatorio*" parla anche la Corte costituzionale che, in diverse occasioni, si è servita di questa espressione per mettere in evidenza gli ambiti in cui l'ordinamento italiano ha istituito sistemi in cui "*il rapporto tra illecito amministrativo e penale non [viene] risolto nel senso di un concorso apparente di norme* – cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto* n. 4.

²²⁸ 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 be bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, cit.

²²⁹ *Standard* che, a ben vedere, almeno fino alla recente sentenza della Corte EDU *A. e B. c. Norvegia*, del novembre 2016, presentavano rilevanti differenze: a tal riguardo, infatti, nella recente 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. Benchè 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., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 6.

²³⁰ 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 consociate del 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*".

²³¹ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 8 luglio 2014; e B. NASCIBENE, *Autorità amministrative indipendenti e sanzioni "penali". Un'occasione di confronto tra CEDU e diritto UE*, in *Eurojus*, 23 dicembre 2014.

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 – l'abuso di informazioni privilegiate o *insider trading*, e la manipolazione del mercato – 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 (cd. "T.U.F."); e che, successivamente, con l'entrata in vigore della legge n. 62 del 2005²³², 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."²³³, così configurando, sul pacifico presupposto della *doppia sanzionabilità* (penale e amministrativa, appunto) dei *medesimi fatti storici*²³⁴, un evidente sistema di *doppio binario sanzionatorio*, attraverso il quale era garantita, altresì, la *contemporanea* pendenza del procedimento amministrativo e di quello penale. Sistema repressivo che, per molte ragioni (principalmente per il risultato che questo determinava sul versante della "moltiplicazione delle già elevatissime sanzioni patrimoniali"²³⁵), era stato fin dai suoi esordi pesantemente criticato dalla dottrina italiana²³⁶ e, come si dirà a breve, nel 2014, nettamente censurato dalla Corte EDU, anche se soltanto per alcuni aspetti specifici.

Ciò precisato, 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 falso²³⁷ – decidevano di rivolgersi alla Corte di Strasburgo,

²³² 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).

²³³ Così per F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1/2016, p. 186 ss., "il primo illecito amministrativo è descritto, nelle ipotesi base previste dal primo e dal secondo comma, in modo sovrapponibile alla descrizione del corrispondente delitto; mentre la fattispecie dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato è formulata in modo assai più analitico rispetto a quella delittuosa di cui all'art. 185, nella quale peraltro la clausola generale e di chiusura degli "altri artifici" si presta a ricomprendere gran parte, se non forse proprio tutte, le condotte analiticamente descritte dall'art. 187 ter".

²³⁴ 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*, "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".

²³⁵ Una critica importante riguardava anche il ruolo *incipite* ricoperto dalla CONSOB: titolare del procedimento sanzionatorio amministrativo, da un lato, e soggetto legittimato a costituirsi parte civile nel parallelo procedimento penale a carico delle medesime persone fisiche e giuridiche, dall'altro, su cui, ancora, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, cit., p. 189.

²³⁶ Cfr. F. VIGANÒ, *Op. ult. cit.*; e i contributi dallo stesso A. citati, nella nota 5, tra cui, *ex multis*, A. ALESSANDRI, *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, 930 ss.; L. FOFFANI, *Artt. 180-185 d.lgs. n. 58/1998*, in F. Palazzo, C. E. Paliero, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., 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*, Milano, 2010, p. 61 ss.

²³⁷ Per un più preciso inquadramento della vicenda fattuale da cui ha tratto origine la decisione della Corte europea, si 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014; e, nella stessa rivista, T. TRINCHERA, G.

dolendosi, in particolare, della violazione del principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 4 Prot. n. 7 della CEDU²³⁸, in conseguenza della applicazione congiunta, nei loro confronti, della sanzione amministrativa e della sanzione penale previste dai citati artt. 187-ter²³⁹ e 185 del "T.U.F."²⁴⁰. Si lamentavano, in altre parole e più in generale, in disparte ulteriori censure che in questa sede non interessa approfondire²⁴¹, della illegittimità convenzionale, al metro del citato 4 Prot. n. 7 della CEDU²⁴², 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 CONSOB²⁴³ (sottolineandone, in questo senso, l'elevato ammontare e la

SASSAROLI, F. MODUGNO, *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FLAT*, 24 settembre 2013.

²³⁸ Il quale, sotto la rubrica *Ne bis in idem*, prevede che "1. 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 deroga 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*, 2015, fasc. III, p. 851 ss.

²³⁹ Che, al I comma, 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 foriscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari".

²⁴⁰ 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 II comma, 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".

²⁴¹ 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.

²⁴² Su cui, tra i molti, S. ALLEGREZZA, *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagreblesky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, p. 900 ss.; A. M. MANCUSO - F. VIGANÒ, *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punite due volte*, in F. Viganò – G. Ubertaino (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, cit., p. 380 ss.

²⁴³ "I ricorrenti considerano che, anche se qualificate come 'amministrative' nel diritto interno, le sanzioni inflitte dalla CONSOB devono essere considerate «penali», nel senso autonomo che questa nozione assume nella giurisprudenza della Corte. La sentenza della CGUE nella causa *Spector Photo Group*, citata dal Governo, non afferma il contrario, ma si limita a dire che se uno Stato membro ha previsto la possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria di natura penale, il livello di questa sanzione non deve essere tenuto in considerazione per valutare il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione amministrativa. Peraltro, nella sentenza del 26 febbraio 2013 resa nell'ambito della causa C-617/10 (*Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*), la CGUE ha affermato i seguenti principi: a) l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta; b) l'articolo 50 di quest'ultima (che garantisce il principio del *ne bis in idem*) presuppone che le misure adottate a carico di un imputato assumano carattere penale; c) per valutare la natura penale delle sanzioni fiscali, occorre tener conto della qualificazione della sanzione nel diritto interno, della natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione che rischia di subire l'interessato. Nel presente caso di specie, la gravità delle sanzioni era evidente dato che il massimo previsto ammontava a 5.000.000 EUR. A questa sanzione principale si aggiungono le pene accessorie, quali l'incapacità temporanea (non superiore a tre anni) ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate in borsa, la temporanea sospensione (non superiore a tre anni) dagli ordini professionali, e la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo" - Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 92-93.

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*²⁴⁴, la Corte EDU ha quindi preso in esame, in particolare, 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*”²⁴⁵.

La Corte ha poi sottolineato, in merito al terzo 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, di cui si è già dato conto²⁴⁶, 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*”²⁴⁷.

Dopo aver ricordato, come già messo in luce dai ricorrenti, che l'inflizione delle citate sanzioni pecuniarie poteva comportare anche significative incapacitazioni per i

²⁴⁴ 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*, 4 marzo 2014, § 95.

²⁴⁵ “*Per quanto riguarda la natura dell'illecito, sembra che le disposizioni la cui violazione è stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte rammenta che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici (...). Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale (...). Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità (...). Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo (...), di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzioni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori*” – cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, § 96.

²⁴⁶ Cfr. *supra* Cap. II § 4.

²⁴⁷ “*Per quanto riguarda la natura e la severità della sanzione «che può essere inflitta» ai ricorrenti (...), la Corte conviene con il Governo (...) che le sanzioni pecuniarie in questione non potessero essere sostituite da una pena privativa della libertà in caso di mancato pagamento (...). Tuttavia, la CONSOB poteva infliggere una sanzione pecuniaria fino a 5.000.000 EUR (...), e questo massimo ordinario poteva, in alcune circostanze, essere triplicato o elevato fino a dieci volte il prodotto o il profitto ottenuto grazie al comportamento illecito (...). L'inflizione delle sanzioni amministrative pecuniarie sopra menzionate comporta per i rappresentanti delle società coinvolte la perdita temporanea della loro onorabilità, e se queste ultime sono quotate in borsa, ai loro rappresentanti si applica l'incapacità temporanea ad assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo nell'ambito delle società quotate per una durata variabile da due mesi a tre anni. La CONSOB può anche vietare alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi della collaborazione dell'autore dell'illecito, per una durata massima di tre anni, e chiedere agli ordini professionali la sospensione temporanea dell'interessato dall'esercizio della sua attività professionale (...). Infine, l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo (...). È vero che nel caso di specie le sanzioni non sono state applicate nel loro ammontare massimo, in quanto la corte d'appello di Torino ha ridotto alcune ammende inflitte dalla CONSOB (...), e non è stata disposta alcuna confisca. Tuttavia, 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 (...). Per di più, nel caso di specie i ricorrenti sono stati sanzionati con ammende variabili tra 500.000 e 3.000.000 EUR, e a Gabetti, Grande Stevens e Marrone è stata inflitta l'interdizione dall'amministrare, dirigere o controllare delle società quotate in borsa per un tempo compreso tra due e quattro mesi (...). Quest'ultima sanzione era tale da ledere il credito delle persone interessate (...), e le ammende erano, visto il loro ammontare, di una innegabile severità che comportava per gli interessati conseguenze patrimoniali importanti*” – cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, §§ 97 – 98.

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”*²⁴⁸.

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 del Prot. n. 7 della CEDU, per il medesimo fatto già giudicato in via definitiva²⁴⁹.

Su questa premessa, la Corte EDU ha quindi affrontato la questione della possibile (anche se non necessaria²⁵⁰) 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 CEDU²⁵¹ e 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 CONSOB²⁵²), la Corte ha condannato l’Italia a versare a ciascun ricorrente diecimila euro (per il danno morale) e quarantamila euro (congiuntamente, per le spese), precisando, con riguardo alla violazione del divieto di *bis in idem*, che sarebbe spettato allo Stato convenuto

²⁴⁸ Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, § 99.

²⁴⁹ 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, II comma, T.U.F.”*.

²⁵⁰ Il Governo qui si è difeso mettendo in luce che il *“procedimento penale pendente nei confronti dei ricorrenti non riguarderebbe lo stesso fatto che è stato sanzionato dalla CONSOB. In effetti, vi sarebbe una differenza netta tra gli illeciti previsti rispettivamente dagli articoli 187 ter e 185 del decreto legislativo n. 58 del 1998, in quanto solo il secondo esige l’esistenza di un dolo (non essendo sufficiente una semplice negligenza) e della idoneità delle informazioni false o fuorvianti diffuse a produrre un’alterazione significativa dei mercati finanziari. Peraltro, solo il procedimento penale può portare a infliggere pene privative della libertà”* – cfr. *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, § 217.

²⁵¹ 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 presente articolo. Ogni riserva emessa in conformità al presente articolo comporta una breve esposizione della legge in questione”*.

²⁵² 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.

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*”²⁵³.

Il divieto convenzionale previsto dal citato art. 4, invero, alla luce di quanto precisato dalla Corte nella sentenza in commento²⁵⁴, 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*”²⁵⁵, essendo unicamente riconnessa alla constatazione che un fatto, colto nella sua dimensione naturalistica (*l’idem factum*, appunto) sia, o meno, già stato giudicato in via definitiva e sanzionato con una *pena*.

Orbene, pur a fronte di un esito non del tutto imprevedibile²⁵⁶, la sentenza *Grande Stevens* ha comunque avuto il merito di “*rimesta[re] rumorosamente le acque dello stagno*”²⁵⁷, facendo emergere, in tutto il loro potenziale critico e in una complessa dimensione *sistemica*²⁵⁸, preoccupanti profili di contrasto tra il sistema interno e le garanzie convenzionali, con possibili 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 tributaria²⁵⁹, 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 fiscali²⁶⁰.

²⁵³ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, 4 marzo 2014, § 237.

²⁵⁴ Ed è importante, a tal riguardo e in una prospettiva più generale, sottolineare che il *test* di compatibilità con l’art. 4 del Prot. n. 7, doveva 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*, 4 marzo 2014, § 224.

²⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 5.

²⁵⁶ Addirittura, di “*esito agevolmente pronosticabile alla luce dei progressi arresti della Corte europea*” parlano, in particolare, G. M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, 3/2015, p. 8 ss.

²⁵⁷ 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.

²⁵⁸ Nella stessa sentenza n. 102 del 2016, *Considerato in diritto* n. 6.2., la Corte costituzionale riconosce il carattere “*strutturale*” della censura rivolta dalla Corte EDU al sistema italiano.

²⁵⁹ Tematiche che la dottrina italiana ha diffusamente esplorato nei mesi successivi alla sentenza *Grande Stevens*: tra i molti, si v. G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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. n. 7 CEDU proprio nel settore tributario.

²⁶⁰ Cfr. Cass. Pen., III Sez., n. 20266 del 2014; Cass. Pen., III Sez., n. 40526 del 2014.; e, più di recente, Cass., III pen., n. 30267 del 2014. Ed è, peraltro, 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],*

Sulla traccia del ragionamento che in questa sede si intende proporre, è utile rimarcare che, in questo ricco scenario, la Corte costituzionale²⁶¹, 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 Stevens*.

Un primo significativo gruppo di questioni di legittimità costituzionale era stato sollevato da diverse sezioni della Corte di cassazione²⁶², 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 mercato²⁶³.

Con la sentenza n. 102 del 2016²⁶⁴, 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 confrontata²⁶⁵.

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 penale ai sensi*

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., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 1.

²⁶¹ Sul tema si 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.

²⁶² Su cui, si 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 *penalecontemporaneo.it*, 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.

²⁶³ Questioni che la Corte ha deciso di decidere congiuntamente “*in quanto pongono questioni analoghe per oggetto, termini e parametri*” – cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto* n. 4.

²⁶⁴ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*, 19 luglio 2016.

²⁶⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*”.

dell'art. 184, benché l'imputato [fosse] già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo²⁶⁶.

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.²⁶⁷ – 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*”²⁶⁸, 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*²⁶⁹.

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, I comma, “T.U.F.” – previsione, questa, che in effetti doveva trovare applicazione nel giudizio principale (essendosi il procedimento penale esauritosi prima di quello amministrativo) – dichiarata inammissibile “*in quanto formulata in maniera dubitativa e perplessa*”²⁷⁰.

²⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto n. 6.1*.

²⁶⁷ Che, con 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 comma 2 e 345*”, precisando, al II comma, 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*”.

²⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto n. 6.2*.

²⁶⁹ 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., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto n. 6.2*.

²⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, *Considerato in diritto n. 6.3*, 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'adeguatezza e la dissuasività delle sanzioni residue – dubbi che dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata*”.

Alcuni mesi prima della sentenza n. 102, nell'aprile del 2015, confermando le preoccupazioni manifestate dalla dottrina all'indomani della decisione *Grande Stevens*²⁷¹, il Tribunale di Bologna decideva 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 EDU*", per violazione dell'art. 117, I comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Prot. n. 7 della CEDU.

In risposta, con l'ordinanza n. 112 del 2016²⁷², la Corte, 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 2015²⁷³), ha deciso di restituire gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza della questione alla luce del *novum* normativo.

Ebbene, tale quadro giurisprudenziale, già di per sé molto complesso a fronte della sentenza *Grande Stevens*, è stato ulteriormente arricchito, per alcuni addirittura stravolto, da una fondamentale decisione della Corte EDU del novembre 2016²⁷⁴, che ha impresso un nuovo (forse non del tutto auspicabile e, per certi versi, imprevedibile²⁷⁵) sviluppo alla materia *de qua*²⁷⁶. Ci si riferisce, in questi termini, alla decisione della Grande Camera della Corte di Strasburgo, resa nel caso *A. e B. c. Norvegia*²⁷⁷, che ha segnato – secondo una unanime lettura della dottrina²⁷⁸ – un netto superamento rispetto ai principi tradizionalmente enunciati dalla giurisprudenza convenzionale in tema di *ne bis in idem* e *doppio binario sanzionatorio*²⁷⁹,

²⁷¹ Così, tra i molti, M. DOVA, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

²⁷² Per un breve commento, si v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 maggio 2016, il quale, in particolare, rileva che "la Corte costituzionale in tal modo prende tempo prezioso, in attesa che sulla questione si pronuncino la Corte di giustizia UE, già sollecitata ad intervenire da vari giudici italiani"; (il riferimento è alla decisione della Corte di Lussemburgo del 20 marzo 2018, di cui si dà conto nel testo).

²⁷³ 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., ord. n. 112 del 2016.

²⁷⁴ Importante anche perché emblematica delle insidie sottese all'"*inseguimento della giurisprudenza europea sul terreno delle garanzie*" per N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 94.

²⁷⁵ Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 292, rileva, in questo senso, che con la sentenza *A. e B.*, "nella giurisprudenza della Corte europea si è registrata un'improvvisa retromarcia"; di "conversione a 'u'" parla invece N. ZANON, *Op. ult. cit.*, p. 94.

²⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 6.

²⁷⁷ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016.

²⁷⁸ Diverse letture nel merito, ma convergenza verso l'idea che la sentenza *A e B* rappresenti un punto di svolta assolutamente rilevante nel cammino della giurisprudenza convenzionale sul *ne bis in idem*.

²⁷⁹ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*, 18 aprile 2017.

consegnando all'interprete problematici interrogativi sul funzionamento del nuovo *test* di convenzionalità riferibile al principio sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU²⁸⁰. Circostanza, questa, largamente confermata, dalla successiva sentenza *Johannesson e a. c. Islanda*²⁸¹, 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 *reivierment*²⁸².

In questa stessa prospettiva, peraltro, non deve sorprendere che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 43 del 2018, proprio valorizzando la svolta giurisprudenziale rappresentata dalla decisione contro la Norvegia, abbia deciso per una nuova restituzione degli atti, in relazione ad una ulteriore questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Monza sull'art. 649 c.p.p. (ancora una volta, censurato, per contrasto con l'art. 117, I comma, “*nella parte in cui 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*”)²⁸³. 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*”²⁸⁴ – 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.

Alla luce di questa importante precisazione della Corte costituzionale è possibile mettere in evidenza che, in effetti, nella sentenza *A. e B.*, la Corte EDU – pur confermando la decennale giurisprudenza sui criteri *Engel* (qui riferita ad una sovrattassa applicata dall'amministrazione finanziaria) e sostanzialmente riproponendo la nozione di *medesimo fatto* (cruciale, come visto, per ritenere applicabile il principio del *ne bis in idem*) già utilizzata in alcuni precedenti analoghi²⁸⁵ – 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*²⁸⁶, attraverso l'enunciazione del principio di diritto per cui il *ne bis in idem* non opera “*quando i procedimenti*

²⁸⁰ 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*”.

²⁸¹ Cfr. Corte EDU, *Johannesson e a. c. Islanda*, 18 maggio 2017.

²⁸² 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.

²⁸³ Per un commento 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2018.

²⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto* n. 5.

²⁸⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Corte EDU, G. C., *Zolotoukine c. Russia*, 10 febbraio 2009.

²⁸⁶ 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 *penalecontemporaneo.it*, cit., p. 3.

*sono avinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto (...) attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza*²⁸⁷.

Sulla base di questo nuovo approdo, che porta alle sue più compiute conseguenze un orientamento che la Corte EDU aveva solo timidamente proposto in alcuni precedenti in materia tributaria²⁸⁸, 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”*²⁸⁹. 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.

A tal riguardo, la Corte ha cura di mettere, altresì, in luce l'esigenza che tra i due procedimenti sussista anche un collegamento di natura cronologia, 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 procedimenti²⁹⁰.

Orbene, applicando queste nuove regole al caso di specie, la Corte ha concluso nel senso di escludere la violazione dell'art. 4 Prot. n. 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”*²⁹¹.

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

²⁸⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto n. 6*.

²⁸⁸ Cfr. Corte EDU, R.T. c. *Svizzera*, 30 maggio 2000; *Nilsson c. Svezia*, 13 dicembre 2005 e, più di recente, *Boman c. Finlandia*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016.

²⁸⁹ Così letteralmente A. F. TRIPOLI, *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di Cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connections in substance and time*, cit., 2.

²⁹⁰ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016, § 134.

²⁹¹ Cfr. Corte EDU, C.G., *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016, §§ 147 e 153.

di formulare per censurare non solo l'esito ma anche molti degli argomenti proposti dalla maggioranza (questa volta di 16 Giudici su 17) a sostegno della soluzione raggiunta²⁹².

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. n. 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 definita nozione di “*complessiva proporzionalità della reazione punitiva*”, verrebbe così degradato, da *diritto individuale e inalienabile ... a un simile diritto fluido, angusto, in una parola illusorio*”²⁹³.

Insomma, secondo questa lettura (condivisa anche da autorevole dottrina²⁹⁴), 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 citata sentenza n. 43 del 2018, ha tenuto a 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*”²⁹⁵.

E' necessario ricordare, prima di proseguire oltre e in un'ottica più generale, che il *dialogo* sui confini, più o meno mobili, della *materia penale* in molti casi – come già si è evidenziato in relazione all'istituto della prescrizione²⁹⁶ – coinvolge, insieme alla Corte EDU (che spesso si presenta sul palcoscenico come vero attore protagonista), anche la Corte di

²⁹² Giudice che frequentemente si distingue per l'originalità, l'ampiezza e la solidità delle sue riflessioni; così, da ultimo, in occasione della sentenza *G.I.E.M. e a. c. Italia*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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.

²⁹³ Cfr., ancora, Opinione dissenziente del Giudice *Pinto de Albuquerque*, § 80.

²⁹⁴ Si v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., p. 7.

²⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto n. 9*.

²⁹⁶ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.1.

Giustizia²⁹⁷, 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 eurounitario, possono spiegare nel nostro ordinamento effetti assolutamente travolgenti, ancor più incisivi di quelli scaturiti dai *dicta* di Strasburgo.

Con questo spirito, può essere segnalato che, di recente, proprio la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema italiano del *doppio binario sanzionatorio*²⁹⁸ con il diritto dell'Unione europea, dando risposta a tre complessi quesiti pregiudiziali formulati, tra il 2015 e il 2016, dal Tribunale di Bergamo²⁹⁹ e dalla Corte di Cassazione (la sezione Tributaria³⁰⁰, prima, e la seconda sezione civile³⁰¹, poi).

Tutti i giudici nazionali ancoravano il proprio dubbio di compatibilità all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – *sedes materiae*, come è noto, del divieto di *bin in idem* nel sistema dell'UE³⁰² –, 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, come era facile intuire alla vigilia, hanno suscitato massima attenzione (tra gli studiosi e gli operatori del diritto, non solo italiani³⁰³), 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*”³⁰⁴.

²⁹⁷ 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.*

²⁹⁸ Si v. A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018.

²⁹⁹ Si v., per tutti, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015.

³⁰⁰ Si v., per tutti, F. VIGANÒ, *A Never-Ending Story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016.

³⁰¹ Si v., per tutti, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppi binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2016.

³⁰² Si v., A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., p. 2.

³⁰³ 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*, 22 marzo 2018, p. 1.

³⁰⁴ 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 9/2017, p. 206 ss.

Dopo il deposito delle motivazioni, l'iniziale interesse si è trasformato, per molti, in disorientamento³⁰⁵ e, per alcuni, addirittura in preoccupazione³⁰⁶, tanto avrebbe inciso con queste pronunce la Corte di Giustizia sulla metamorfosi in atto del principio del *ne bis in idem*³⁰⁷.

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*. Ai nostri fini, in disparte le considerazioni (prevalentemente critiche³⁰⁸) che la dottrina ha proposto all'indomani della pubblicazione delle sentenze, è comunque importante dar conto del fatto che, nei recenti *dicta* della Corte di Giustizia, possono registrarsi alcuni elementi indubbiamente positivi³⁰⁹.

Affrontando, in un caso, la statisticamente meno probabile ipotesi del procedimento amministrativo ancora pendente (dopo la definitiva conclusione del processo penale)³¹⁰, la Corte di Giustizia ha, per esempio, condivisibilmente riconosciuto che l'art. 50 della Carta osta, in un senso generale, 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,

³⁰⁵ 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'*".

³⁰⁶ Nello spirito delle appassionate considerazioni del Giudice Pinto de Albuquerque che, come si è detto nel testo, 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*, 22 marzo 2018, cit.

³⁰⁷ 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*".

³⁰⁸ Così, in particolare, A. GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di Giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

³⁰⁹ Su questa linea 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., p. 5.

³¹⁰ Cfr. C.G., *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, 20 marzo 2018.

proprio del settore del *market abuse* oggetto di valutazione, di garantire “l’integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari”³¹¹.

Tutto quanto premesso, volgendo ora lo sguardo verso l’attualità, preme osservare che l’eco della sentenza *A. e B.* e delle recenti pronunce della Corte di Giustizia ha già conosciuto rilevanti propagazioni nel sistema interno, ancora una volta nel settore del *market abuse*: la quinta sezione della Corte di Cassazione ha, infatti, recentemente affermato che non sussiste violazione del principio del *ne bis in idem* nel caso 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”³¹².

In conclusione, nell’attesa degli sviluppi della giurisprudenza in materia, provando a tracciare un quadro di sintesi delle tematiche qui proposte sul tema del *doppio binario sanzionatorio*, è possibile senz’altro, ed ancora una volta, auspicare che il legislatore prenda sul serio i moniti che gli rivolgono, più o meno esplicitamente, la Corte costituzionale e le Corti sovranazionali al fine di adeguare la normativa interna agli *standard* riconosciuti a livello europeo³¹³. E tuttavia, alla luce delle suesposte novità giurisprudenziali, come visto, è reso, sotto questo profilo, assai meno agevole – per l’interprete e, prima ancora, appunto, per il legislatore – il compito di individuare i profili di contrasto tra il sistema del *doppio binario* e le garanzie riconosciute dalla Convenzione e dalla Carta dei diritti dell’UE sul tema del *ne bis in idem*.

Il rischio, in tale contesto, che un legislatore storico poco avvertito sul tema della tutela dei diritti fondamentali possa farsi scudo dietro le incertezze e le ambiguità insite in un quadro giurisprudenziale altamente complesso³¹⁴ è molto forte e, per le stesse ragioni,

³¹¹ Cfr. C.G., *Di Puma e Zecca*, C-596/16 e 597/16, 20 marzo 2018, §§ 42-44.

³¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 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 *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2018.

³¹³ “Resta perciò attuale l’invito al legislatore a stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che il sistema del cosiddetto doppio binario genera tra l’ordinamento nazionale e la CEDU” (cfr. sent. n. 43 del 2018 e 102 del 2016); nella più volte citata sentenza n. 210 del 2013, a margine della nota vicenda *Scoppola*, la Corte costituzionale rilevava chiaramente che “spetta anzitutto al legislatore rilevare il conflitto verificatosi tra l’ordinamento nazionale e il sistema della Convenzione e rimuovere le disposizioni che lo hanno generato, privandole di effetti”, precisando, anticipando l’esito di quel particolare giudizio che “se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l’illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate innanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili”.

³¹⁴ Si v., tra i molti, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 100 ss., per cui, in particolare, “gli ultimi quindi anni della giurisprudenza in relazione al *ne bis in idem* ci paiono testimoniare proprio la difficoltà della Corte nel dare una risposta univoca ... Da un lato vi sono molte pronunce che prendono decisamente posizione contro la possibilità di duplicare i procedimenti sanzionatori; dall’altro lato però vi è anche un consistente indirizzo che si sforza di venire incontro alle esigenze punitive degli Stati, proponendo soluzioni interpretative tali da rendere in molti casi legittima la pluralità di procedimenti sanzionatori”. In questa prospettiva, può, per esempio, citarsi un recente pronunciamento della Corte di Cassazione, in cui è stato osservato che “le sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla CONSOB ai sensi del d.lgs. n. 58 del 1998, artt. 180 e ss (cd. TUF) non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle inflitte ai sensi dell’art. 187-ter del TUF per manipolazione del mercato, sicché esse non hanno la natura sostanzialmente

l'esigenza di monitorare i futuri sviluppi della materia una responsabilità ineludibile per la dottrina.

Ai nostri fini, comunque, giova mettere in evidenza che il confronto tra le nozioni di materie penale, *nazionale* ed *europea* – quando ci si riferisce al campo del *diritto amministrativo punitivo* e ai sistemi di *doppio binario sanzionatorio* – consente di registrare, in disparte le riferite criticità sottese all'operatività del principio del *ne bis in idem*, una netta tendenza della giurisprudenza convenzionale 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.

5.3. (Segue) il campo delle limitazioni ai diritti di elettorato passivo

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, che non è stato (ancora³¹⁵) direttamente interessato della giurisprudenza della Corte EDU.

Nondimeno – alla luce delle più recenti modifiche legislative in materia e del conseguente, problematico, assestamento della giurisprudenza interna³¹⁶ – l'esame della normativa italiana sui limiti d'accesso alle cariche pubbliche offre all'interprete che voglia ragionare intorno alla contaminazione dei modelli di *materia penale* a livello nazionale ed europeo numerosi ed interessanti spunti di riflessione³¹⁷, sui quali, pertanto, è il caso di

penale che appartiene a queste ultime, né pongono un problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dell'art. 6 CEDU, in particolare quanto alla violazione del "ne bis in idem" tra sanzione penale ed amministrativa comminata sui medesimi fatti – cfr. Cass., I Sez. Civ., n. 9919 del 2018, p. 3.

³¹⁵ Non si ignora – e, anzi, come si precisa nel testo, questa circostanza rappresenta una delle ragioni che giustificano l'approfondimento proposto – che la Corte EDU è chiamata a decidere il ricorso presentato in data 10 settembre 2013 dall'ex Sen. Berlusconi; è, invece, necessario qui precisare che, nel momento in cui si formulano le presenti considerazioni, non è stata ancora data notizia della decisione della Corte europea (la cui udienza di discussione è stata celebrata in data 22 novembre 2017). Ragiona diffusamente sui possibili esiti della prossima decisione della Corte EDU e sulle conseguenti ricadute interne C. NARDOCCI, *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in *Federalismi.it*, 13 settembre 2017, p. 1, definendo comunque "problematico [l']ingresso del Giudice sovranazionale" in materia, anche perché, sostiene l'A., la sentenza della Corte EDU "potrebbe anticipare eventuali, ma allo stato assenti, questioni di legittimità costituzionale sulla norma del D.Lgs. n. 235 del 2012, che disciplina la cd. incandidabilità sopravvenuta in corso di mandato parlamentare e perché lo farà appoggiandosi ad un quadro di principi e a una giurisprudenza autonoma e non agevolamente conciliabile con quella interna"; da ultimo, sul tema, si v. 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.it*, 25 giugno 2018.

³¹⁶ 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"*, Ed. Sc., 2015, *passim*.

³¹⁷ 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".

soffermarsi con una certa attenzione³¹⁸. E tutto ciò, a ben vedere, anche se la Corte europea, con decisione del 27 novembre 2018³¹⁹, ha deciso di non esaminare nel merito il ricorso presentato dall'ex Sen. Berlusconi e dallo stesso poi ritirato nell'estate del 2018³²⁰, non registrando, nel caso 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.

Tanto premesso, è possibile in questa sede soltanto accennare ad alcuni degli istituti che ricevono cittadinanza nel nostro ordinamento in materia di limitazione al diritto di elettorato passivo, ricordando che, in merito alle cariche elettive di maggior pregio (quelle parlamentari), è la stessa Costituzione, all'art. 65 Cost., che espressamente contempla le ipotesi di *ineleggibilità* e *incompatibilità*³²¹.

Nel corso degli anni, la legislazione ordinaria, da parte sua, 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'incandidabilità³²²: con la legge n. 55 del

³¹⁸ 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.

³¹⁹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Berlusconi c. Italia*, 27 novembre 2018.

³²⁰ 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. n. 1 della CEDU, letto anche congiuntamente all'art. 14 CEDU, e dell'art. 13 CEDU, in relazione alla pretesa (non ancora concretizzatasi 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 dall'ex 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 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. Cfr., *ex multis*, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare*, cit., p. 117 ss.

³²¹ Per tutti, si v. G. RIVOSECCHI, *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, UTET, 2006, p. 1249 ss., e la ricchissima letteratura in esso richiamata.

³²² 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 si v. N. ZANON, *Sull'estensione alle cariche parlamentari dell'istituto dell'incandidabilità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008; e N. LUPO, G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, n. 6, p. 595 – 596.

1990³²³, poi seguita dalla legge n. 16 del 1992³²⁴ e dal successivo d.lgs. n. 267 del 2000³²⁵, inizialmente soltanto con riferimento alle cariche regionali e locali³²⁶; e, successivamente, nel 2012, estendendo l'operatività dell'istituto anche alle cariche parlamentari³²⁷.

A tal riguardo, è bene ricordare, in estrema sintesi, che, con la legge n. 190 del 2012³²⁸, ai più nota come “*Legge Severino*”, il Parlamento italiano ha incaricato il Governo di adottare un decreto legislativo proprio in materia di incandidabilità³²⁹, 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 corruttivi³³⁰) – una nuova stagione nel

³²³ 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*, che, all'art. 15, prevedeva per gli amministratori regionali e locali, qualora fossero stati sottoposti a procedimento penale per reati associativi di tipo mafioso, la sospensione delle funzioni dalla data del provvedimento di rinvio a giudizio, ovvero dalla data in cui si fossero presentati o fossero stati citati a comparire in udienza per il giudizio; la sospensione era prevista anche nel caso in cui fosse stata applicata nei loro confronti una misura di prevenzione, anche se con provvedimento non definitivo, poiché indiziati di appartenere ad associazioni mafiose. Era, altresì, previsto che la decadenza d'ufficio dalla carica avvenisse a seguito della sentenza definitiva di condanna o di applicazione definitiva delle misure di prevenzione; 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.

³²⁴ Si tratta della legge 18 gennaio 1992, n. 16, *Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali*, il cui art. 1, sostituendosi all'art. 1 della legge n. 55 del 1990, introducendo l'incandidabilità alle cariche regionali e locali per coloro che avessero riportato condanne, anche se non definitive, per reati ritenuti di particolare gravità per la tutela della sicurezza, la libera determinazione degli organi amministrativi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche: reati associativi di tipo mafioso, traffico illecito di sostanze stupefacenti e di armi, reati commessi contro la pubblica amministrazione quali peculato, concussione, corruzione e corruzione in atti giudiziari; 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.

³²⁵ 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.

³²⁶ 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 *Rivista AIC*, 1/2017; e, diffusamente, P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, cit.

³²⁷ 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.

³²⁸ 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. PELLISSERO (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.

³²⁹ Così testualmente recita l'art. 1, commi 63, della legge n. 190 del 2012: “*Il Governo è delegato ad adottare, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo recante un testo unico della normativa in materia di incandidabilità alla carica di membro del Parlamento europeo, di deputato e di senatore della Repubblica, di incandidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali e di divieto di ricoprire le cariche di presidente e di componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, di presidente e di componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni, di consigliere di amministrazione e di presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all'art. 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, di presidente e di componente degli organi esecutivi delle comunità montane.*”

³³⁰ 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*, Torino, 2017.

reclutamento della classe politica italiana, finalmente (e auspicabilmente) rispettosa del codice di comportamento proclamato in termini solenni all'art. 54 della Costituzione³³¹, attraverso l'estromissione dei soggetti caratterizzati da una condizione di (assoluta e insanabile) *inidoneità funzionale*³³².

Esercitando la delega ricevuta, il Governo ha poi approvato il d.lgs. n. 235 del 2012 – cd. “decreto Severino”, 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*, 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, un vivacissimo dibattito (sia in dottrina che in giurisprudenza³³³) si è aperto, fin dalla sua entrata in vigore, in data 5 gennaio 2013³³⁴. Ed è proprio per questa ragione che principalmente interessa esaminare alcune delle previsioni del cd. *decreto Severino*, calandosi, queste, in modo assolutamente paradigmatico, nella più ampia problematica in esame, relativa, come più volte si è detto, alla precisa 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

³³¹ 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.*, 2014, n. 1, ultima pagina, commentando la giurisprudenza amministrativa formatasi in relazione alle ipotesi di incandidabilità introdotte dal d.lgs. n. 235 del 2012, concludeva così le sue riflessioni: “*Teleggibilità 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, si 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, da ultimo, 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*, cit.

³³² Cfr. Corte cost. n. 118 del 1994, *Ritenuto in fatto n. 2*, ove si precisa, proprio in riferimento alle ipotesi di incandidabilità (qui, inverso, 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 proclamata 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., sent. nn. 295 del 1994 e 141 del 1994. Sul tema, si v. P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, cit., p. 15 – 16.

³³³ 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 *Decreto Severino* P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, cit., p. 35 ss.

³³⁴ Come non ricordare, a tal riguardo, il “*confronto di idee*” promosso dalla rivista *Archivio penale*, nel 2014, sui più controversi nodi interpretativi posti dalla nuova normativa: per O. MAZZA, *Introduzione ad un dibattito su “retroattività e legge Severino”*, in *Archivio penale*, 1/2014, p. 2, “*i punti salienti su cui verterà la discussione possono essere così sintetizzata sotto forma di quesiti: in mancanza di espresse disposizioni transitorie, quali sono i principi inter-temporali applicabili agli artt. 1 e 3 del d.lgs. n. 235 del 2012? Qual è la natura giuridica di tali disposizioni? Le stesse sono applicabili alle condanne definitive successive alla loro entrata in vigore, ossia posteriori al 5 gennaio 2013? E sono applicabili anche alle condanne precedenti tale data? La Giunta per le elezioni, chiamata ad accertare la sussistenza della causa di incandidabilità sopravvenuta ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 235 del 2012, può essere considerato un organismo parlamentare di natura giurisdizionale, come tale abilitato a sollevare incidentalmente una questione di legittimità costituzionale della normativa in esame oppure al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea?*”.

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 delitti³³⁵); 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 deliberi, sulla decadenza di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 66 della Costituzione³³⁶; 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 coincidenti³³⁷) forme di *sospensione obbligatoria* per i soggetti condannati in via non definitiva per taluno dei reati nominativamente indicati agli artt. 8 e 11³³⁸.

Ebbene, è possibile, a questo punto, mettere a fuoco la questione più controversa posta dalla novellata normativa in materia di incandidabilità, che attiene, come in molti hanno rilevato³³⁹, 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, questa, che ovviamente presuppone, come necessariamente prioritario, l'esame della natura giuridica delle medesime previsioni, essendo

³³⁵ 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.

³³⁶ Su cui, v. V. LIPPOLIS, *Art. 66*, in G. Branca (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 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 Padova, Cedam, 1990, 406, e C. BOLOGNA, *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) S. Bartole, R. Bin, Padova, Cedam, 2008, p. 617 ss.

³³⁷ Nella stessa sentenza n. 276 del 2016, la Corte è stata 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, 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., sent. n. 276, *Considerato in diritto* n. 7.3; 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.

³³⁸ 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.

³³⁹ 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 sopravvenuta e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*, tutti pubblicati, appunto, su *Archivio Penale*, 2014.

valido unicamente nell'ambito della *materia penale* (sia nazionale che europea) il divieto di irretroattività *in malam partem*³⁴⁰.

La dottrina (penalistica e costituzionalistica) e, più di recente, la 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.

Prima di ricostruire il relativo quadro dottrinale e giurisprudenziale, è tuttavia necessario – anche per riuscire a valutare più correttamente gli argomenti utilizzati, in sede pretoria in particolare, per l'adesione all'uno ovvero all'altro orientamento – 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* ispiratrice³⁴¹, presentano peculiarità rilevanti, di cui si deve necessariamente tener conto per sciogliere il nodo della relativa natura giuridica.

Affrontando, con precedenza (anche perché già interessata da una copiosa giurisprudenza³⁴²), l'ipotesi dell'incandidabilità a livello regionale e locale, occorre evidenziare anzitutto che il tema su cui è dibattuto maggiormente concerne la *sottocategoria* della sospensione dalla carica³⁴³, prevista, come detto, nei casi di condanna non definitiva (emessa in primo o secondo grado) per uno dei cd. *reati ostativi*³⁴⁴.

³⁴⁰ 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 funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario»* – cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2015, *Considerato in diritto* n. 4.3.1.

³⁴¹ 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., sent. n. 236 del 2015, *Considerato in diritto* n. 3.4.2; cfr., anche, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 206 del 1999.

³⁴² 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, si v. ancora V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 2014, n. 1, p. 621 ss.*

³⁴³ 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*”.

³⁴⁴ Utilizza efficacemente l'espressione “reati ostativi”, in particolare, V. NICO D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto*

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 *decreto Servino* che disciplinano la *misura* della sospensione dalla carica³⁴⁵ – ha consolidato il proprio orientamento, confermando la soluzione raggiunta nella precedente sentenza n. 236 del 2015³⁴⁶.

Le censure prospettate, *in parte qua*, dalle autorità rimettenti, in disparte alcune criticità di ordine processuale su cui qui non occorre riferire oltre³⁴⁷, 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 implausibile³⁴⁸, che è stata nondimeno smontata recisamente dalla Corte costituzionale, con un dispositivo di infondatezza, in riferimento ad entrambi i parametri evocati. E nella decisione, a ben vedere, 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 confuso. Prendendo anzitutto in esame la censura formulata 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 legislatore³⁴⁹), non sarebbe comunque possibile riconoscere – come soluzione costituzionalmente imposta – la garanzia dell'irretroattività *in malam partem* in relazione alle *misure* della incandidabilità, della decadenza e della sospensione, che non hanno carattere

che non c'è. *La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, cit.

³⁴⁵ Sul tema, si v. G. RIVOSECCHI, "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*, 1/2017, p. 129 – 131.

³⁴⁶ 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 *forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2016, di F. S. MARINI, *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, 6 febbraio 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., sent. nn. 118, 184 e 295 del 1994; 141 del 1996; 206 del 1999; 132 del 2001; 25 del 2002).

³⁴⁷ Sulle quali sia invece 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*, cit., p. 11, ove si mette in evidenza che "sarebbe stata forse maggiormente coerente con la precedente giurisprudenza in materia una decisione della Corte che, sanzionando le evidenziate lacune delle motivazioni delle ordinanze di remissione, si fosse pronunciata nel senso dell'inammissibilità di tutte le questioni sollevate in riferimento ai parametri di cui agli artt. 25, secondo comma, Cost. e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU)".

³⁴⁸ 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.it*, che considerare l'incandidabilità come una sorta di "pena accessoria speciale".

³⁴⁹ E ciò in ragione dell'ampiezza semantica dell'art. 25, II 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".

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*”³⁵⁰.

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 ricca³⁵¹ (benché formatasi nei confronti di Stati diversi dall’Italia³⁵²), la Corte ha escluso la sussistenza, nel caso si specie, di tutti e tre gli indici sintomatici costantemente utilizzati dalla Corte di Strasburgo (i più volte citati criteri *Engel*), trattandosi di misura preordinata esclusivamente alla tutela della “*pubblica funzione in attesa che l’accertamento penale si consolidi nel giudicato*”³⁵³ e non essendo possibile, in essa, registrare quel connotato di speciale gravità, necessario, nelle parole della stessa Corte costituzionale, “*perché la misura che non presente finalità deterrente e punitiva possa essere assimilata, sul piano della sua afflittività, a una sanzione penale*”³⁵⁴.

Venendo ora all’esame dell’incandidabilità parlamentare, è utile muovere dalla premessa per cui, ad oggi, non si registrano, in merito a questa specifica ipotesi di

³⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2015, *Considerato in diritto n. 4.1.* (che si colloca nel solco tracciato dalle precedenti sent. nn. 25 del 2002, 206 del 1999 e 295 del 1994).

³⁵¹ Ci si limita qui a segnalare i precedenti: Corte EDU, *Matyjek c. Polonia*, 30 maggio 2006; *Paksas c. Lituania*, 6 gennaio 2011; *Adamsons c. Lettonia*, 24 giugno 2008, paragrafo 114; e, infine, Corte EDU, G.C., *Zdanoka c. Lettonia*, 16 marzo 2006, paragrafi 122, 130 e 133.

³⁵² 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, 20 luglio 2006, *Taiani c. Italia*, par. 40. Esula dall’economia di queste riflessioni prendere posizione in ordine alla controversa questione della possibilità di registrare, anche con riferimento alla “misura” della sospensione dalle cariche elettive regionali e locali, il medesimo effetto di devalorizzazione e punizione (come conseguenza del giudizio di indegnità e infamia formulato nei confronti del soggetto destinatario del provvedimento giudiziario) che la Corte EDU ha riconosciuto, come visto, in relazione alla perdita dei diritti elettorali in presenza di una dichiarazione di fallimento. 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 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 sent. 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, sent. 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito n. 2*, par. 57-62; e 16 marzo 2006, *Zdanoka c. Lettonia*, Grande Camera, par. 115

³⁵³ 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., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto n. 5.6.*

³⁵⁴ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto n. 5.6.2.*

incapacitazione, affermazioni pretorie degne di nota, pur a fronte di un dibattito dottrinale viceversa assolutamente vivace³⁵⁵. 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 delegato³⁵⁶ – sono tali da rendere estremamente difficile, sia per la giurisprudenza comune, sia, soprattutto, per quella costituzionale, un sindacato nel merito del medesimo istituto. E, infatti, 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 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 momento³⁵⁷, anche, e 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 condannato³⁵⁸.

³⁵⁵ 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*, 2014, n. 1.

³⁵⁶ Ci si riferisce, precisamente, alla scelta sottesa all'art. 3, I comma, 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*”.

³⁵⁷ 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 dell'ex 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.

³⁵⁸ Interessanti, sul punto, le opposte prese di posizione di V. ONIDA, *Una votazione ‘contra legem’*, in *ILSole24ore*, 22 marzo 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*, 22 marzo 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 costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 5

Una simile configurazione, comunque, interessa ai nostri fini, 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 Senato³⁵⁹.

Si è già visto, però, che la Corte costituzionale – quando chiamata a giudicare della legittimità costituzionale delle incapacitazioni previste agli artt. 8 e 11 del decreto 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*”³⁶⁰. E la posizione assunta nella sentenza n. 276 del 2016 – alla luce delle precise scelte lessicali compiute dalla Corte – risulta così perentoria 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 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 CEDU³⁶¹.

Incidentalmente, mette conto rilevare che l'intervenuta riabilitazione dell'ex Sen. Berlusconi, avvenuta nel maggio 2018³⁶², e la conseguente decisione della Corte EDU del 27

settembre 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.

³⁵⁹ 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*”.

³⁶⁰ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto* n. 5.2.

³⁶¹ 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.

³⁶² 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

novembre 2018 non sembrano aver spostato i termini delle questioni, rimanendo ancora tutto da sciogliere, in assenza di una precisa presa di posizione nel merito, il nodo della legittimità convenzionale (e, di riflesso, costituzionale) dell'incandidabilità parlamentare prevista dal cd. *decreto Severino*.

Ebbene, si è detto che, nel caso deciso con la 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; si tratta, tuttavia, di un argomento che difficilmente potrebbe riproporsi con riferimento all'ipotesi dell'incandidabilità parlamentare la quale, per espressa previsione normativa³⁶³, non può essere inferiore ai sei anni, potendo peraltro estendersi, in taluni casi, ove il *reato presupposto* sia stato commesso con particolari modalità esecutive³⁶⁴, per ben 13 anni³⁶⁵.

Ed ancora, nel ricostruire le finalità della *misura* della sospensione dalla carica, la 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, “*di diritto*”, alla sentenze 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 tratta*”³⁶⁶.

La più recente prassi parlamentare dimostra³⁶⁷, 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 sopravvenuto – 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

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*.

³⁶³ L'art. 13, I comma, 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 inferi- ore a sei anni*”.

³⁶⁴ Ai sensi dell'art. 13, III comma, del d.lgs. n. 235 del 2012, infatti, “*nel caso in cui il delitto che de- termina l'incandidabilità [...] è stato commesso con abuso dei poteri o in violazione dei doveri connessi al manda- to elettivo [...] la durata dell'incandidabilità o del divieto è aumentata di un terzo*”.

³⁶⁵ Evidenzia questo profilo, in particolare, G. RIVISECCHI, “*Legge Severino*”, *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, cit.

³⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto* n. 5.6.1.

³⁶⁷ Il riferimento è, come già si è evidenziato, alle (opposte) conclusioni raggiunte dal Senato nei due casi dell'ex. Sen. Berlusconi, prima, e dell'ex Sen. Minzolini, dopo; su cui 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. 21 ss. 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*, 8 gennaio 2014.

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*³⁶⁸.

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, I comma, del decreto³⁶⁹, in forza del quale l'effetto *ostativo* conseguente alla *misura de quo* 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 penali³⁷⁰.

Ed 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, III comma, del cd. *decreto Severino*³⁷¹, si riferisce unicamente alle “*pene accessorie e ogni altro effetto*

³⁶⁸ Prevede, infatti, l'art. 13, I comma, del *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 *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*”.

³⁶⁹ 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 rimovibili 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.

³⁷⁰ Non mancano autori che considerano l'espressa delimitazione degli effetti della “*Legge 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.it*, p. 3 e p. 5-6.

³⁷¹ 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*

penale della condanna”, e non sarebbe quindi possibile altrimenti considerare l’incandidabilità se non come rientrate 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 aggravanti³⁷².

Concludendo, allora, è utile ricordare la ragione che ha suggerito di approfondire il tema delle limitazioni al diritto di elettorato passivo previste dal cd. *decreto Severino*³⁷³: il quadro giurisprudenziale nazionale, infatti, pur con autorevoli argomenti di segno opposto provenienti dalla dottrina³⁷⁴, risulta ad oggi consolidato intorno all’idea per cui 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, a voler tenere validi gli argomenti proposti dalla Corte nella sentenza n. 276 del 2016, essere considerati, in forza di una interpretazione conforme, come aventi natura *sostanzialmente* penale, ai sensi dell’art. 7 CEDU. E su questo specifico profilo, invero, come si è cercato di evidenziare nelle ultime pagine, non mancano possibili obiezioni: nello stesso ricorso presentato dall’ex Sen. Berlusconi, erano efficacemente richiamati numerosi precedenti della Corte europea³⁷⁵,

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 ‘*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.

³⁷² 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., pp. 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*”.

³⁷³ Anche se, per quanto riguarda la possibilità che la *misura* sia applicata in via retroattiva a fatti di reato commessi prima del 5 gennaio 2013, è bene segnalare che più ci si allontana, nel tempo, dalla data di entrata in vigore del cd. *decreto Severino* e più è statisticamente meno probabile che si verifichino episodi del tipo di quello che ha visto coinvolto l’ex Sen. Berlusconi. Allo stesso modo, però, è possibile ritenere che le difficoltà nell’accertamento di taluni reati (tra quelli elencati nell’art. 1 del cd. *decreto Severino*) in uno con le attuali regole in materia di prescrizione possano, almeno per i prossimi due anni, determinare situazioni di sentenze passate in giudicato, relative a fatti posti in essere in epoca antecedente all’entrata in vigore della nuova normativa.

³⁷⁴ Tra cui, in particolare, A. LANZAFAME, “*Ci sarà un giudice comune a Berlino?*” *Le vicende del d.lgs. Severino come occasione per ripensare il sistema di protezione dei diritti*, in *forumcostituzionale.it*, 17 marzo 2016, secondo cui l’interpretazione convenzionalmente conforme “*non contrasta né con il tenore letterale delle predette disposizioni [del d.lgs. n. 235 del 2012] né con una diversa interpretazione costituzionalmente conforme delle stesse ed è anzi conforme al generale principio di (ir)retroattività della legge che informa tutto l’ordinamento e che assume carattere maggiormente stringente in materia di provvedimenti ablatori*”.

³⁷⁵ 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*, 23 settembre 1998, § 38; e *Gardel c. Francia*, 17 dicembre 2009, § 40; interessante anche il riferimento al caso *Matyjek c. Polonia*, 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 prevista dalla legislazione polacca.

benché non tutti privi di criticità³⁷⁶, per sostenere in modo convincente una (ri)qualificazione in termini *convenzionalmente* penali dell'incandidabilità parlamentare.

Insomma, è senz'altro possibile ritenere, ed anche a prescindere dal recente *non liquet* dietro il quale si è trincerata la Corte EDU, che anche intorno alle *misure* invalidanti previste dal cd. *decreto Severino* il dialogo tra le Corti nazionali e la Corte europea sull'esatta perimetrazione delle garanzie penalistiche troverà in futuro terreno fertile.

5.4. (Segue) il controverso campo delle misure di prevenzione

Come già si è anticipato ricostruendo il seguito giurisprudenziale della fondamentale 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 EDU³⁷⁷.

Si tratta della nota sentenza *De Tommaso*³⁷⁸, con cui la Grande Camera della Corte europea ha accertato – all'unanimità³⁷⁹ – l'illegittimità convenzionale delle *misure* di prevenzione *personali* fondate sulle fattispecie di 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, più in particolare, riconosciuto che la normativa italiana non rispetta gli *standard* di *prevedibilità* e *accessibilità* imposti dal principio di *legalità* di cui all'art. 2

³⁷⁶ Alcuni precedenti, infatti, potrebbero essere valorizzati per sostenere una conclusione opposta a quella propugnata nel ricorso dell'ex Sen. Berlusconi: così i casi *Pierre Bloch c. Francia*, 21 ottobre 1997; e G.C., *Paksas c. Lituania*, 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.

³⁷⁷ Per F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2017, "l'importanza della decisione in esame discende ... dalla rilevata violazione dell'art. 2 del protocollo addizionale n. 4 a causa della mancanza di prevedibilità della legge"; circostanza, questa, che faceva quindi ragionevolmente pensare, all'indomani della decisione, e pur non trattandosi di una sentenza cd. *pilota*, ad un impatto sull'ordinamento interno assai significativo "vuoi innescando un intervento del legislatore, vuoi, come più probabile, una pronuncia della Corte costituzionale, analogamente a quanto già accaduto con il recepimento, tramite l'art. 117, primo comma, Cost., e l'art. 6 CEDU, della giurisprudenza europea che ha imposto la previsione di una pubblica udienza per l'irrogazione della misura di prevenzione (v. sent. n. 93/2010 e la giur. Della Corte EDU *ivi citata*)" – cfr. I. PELLIZZONE, *Absenza di una base legale sufficientemente specifica: l'impatto di sistema della sentenza De Tommaso*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2017, p. 662 ss.; l'importanza della decisione per F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Riv. It. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3/2017, p. 370 ss., andrebbe proprio ricercata nella circostanza che la Grande Camera "ha qui giudicato non tanto sulle violazioni commesse dai giudici del Tribunale di Bari nei confronti del signor De Tommaso, quanto sulla legislazione italiana in materia di misure di prevenzione, sotto il profilo della sua compatibilità con gli standard convenzionali"; in una prospettiva più generale, sul tema dell'impatto delle decisioni della Corte EDU, v., tra i molti, G. REPETTO, *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, p. 1091 ss.

³⁷⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

³⁷⁹ 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".

Prot. n. 4 della CEDU³⁸⁰, 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”* ³⁸¹. 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 prevenzione³⁸² –, *“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”* ³⁸³. Affermando, con riguardo ai contenuti prescrittivi, che l'interpretazione data dalla Corte costituzionale³⁸⁴ non ha risolto il problema dell'imprevedibilità delle *misure* di prevenzione, posto che, ai sensi dell'art. 5, I comma, della legge del 1956, il giudice poteva applicare *“qualsiasi misura ritenesse necessaria – senza specificarne il contenuto – in considerazione delle esigenze di tutelare la società”* ³⁸⁵; precisando ulteriormente, in merito alle prescrizioni del *“vivere onestamente”* , del *“rispettare le leggi”* e del *“non dare ragione alcuna ai sospetti”* , come *“la legge non sia formulata in modo sufficientemente dettagliato*

³⁸⁰ 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 sceglierne 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”* .

³⁸¹ 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* , 23 febbraio 2017, § 124.

³⁸² Un'importante opera di adeguamento della disciplina delle *misure* di prevenzione è stata recentemente favorita da diverse sentenze della Corte di Cassazione. Su cui F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde* , in *penalecontemporaneo.it* , 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”* .

³⁸³ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia* , 23 febbraio 2017, § 117.

³⁸⁴ 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, II comma, Cost., nell'ambito di un procedimento penale che vedeva come imputato un soggetto ritenuto responsabile del delitto di cui all'art. 9, II comma, 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 *penalecontemporaneo.it* , 13 settembre 2017.

³⁸⁵ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia* , 23 febbraio 2017, § 121.

e non definisca con sufficiente chiarezza il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona'³⁸⁶.

Senza poter qui esaminare tutte le tematiche d'interesse che la decisione consegna all'interprete³⁸⁷, è utile, ai nostri fini, 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 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 ricorrente³⁸⁸.

L'esame della pronuncia e, soprattutto, delle successive ricadute che questa ha avuto nel sistema interno³⁸⁹ 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 almeno tre ragioni.

In primo luogo, perché il ricorrente aveva allegato la violazione del diritto ad un equo processo (di cui all'art. 6 CEDU³⁹⁰), 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* inteso³⁹¹) sono numerose e piuttosto rilevanti³⁹², se solo si tiene a mente che, con l'art. 75, II comma, d.lgs. n. 159 del 2011, il legislatore ha inteso punire, con

³⁸⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 122.

³⁸⁷ 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 4/2017, 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 *Archiviopenale.it*, 25 maggio 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.

³⁸⁸ "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*, 23 febbraio 2017, § 143.

³⁸⁹ Su cui, per un l'esame di un recente provvedimento giurisdizionale "figlio" dalla sentenza della Corte EDU, si 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 *penalecontemporaneo.it*, 5 febbraio 2018.

³⁹⁰ 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'iniquinà dei procedimenti" - cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 128.

³⁹¹ Quello, cioè, risultante dalle scelte classificatorie operate dal legislatore nazionale, in forza della riserva di legge di cui all'art. 25, II comma, Cost. Cfr. *supra* Cap. II, § 3.

³⁹² 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".

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.

E, da ultimo, in una prospettiva più generale, perché le *misure* di prevenzione *patrimoniali* fondate sulle fattispecie di pericolosità *generica* – per autorevole dottrina, “*veri invitati di pietra di tutta questa discussione*”³⁹³ – potrebbero nel prossimo futuro essere destinate a cadere sotto la medesima scure che ha colpito, nel febbraio 2017, le parallele *misure* personali³⁹⁴.

Prima di esaminare questi profili, occorre dar conto, in modo sintetico, del fatto che le *misure* di prevenzione, sia *personali* che *patrimoniali*, costituiscono, da molti decenni³⁹⁵, un importante strumento di cui il legislatore si serve per fronteggiare il rischio che soggetti ritenuti pericolosi pongano in essere comportamenti *penalmente* rilevanti³⁹⁶. In questa prospettiva, l’ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali – secondo un costante insegnamento della Corte costituzionale³⁹⁷ – “*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.*”³⁹⁸.

Notoriamente ci si riferisce alle *misure* in commento con la formula *misure ante o preter 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 pericolosi*³⁹⁹ – possano realizzare, in futuro, condotte *penalmente* illecite. E tale elemento, pur non essendo questa la sede per approfondire un tema tanto complesso, consente di apprezzare come la disciplina delle *misure* di prevenzione abbia sempre posto seri problemi di legittimità costituzionale⁴⁰⁰, specie per quel che concerne la sua compatibilità con il principio di presunzione di innocenza⁴⁰¹ e di tassatività, di cui,

³⁹³ Così per F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, cit., p. 378.

³⁹⁴ Per F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama*, Roma risponde, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018, “*la censura di Strasburgo è potenzialmente capace di scuotere alle fondamenta l’intero sistema italiano delle misure di prevenzione: se cadono le fattispecie di pericolosità generica, cadranno, a cascata, tutte le misure di prevenzione – personali, ma anche patrimoniali – applicate (anche in passato) sul presupposto dell’accertamento di siffatta pericolosità*”.

³⁹⁵ Si v. M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incollabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015.

³⁹⁶ 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, 1972.

³⁹⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 282 del 2010, *Considerato in diritto* n. 2.1.

³⁹⁸ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 23 del 1964 e n. 27 del 1959.

³⁹⁹ Si veda, di recente, A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archiviopenale.it*, fasc. 1/2017, che conferma l’idea per cui “*le origini della prevenzione possono storicamente rinvenirsi nella individuazione da parte del legislatore di ‘classi pericolose’*”.

⁴⁰⁰ Per D. PULITANO, *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, 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, Torino, 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*”.

⁴⁰¹ 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, III comma, Cost., affermando che il citato parametro “*riguarda le sanzioni propriamente penali; e queste, nell’essere particolarmente caratterizzate, sono implicitamente*

rispettivamente, agli artt. 27, primo comma, e 25, secondo comma, Cost.⁴⁰². E ciò, allo stesso tempo, spiega il perché la Corte costituzionale, fin dal 1956⁴⁰³, abbia dovuto confrontarsi in diverse occasioni con questa peculiare disciplina: nella celebre sentenza n. 177 del 1980⁴⁰⁴, per esempio, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 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.⁴⁰⁵);

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 una vita in comune" – cfr. Corte cost., sent. n. 23 del 1964, *Considerato in diritto* n.4; v., ancora, A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archiviopenale.it*, cit., p. 1.

⁴⁰² Da ultimo, si v. 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, Milano, 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, Torino, 2015, p. 299 ss.; e A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio penale Web*, 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"*.

⁴⁰³ 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.L.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 involabili 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., sent. 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., sent. n. 23 del 1964, *Considerato in diritto* n. 3.

⁴⁰⁴ 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, 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 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.

⁴⁰⁵ 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*

e, più di recente, in senso opposto, nella sentenza n. 282 del 2010⁴⁰⁶, 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.⁴⁰⁷, una questione sollevata sull'art. 5, III comma, 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”*).

Ciò premesso, venendo ora all'esame del tema che attiene alla *natura* giuridica delle *misure* di prevenzione, è possibile ritenere che la conclusione raggiunta dalla Corte EDU nel caso *De Tommaso* non sia l'unica in astratto teorizzabile, essendo numerosi, e non certo privi di consistenza, gli argomenti che possono viceversa essere proposti per sostenerne la *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 come presupposto delle sue doglianze il carattere *sostanzialmente* penale della *misura* inflittagli, evidenziando, in particolare, l'idoneità della stessa ad incidere sulla sua libertà personale⁴⁰⁸. La Corte EDU, per la verità, non sembra approfondire con la dovuta attenzione tale argomento⁴⁰⁹, 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 penali”*⁴¹⁰. 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 *personali*⁴¹¹,

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., sent. n. 177 del 1980, *Considerato in diritto* n. 6.

⁴⁰⁶ 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 *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, fasc. 3/2017.

⁴⁰⁷ La precisazione del parametro evocato dal rimettente non è, in realtà, così banale, avendo il rimettente fatto riferimento anche all'art. 25, secondo comma, Cost., le cui garanzie trovano (o, almeno, dovrebbero trovare) applicazione unicamente nel settore *penale*, per come così qualificato dalle scelte classificatorie del legislatore nazionale.

⁴⁰⁸ E' 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”*.

⁴⁰⁹ Vero e proprio *“punto dolente”* della decisione per E. RIZZATO, *Osservazioni a Corte europea dei diritti dell'uomo, data 23 febbraio*, cit., p. 2081.

⁴¹⁰ Cfr. Opinione parzialmente dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, §§ 32-48.

⁴¹¹ Sottolinea questo elemento F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, cit., p. 375.

riconoscendo la sussistenza, in relazione alla *misura* della sorveglianza speciale oggetto di ricorso⁴¹², di tutti i criteri *Engel*⁴¹³. 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 da parte della stessa Corte costituzionale italiana (nella già citata sentenza n. 177 del 1980), dell'identità di funzione tra le *misure* di prevenzione e le *misure* di sicurezza, e della conseguente loro sottoposizione al medesimo quadro di garanzie costituzionali⁴¹⁴. Servendosi delle parole di Leopoldo Elia⁴¹⁵ – 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 ha inoltre messo in evidenza l'effetto desocializzante proprio delle *misure* di prevenzione, ricordando, nello stesso senso, un importante insegnamento di Bricola⁴¹⁶, 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*”⁴¹⁷. 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.

Ebbene, passando all'esame del tema 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

⁴¹² 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.

⁴¹³ 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*”.

⁴¹⁴ Si v., ancora, F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, cit., p. 376.

⁴¹⁵ Si v. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 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*, Napoli, 1996, e S. MOCCIA, *La lotta alla criminalità organizzata*, in *La difficile antimafia* (a cura di) M. Vallefucio, A. Gialanella, Roma, 2002.

⁴¹⁶ 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, Milano, 1975.

⁴¹⁷ Cfr. Opinione parzialmente dissenziente del Giudice Pinto *de Albuquerque*, § 5.

definizione dell'area della tipicità del delitto di cui all'art. 75, II comma, d.lgs. n. 159 del 2011⁴¹⁸, e ciò, sulla base di quanto affermato dal Primo Presidente della Corte (che ha assegnato d'ufficio il ricorso alla massima composizione dell'organo nomofilattico ai sensi dell'art. 610, II comma, c.p.p.⁴¹⁹), *“anche per prevenire possibili contrasti interni alla giurisprudenza di legittimità”*, potenzialmente conseguenti ad una non univoca interpretazione della sentenza *De Tommaso*.

Preme sottolineare che la Suprema Corte, in particolare, ha preso in esame la *quaestio* relativa alla possibilità che il delitto previsto e punito dal citato art. 75, II comma, possa considerarsi integrato anche quando l'agente violi le prescrizioni del *“vivere onestamente”* e del *“rispettare le leggi”*⁴²⁰, confrontandosi apertamente con le affermazioni proposte della Corte europea⁴²¹.

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”* (Corte cost., sent. n. 348 e 349 del 2007)⁴²², le Sezioni Unite hanno concluso che soltanto una interpretazione *“tassativizzante”* e *“tipizzante”* della fattispecie⁴²³ può rendere coerenza

⁴¹⁸ Sotto la rubrica *Violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale*, l'art. 75, II comma, 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 applica la pena della reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza”*.

⁴¹⁹ 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”*.

⁴²⁰ 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”*.

⁴²¹ 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, CG, 23/02/2017, 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., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 4.

⁴²² Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 15.

⁴²³ 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 abolito 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'abolito 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 giustificare 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 *penalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2017, p. 163 ss.

costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice *de qua*⁴²⁴. Coerentemente con questa premessa, la Suprema Corte ha quindi precisato che il richiamo contenuto nel citato art. 75, II comma, “*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*”⁴²⁵.

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*”⁴²⁶.

Su queste basi, 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 aggravamento delle misure di prevenzione personale*”⁴²⁷. 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*”⁴²⁸ – è certamente apprezzabile sotto il profilo dell’esigenza di rivedere scelte di criminalizzazione non conformi ai fondamentali *standard* di determinatezza (nel caso di specie, peraltro, direttamente imposti dalla Corte europea), essa nondimeno è tale da aprire interrogativi di primario momento⁴²⁹, in particolare, sul ruolo e sulle responsabilità, nonché sui limiti dell’attività ermeneutica del giudice comune

⁴²⁴ 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., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 15.

⁴²⁵ 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., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 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.

⁴²⁶ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale: parte generale*, Giappichelli, 2016, p. 134; il virgolettato è integralmente riportato nel testo della decisione delle Sezioni Unite con un generico riferimento all’*“autorevole dottrina”* che si è occupata del tema.

⁴²⁷ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 18.

⁴²⁸ 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.

⁴²⁹ Si v. anche M. SANTIASE, *Le prescrizioni del ‘vivere onestamente’ e del ‘rispettare le leggi’ al vaglio delle Sezioni Unite tra interpretazione adeguatrice e abolitrice*, in *Iurisprudenzia.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*”.

chiamato a vagliare, nella *materia penale*, la legittimità convenzionale di una previsione nazionale.

A tal proposito, si può osservare, anche se soltanto per cenni, che la soluzione raggiunta dalle Sezioni Unite, pur se autorevolmente condivisa⁴³⁰, sembra porsi in contrasto con quanto di recente affermato 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 europee.

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*”⁴³¹ 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*”⁴³²; è altrettanto vero che, con la sentenza *Paternò*, le Sezioni Unite si sono spinte 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, II comma, 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 legittimità⁴³³ e costituzionale⁴³⁴) 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*⁴³⁵ – 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, II comma, d.lgs. n. 159 del 2011, chiamando in causa il Giudice delle leggi⁴³⁶. Facendo

⁴³⁰ 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.

⁴³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 11*.

⁴³² Così V. MANES, *Dalla 'fattispecie' al 'precedente': appunti di 'deontologia ermeneutica'*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018.

⁴³³ Cfr., in particolare, Cass. Pen., SS.UU., n. 26259 del 2016, Imp. *Mruidi*.

⁴³⁴ 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)*”. Si v., da ultimo, D. PULITANO, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 2017.

⁴³⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2017.

⁴³⁶ 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.*

leva, in particolare, sull'inidoneità della decisione della Corte di Cassazione (anche se a Sezioni Unite) ad incidere sulle statuizioni già coperte da giudicato⁴³⁷, i Giudici di legittimità hanno in 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 inemendabili per via interpretativa”⁴³⁸ 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”⁴³⁹. 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”⁴⁴⁰.

Non resta, quindi, che aspettare l'esito del giudizio pendente davanti alla Corte costituzionale, che, in disparte alcuni possibili ostacoli di ordine processuale⁴⁴¹, fornirà molto probabilmente utili indicazioni, sia sul versante della corretta interpretazione delle prescrizioni *generiche* della sorveglianza speciale, sia, più in generale, su quella che la dottrina chiama la “*deontologia ermeneutica*”⁴⁴², per riferirsi agli spazi di cui può legittimamente servirsi l'interprete per interpretare in senso *conforme a...* (Costituzione e Convenzione) la normativa sospettata d'illegittimità.

Venendo ora all'ultimo degli elementi d'interesse segnalati in apertura di paragrafo, può essere utile, ai nostri fini, spendere qualche breve parola conclusiva sulle potenzialità “*demolitive*” della decisione della Corte EDU con riferimento alle *misure* di prevenzione di carattere *patrimoniale*, estranee, come si è detto, alle coordinate valutative della sentenza *De*

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”.

⁴³⁷ “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. Corte Cass. Pen., II Sez., 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 tronarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto” – cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 9.

⁴³⁸ Cfr. Corte Cass. Pen., II Sez., n. 49194 del 2017, Imp. Sorresso, p. 9.

⁴³⁹ Cfr. Corte Cass. Pen., II Sez., n. 49194 del 2017, Imp. Sorresso, p. 16.

⁴⁴⁰ Cfr., ancora, Corte Cass. Pen., II Sez., n. 49194 del 2017, Imp. Sorresso, p. 16.

⁴⁴¹ Così per F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, cit., secondo cui “l'ordinanza qui presentata solleva anzitutto una questione di natura squisitamente processuale, che potrebbe in teoria condizionare la stessa valutazione della Corte costituzionale sull'ammissibilità della questione sotto il profilo della rilevanza: quella, cioè, relativa alla effettiva impossibilità per il collegio rimettente di annullare la sentenza impugnata, sulla base dell'insegnamento espresso dalle Sezioni Unite in Paternò, in presenza di un ricorso inammissibile”.

⁴⁴² Cfr. V. MANES, *Dalla ‘fattispecie’ al ‘precedente’: appunti di ‘deontologia ermeneutica’*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

Tommaso, ma, al pari di quelle *personali*, fondate sui medesimi presupposti di cui all'art. 1 della legge n. 1423 del 1956⁴⁴³. Tema che, in effetti, ha assunto massima centralità a seguito dell'ordinanza di rimessione con cui la Corte d'appello di Napoli, nel marzo 2017, ha deciso di sollevare una doppia questione di legittimità costituzionale in relazione alle previsioni che disciplinano le *misure* di prevenzione (*personali* e *patrimoniali*) fondate su fattispecie di pericolosità generica – nella versione precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 (in quanto applicabili *ratione temporis* al caso sottoposto al suo esame) –, sospettandone il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4, per le *misure* di prevenzione *personali*, e all'art. 1 Prot. Add. CEDU, per la *misura* di prevenzione *patrimoniale* della confisca⁴⁴⁴.

Il ragionamento seguito dalla Corte d'appello può essere così sintetizzato: il giudizio di illegittimità convenzionale (e costituzionale, atteso il carattere vincolante del *dictum* proveniente da Strasburgo), di cui alla sentenza della Corte EDU nel caso *De Tommaso*, relativo ai presupposti soggettivi di pericolosità *generica*⁴⁴⁵ previsti dalla disciplina italiana in materia di *misure* di prevenzione non può che riverberare anche sulle *misure* – come la confisca di prevenzione di cui all'art. 19 della legge n. 152 del 1975 – che, benché incidenti su diritti diversi da quelli presi in considerazione dalla Corte europea, si fondano sui medesimi presupposti⁴⁴⁶.

Ed è quindi ragionevole ipotizzare, con il conforto della migliore dottrina⁴⁴⁷, dopo che la disciplina italiana in materia di *pericolosità generica* è stata dalla Corte EDU ritenuta inadeguata

⁴⁴³ Si v., anche, M. INFUSINO, *Misure di prevenzione all'indomani della sentenza De Tommaso*, in *diritto.it*, 13 giugno 2018.

⁴⁴⁴ A commento dell'ordinanza si v. F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2017, per cui “degno di nota è, anzitutto, che la questione sia stata formulata con riferimento tanto alla disciplina della sorveglianza speciale, quanto a quella della confisca di prevenzione” e per il quale, in una prospettiva più generale, alla Corte costituzionale (di cui, peraltro, lo stesso A. oggi è componente e relatore della questione in parola) è oggi offerta “una magnifica occasione per riprendere il filo garantistico di un discorso iniziato con la sentenza Malagugini n. 177 del 1980, citata con ammirazione dalla stessa Corte di Strasburgo; un discorso che lasciava sperare in una marcia trionfale del nostro ordinamento verso la progressiva affermazione del principio di legalità nella definizione dei presupposti delle misure di prevenzione – e cioè delle “fattispecie di pericolosità” (mafiosa, terroristica, ‘sportiva’, etc.), che definiscono gli autentici requisiti oggettivi di applicazione delle misure, e che oggi vengono spesso indicati, nel mistificante linguaggio dottrinale e giurisprudenziale entrato nell’uso, come meri presupposti “soggettivi” delle misure di prevenzione”.

⁴⁴⁵ Riferiti, come noto, a “coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi” e a “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”.

⁴⁴⁶ “Si osserva in proposito che poiché le misure di prevenzione patrimoniali, oggetto del giudizio di appello pendente innanzi a questo Corte, sono state imposte nei confronti di persona portatrice di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1 l. 1423/1956 per effetto dell'art. 19 l. 152/1975, nel momento in cui si afferma che l'art. 1 l. 1423/1956 è costituzionalmente illegittimo perché contrasta con l'art. 2 del protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione EDU in ragione dell'assenza di precisione e prevedibilità che lo caratterizza, deve conseguentemente affermarsi il medesimo contrasto anche con riferimento all'art. 19 cit., pervenendosi altrimenti all'illogica conseguenza per cui le misure di prevenzione patrimoniali potrebbero essere imposte nei confronti di persone che non possono definirsi pericolose a seguito della dichiarata illegittimità costituzionale della norma che definisce tale pericolosità” – cfr. C. App. Napoli, VIII sez. – misure di prevenzione, 14 marzo 2017, (R.O. n. 154 del 2017).

⁴⁴⁷ Si v., ancora, F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., per cui “come è agevole intuire, il giudizio di inadeguatezza convenzionale di una tale base normativa formulato dalla Corte EDU non sembra poter essere ragionevolmente confinato alla materia della libertà di circolazione: anche la proprietà è, infatti, un diritto dotato di riconoscimento convenzionale, al metro dell'art. 1 prot. add. Cedu; e anche tale diritto può essere legittimamente compreso solo in forza di una legge che soddisfi gli standard di prevedibilità che la giurisprudenza di Strasburgo fissa in linea generale

a legittimare mere restrizioni alla libertà di circolazione, al metro dell'art. 2 Prot. n. 4 della CEDU, che *“ben difficilmente quella stessa disciplina potrà essere sufficiente a legittimare una misura – come la confisca di prevenzione – che comporta l’ablazione definitiva di un altro importante diritto convenzionale, come per l’appunto il diritto di proprietà”*⁴⁴⁸, che, peraltro, nel sistema convenzionale, riceve una cittadinanza qualificata⁴⁴⁹.

Orbene, quanto detto fin qui è – all’evidenza – 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 acceso⁴⁵⁰, nel quale, peraltro, è auspicabile che intervenga, in modo chiarificatore, il legislatore⁴⁵¹, in qualità di primo interlocutore della Corte europea sul tavolo dell’adeguamento della normativa interna agli *standard* convenzionali, viepiù 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.

5.5. (Segue) il settore delle sanzioni disciplinari (cenni)

In occasione della fondamentale sentenza *Engel*, come si è visto, la Corte aveva 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”*⁴⁵², 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”*⁴⁵³ –

per qualsiasi legge che preveda limitazioni ai diritti convenzionali. Se dunque la disciplina italiana in materia di pericolosità generica è stata ritenuta inadeguata a legittimare mere restrizioni alla libertà di circolazione, ben difficilmente quella stessa disciplina potrà essere ritenuta sufficiente a legittimare una misura – come la confisca di prevenzione – che comporta l’ablazione definitiva di un altro importante diritto convenzionale, come per l’appunto il diritto di proprietà”.

⁴⁴⁸ Così letteralmente F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

⁴⁴⁹ Riconosciuto, all’art. 1 del Prot. n. 1 alla CEDU, in questi termini: *“ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.*

⁴⁵⁰ A commento si 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 *penalecontemporaneo.it*, 19 luglio 2018.

⁴⁵¹ 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*, 1 dicembre 2017.

⁴⁵² Cfr. Corte EDU, G.C., *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, § 81 ss.

⁴⁵³ Richiamando una felice espressione di 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.*, cit., p. 1899 ss.; espressione, peraltro, 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 e di valutare essa stessa se una particolare misura si traduca nel merito in una «pena» ai sensi di tale disposizione”* cfr.

proprio gli illeciti *disciplinari* dagli illeciti *penali* propriamente detti, 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. n. 7 della 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 nettamente 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*"⁴⁵⁴.

La dottrina – fin dagli inizi del secolo scorso⁴⁵⁵ –, 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 *disciplinari*⁴⁵⁶, pur a fronte di indici di afflittività in molti casi di non poco momento⁴⁵⁷.

Se è vero che una simile conclusione non faceva considerare tali sanzioni come del tutto sformate di un pur minimo corredo di garanzie, dall'intera trama dei principi costituzionali potendosi, infatti, ricavare significativi corollari volti ad informare anche il

Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, § 27.

⁴⁵⁴ 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.

⁴⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, alle riflessioni di F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 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*, 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 estraneità*"; e, nello stesso senso, A. FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, p. 779.

⁴⁵⁶ Nella nota sentenza n. 100 del 1981 la Corte, 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 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*".

⁴⁵⁷ 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*".

settore delle sanzioni *disciplinari* ad alcuni importanti canoni di legalità⁴⁵⁸; è altrettanto vero, però, anche sulla scorta di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale⁴⁵⁹, 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 al più prossimo passato: i recenti 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 potessero applicarsi unicamente alle sanzioni qualificate come *penali* dal legislatore nazionale.

Nell'economia di queste brevi riflessioni – che rappresentano nulla più di una 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 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*⁴⁶⁰, 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 caso⁴⁶¹, 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 (un episodio di danneggiamento all'intero di una cella di un istituto penitenziario⁴⁶²), aveva in precedenza subito una sanzione (formalmente qualificata come) *disciplinare* dell'ordinamento penitenziario, ma *penale* nella

⁴⁵⁸ Nella sentenza n. 100 del 1981, la Corte 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 espiazione 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., sent. n. 100 del 1981, *Considerato in diritto n. 3 e 4*. 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*, che “sulla base di tali riferimenti costituzionali [l'art. 28 Cost., appunto] declina “Il principio ‘nullum crimen sine lege’ in materia disciplinare” (cap. 1), “Il principio ‘nulla poena sine lege’ in materia disciplinare” (cap. 2), “Il principio ‘nulla poena sine iudicio’ in materia disciplinare” (cap. 3): lo studio garantistico che l'A. arriva a delineare presenti 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”.

⁴⁵⁹ Cfr. *infra* Cap. II, § 6.

⁴⁶⁰ 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, Padova, 2015, p. 439 ss.

⁴⁶¹ Cfr. Trib. Brindisi, Sez. Pen., 17 ottobre 2014.

⁴⁶² 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, 4° comma, seconda ipotesi, 2° co., n. 2, c.p.”.

prospettiva convenzionale⁴⁶³. 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 diurno⁴⁶⁴), 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 bin in idem, che assume un indubbio rilievo alla luce dell'art. 4 Prot. n. 7 della CEDU"*, per come interpretato alla luce della citata sentenza *Grande Stevens*. Il giudice 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 protocollo 7 della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, la natura di procedimenti penali"*⁴⁶⁵. A tale interpretazione non ostando, peraltro, 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*)⁴⁶⁶.

Più di recente, in un secondo caso degno di nota⁴⁶⁷, il Tribunale di Ascoli emetteva una sentenza di non doversi procedere in favore di un soggetto imputato del delitto di

⁴⁶³ 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 *penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2014.

⁴⁶⁴ 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 sopravvittu generi alimentari, nel divieto di svolgere i colloqui nei locali in comune con la restante popolazione carceraria"* – Trib. Brindisi, Sez. Pen., 17 ottobre 2014, p. 4.

⁴⁶⁵ Cfr. Trib. Brindisi, Sez. Pen., 17 ottobre 2014, p. 10.

⁴⁶⁶ Non sembrano particolarmente convincenti le due argomentazioni proposte dal Tribunale, almeno perché, riferendosi solo ad esse, il giudice ha ommesso qualsivoglia confronto con l'unico vero nodo problematico sotteso all'interpretazione convenzionalmente conforme propugnata, quello del limite testuale di cui all'art 649 c.p.p. Vedi sent. 109 Corte cost. ; 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 prescindano da quei criteri tradizionali o ne svaluti il rilievo"*.

⁴⁶⁷ Cfr. Cass. Pen., II Sez., 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 *penalecontemporaneo.it*, 21 aprile 2017.

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 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 in questo caso 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 costituzionale (la sentenza n. 419 del 1994, per vero non così conferente⁴⁶⁸) – la gravità della sanzione inflitta al prevenuto.

Dopo aver brevemente (ma efficacemente) ricostruita l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra normativa interna e sistema convenzionale, 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.*”⁴⁶⁹, la quale si ritiene abbia “*le caratteristiche per essere qualificata come giurisprudenza 'consolidata' idonea a generare in capo al giudice comune l'onere di interpretazione conforme*”⁴⁷⁰. 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. n. 7 della 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*”⁴⁷¹, 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 sociali*” differenti, ed il risultato sanzionatorio complessivo sia prevedibile ed in concreto proporzionato”⁴⁷².

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

⁴⁶⁸ Si tratta, infatti, di un 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., sent. n. 419 del 1994, *Considerato in diritto* n. 4.

⁴⁶⁹ Cfr. Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 4.

⁴⁷⁰ Cfr. Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 4-5.

⁴⁷¹ Come chiarisce la Corte di Strasburgo al § 126 della sentenza *A. e B. c. Norvegia*.

⁴⁷² Cfr. Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 5.

significativa gravità (perché capace di rendere “*la detenzione particolarmente afflittiva, al punto che per applicare la sanzione è necessario una autorizzazione del medico*”⁴⁷³), 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 sanzioni⁴⁷⁴, della pluri-offensività della condotta di danneggiamento e della circostanza che i due procedimenti “*presentano adeguate interazioni*”), sia “*temporale*” (essendo i due procedimenti temporalmente contigui)⁴⁷⁵. 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*”⁴⁷⁶, con una soluzione del tutto in linea con la più recente giurisprudenza delle Corti europee.

Questi due casi, oltre a mettere in luce l’ambiguità che è possibile registrare nel ricorso all’interpretazione convenzionalmente conforme (cfr. *infra* Cap. II, § 7), 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 c. Paesi Bassi*⁴⁷⁷), verso una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali della *misura* presa in esame⁴⁷⁸.

Per vero, da una rapida ricognizione della giurisprudenza europea in *subiecta materia*⁴⁷⁹, 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, neppure indirettamente, sulla libertà personale dei soggetti coinvolti.

⁴⁷³ Cfr. Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 6.

⁴⁷⁴ “*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. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 6.

⁴⁷⁵ 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.

⁴⁷⁶ Cfr. Cass. Pen., II Sez., n. 9184 del 2016, Imp. Pagano, p. 7.

⁴⁷⁷ 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.

⁴⁷⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *Ezbeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003,

⁴⁷⁹ 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 (in ultimo *Papalia c. Italia*, 4 dicembre 2007, e *Asciutto c. Italia*, 27 novembre 2007); la Corte ha sottolineato che alcune delle limitazioni serie stabilite dai decreti di proroga – come quelle riguardanti i contatti con la famiglia e quelle che riguardano il patrimonio – riguardano i 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*, 30 ottobre 2003; si v., sul tema, C. BIANCO, *La privazione della libertà nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Europeanrights.eu*, 29 febbraio 2008.

Alcune sentenze rese dalla Corte EDU nei confronti dell'Italia confermano tale conclusione: in un interessante caso del 2013⁴⁸⁰, la Corte europea – a fronte del ricorso di un magistrato che lamentava la mancanza di indipendenza e di imparzialità della sezione disciplinare del CSM (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 recente⁴⁸¹, 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”⁴⁸².

Per concludere, è possibile soltanto abbozzare alcune considerazioni finali – peraltro, in una chiave necessariamente prospettica – in riferimento ad un'ulteriore ipotesi di sanzione *disciplinare*, su cui, di recente, una certa attenzione è stata portata dalla dottrina⁴⁸³, anche alla luce di alcune rilevanti vicende di cronaca⁴⁸⁴.

Ci si riferisce, in questi termini, alle *misure* sanzionatorie previste per i 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 2006⁴⁸⁵, che ha largamente rivisto, specie sul versante della tipizzazione degli illeciti⁴⁸⁶, la regolamentazione della responsabilità per i magistrati ordinari⁴⁸⁷. Per quanto stabilito all'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

⁴⁸⁰ Cfr. Corte EDU, *Di Giovanni c. Italia*, 9 luglio 2013.

⁴⁸¹ Cfr. Corte EDU, *Monaco c. Italia*, 8 dicembre 2015.

⁴⁸² Cfr. Corte EDU, *Monaco c. Italia*, 8 dicembre 2015, § 40.

⁴⁸³ Per tutti P. MANTINI, *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi.it*, 25 ottobre 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, 2014.

⁴⁸⁴ Il riferimento è, ovviamente, alla vicenda che ha coinvolto il Cons. Francesco Bellomo, il quale è stato colpito, all'esito del procedimento disciplinare instaurato nei suoi confronti, dalla sanzione della destituzione.

⁴⁸⁵ 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”.

⁴⁸⁶ 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, Napoli, 2008.

⁴⁸⁷ 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”. Sul 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.it*, cit., p. 8 ss.

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 1982⁴⁸⁸ e nel regolamento interno del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa del 6 febbraio 2004⁴⁸⁹, 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 costituzionale⁴⁹⁰, è pacificamente inquadrabile in una dimensione 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 i principi costituzionali a tutela dell'indipendenza⁴⁹¹, 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 procedimentale⁴⁹² – 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'ennesima opinione dissenziente (questa volta formulata in occasione del primo dei due precedenti sopra citati⁴⁹³) 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 ordinari (nei cui confronti, prima del 2006, si applicava la disciplina oggi vigente per i magistrati amministrativi): in quell'occasione, la Corte aveva osservato – sul presupposto che all'art. 18 del r.d.lgs. n. 511 del 1946, in particolare, non potesse riferirsi l'art. 25, II 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"*⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ 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*.

⁴⁸⁹ Pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 36 del 13 febbraio 2004.

⁴⁹⁰ Cfr. Corte Cost., sent. n. 87 del 2009; e Cass. Pen., SS.UU., 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 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)"*.

⁴⁹¹ Su cui, ancora, F. BIONDI – N. ZANON, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 317 ss.

⁴⁹² Da ultimo, P. MANTINI, *La responsabilità disciplinare della magistratura amministrativa*, in *Federalismi.it*, cit.

⁴⁹³ *"Si deve ricordare che il CSM 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 (ancora una volta) *Pinto de Albuquerque*, p. 2, annessa alla decisione *Di Giovanni c. Italia*, 9 luglio 2013.

⁴⁹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 100 del 1981, *Considerato in diritto* n. 5.

Ora – cercando di mettere in relazione queste risalenti affermazioni della Corte con la giurisprudenza convenzionale sui criteri *Engel* – se non sembra 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* penale⁴⁹⁵, è tuttavia utile rilevare, 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 *misure* 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, non può però 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. Insomma, per concludere, la disciplina della responsabilità *disciplinare* dei magistrati amministrativi dovrà essere tenuta sotto vigile osservazione, anche, e verrebbe da dire, soprattutto, in una prospettiva convenzionale, in quanto potenzialmente foriera di un ulteriore sconfinamento interno della nozione di *matière pénale* o, in ogni caso, comunque, di significative ricadute in ambito domestico.

6. L’ambito di operatività del principio di legalità penale di cui all’art. 25, II comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale

Giunti a questo punto dell’indagine, dopo aver analizzato i più significativi risvolti applicativi derivanti dall’impatto, nel nostro ordinamento, della giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di *matière pénale*, è possibile affrontare un’ulteriore questione problematica, che assume primaria rilevanza proprio per definire il perimetro applicativo delle garanzie sottese al principio di legalità, di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

È importante, in particolare, domandarsi – 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 siano le implicazioni, sul versante delle garanzie individuali, di una simile operazione ermeneutica.

Ci si deve, in altri termini, chiedere quale sia il risultato pratico dell’attrazione all’interno dei confini della *matière pénale* di istituti che il legislatore nazionale ha considerato, per il tramite dell’auto-qualificazione, come estranei alla *materia penale*. Questione che può essere compendiata nel seguente interrogativo: i due paradigmi, quello di cui all’art. 25, II comma,

⁴⁹⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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”.

Cost., e quello di cui all'art. 7 CEDU, *coesistono*, ciascuno con la propria autonomia, ovvero si integrano l'un l'altro, secondo la logica tipica dell'*assimilazione*:⁴⁹⁶

Anticipando, fin da subito, che, in riferimento a questi specifici profili, l'orientamento della Corte costituzionale sembra potersi dire, benché piuttosto recente, già consolidato⁴⁹⁷, occorre rilevare come, in linea di principio, siano due le possibili risposte all'interrogativo appena formulato.

Secondo una prima lettura, che si potrebbe definire *aperturista* rispetto all'idea dell'*assimilazione* dei due paradigmi, andrebbero riconosciute al cospetto di istituti considerati come estranei alla *materia penale*, ma da intendersi come *sostanzialmente* penali, in virtù dei criteri elaborati dalla Corte EDU, tutte le garanzie che l'ordinamento interno riconosce ai sensi dell'art 25, secondo comma, Cost. e di quelle particolari norme, di rango costituzionale ma non solo, che – a vario titolo – fanno riferimento, nella dimensione nazionale, ai soli *reati* e/o alle sole *sanzioni* penali⁴⁹⁸.

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, verrebbero (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 (quello che si potrebbe definire come) un unico *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 legge⁴⁹⁹ o la cedevolezza del giudicato penale a fronte di una dichiarazione di illegittimità costituzionale⁵⁰⁰,

⁴⁹⁶ Si utilizzano, in questa sede, volutamente le espressioni *coesistenza* e *assimilazione* dal momento che di esse si serve la stessa Corte costituzionale, nella citata sent. n. 43 del 2017, per affrontare il tema oggetto delle riflessioni di questo paragrafo. 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, 378-380.

⁴⁹⁷ Al netto di quello che si dirà, a conclusione del paragrafo, in merito ad una recentissima presa di posizione della Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018).

⁴⁹⁸ Come gli artt. 27, primo comma, 111, terzo e quarto comma, e 112 Cost., sul piano costituzionale; o come gli artt. 30, IV comma, l. 87 del 1953 e 649 c.p.p., sul piano della normativa di rango primario. Cfr., tra i molti, F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit., da verificare.

⁴⁹⁹ Si interrogava in ordine a questa eventualità V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 227 ss.

⁵⁰⁰ Istituto previsto, come noto, dall'art. 30, IV comma, l. 87 del 1953. Svolgono puntuali considerazioni in riferimento alla possibilità di applicare tale istituto anche alle sanzioni *sostanzialmente* penali (ma collocate al di fuori della *materia penale* dal legislatore interno) A. Jr. GOLIA, F. ELIA, *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)*, cit.

che l'ordinamento nazionale predisporre, nella *materia penale*, in relazione ai soli *reati* e alle sole *sanzioni* penali formalmente qualificati come tali.

A ben vedere, una simile ricostruzione muove dalla premessa, più volte rimarcata dalla stessa Corte costituzionale⁵⁰¹, che l'apertura dell'ordinamento, specie nel settore penale, alla dimensione sovranazionale 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. Occorre, tuttavia, rilevare che questa prima opzione ricostruttiva, che pure muove da coordinate teoriche condivisibili da un punto di vista assiologico, determina implicazioni di carattere sistematico tutt'altro che marginali. Ed, invero, ritenere operative in relazione agli istituti considerati come *sostanzialmente* penali secondo i criteri elaborati dalla Corte EDU, pur a fronte di una diversa qualificazione formale, tutte le garanzie proprie della *materia penale* nazionale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁰², significa, in buona sostanza, svilire le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore, in spregio alla riserva di legge e al principio costituzionale di sussidiarietà⁵⁰³.

Ciò detto, deve rilevarsi che a risultati opposti conduce invece la seconda delle opzioni in astratto prospettabili rispetto al quesito posto in apertura, per la quale, in ossequio ad un modello di *coesistenza* – e non di *assimilazione* – tra i due paradigmi in commento, la (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto formalmente qualificato come *non* penale dal legislatore nazionale trascinerrebbe con sé soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della CEDU. Ciò determinerebbe, sul piano pratico, una netta differenziazione tra gli istituti formalmente qualificati come penali dal legislatore nazionale, da una parte, e quelli *sostanzialmente* penali, ai sensi della CEDU, dall'altra: per i primi, *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 i secondi, 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

⁵⁰¹ Riecheggiano, in questo senso, le parole della Corte costituzionale “*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., sent. n. 317 del 2009). Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., 2197 ss.; e, della stessa A., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., 161 ss.

⁵⁰² Ma non solo anche artt. 27, I e III comma, 111, III e IV comma, e 112 Cost. Sul tema si v., ancora, F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit.

⁵⁰³ 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., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* n. 7.

dirà (cfr. *infra* Cap. III), non possono dirsi, pur a fronte di una progressiva convergenza⁵⁰⁴, del tutto coincidenti con quelle previste nella *materia penale nazionale*⁵⁰⁵.

Di fronte a questo complesso scenario, la Corte costituzionale, come anticipato, nella sua più recente giurisprudenza, ha dapprima inaugurato, con la sentenza n. 43 del 2017⁵⁰⁶, e successivamente ribadito, con le sentenze nn. 68 e 109 del 2017, il proprio orientamento in materia.

All'esame di queste decisioni, è importante però anticipare alcune preliminari considerazioni, con l'obiettivo di verificare quale fosse lo state dell'arte della giurisprudenza costituzionale, prima che la Corte pronunciasse, nell'arco di un semestre molto fecondo per la materia *de qua*, le sentenze appena citate.

La dottrina che, nel recente periodo, si è occupata del tema⁵⁰⁷ ha condivisibilmente preso le mosse dall'esame di alcune pronunce degli anni 60⁵⁰⁸, in cui la Corte, ben prima dell'apertura del sistema alla dimensione sovranazionale, ha ragionato della possibilità di applicare le garanzie tipiche della *materia penale* anche alle *misure* diversamente qualificate dal legislatore nazionale.

Nibil novum sub sole si potrebbe dire, rileggendo oggi tali decisioni.

Ebbene, 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 confisca⁵⁰⁹, 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*” rappresentano, in questo senso, fattori del tutto incompatibili con la natura *penale* della *misura* ablatoria in parola.

⁵⁰⁴ 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 EDU, su tutti, cfr. G.C., *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013) è un “*principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale*”.

⁵⁰⁵ Di questa circostanza appare consapevole anche la stessa Corte costituzionale che, con la citata ordinanza n. 24 del 2017, ha, in modo molto netto, affermato 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*”. Sulla stessa linea si veda anche la sentenza n. 230 del 2012 in cui la Corte precisa che “*nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.*”.

⁵⁰⁶ Cfr. N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative 'incostituzionali' fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, cit.

⁵⁰⁷ Così, in particolare, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 7 ss.

⁵⁰⁸ Esiste anche un precedente del 1959, la sentenza n. 9, in cui la Corte aveva scrutinato una questione di legittimità, sollevata in riferimento ad una legge tributaria per violazione del principio di irretroattività sfavorevole, osservando 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 (sent. n. 81 del 1958). 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., sent. n. 9 del 1959, *Considerato in diritto* n. 10.

⁵⁰⁹ Previste dal d.l. 27 luglio 1944, n. 159, contenente i provvedimenti denominati “*Sanzioni contro il fascismo*”.

Il ragionamento proposto dalla Corte sembra qui seguire una logica molto particolare: come la dottrina ha recentemente messo in luce⁵¹⁰, infatti, la Corte è parsa 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, nel tenere in considerazione la circostanza che la confisca può "presentarsi con varia natura giuridica", ha precisato che questa "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"⁵¹¹. Si tratta, a ben vedere, di una prima apertura 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 consolidato: nella successiva sentenza n. 68 del 1964⁵¹², la Corte, infatti, 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 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 1985, 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". Ed ancora, con una affermazione correttamente considerata come "impegnativa"⁵¹³, peraltro 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, II comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire"⁵¹⁴.

⁵¹⁰ Per F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., p. 107, nota 108, 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 vizziata da un'evidente inversione metodologica".

⁵¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1961.

⁵¹² 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.

⁵¹³ Così per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 5.

⁵¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 78 del 1967, *Considerato in diritto* n. 4.

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 abitudine 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*”, rintracciabile 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 futuro*”⁵¹⁵. Peraltro, se è vero che, 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*”; è altrettanto vero, per la Corte, 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*”⁵¹⁶.

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* non è stata particolarmente approfondita dalla Corte costituzionale, se non in alcune isolate occasioni, in cui comunque tale possibilità è stata esclusa⁵¹⁷.

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*”⁵¹⁸. Ed è, ai nostri fini, 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*”⁵¹⁹.

Orbene, a ravvivare l'orientamento che si è consolidato nel corso degli anni nella giurisprudenza della Corte ci ha pensato, nel più recente passato, anzitutto, l'ordinanza n. 97 del 2009, con cui è stata affrontata la 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 2007. 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 Cassazione⁵²⁰, che “*la mancanza di*

⁵¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 53 del 1968, *Considerato in diritto* n. 1.

⁵¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 53 del 1968, *Considerato in diritto* n. 1.

⁵¹⁷ Per una precisa ricognizione di questa giurisprudenza, v., ancora, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 7 – 8.

⁵¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 100 del 1981, *Considerato in diritto* n. 3.

⁵¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 100 del 1981, *Considerato in diritto* n. 3.

⁵²⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., sentenze nn. 39173, n. 39172 e 21566 del 2008.

*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.*⁵²¹, 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"*⁵²². Il 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 valutazione, 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, ed in senso inverso, si è riconosciuta la natura *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 censura prospettata dal rimettente ai sensi del citato art. 25, secondo comma, Cost.

Nel solco di questa importante decisione, si pone la successiva sentenza n. 196 del 2010⁵²³, con cui la Corte ha nuovamente affrontato la possibilità di applicare retroattivamente una particolare ipotesi di confisca, ossia la confisca obbligatoria del veicolo nei casi di condanna per il delitto di guida in stato d'ebbrezza, disciplinata dall'art. 186, II comma, lett. c), del d.lgs. n. 285 del 1992 (*Nuovo Codice della Strada*), come modificata dalla legge n. 125 del 2008⁵²⁴.

In questo caso, diversamente dal precedente del 2009, la Corte 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 questione⁵²⁵.

⁵²¹ Cfr. Corte cost., ord. n. 97 del 2009.

⁵²² Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995; e Corte cost., ord. n. 97 del 2009.

⁵²³ 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, riconoscendone 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)"*.

⁵²⁴ La norma impugnata prevedeva, infatti, 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., sent. n. 196 del 2010, *Considerato in diritto n. 1.1.*

⁵²⁵ Cfr., in particolare, Cass. Pen., IV Sez., n. 32932 del 2009; n. 38179 del 2009; e n. 9986 del 2009; su questo profilo, si legge ancora nella sentenza 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,*

Ed è, pertanto, 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’”⁵²⁶.

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”⁵²⁷, 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”, trattandosi, del resto, di un principio che è desumibile anche dall’art. 25, II 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”⁵²⁸.

Ed è però piuttosto importante mettere in luce – e ciò anche al fine di apprezzare la successiva evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia – che si tratta, come di recente osservato⁵²⁹, di un semplice *obiter dictum*, posto che il giudice rimettente aveva evocato come parametro soltanto l’art. 117, I 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 incentra unicamente sul combinato disposto dei parametri appena citati, senza alcun riferimento all’art. 25, II comma, Cost.⁵³⁰.

Un’affermazione, comunque, quella contenuta nella sentenza n. 196 del 2010⁵³¹, di indubbia rilevanza, che la Corte ha riproposto in modo pedissequo in un successivo caso del 2014⁵³², in cui è stato dichiarato incostituzionale, per violazione proprio dell’art. 25, II

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., sent. n. 196 del 2010, Considerato in diritto n. 3.1.2.

⁵²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, Considerato in diritto n. 2.2.1.

⁵²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, Considerato in diritto n. 3.1.4.

⁵²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, Considerato in diritto n. 3.1.5.

⁵²⁹ Così, in particolare, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 10.

⁵³⁰ Come osserva, ancora, L. MASERA, *Op. ult. cit.*, p. 10, nota 28, “la sentenza [ha] dichiara[to] 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”.

⁵³¹ In cui, peraltro, la Corte ha richiamato il precedente rappresentato dalla sentenza n. 78 del 1967 (di cui è detto nel testo) 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., sent. n. 196 del 2010, Considerato in diritto n. 3.1.5.

⁵³² 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’illecito’*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1382.

comma, Cost.⁵³³, 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 – la Corte, come visto, ha preso in considerazione l'idea di interpretare l'art. 25, secondo comma, Cost. in senso estensivo (valorizzando, sulla scorta dell'affermazione contenuta nella sentenza n. 196 del 2010, l'ampia formulazione della previsione costituzionale), come riferibile anche alle sanzioni *amministrative* o, comunque, *non penali*, giungendo, però, in questo caso, alla conclusione che il principio in parola non possa predicarsi in relazione alle *misure* previste dal c.d. decreto Severino "per la natura non punitiva di quanto in esse previsto"⁵³⁴.

In definitiva, dal quadro giurisprudenziale 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.

6.1. (Segue) *l'actio finium regundorum della più recente giurisprudenza costituzionale e la teorizzazione del paradigma della coesistenza*

Già si è anticipato che, nel corso del 2017, la Corte costituzionale è stata chiamata, ben in tre occasioni, a pronunciarsi sulle tematiche qui in commento, venendo a definire un orientamento che, come visto, nel corso dei precedenti anni, era stato piuttosto ondivago.

La prima importante decisione è rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2017, in cui la Corte si è dovuta confrontare con la denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 30, IV comma, 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 CEDU⁵³⁵, si porrebbe in contrasto con plurimi parametri costituzionali, sia interni che sovranazionali⁵³⁶.

Come noto, con la predetta disposizione, a mente della quale "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 inteso configurare una ipotesi del tutto eccezionale di flessibilità del giudicato⁵³⁷, limitandone l'operatività alla sola *materia penale*, per

⁵³³ Senza invece prendere in considerazione nel merito la censura formulata in relazione all'art. 117, I 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., sent. n. 104 del 2014, *Considerato in diritto* n. 7.1.

⁵³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto* 5.2.

⁵³⁵ Si trattava, nel caso di specie, della sanzione prevista dall'art. 18-bis, IV comma, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004.

⁵³⁶ Nel dettaglio, il giudice *a quo* ha 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.

⁵³⁷ 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

come definita dallo stesso legislatore secondo le modalità e con gli strumenti più volte precisati nelle precedenti pagine, ovverosia ai soli casi in cui sia stata emessa, con la sentenza che si vuole revocare, una delle sanzioni tipizzate all'interno del codice penale⁵³⁸.

Nel dichiarare infondata, con riguardo a tutti i parametri evocati⁵³⁹, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal rimettente, 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 menzionati criteri [Engel] trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo”*⁵⁴⁰. Rimanendo, invece, secondo le successive parole della Corte, nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato, la definizione del perimetro applicativo delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé vevoli 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”*⁵⁴¹.

Con la successiva pronuncia n. 68 del 2017, la Corte costituzionale ha confermato questo orientamento, aggiungendo alcuni significativi argomenti a sostegno della conclusione raggiunta. In questa diversa occasione, la Corte costituzionale ha deciso una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione in materia di confisca per equivalente⁵⁴².

Per quanto qui più interessa, la Corte, censurando una tesi prospettata da una delle parti in giudizio secondo cui l’estensione dello statuto costituzionale della pena alle sanzioni

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 *Arch. Pen.*, cit.; P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

⁵³⁸ Sul tema, di recente, v. S. FINOCCHIARO, *Gli effetti dell’abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2018; e V. GIANNELLI, *Sanzioni amministrative, res indicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2018.

⁵³⁹ 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. Carabia*, cit., verificare, p. 4 ss.

⁵⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.4*.

⁵⁴¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.4*.

⁵⁴² 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, II comma, “T.U.F.”); e che, in particolare, l’art. 9, VI comma, 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, da ultimo, 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 *penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018, p. 2.

che l'ordinamento qualifica diversamente – nel caso di specie, come amministrative – ingenererebbe una espansione del diritto penale⁵⁴³, con la conseguente estensione di tutte le garanzie previste a livello interno nell'ambito della *materia penale*, 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*”⁵⁴⁴.

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, ad avviso della Corte, per conculcare apertamente con il principio costituzionale di sussidiarietà, che assicura, invece, come ha più volte ricordato lo stesso giudice costituzionale, la piena autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale⁵⁴⁵.

Né, si potrebbe validamente utilizzare, per giungere ad una diversa conclusione rispetto alla questione di cui si discute, 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, II comma, Cost., sia del *nullum crimen* di matrice convenzionale *ex art. 7 CEDU*. A conferma di questa lettura⁵⁴⁶, può inoltre richiamarsi quel successivo passaggio della decisione in cui la Corte osserva che “*la confisca per equivalente, nonostante sia prevista dalla legge come conseguente a un illecito amministrativo, va considerato una 'pena', come tale assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall'art. 7 della CEDU*”⁵⁴⁷.

Venendo ora all'ultimo importante pronunciamento della Corte in materia, occorre segnalare che, nella sentenza n. 109 del 2017⁵⁴⁸, la Corte ha dichiarato inammissibili le censure

⁵⁴³ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵⁴⁴ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵⁴⁵ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* 6.1. 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*”.

⁵⁴⁶ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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. anche in relazione alle sanzioni non formalmente penali (come, nella specie, una misura ablatoria che accede a un illecito amministrativo)*”.

⁵⁴⁷ Cfr. ulteriormente Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵⁴⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., da verificare; e 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.

formulate dal Tribunale di Varese in ordine alla presunta illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs n. 8 del 2016⁵⁴⁹.

Pur occupandosi di questioni in parte diverse, benché comunque correlate⁵⁵⁰, la Corte ha ribadito in questa occasione 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 agli istituti che il legislatore nazionale ha qualificato come estranei alla *materia penale* (nel caso di specie, ancora una volta, le sanzioni amministrative) 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*”⁵⁵¹. E, da ultimo, riprendendo alcuni importanti rilievi della sentenza n. 43 del 2017, la Corte ha 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*”⁵⁵².

Di recente, nel luglio 2018, in occasione della fondamentale sentenza *G.I.E.M e altri c. Italia*⁵⁵³, in tema di confisca, la Corte EDU è sembrata, pur se implicitamente, riconoscere la solidità di queste affermazioni della Corte costituzionale⁵⁵⁴, 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 *misura* (*penali* nella sola prospettiva convenzionale) siano applicate garanzie diverse ed ulteriori da quelle che derivano, più o meno direttamente, dalle pertinenti previsioni della CEDU.

Ebbene, arrivati a questo punto, tenendo a mente queste chiare prese di posizione della Corte costituzionale, può quindi concludersi nel senso che le nozioni di *materia penale* e di *matière pénale* – non si *assimilano* – bensì *coesistono*, ciascuna con le proprie caratteristiche strutturali e specificità⁵⁵⁵. E, in questo stesso quadro, pertanto, anche l'art. 25, secondo

⁵⁴⁹ Su cui, tra i molti, v. G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016.

⁵⁵⁰ Cfr. *infra* Cap. II, § 7.

⁵⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

⁵⁵² Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

⁵⁵³ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 252; su cui, da ultimo, M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca senza condanna*, in *Questione giustizia*, 10 luglio 2018.

⁵⁵⁴ 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.

⁵⁵⁵ Anche la recente 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 (e così ponendosi nel solco tracciato a partire dalla sentenza n. 49 del 2015), 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. Trib. Roma, VIII Sez. Penale, sent. 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,*

comma, Cost. e il corrispondente art. 7 CEDU, pur avendo (come si dirà meglio nel prossimo capitolo⁵⁵⁶) 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 non ricoprano che un ruolo del tutto secondario e marginale, in base ai criteri *sostanziale* elaborati dalla Corte EDU a partire dalle sentenze *Engel* e *Ozturk*. Senza che, riproponendo una efficace argomentazione della Corte costituzionale⁵⁵⁷, dalla (pur necessaria) valorizzazione della citata giurisprudenza convenzionale e dal conseguente, quasi inevitabile, sforzo di accostamento tra i due parametri, sia possibile eliminarne, proprio sul versante del perimetro applicativo, le fondamentali differenze.

A margine di tutte queste considerazioni, è però necessario confrontarsi con una recentissima decisione della Corte costituzionale, la n. 223 del 2018, che merita una certa attenzione poiché, con essa, il Giudice delle leggi ha proposto una lettura distonica rispetto all'orientamento elaborato con le sentenze del 2017 prima richiamate.

Trovandosi a giudicare delle medesime questioni di costituzionalità dichiarate inammissibili con la pronuncia n. 68 del 2017, e poi puntualmente riproposte dalla Corte di Cassazione, i Giudice costituzionali hanno affermato che i divieti discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost. – consistenti nel 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*”⁵⁵⁸ – trovano applicazione anche al diritto sanzionatorio amministrativo, e quindi anche rispetto alle sanzioni che il legislatore domestico ha escluso, in virtù di una precisa scelta classificatoria, dall'ambito del penalmente rilevante.

Incidentalmente, è possibile segnalare che, in quest'occasione, la Corte non ha preso in considerazione, eventualmente per esplicitare la diversa conclusione raggiunta in merito alla riferibilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. anche a sanzioni qualificate come non penali, proprio le sentenze del 2017 (la n. 43 e la n. 109, in particolare) con cui, in modo netto ed inequivoco, la stessa Corte aveva teorizzato il modello della *coesistenza* tra i paradigmi nazionale ed europeo⁵⁵⁹. Ora se, in termini generali, è senz'altro condivisibile l'affermazione per cui “*anche rispetto alle sanzioni amministrativo a carattere punitivo si impone infatti 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 fatto*”⁵⁶⁰, non si può prescindere dal rilevare che, seguendo la strada tracciata da questa recente decisione della Corte, si rischierebbe, come più volte è stato detto nel corso dello studio, di frustrare la *ratio* del

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”.

⁵⁵⁶ Cfr., in particolare, *infra* Cap. III.

⁵⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 53 del 1968, *Considerato in diritto* n. 1.

⁵⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, *Considerato in diritto* n. 6.1.

⁵⁵⁹ 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 puntuale il problema in questione.

⁵⁶⁰ Cfr., ancora, Corte Cost., sent. n. 223 del 2018, *Considerato in diritto* n. 6.1.

principio costituzionale di sussidiarietà, compromettendo, allo stesso tempo, le esigenze di garanzia sottese alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁶¹.

7. Riflessioni conclusive: il ruolo e le responsabilità del giudice comune

A valle di tutte le considerazioni formulate nelle precedenti pagine e tenendo a mente il complesso scenario ivi tratteggiato, può ora procedersi con l'esame di un ultimo profilo di interesse in riferimento al più ampio fenomeno dell'impatto della giurisprudenza della Corte europea sull'ordinamento interno, con specifico riguardo alla nozione di *matière pénale* e alle sue implicazioni pratiche.

Può essere utile interrogarsi, in particolare, sulle responsabilità del giudice comune, le cui determinazioni sul piano interpretativo, a ben vedere, e proprio in ragione del ruolo che ad esso viene riconosciuto a partire dalle citate sentenze *gemelle* del 2007, hanno un'incidenza notevole rispetto all'effettivo adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi derivanti dalla CEDU.

A tal riguardo, occorre domandarsi, anzitutto, quali siano gli spazi di autonomia interpretativa che il giudice comune può ritagliarsi allorquando si trovi a *maneggiare* un istituto che, secondo la qualificazione formale operata dal legislatore nazionale, fuoriesce dall'ambito di operatività del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e che, viceversa, ad avviso dello stesso giudice, proprio in applicazione dei criteri *Engel* sopra descritti, disvelerebbe la sua natura *sostanzialmente* penale.

La casistica, come visto, in questo senso, offre plurimi ed eterogeni riscontri⁵⁶²: alla luce della sentenza *Grande Stevens*, per esempio, come si è messo in luce nel precedente paragrafo, nel settore delle sanzioni *disciplinari* di tipo carcerario, alcuni 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 *bin in idem* ivi previsto) a settori diversi da quello *penale*, nel cui solo ambito il legislatore lo ha previsto, con una precisa scelta classificatoria. Ed, ancora, come segnalato in riferimento al campo delle misure limitative del diritto di elettorato passivo previste dal cd. *decreto Severino*, alcuni giudici hanno proposto, in assenza di una presa di posizione della Corte europea, una interpretazione convenzionalmente orientata per applicare le garanzie dell'irretroattività *in malam partem* anche, appunto, alle misure introdotte dal d.lgs. n. 235 del 2012, che il legislatore nazionale non ha considerato come rientranti nel circuito della legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

In una prospettiva teorica, rimane nondimeno tutto da chiarire il nodo relativo alla possibilità per il giudice comune di procedere autonomamente – prescindendo cioè dall'intervento della Corte costituzionale – alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto che il legislatore nazionale ha considerato come estraneo alla *materia penale*.

⁵⁶¹ Sostanzialmente adesivo il commento di 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 dicembre 2018.

⁵⁶² Cfr., in particolare, *supra* Cap. II, § 5.5.

Ebbene, la Corte costituzionale non sembra aver ancora elaborato un orientamento definitivo su questo specifico profilo, avendo, negli stessi precedenti del 2017 prima citati, proposto soluzioni interpretative in parte divergenti⁵⁶³.

In occasione della citata sentenza n. 68 del 2017⁵⁶⁴, la Corte ha scrutinato – per poi deciderle nel senso dell’inammissibilità⁵⁶⁵ – una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione in relazione all’art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 e 9, VI comma, della l. n. 62 del 2005⁵⁶⁶, in materia di confisca per equivalente, misura, quest’ultima, che il giudice *a quo* aveva ritenuto in contrasto, in particolare, con l’art. 7 della CEDU, in ragione della possibilità di una sua applicazione in via retroattiva. Nel formulare le proprie censure, il giudice rimettente aveva mosso dal presupposto per cui la confisca in oggetto avrebbe dovuto essere considerata, in ragione del suo carattere affittivo e in disparte l’etichetta formale di “*misura conseguente ad un illecito amministrativo*” ad essa attribuita dal legislatore, alla stregua di una sanzione *penale* e, come tale, protetta dalle garanzie del *nullum crimen* di cui all’art. 7 CEDU, tra cui, per l’appunto, l’irretroattività *in malam partem*.

La Corte costituzionale ha affermato di non aver “*motivo di discostarsi dalla premessa argomentativa da cui muove il rimettente, sulla natura penale, ai sensi dell’art. 7 della CEDU, della confisca per equivalente*”⁵⁶⁷, in tal modo implicitamente riconoscendo che sia il giudice comune a qualificare autonomamente un istituto come *sostanzialmente* penali secondo i criteri propri della giurisprudenza europea⁵⁶⁸. Essa ha altresì precisato 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*”⁵⁶⁹, essendo il giudice comune, in qualità di “*primo interprete della*

⁵⁶³ Condivide questa lettura, 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.

⁵⁶⁴ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, 4.2., in cui si darà conto del seguito della decisione.

⁵⁶⁵ Per una sintetica descrizione della decisione della Corte, si v. 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, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017.

⁵⁶⁶ Contenuti, rispettivamente, il *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazioni finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*, e *Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

⁵⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto n. 6*.

⁵⁶⁸ Anche nella sentenza n. 43 del 2017 (che verrà esaminata ampiamente nel prossimo paragrafo), 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. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁵⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto n. 7*. E’ interessante, sempre in materia di confisca per equivalente, segnalare, il precedente rappresentato dall’ord. n. 97 del 2009 con cui la Corte, nel dichiarare manifestamente infondate le censure sollevate dall’autorità rimettente in relazione all’art. 117 Cost., ha affermato che “*la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un rapporto di pertinenzialità*” [...] *tra il reato e detti beni, conferiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente affittiva, attribuendole, così, una natura eminentemente sanzionatoria, che impedisce l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell’art. 200 c.p. secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione*” e successivamente precisato che “*il secondo comma dell’art. 25 vieta l’applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente [in oggetto], e che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall’art. 7 CEDU l’applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un’ipotesi di confisca per equivalente (caso Welch c. Regno Unito, 1995)*”.

CEDU⁵⁷⁰, tenuto a “sviluppare i principi enunciati sulla base dell’art. 7 della CEDU per decidere se valgono anche con riferimento”⁵⁷¹ ad altri istituti (alla confisca di valore, nel caso di specie).

Diversamente, nella successiva sentenza n. 109 del 2017, con cui, come ricordato, sono state dichiarate inammissibili le censure di incostituzionalità formulate dal Tribunale di Varese in relazione ad alcune disposizioni del d. lgs n. 8 del 2016⁵⁷², la Corte è sembrata (in parte) rimeditare l’indirizzo proposto in precedenza⁵⁷³. Infatti, pur riconoscendo, in termini generali, che “il giudice comune ha il dovere di evitare violazione 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”⁵⁷⁴, la Corte ha sottolineato – in modo piuttosto netto⁵⁷⁵ – che, ove si ammettesse la possibilità per ciascun giudice comune di procedere in tal senso, il criterio casistico cui sarebbe (inevitabilmente) consegnata 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, secondo comma, Cost”⁵⁷⁶.

Di fronte a questo complesso ed eterogeneo scenario giurisprudenziale, non sembra agevole ricavare delle indicazioni precise per l’interprete, specie ove si consideri che la materia *de qua* è tutta in divenire.

Ad ogni buon conto, è possibile formulare, con la dovuta prudenza, alcune considerazioni di sintesi, con l’obiettivo di precisare, alla luce degli ultimi approdi interpretativi della giurisprudenza costituzionale⁵⁷⁷, quale sia, in concreto, lo spazio che il giudice comune, che intenda pervenire, servendosi dei criteri *Engel*, ad una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto diversamente inteso dal legislatore nazionale, può ritagliarsi.

Sicuramente, come già si è detto, in forza del modello inaugurato con le sentenze gemelle (nella versione ridefinita dalla sent. n. 49 del 2015⁵⁷⁸), il giudice comune, accertata l’esistenza di un “*well-established case-law*” in seno alla Corte EDU⁵⁷⁹, deve anzitutto tentare di

⁵⁷⁰ 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., 3 ss.

⁵⁷¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵⁷² Recante, come già si è detto, *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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2015, 6 ss.

⁵⁷³ Interessante notare, peraltro, che pur a fronte di una dichiarazione di inammissibilità, la Corte abbia scelto, sia nel caso della sent. 68 che nella sent. 109 del 2017, di adottare la propria decisione con la forma della sentenza (in luogo dell’ordinanza). Scelta che può certamente giustificarsi, in entrambi i casi, con l’esigenza della Corte di svolgere considerazioni di carattere generale sul ruolo e sui limiti del giudice comune chiamato a interrogarsi in ordine alla possibile (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di istituti collocati al di fuori della *materia penale* a livello interno.

⁵⁷⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

⁵⁷⁵ Da questo punto di vista, la sent. n. 109 del 2017 sembra porsi in linea di continuità con il già citato precedente rappresentato dalla sent. n. 230 del 2012.

⁵⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1. 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.

⁵⁷⁷ Il riferimento, come si preciserà nel testo, è in particolare alla recente sentenza n. 43 del 2018.

⁵⁷⁸ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.

⁵⁷⁹ Tenendo, in questo momento, in disparte le pur presenti criticità che la dottrina e la più recente giurisprudenza hanno messo in luce in merito alla possibilità di registrare il carattere “*consolidato*”, appunto, negli indirizzi interpretativi proposti dalla Corte EDU. Cfr. *supra* Cap. II, § 5.

interpretare in senso convenzionalmente conforme la normativa interna, essendo, viceversa, tenuto ad attivare il giudizio di costituzionalità ove questo tentativo fallisca⁵⁸⁰.

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, I comma, Cost. che, in questo senso, 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 EDU⁵⁸¹. Una sorta di parametro "stargate" che consente "l'ingresso nel mondo convenzionale", per dirla con le parole del Giudice costituzionale Zanon⁵⁸².

Ciò premesso, deve evidenziarsi che la soluzione dell'interpretazione convenzionalmente conforme rispetto ai casi che interessano ai fini del presente ragionamento, ovvero sia nei casi che riguardano la possibile (ri)qualificazione di un istituto considerato come *non* penale dal legislatore nazionale, appare, come già rilevato in dottrina⁵⁸³, piuttosto difficile. Infatti, di fronte ad una precisa scelta classificatoria del legislatore nazionale in virtù della quale un determinato istituto è stato considerato come estraneo alla *materia penale*, il dato testuale/letterale della disposizione finisce per rappresentare un ostacolo faticosamente superabile in via interpretativa da parte del giudice comune⁵⁸⁴.

Né, in quest'ottica, al fine di estendere lo spazio di autonomia interpretativa riservato al giudice comune, potrebbe opportunamente richiamarsi la tesi, pur autorevolmente sostenuta⁵⁸⁵, secondo cui (tutte) le previsioni della CEDU (anche quelle, come l'art. 7 o come l'art. 4 Prot. n. 7 della CEDU, che riguardano la materia penale), allorché ricadano in "spazi normativamente vuoti" – ossia non regolati in modo antinomico dalla legislazione nazionale –, debbano essere direttamente applicate dal giudice comune, come qualsiasi altra norma dell'ordinamento. Con tale tesi, più in particolare, si è inteso sottolineare che al giudice comune spetta il compito di dare *diretta applicazione* alle disposizioni della CEDU e dei relativi

⁵⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 80 del 2011.

⁵⁸¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 109 del 2017, con cui è stata censurata proprio l'erronea invocazione dei parametri da parte del giudice rimettente.

⁵⁸² Cfr., sul punto, ancora N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 88.

⁵⁸³ Tra questi, 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.

⁵⁸⁴ 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 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)".

⁵⁸⁵ 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, Torino 2016, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2016, 267 ss.

protocolli (ancora una volta, nell'estensione loro attribuita dalla giurisprudenza di Strasburgo), *“in quanto norme incorporate nell'ordinamento giuridico italiano in forza delle rispettive leggi di autorizzazione alla ratifica”*. E ciò perché, nell'escludere che il giudice comune possa *disapplicare* una disposizione nazionale di diritto primario, applicando in suo luogo la norma convenzionale, la Corte costituzionale non ha invece preso posizione in ordine alla diversa questione della *diretta applicabilità*, appunto, 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 confliggente”*⁵⁸⁶.

Ebbene, sembra difficile, prima di tutto, condividere la premessa teorica da cui muove questa tesi 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*⁵⁸⁷, 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, esclusivamente riservato alla *materia penale*), ovvero, se si ricade all'interno di un settore diverso dell'ordinamento (come il settore amministrativo, per esempio), quello stesso istituto non può essere applicato.

La Corte costituzionale, nella più volte citata sentenza n. 43 del 2018 – scrutinando, come visto, proprio una questione di legittimità volta ad estendere il perimetro applicativo del divieto di *bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. al settore degli illeciti tributari – ha fornito importanti indicazioni su questo specifico profilo, pur a fronte di un dispositivo di restituzione degli atti. A fronte della tesi del giudice *a quo* per cui *“l'invocata pronuncia manipolativa, da parte del Giudice delle leggi, si declina quale unico rimedio – de iure condito – per evitare che il sistema del “doppio binario” in materia penale tributaria determina una incompatibilità con il divieto di bis in idem di matrice convenzionale”*, la Corte ha osservato, in modo molto chiaro e sulla

⁵⁸⁶ La situazione descritta nel testo è per i propugnatori della tesi proposta tutt'altro che infrequente: si fa 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, in particolare, dell'art. 521, I comma, 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.

⁵⁸⁷ Così, per esempio, proprio il più volte citato art. 649 c.p.p. che limita 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”*; su questa disposizione codicistica, come noto, fanno leva quegli autori che sostengono la diretta applicabilità del principio del *ne bis in idem* di matrice convenzionale (di cui all'art. 4 Prot. 7 della CEDU) nel settore del diritto amministrativo punitivo. Cfr. 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*, cit.

stessa linea del rimettente, 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”*⁵⁸⁸.

Si tratta di un’affermazione di indubbio rilievo che la Corte costituzionale propone senza sviluppare *funditus* gli argomenti ad essa correlati e che, nondimeno, anche alla luce dei precedenti ivi richiamati⁵⁸⁹, può essere valorizzata, ai nostri fini, per ragionare, più in generale, intorno ai limiti dell’interpretazione convenzionalmente conforme in materie penale.

Tale affermazione si inserisce, infatti, nel solco della più recente giurisprudenza costituzionale che ha messo in luce come l’obbligo dell’interpretazione *conforme a ...* (Costituzione e, per il tramite dell’art. 117, I comma, Cost., alla CEDU) *“ceda il passo all’incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca”*⁵⁹⁰. 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”*⁵⁹¹.

Ed è parimenti importante rammentare, a tal riguardo, che proprio nella materia penale valgono peculiari regole interpretative e che, coerentemente con questo assunto, nella recentissima 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”*⁵⁹².

Del resto, e giova precisarlo, se si ragionasse diversamente – ovvero 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, e la Corte costituzionale lo ha evidenziato in modo netto nella citata sentenza n. 109 del 2017, devono sempre essere valutate in uno con le esigenze garantistiche sottese alla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁹³.

Questa tesi, peraltro, come osservato in dottrina⁵⁹⁴, nel riconoscere la piena autonomia del giudice comune rispetto a tale asserita diretta applicazione della CEDU in spazi normativamente *“vuoti”*, non sembra comunque tenere nella dovuta considerazione le esigenze di uguaglianza che il giudizio di costituzionalità, per come considerato proprio nel modello tracciato a partire dalle sentenze gemelle, assicura.

⁵⁸⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, *Considerato in diritto n. 4*.

⁵⁸⁹ Cfr. Corte cost., sent. nn. 253 del 2017, 36 del 2016 e 221 del 2015.

⁵⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 36 del 2016, *Considerato in diritto n. 4*.

⁵⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 36 del 2016, *Considerato in diritto n. 4*.

⁵⁹² Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 11*.

⁵⁹³ Esigenze, quest’ultime, che mantengono, pur a fronte di una interpretazione meno rigorosa della riserva di legge ex art. 25, II comma, Cost. una loro fondamentale importanza specie nei confronti dei possibili arbitri interpretativi del potere giudiziario. Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit.

⁵⁹⁴ 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.

Ciò premesso in termini generali in ordine alle criticità connesse all'interpretazione convenzionalmente conforme in materia penale⁵⁹⁵, va detto, in conclusione, che, a fronte di un orientamento della Corte costituzionale che, come visto, non può dirsi univoco, non sembra ad oggi risolto il nodo relativo alla possibilità, per il giudice comune, di servirsi di una giurisprudenza europea consolidatasi su un istituto diverso da quello che egli stesso è chiamato ad applicare nel caso concreto.

Ci si riferisce, specificatamente, a quella particolare ipotesi in cui un orientamento consolidato della Corte EDU in effetti sussista ma in riferimento ad un istituto diverso (in tutto o in parte) da quello di cui è questione nel giudizio pendente davanti al giudice comune che intenda servirsi dei criteri *Engel* per (ri)qualificare un istituto considerato come estraneo alla *materia penale* dalla legislazione nazionale. 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 visto, trovarsi costretto a chiedere l'intervento della Corte costituzionale ove il dato testuale fosse tale da non consentire una simile lettura.

In attesa dei prossimi pronunciamenti della giurisprudenza sul punto⁵⁹⁶, ci si limita ad evidenziare, in questa sede, che le preoccupazioni mostrate dalla Corte, nella sentenza n. 109 del 2017, paiono oltremodo condivisibili e si pongono, peraltro, nel solco tracciato dall'ordinanza n. 24 del 2017 e dalla successiva sentenza n. 115 del 2018, in cui, nell'elevare a rango supremo il principio di legalità penale, la Corte ha più volte valorizzato la *ratio* garantistica sottesa al principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁹⁷. Ed, infatti, qualora si ammettesse la possibilità per ciascun giudice di (ri)qualificare in termini *sostanzialmente* penali, secondo i criteri *Engel*, un istituto collocato al di fuori della *materia penale* a livello interno, pur in assenza di un orientamento europeo consolidatosi sulla norma che quello stesso giudice è tenuto ad applicare, si correrebbe il rischio di frustrare proprio l'esigenza garantistica sottesa alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁹⁸.

Invero, le decisioni dei giudici comuni, a differenza di quelle della Corte costituzionale, hanno efficacia soltanto *inter partes* e non v'è, quindi – all'evidenza –, alcuna garanzia che la conclusione raggiunta da un giudice in ordine alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente*

⁵⁹⁵ Sul tema si v. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 319 ss., e V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012.

⁵⁹⁶ Oltre alle più volte citate ordinanze di rimessione promosse, nell'ambito della vicenda *De Tommaso*, può essere ulteriormente segnalato, in questo senso, che, nel dicembre del 2017, la Corte di Cassazione ha nuovamente censurato, dopo la sentenza n. 68 del 2017 della Corte costituzionale, il regime transitorio della confisca per equivalente prevista dall'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998 (questione poi decisa dalla Corte con la già richiamata sentenza n. 223 del 2018). Si 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 *penalecontemporaneo.it*, cit.

⁵⁹⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 5*; su cui, ancora, M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, cit.

⁵⁹⁸ Oltremodo interessante, sul punto, il rilievo di N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., secondo cui "*lasciare al singolo giudice la decisione sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, sulla base dei criteri Engel, è anche – paradossalmente! – un vulnus alla legalità penale europea, intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del reato: siccome le scelte interpretative possono divergere, alla fine un testo legale chiaro può essere pregiudicato da un'applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria*".

penali di un istituto diversamente considerato a livello interno, sia confermata, in casi successivi, da quello stesso giudice, ovvero da altri giudici, chiamati a risolvere casi analoghi o sovrapponibili, con evidenti ripercussioni sul principio di uguaglianza e sulla certezza del diritto⁵⁹⁹.

Del resto, come la più recente vicenda *De Tommaso* ha emblematicamente messo in luce, e come più volte ribadito dalla stessa Corte costituzionale⁶⁰⁰, quand'anche la soluzione interpretativa dovesse pervenire dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ad essa non potrebbe essere che riconosciuto un valore “*essenzialmente persuasivo*”, che può però essere disatteso “*in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure on l'onere di adeguata motivazione*”⁶⁰¹.

E non è, peraltro, casuale che la Corte costituzionale abbia proposto tali considerazioni, quando chiamata, nel 2013, a ragionare della possibilità – poi esclusa – di includere, tra le ipotesi di revoca della condanna *penale*, ai sensi all'art. 673 c.p.p., anche il “*mutamento giurisprudenziale*”, determinato da una decisione del massimo organo nomofilattico, in base al quale il fatto giudicato non è più previsto dalla legge come reato. Questione che il rimettente, in quel caso, aveva sollevato in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., assumendo, in particolare, il contrasto tra la citata previsione codicistica e l'art. 7 CEDU, inglobando, quest'ultimo, nel concetto “*legalità in materia penale non solo il diritto di produzione legislativa, ma anche quello di derivazione giurisprudenziale*”⁶⁰².

Questa circostanza, ai nostri fini, attraverso il richiamo alle riflessioni contenute nei primi paragrafi, consente di mettere conclusivamente in luce la già segnalata correlazione che stringe il paradigma di *materia penale* proprio del sistema nazionale, da una parte, e la *ratio* garantistica sottesa alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost, dall'altra.

⁵⁹⁹ Sul tema dei rischi correlati ad una apertura del sistema al “*controllo diffuso*”, v., in particolare, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 40, per cui le interpretazioni creative proposte dalla giurisprudenza cui si è fatto riferimento nel testo “*esautorano[no], nella più parte dei casi, la Corte costituzionale dalle sue precipue funzioni, in spregio alla precisa scelta di campo ordinamentale per un controllo accentratato di legittimità nelle ipotesi in cui sia inequivoca la littera legis ovvero nelle ipotesi in cui la fonte in rilievo sia insuscettibile di applicazione diretta*”; con analoghi rilievi critici, v. O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *penalecontemporaneo.it*, 5, novembre 2012.

⁶⁰⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 9*.

⁶⁰¹ Così D. PULITANO, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, cit., p. 81.

⁶⁰² Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 1*.

Capitolo III

I contenuti del principio di legalità penale: i corollari dell'art. 25, secondo comma, Cost.

SOMMARIO: Introduzione. **Sezione I. Sul versante storico-formale: la riserva di legge.** 1. Il principio della riserva di legge alla luce della *crisi* del sistema della rappresentanza politica e della perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti. 2. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo nella materia penale: le posizioni della dottrina, le risposte della prassi e i problemi ancora aperti. 2.1. Segnali in controtendenza dalla più recente giurisprudenza costituzionale? 2.1.1. Alcune conforme e un'importante novità nel sindacato di legittimità sul ricorso al decreto legislativo in materia penale. 2.1.2. (Segue) gli abusi della decretazione d'urgenza nella materia penale e le recenti prese di posizione della Corte costituzionale. 3. La Corte costituzionale al cospetto della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. 3.1. La riserva di legge e gli interventi *in bonam partem* della Corte costituzionale: presupposti, effetti e alcune criticità di fondo. 3.2. I limiti al sindacato di costituzionalità *in malam partem*. 3.2.1. Una prima eccezione: le cd. *norme penali di favore*. 3.2.2. Una seconda eccezione: il caso dell'eccesso/carenza di delega legislativa. 3.2.3. Una terza eccezione: il caso dell'incostituzionalità per vizio formale. 4. Il ruolo *creativo* della magistratura come ulteriore fattore di crisi della riserva di legge in materia penale. 5. L'impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulla riserva di legge in materia penale. 6. La riserva di legge di fronte all'avvento del cd. *diritto penale europeo*. 6.1. Lo "stato dell'arte", alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona. 6.2. Alcune considerazioni sulla tenuta della riserva di legge nazionale. **Sezione II. Sul versante storico-universalistico: il principio di determinatezza e l'irretroattività in malam partem.** 1. Preliminarmente, la mancata riforma del codice Rocco e gli interventi settoriali del legislatore: il principio di determinatezza e una *crisi* che parte da lontano. 1.1. (Segue): il d.lgs. n. 21 del 2018 e la cd. *riserva di codice*. 2. La Corte costituzionale alle prese con il principio di determinatezza. 2.1. I più rilevanti tracciati della giurisprudenza costituzionale: dalla svolta degli anni '80... 2.2. (Segue) ...passando per le controverse decisioni sul cd. *disastro innominato* e sulle prescrizioni del "*vivere onestamente e del rispettare le leggi*".... 2.3. (Segue) al recente caso *Taricco*, la definitiva *renaissance* del principio di determinatezza. 3. Gli innesti della giurisprudenza della Corte EDU sul principio di determinatezza. 4. Il principio di irretroattività *in malam partem*. 4.1. L'irretroattività *in malam partem* come garanzia della libera determinazione individuale: l'orientamento granitico della Corte costituzionale. 4.2. Il problema della individuazione dell'ambito di operatività del principio di irretroattività *in malam partem*: ancora, sui confini *mobili* della materia penale. 5. La differente copertura costituzionale del principio di retroattività *in bonam partem*. 6. Irretroattività sfavorevole, retroattività *in bonam partem* ed effetti delle decisioni della Corte costituzionale, tra (molte) conferme e (alcuni) dubbi.

Introduzione

Tracciati – pur se con tutte le cautele di cui è detto¹ – i confini di operatività del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., è possibile a questo punto muovere verso la parte successiva dalla presente ricerca, procedendo con l'analisi dei principali corollari riferibili al principio di legalità penale.

A tal fine, come anticipato, si è scelto di concentrare l'attenzione, in prima battuta, sulla fase genetica delle fattispecie penali, prendendo anzitutto in esame le problematiche relative al corollario che in essa assume primaria rilevanza, la *riserva di legge*, ragionando poi delle modalità con cui le stesse fattispecie penali sono – o, meglio, dovrebbero essere – formulate, in omaggio al principio di *determinatezza*, per esaminare, infine, il tema dei limiti della loro applicabilità in sede giudiziaria, confrontandosi, in quest'ultima prospettiva, con le criticità correlate al divieto di irretroattività sfavorevole (e al simmetrico principio di retroazione *in bonam partem*)².

Si è ben consapevoli che, in questo modo, si finisce per affrontare prioritariamente un aspetto – quello della *riserva di legge*, appunto – che rappresenta una specificità del solo sistema italiano³, dando così spazio, in un secondo momento soltanto, alle tematiche che tradizionalmente vengono ricondotte al cd. *versante a-storico-universalistico* del principio di legalità penale e che, come tali, costituiscono un patrimonio condiviso da tutti i sistemi giuridici moderni (anche di tradizione molto diversa tra loro)⁴.

Tale scelta metodologica, pur non essendo ovviamente l'unica in astratto possibile, appare nondimeno in linea con la più importante manualistica⁵ e del tutto coerente con l'idea di dare priorità alle questioni più controverse e dibattute, intorno alle quali, peraltro, proprio il confronto con il modello di legalità penale accolto nel sistema sovranazionale – vero "*leitmotiv*" dell'intero studio qui proposto – offre gli spunti di maggior interesse.

¹ Cautele che, a ben vedere, si impongono in modo ancor più stringente alla luce della recente sentenza n. 223 del 2018 con cui, come si è detto, la Corte costituzionale è sembrata seguire una traccia differente da quella su cui si erano in precedenza mosse numerose pronunce della stessa Corte. Cfr. *supra* Cap. II, § 6.1.

² 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*".

³ La precisazione è qui formulata utilizzando come termine di paragone il sistema convenzionale, che, come già si è detto, non prevede la riserva di legge tra le garanzie ricavabili dall'art. 7 CEDU (su cui v., ancora, 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, Padova, 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 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*.

⁴ 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*.

⁵ Per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, p. 27 ss.; e *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 59 ss.; e G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014.

Sezione I. *Sul versante storico-formale: la riserva di legge*

Della riserva di legge prevista all'art. 25, secondo comma, Cost., nel capitolo introduttivo, sono state sinteticamente messe in luce le principali caratteristiche: il suo fondamento assiologico, conforme al ruolo cardine del Parlamento come espressione della volontà popolare⁶; la sua natura “*tendenzialmente assoluta*”⁷; 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 applicativa⁸.

Ebbene, nelle prossime pagine, si cercherà di delineare le più significative “*zone di sofferenza*” in cui, nel contesto attuale, la *ratio* ad essa sottesa disvela le proprie criticità, in conseguenza delle complesse linee evolutive dell'ordinamento interno e della più volte segnalata apertura del sistema penale alla dimensione sovranazionale. Si tenterà, più precisamente, di approfondire questi ultimi profili, con l'obiettivo di verificare, in ultima analisi, quale sia il grado di attualità della tesi – accolta dalla più rigorosa dottrina, in omaggio all'ispirazione illuministica del principio di legalità⁹ – 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 criminale¹⁰. Tesi che poggia su alcuni precisi presupposti dogmatici, che si riferiscono, congiuntamente, alla *legge come atto* e alla *legge come esito di un particolare procedimento*¹¹: prima di tutto, l'art. 25, secondo comma, Cost. chiama in causa una fonte – la *legge*¹² – che *tipicamente* formula norme generali ed astratte;

⁶ 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.

⁷ 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*, Ed. sc., 2012, p. 23 ss.

⁸ E ciò in coerenza 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, 1993, p. 61.

⁹ Come riferisce, in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹⁰ Nelle parole di G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1964, p. 965 ss, ora in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti*, 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, ancora, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit.

¹¹ 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, Bologna, 2016.

¹² 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, 2014, p. 6 ss., “*la legge, in quanto atto normativo, pur con tutti i suoi difetti, continua a possedere una qualità irrinunciabile nelle democrazie*

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, nella seconda delle prospettive citate, la *legge* è prodotta dal Parlamento, che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, in quanto eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale¹³; la *legge*, inoltre, è risultato di un procedimento – quello legislativo disciplinato dagli artt. 72 e ss. Cost.¹⁴ – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza¹⁵; ed, infine, il regime di pubblicità cui sono assoggettate le procedure parlamentari presuppone, sia pur indirettamente, un confronto anche con la pubblica opinione.

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 interrogativo a cui è possibile rispondere soltanto dopo aver preso in considerazione le tematiche oggetto delle riflessioni proposte nei prossimi paragrafi.

1. Il principio della riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica e della perdita di centralità della legge nel sistema delle fonti

Tra i principali elementi sintomatici di quella che la dottrina da lungo tempo, con formule più o meno caratterizzanti¹⁶, va qualificando come la *crisi* della legalità penale¹⁷, la perdita di centralità della *legge* nel sistema delle fonti rappresenta, per molte ragioni, l'elemento

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".

¹³ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. nn. 487 del 1989 e 394 del 2006.

¹⁴ 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".

¹⁵ 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".

¹⁶ 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.

¹⁷ 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, infatti, 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 troncare 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".

più problematico¹⁸, e, come tale, di maggior interesse, specie nella prospettiva del diritto costituzionale¹⁹.

Si tratta, infatti, di un fenomeno profondamente radicato nelle dinamiche legislative (non solo²⁰) italiane, che si inserisce nel più ampio contesto della progressiva marginalizzazione degli organi rappresentativi e che, evidentemente, coinvolge nei suoi fondamenti l'intera architettura dell'ordinamento statale, intercettando, peraltro, ed in termini assolutamente problematici, la stessa tenuta della forma di governo parlamentare²¹.

L'indagine di questo fenomeno è tradizionalmente condotta per verificare se esistono ancora "le condizioni storiche, politiche ed istituzionali perché il Parlamento (...) possa compiutamente realizzare l'istanza garantistica sottesa alla riserva di legge"²² e se, in altri termini, "l'organo parlamentare sia ancora all'altezza del suo compito e [possa quindi] corrispondere alle aspettative in esse riposte, e cioè [se sia] 'culturalmente e politicamente capace di 'praticare' la dialettica democratica nella formazione della volontà legislativa'²³.

¹⁸ 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".

¹⁹ Sul tema, tra i molti, F. MODUGNO, *A mè 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.; peraltro, come è stato precisamente rilevato da G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2007, II, p. 1276, "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".

²⁰ Anche se, come acutamente rileva, il Prof. Azzariti: in questo contesto, si registra "certamente un'anomalia italiana. Altrove, nel contesto mondiale, infatti, i partiti e le leadership politiche, anch'esse in evidente crisi di capacità di rappresentanza, non hanno però imboccato la strada dell'autodissolvimento" (cfr. A. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Jovene, 2009, p. 1794); 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 durante l'egemonia politica berlusconiana, che ha semplificato un modello di governo esasperatamente maggioritario, poco rispettoso dell'autonomia del parlamento e per nulla interessato al contributo critico delle opposizioni, e persino insensibile alla garanzia di diritti fondamentali costituzionalmente protetti". Nella medesima prospettiva, per C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza 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".

²¹ V, in particolare, R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, 2011, p. 15 ss., che sottolinea le connessioni tra il sistema delle fonti e gli assetti della forma di governo parlamentare.

²² Così F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999, p. 230 ss.; nello stesso senso, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, pp. 2270, si chiede se "la strenua difesa della riserva di legge nei termini rigidi in cui ci è stata tramandata dalla tradizione culturale penalistica possiede ancora un significato reale o se sia, piuttosto, il frutto di una pigra tradizione".

²³ Così C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 27. Su queste stesse tematiche, peraltro, è necessario confrontarsi per riuscire a dimensionare la consistenza della tesi di chi – riferendosi alle più recenti tendenze della legislazione penale – ha profilato "addirittura la fase terminale della 'lunga agonia del principio di riserva di legge nazionale in materia penale'"; per C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, p. 1, in particolare, tale agonia avrebbe ricevuto una decisiva accelerazione in conseguenza dello sviluppo del diritto penale europeo.

Occorre, a tal riguardo e preliminarmente, rilevare che l'*insula* penalistica – per richiamare una efficace immagine utilizzata in dottrina²⁴ –, lungi dal costituire una “*specie di zona franca, di rinserrato in cui la legalità si arrocc[a] mentre nel resto dell’ordinamento è non solo e non tanto insidiata dal degrado della legge ma anche e soprattutto messa a nudo dalla contestatrice opera di demitizzazione*”, rappresenta, piuttosto, l’ambito in cui il fenomeno in parola ha posto i più rilevanti problemi, stante sullo sfondo proprio la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. e le fondamentali esigenze di democraticità ad essa sottese.

Ed è, peraltro, interessante notare che, nella migliore dottrina penalistica²⁵, c’è chi ha ragionato intorno a questo fenomeno, tentando di rintracciarne le possibili cause in una dimensione anche *filosofica*, giungendo alla conclusione che la legge – “*quale espressione normativa di quell’imperante volontarismo con cui l’uomo occidentale ha affermato la propria soggettività soggiogante la realtà*” – ha, nel corso degli anni, mostrato “*la sua incapacità di cum-prendere tutta la inesauribile e disorientante ricchezza dell’essere*” e che, su queste basi, “*il nichilismo imperante [ha] travol[to] anche la intrinseca bontà della legge di socratica memoria*”.

Senza poter sviluppare le pur originali suggestioni proposte con queste riflessioni, interessa maggiormente, ai nostri fini, volgere lo sguardo verso l’orizzonte *giuridico ed istituzionale* della crisi della legge, cercando di delineare le coordinate essenziali entro cui tale fenomeno si inserisce, con l’obiettivo di mettere in luce, in particolare, il risultato pratico che le trasformazioni in atto determinano sul piano della produzione normativa.

Orbene, preme ancora rimarcare che accanto e forse prima del tramonto della legge, si è assistito, più generale e non solo in Italia²⁶, ad un progressivo indebolimento del concetto stesso di *rappresentanza politica*²⁷: da diverso tempo, infatti, il collegamento tra le aule parlamentari, da una parte, e il corpo sociale che in quelle stesse dovrebbe essere rappresentato, dall’altra, è andato allentandosi, anche in conseguenza di un sistema, quello della rappresentanza democratica mediata attraverso i partiti politici, che è sembrato, in particolare nel nostro ordinamento, mostrare la propria inadeguatezza²⁸.

²⁴ Più volte utilizzata da F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quad. Fior.*, II, 2007, p. 1286.

²⁵ V., ancora, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., p. 1286-1287.

²⁶ Nel suo *Leggi penali ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 1/2004, p. 51 ss., E. DOLCINI ricorda il “*Congresso dei professori tedeschi di diritto penale svoltosi a Trier nel 1989, dove echeggiarono formule come ‘crepuscolo della legge’ e qualcuno parlò di una ‘progressiva perdita di autorità da parte del legislatore penale’*”.

²⁷ Illuminanti sul tema le riflessioni di M. LUCIANI, *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, p. 117, per il quale, “*perduta la pretesa di rappresentare nella sua interezza una società troppo complessa, la rappresentanza può almeno servire a darle una forma politica. Che il sistema delle istituzioni debba dotarsi di un tronco rappresentativo, dunque, è vero oggi quanto (e più di) ieri. La necessità di innestare, su quel tronco, dei rami «partecipativi» (referendum, iniziativa popolare, etc.) è indiscutibile, ma non per questo la necessità storica della rappresentanza e il suo peculiare contenuto di valore vengono meno*”. Sul tema, v. anche A. MANZELLA, *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, il quale, intorno alla “*questione della rappresentanza*”, sottolinea “*la desertificazione, lo svuotamento dei luoghi di organizzazione politica della società. Con l’indebolimento dei partiti politici e dei sindacati (le ‘agenzie sociali’ degli ultimi due secoli), si è moltiplicata la rumorosità sociale ma se ne è affievolita la voce e la progettualità politica*”.

²⁸ In generale, sulla crisi della rappresentanza politica in Italia, v. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, cit., p. 21

Sullo sfondo di queste complesse dinamiche, per quanto più qui interessa, l'idea che il principio *democratico* stia, da tempo, attraversando una fase di profonda difficoltà²⁹, come conseguenza della combinazione di due distinti ma correlati fattori: la definitiva affermazione (anche *istituzionale*³⁰) del principio *maggioritario* e, più di recente, l'emersione del principio *tecnocratico*³¹.

La dottrina (costituzionalistica, in particolare³²) si è a lungo confrontata su 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*³³. Ora, come è facile intuire, un'analisi, anche solo superficiale, di questi complessi processi richiederebbe molto spazio (oltre che una preparazione specifica che chi scrive certamente non ha), con il rischio concreto di distogliere l'attenzione dall'oggetto dell'indagine che qui interessa condurre. Pertanto, come già si è anticipato, nel

ss.; e A. MANZELLA, *Il Parlamento d'emergenza*, in AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali* (a cura di) A. Barbera e T. Giupponi, Bologna, 2008, p. 375 ss.; più nello specifico, per una riflessione sull'attuale "stato di salute" dei partiti politici, v. AA.VV., *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, (a cura di) F. Biondi – G. Brunelli – M. Revelli, Ed. Sc., 2016, e S. STAIANO, *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 19/2015, 7 ottobre 2015; tra i penalisti, v., in particolare, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 230 ss; e dello stesso A., ancora, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., p. 1290 ss.; sullo stesso tema, ancora, P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. Fior.*, I, 2007, p. 35, per cui "appare oggi più debole il fondamento politico-costituzionale del principio di legalità penale. Questo principio infatti, che nel quadro costituzionale del secondo dopoguerra traeva forza dalla logica della democrazia parlamentare, non può non subire i contraccolpi della crisi che investe il funzionamento del meccanismo rappresentativo".
²⁹ V., in particolare, A. MORELLI, *Le trasformazioni del principio democratico*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, (a cura di) L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, 2015, p. 95 ss., e dello stesso 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, Milano 2015, p. 5; nella dottrina penalistica, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., p. 1292.

³⁰ Come non ricordare, in questo senso, le modifiche che hanno interessato, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, la legislazione elettorale, prima, e i Regolamenti parlamentari, in un secondo momento; su queste tematiche, tra i molti, v. F. LANCHASTER, *Regolamenti parlamentari e forma di governo: gli ultimi quarant'anni*, Giuffrè, 2014; e A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Il Mulino, 2003.

³¹ Tra i penalisti, v., in particolare, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 91 ss., in una realtà sempre più avanzata, pervasa e plasmata di tecnologia, la sovranità del cittadino viene "espropriata o insidiata dal peso crescente assunto nelle pubbliche decisioni dalla tecnocrazia e dagli esperti, e ciò a causa della sempre maggiore complessità delle questioni da decidere: la politica si tecnicizza, e la tecnica si politicizza"; l'A., inoltre, sottolinea come queste tendenze fossero emerse "in maniera particolarmente chiara nella fase di grave crisi economica che [abbiamo vissuto], contrassegnata da un pressoché necessitato passaggio di competenze da un governo politico a un governo cosiddetto di tecnici". Sul tema, v. anche C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 31.

³² Tra i molti, v. A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017; e, dello stesso A., *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in *Consulta Online*, fasc. 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 riflessioni di L. FERRAJOLI, *Il processo di deconstituzionalizzazione 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.

³³ 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, Roma-Bari 2016, p. 228, in nt. 117 (richiamato dalla stessa Massa Pinto a 24, in nt. 44); si confronta con le riflessioni proposte dagli A. citati A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e poteri di normazione del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, cit., p. 1.

rinvia alla vasta e polifonica letteratura formatasi in materia³⁴, è utile invece approfondire il dato pratico che, sul versante della produzione normativa, le dinamiche prima brevemente descritte hanno determinato³⁵: alla marginalizzazione dell'istituzione parlamentare si è infatti affiancato il progressivo abbandono della “legge”, quale privilegiata fonte per governare e normativizzare le istanze provenienti dalla società³⁶; e ciò, vuoi per l'ingresso di fonti secondarie³⁷, anche nel settore penale³⁸, vuoi, soprattutto, per il ricorso abusivo, da parte dell'esecutivo, ad atti aventi forza di legge³⁹.

Invero, preme fin da subito evidenziare che la “*signoria del Governo*”⁴⁰ sulle fonti del diritto assume, proprio nella materia penale, una dimensione del tutto singolare, non solo,

³⁴ E' importante ricordare, in proposito, che l'Associazione Italiana dei costituzionalisti (“AIC”) ha dedicato gli ultimi due convegni annuali (non solo ma significativamente) all'esame delle più recenti tendenze in materia di rappresentanza politica: così, nel convegno “*Democrazia, oggi*”, svoltosi presso l'Università di Modena, in data 10 e 11 novembre 2017; e nel convegno dal titolo “*Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità – rappresentanza – territorio*”, svoltosi presso l'Università di Trento, in data 11 e 12 novembre 2016; al contenuto delle relazioni svolte in occasione dei due convegni, ora pubblicate e disponibili sul sito della *Rivista AIC*, si rinvia per l'approfondimento delle tematiche richiamate nel testo.

³⁵ Che la dottrina non ha esitato – in modo spesso critico – a rilevare: v., per tutti, R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo, 2011; e, tra i penalisti, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, cit., p. 1255, in questo contesto, “*le tendenze di fondo che sono andate affermandosi, com'è noto, convergono nel senso di un ridimensionamento della centralità e dell'importanza dell'istituzione parlamentare, di un orientarsi in senso maggioritario del sistema politico, di un potenziamento del ruolo protagonista del governo anche sul terreno delle riforme legislative: tutto ciò – per di più – entro un orizzonte più generale incline a promuovere la personalizzazione e mediatizzazione della politica, con conseguente crisi e caduta della partecipazione e delle varie forme di coinvolgimento attivo dei cittadini*”.

³⁶ Per una ricca disamina delle qualità della legge, v., tra i molti, P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. Fior.*, I, 2007, p. 18 ss.; e, più di recente, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015.

³⁷ 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 materi 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 ancorchè non dotate di piena obbligatorietà*”; sul tema, v. anche A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e 'soft law'*, in *Riv. It. Dir. e 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, Torino, 2009, p. 31 ss.

³⁸ 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. Occorre, ancora, rilevare che 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*”.

³⁹ 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*”.

⁴⁰ 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, Torino, 2011, 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*”; 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*

per quanto si dirà diffusamente, in ragione della 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 rapidi⁴¹ e, soprattutto, certi⁴². Del resto, che possa essere la “*minaccia di una pena*”⁴³ 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 valorizzato⁴⁴ e che, peraltro, ha trovato nelle recenti legislature plurime conferme⁴⁵.

In una prospettiva generale, attestano plasticamente le dimensioni del fenomeno in parola, i dati relativi alla produzione normativa della XVII legislatura⁴⁶: dei 706 atti di rango primario adottati nel quinquennio 2013-2017, soltanto 339, infatti, si presentavano con la veste formale di “*leggi*” e, tra queste, una larghissima percentuale (prossima all'80%), è stata adottata su iniziativa del Governo, in molti casi proprio per autorizzare o per ratificare il ricorso ad atti aventi forza di legge. Quella che è stata efficacemente definita come la “*fuga*

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”.

⁴¹ 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*”.

⁴² 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*”.

⁴³ Per usare le stesse parole della Corte costituzionale – cfr. Corte cost., ord. n. 145 del 2009.

⁴⁴ Per tutti, AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *penalecontemporaneo.it*, 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, Milano, 1990, p. 19 ss.; AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) M. Donini e M. Papa, Milano, 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*, II, (a cura di) M. C. Bassiouni, A. R. Latagliata e A. M. Stile, Milano, 1991; sul tema v., anche, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss; D. PULITANO', *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, p. 123 ss.

⁴⁵ Così, per esempio, per M. SESTIERI, *Note di politica criminale in materia di caporalato*, in *La legislazione penale*, 3 marzo 2017, in relazione alla legge 29 ottobre 2016, n. 199, recante *Disposizioni 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*”.

⁴⁶ Cfr., ancora, Servizio Studi – Osservatorio sulla legislazione - Appunti del Comitato per la legislazione, “*La produzione normativa nella XVII legislatura*” (ultimo aggiornamento disponibile, al 20 ottobre 2017), p. 3.

dalla legge”⁴⁷, in altre parole, ha determinato una profonda alterazione degli equilibri tra Parlamento e Governo. 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*”⁴⁸ i fattori che più hanno inciso sulla tenuta della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁴⁹.

Sviluppando queste riflessioni, nella dottrina penalistica in particolare, è stata poi messa fortemente in discussione anche l’idea che la *ratio* della riserva di legge in materia penale possa dirsi comunque garantita dalla partecipazione delle forze di minoranza presenti in Parlamento alla determinazione delle scelte di contenuto penalistico⁵⁰: se è vero, infatti, che, nelle sue elaborazioni dottrinali più raffinate, si è ragionato 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*”⁵¹; è altrettanto vero che, nelle ultime legislature in particolare⁵², 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’esame⁵³.

Il tema, come è facile intuire, è tale da coprire orizzonti molto vasti, che chiamano in causa, tra le numerose questioni, anche quelle relative al funzionamento delle regole sulle procedure parlamentari (con problematiche di una certa rilevanza allorché si ragioni degli

⁴⁷ Secondo la già citata formula di R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, cit.

⁴⁸ Qui servendosi delle parole di C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 18-19.

⁴⁹ Nella dottrina costituzionalistica gli studi che hanno indagato lo “*spostamento del potere normativo primario dal Parlamento al Governo*” sono davvero numerosi: si 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, Torino, 2001, p. 497 ss.; su questa stessa linea, per O. DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Opinioni a confronto*, Criminalia, 2007, p. 222, “*la perdita di immagine [del potere legislativo] contribuiscono (tra le altre cose) il funzionamento distorto, poiché meramente meccanicistico, del principio di maggioranza (che tende, in ragione della prevalenza numerica, ad escludere il confronto con le minoranze, sostituendo in modo surrettizio la logica della forza a quella del dialogo, o almeno l’agire strategico a quello comunicativo) nonché, al di là del sistema elettorale vigente in un certo momento, l’allontanamento progressivo del Parlamento dal suo elettorato attivo, per effetto della massiccia interposizione degli apparati partitici, organizzati e burocratizzati, che si muovono secondo logiche incomprensibili alla gran parte dei cittadini*”.

⁵⁰ V., diffusamente, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 33 ss.

⁵¹ 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*”.

⁵² V., tra i molti, E. DOLCINI, *Leggi ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, cit., p. 3.

⁵³ 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*”.

strumenti di cui può disporre il Governo per *dirigere* la propria maggioranza⁵⁴, accelerando l'approvazione dei disegni di legge di iniziativa governativa⁵⁵).

Su tali profili, in questa sede interessa soltanto accennare, avendo comunque cura di rimarcare che, anche nella materia penale, il Governo ha fatto ricorso alla questione di fiducia⁵⁶, servendosi talvolta anche del cd. "*binomio del diavolo*" (facendo cioè ricorso, contestualmente, alla questione di fiducia e al maxi-emendamento⁵⁷), finendo, all'evidenza, in tutti questi casi, per strozzare il dibattito parlamentare⁵⁸.

Come si dirà più puntualmente nel prossimo paragrafo, la recente prassi 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 "*clamorosa*" vicenda che la Corte ha affrontato in occasione della sentenza n. 32 del 2014: in questo caso, il Governo ha posto la questione di fiducia, sia

⁵⁴ 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*.

⁵⁵ Sul tema, v., in particolare, F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012.

⁵⁶ Con una prospettiva di carattere generale, è poi utile segnalare che, nel corso della XVII legislatura, 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*" (ultimo aggiornamento disponibile, al 20 ottobre 2017), 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, Milano, 1970, pp. 250 e ss; e, più di recente, G. RIVOSECCHI, *Fiducia parlamentare (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, aggiornam.*, Utet, Torino, 2008; per I. LOLLÌ, *Decreti-legge e disegni di legge: il Governo e la 'sua' maggioranza*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2016, p. 17, "*forse mai come nel corso delle due ultime legislature, anche a causa di una crisi economico-finanziaria di difficile risoluzione, gli esecutivi che si sono succeduti hanno fatto ricorso a tutti gli strumenti dell'arsenale a loro disposizione per imporre al Parlamento, ed in particolare alla maggioranza, la propria agenda. Lo strumento più efficace e maggiormente utilizzato è, come ovvio, la questione di fiducia*".

⁵⁷ Come è capitato nel caso deciso con la sentenza n. 32 del 2014, in cui la Corte ha osservato che l'intervento in discussione - modificativo della disciplina dei delitti in materia di stupefacenti - ha finito "*per essere inserito in un 'maxi-emendamento' del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione (...) così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta. Inoltre, per effetto del 'voto bloccato' che la questione di fiducia determina ai sensi delle vigenti procedure parlamentari, è stato anche impedito ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo, dal momento che all'oggetto della questione di fiducia, non possono essere riferiti emendamenti, sub-emendamenti o articoli aggiuntivi e che su tale oggetto è altresì vietata la votazione per parti separate. Né la seconda e definitiva lettura presso l'altro ramo del Parlamento ha consentito successivamente di rimediare a questa mancanza, visto che anche in quel caso il Governo ha posto (...) la questione di fiducia sul testo approvato dal Senato, obbligando così l'Assemblea della Camera a votarlo 'in blocco'*" - cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.4.

⁵⁸ 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, Roma, 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 eludere 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*".

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"⁵⁹.

Con lo stesso spirito critico, può essere segnalata la "Riforma Orlando" – con cui, nella scorsa legislatura, è stata portata a termine un'ampia ed articolata revisione del codice penale e, soprattutto, del codice di rito⁶⁰ – che è stata approvata con un doppio voto di fiducia, prima al Senato e poi alla Camera⁶¹ e che contiene al suo interno importanti deleghe per la riforma dell'ordinamento penitenziario⁶², per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali⁶³, oltre che per la materia delle intercettazioni e delle impugnazioni⁶⁴. Ed ancora, nella legislatura corrente, in sede di conversione del decreto n. 113 del 2018, cd. "Sicurezza", il Governo ha posto la questione di fiducia su un maxi-emendamento interamente sostitutivo del testo originario, peraltro introducendo *ex novo* fattispecie penali non previste nel provvedimento licenziato ai sensi dell'art. 77 Cost.⁶⁵.

Per concludere, insomma, ben lontano – e non solo nel tempo – appare il pensiero di 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

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.4.

⁶⁰ La riforma "Orlando" ha inciso significativamente su molti istituti di parte generale (come la prescrizione) - su cui, per un commento a prima lettura, S. ZIRULIA, *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017; anche la disciplina processuale è stata largamente rivista, specie sul versante delle impugnazioni - su questi aspetti, tra i molti, AA.VV., *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, (a cura di) Scalfati, Torino, 2017; e C. SCACCIANOCE, *La Riforma 'Orlando' e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla 'specificità' dei motivi alla struttura 'matevole' dell'appello*, in *Archivopenale*, 3/2017.

⁶¹ In modo critico su questo particolare elemento dell'iter che ha condotto il Parlamento all'approvazione della "Riforma Orlando", M. BARGIS, *Appendice di aggiornamento al compendio di procedura penale*, in *shop.wki.it*, 2017, pp. 1-19, per cui "dopo un travagliato iter parlamentare, la c.d. "riforma Orlando" è stata approvata solo grazie alla questione di fiducia posta nei due rami del Parlamento. Di questa conclusione, dovuta a profonde disparità di vedute in seno alla stessa maggioranza, ha risentito purtroppo la qualità del provvedimento, sia per la spesso debole visione sistematica, sia per la scarsa limpidezza di alcune disposizioni, che certamente daranno luogo a contrasti interpretativi in concreto".

⁶² Su cui, A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017; sul tema, più in generale, E. DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 25 giugno 2018; e G. DI ROSA, *Le solitudine in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2018.

⁶³ 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 *penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017.

⁶⁴ Su cui, A. MARANDOLA, *La riforma Orlando si completa: approvato il decreto legislativo sulle impugnazioni*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 ottobre 2017.

⁶⁵ Si tratta, per esempio, del delitto di cui al nuovo art. 669-bis c.p., ai sensi del quale "alvo 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, e' punito con la pena dell'arresto da tre a sei mesi e con l'ammenda da euro 3.000 a euro 6.000. E' 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 organizza 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".

la “sede in cui le voci discordi dell’opposizione (...) [potessero riuscire a] contrastare la ‘dittatura della maggioranza’”⁶⁶.

2. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo nella materia penale: le posizioni della dottrina, le risposte della prassi e i problemi ancora aperti

Si è già anticipato, nel capitolo introduttivo di questo studio, che, dinanzi all’uso abnorme e snaturato delle fonti governative nella materia penale, la Corte costituzionale⁶⁷ e larga parte della dottrina⁶⁸ hanno sostanzialmente *preso atto* delle trasformazioni in corso⁶⁹, proponendo una lettura dell’art. 25, secondo comma, Cost. imperniata su una equiparazione tra la legge e gli atti aventi forza di legge⁷⁰.

Ciò nondimeno, nelle più rigorose ricostruzioni dottrinali, si è fatta strada, anche di recente, la tesi per cui “alcuni caratteri della decretazione d’urgenza, da un lato, e della delega legislativa, dall’altro, [sarebbero] incompatibili con le esigenze che lo stesso principio di legalità penale pone, sia sotto il profilo della chiarezza della fattispecie applicabile, sia sotto il profilo della sua determinazione temporale”⁷¹.

In tale prospettiva, con riguardo allo strumento del decreto legge, si è anzitutto osservato che – in disparte la natura *provvisoria* dell’atto governativo – gli effetti conseguenti alla sua adozione potrebbero essere *definitivi*, incidendo pesantemente, in caso di mancata conversione del decreto medesimo, una nuova incriminazione o una modifica in senso sfavorevole (di una fattispecie già esistente) sulla libertà personale⁷², “sia nella forma di una

⁶⁶ Così G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 688.

⁶⁷ Cfr., tra le pronunce più risalenti, Corte cost., sent. nn. 26 del 1966, 113 del 1972 e, più di recente, 282 del 1990. In linea con quanto evidenziato nel testo, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in *cortecostituzionale.it*, 2014, p. 26, osserva che “del resto, almeno di recente, non sembrano emergere questioni incidentali di costituzionalità prospettate con esplicito riferimento ad un’incompatibilità di principio della riserva di legge in materia penale con atti normativi dotati soltanto della forza e non della forma della legge”.

⁶⁸ Cfr., tra gli altri, G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 310 ss.; M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, p. 5 ss.; G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, 1996, p. 36; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale.*, Utet, 2016, p. 64; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, 3° ed., 1992, p. 90 ss.; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., 1999, p. 22 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 41 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, sub. *Art. 1*, Giuffrè, 2004, p. 34.

⁶⁹ Per N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 1, la questione di fondo, intorno all’attualità della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., consiste, proprio, nel “comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se si debba semplicemente prendere atto del loro ‘accadere’, e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione”.

⁷⁰ Cfr., tra le molte, Corte cost., ord. n. 35 del 1971, sent. n. 184 del 1974 e 173 del 1987; è bene sottolineare come tale orientamento si sia formato in coerenza con l’idea che la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. abbia “una mera funzione, per così dire, ordinatrice, di ripartizione di compiti fra gli atti formalmente legislativi e quelli di grado secondario; ma non certo nella diversa e più garantistica prospettiva dell’esclusività dell’organo parlamentare nelle scelte di criminalizzazione” – così C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 24. Sul tema, v. anche M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, 2006, p. 29 ss., il quale osserva che “né il decreto-legge, né il decreto legislativo (...) sono mai stati seriamente posti in dubbio quali fonti di normazione penale”.

⁷¹ Così M. D’AMICO, *Art. 25*, in *AA.VV.*, *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 538 ss.; e F. PALAZZO, (voce) *Legge penale*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 347 ss.

⁷² Sottolinea i “gravi pericoli che può correre la libertà personale del cittadino in caso di mancata ratifica del decreto stesso, dal momento che la perdita di efficacia ex tunc priva di ogni titolo di legittimità lesione dei diritti fondamentali dell’individuo

*misura cautelare, sia in quella di una pena conseguente ad una condanna definitiva*⁷³. Si è detto, infatti, che pur venendo meno gli effetti giuridici del decreto non convertito, ai sensi dell'art. 77, terzo comma, Cost., i fatti materiali che lo stesso ha determinato – come quelli rappresentati, appunto, dalla privazione della libertà personale – non possono in alcun modo essere travolti.

E tali problematiche, invero, pur se in un senso opposto, investono anche il versante degli effetti *in bonam partem*, posto che – una volta entrato in vigore e rimasto in vita anche soltanto per un brevissimo arco temporale – il decreto legge ha validamente costituito, benché solo temporaneamente, la *base legale* in riferimento alla quale i consociati hanno determinato le proprie, autonome, scelte di azione. Le particolarità dello strumento, in altre parole, come è stato rilevato in dottrina, “*consentirebbero, per assurdo, al Governo, di ottenere conseguenze ‘eterno’ con un provvedimento provvisorio*”⁷⁴.

Valorizzando la *ratio* democratica della riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., in molti hanno registrato negativamente anche la circostanza che il decreto legge, nel periodo intercorrente tra la sua emanazione e la (solo eventuale) conversione parlamentare, entra in vigore sotto la responsabilità esclusiva del potere esecutivo, così eludendo i diritti delle minoranze ed ogni essenziale garanzia di contraddittorio e di pubblicità della deliberazione⁷⁵. E, nella stessa prospettiva critica, è stato inoltre rimarcato che “*la mancata previsione di un periodo di vacatio rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto legge*”, finendo così per collidere con i doveri strumentali di informazione che, nelle lapidarie parole della Corte costituzionale⁷⁶, dovrebbero gravare sullo

eventualmente avvenuta” M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 5; sul tema, nella dottrina più risalente, v. anche M. GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, p. 10 ss.

⁷³ Le tempistiche del procedimento per direttissima, di cui agli artt. 449 – 452 e 558 c.p.p., sono infatti del tutto compatibili con la pronuncia di una sentenza di condanna entro il termine di 60 giorni dall'entrata in vigore del decreto-legge. Sul tema, v. anche G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, 2012, p. 34; nello stesso senso F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 2011, p. 118 ss.; e M. RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, II ed., Bologna, 2010, p. 58, che sottolinea, inoltre, come, in caso di mancata conversione, vi sia il rischio che sia creato “*arbitrariamente un periodo di impunità a vantaggio di determinate condotte, magari strumentali al conseguimento definitivo di un vantaggio incerto*”.

⁷⁴ V., ancora, Così M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 538, in cui si fa riferimento, a tal proposito, anche alla decisione n. 360 del 1996, con cui, come noto, era stata dichiarata illegittima la prassi della reiterazione dei decreti legge, in cui la stessa Corte costituzionale aveva sottolineato problematicamente l'idoneità di tali atti a produrre effetti non reversibili, né sanabili.

⁷⁵ Su cui, anche, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, p. 242; per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p.134, su questa linea, “*assurgono invece al livello di vera e propria perversione i casi in cui – sempre in sede di conversione – vengano apportate modifiche da parte di uno dei rami del Parlamento, senza che l'altro abbia la possibilità di interloquire e far valere eventuali perplessità in merito alle modifiche sopravvenute, in sede di seconda lettura, a causa dell'imminente scadenza del termine dei sessanti giorni; in questa evenienza, appare davvero macroscopica la compressione del dibattito parlamentare con l'effetto – ecco la perversione – che persino la maggioranza parlamentare che ha approvato il provvedimento in prima lettura, è chiamata a riapprovarlo a scatola chiusa in seconda, possa non riconoscersi nel contenuto così come modificato*”.

⁷⁶ “*La previsione di un periodo di vacatio sarebbe anch'essa espressione della contropartita (d'origine contrattualistica) che lo Stato offre in cambio, appunto, dell'obbligatorietà della legge penale: lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato*” - cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, *Considerato in diritto* n. 18.

Stato come condizione di esigibilità “della pretesa all’obbligatorietà della legge penale, nella configurazione di rilevanza delineata dal nuovo testo dell’art. 5 c.p.”⁷⁷.

In modo ancor più radicale, alcuni autori hanno persuasivamente ragionato nei termini di una “tendenziale antinomia tra decreto-legge e materia penale”⁷⁸, richiedendo, anche in ossequio al principio costituzionale di sussidiarietà, le scelte di politica criminale “ponderazione, attenta valutazione delle tecniche sanzionatorie alternative, mediante prognosi degli effetti positivi e negativi che si possono attendere dall’intervento penale”⁷⁹, elementi, questi ultimi, del tutto incompatibili con i presupposti di “straordinaria necessità ed urgenza” alla base del provvedimento governativo di cui all’art. 77 Cost⁸⁰.

Per molti autori, comunque – sul tema del ricorso abusivo agli atti aventi forza di legge in materia penale –, i problemi più vistosi sono stati causati, negli ultimi tempi, dall’impiego – a dir poco, ed eufemisticamente, “disinvolto” – della delega legislativa⁸¹, “sia in ordine ai contenuti della legge di delega, sia per ciò che attiene al rispetto di quest’ultima da parte del Governo”⁸².

La dottrina ha condivisibilmente sottolineato, in questa prospettiva⁸³, come l’evasione della funzione legislativa dal Parlamento verso il potere esecutivo abbia in prevalenza assunto, negli ultimi tempi, la forma della delega legislativa, in conseguenza, da un lato, dell’atteggiamento di maggior rigore dimostrato dalla Corte costituzionale nel sindacato sui requisiti legittimanti il ricorso alla decretazione d’urgenza⁸⁴ e, dall’altro, della spinta alla

⁷⁷ Così, in particolare, per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 133, che richiama precisamente le concordi posizioni espresse nella dottrina (penalistica e costituzionalistica) nel corso degli anni.

⁷⁸ Così, in particolare, F. PALAZZO, (voce) *Legge penale*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, p. 338.

⁷⁹ Così precisamente G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 43.

⁸⁰ Per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 133, tutto ciò “lascia trasparire un potenziale contrasto anche col principio di necessaria offensività, considerato che la necessità di individuare al fondo della scelta incriminatrice la lesione o l’esposizione a pericolo di un interesse determinato, preesistente e preferibilmente consolidato nel contesto sociale di riferimento, collide con le straordinarie, contingenti ragioni che giustificano la decretazione d’urgenza”. Sul tema, v. anche G. DE VERO, *La riserva di legge penale*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, (a cura di) G. De Vero, Torino, 2010, p. 12, per cui “può mai l’esigenza di tutela di un bene giuridico, vale a dire di un interesse il riconoscimento della cui dignità nel contesto sociale deve largamente preesistere all’intervento legislativo, profilarsi da un giorno all’altro, così come può da un momento all’altro subentrare la necessità di adeguati interventi pubblici a seguito di una calamità o di un disastro naturale?”.

⁸¹ Così, per esempio, per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 124, “il trasferimento del potere di produzione normativa dalla sede parlamentare a quella governativa, e la conseguente perdita di centralità del Parlamento, si manifesta oggi in maniera preponderante – anche nel diritto penale – nelle forme della delegazione legislativa”, per il quale, ancora, “in tal senso, ha sicuramente rivestito un ruolo decisivo il mutato atteggiamento da parte della Corte costituzionale, che ha iniziato, seppur in maniera forse ancora troppo timida, a prendere maggiormente sul serio il sindacato sui presupposti che giustificano il ricorso al decreto legge, non solo in termini di necessità ed urgenza, ma anche con riferimento ai contenuti ed all’omogeneità delle modifiche apportate in sede di conversione, oltre che ovviamente al fenomeno della riproduzione continuata o reiterazione del medesimo provvedimento alla scadenza o, persino, dopo la scadenza dei sessanti giorni per la conversione”.

⁸² V., ancora, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 539.

⁸³ Il riferimento è, in particolare, a C. CUPELLI, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015, pp. 7 e 91, il quale, a tal riguardo,

⁸⁴ A partire, come si dirà, dalla storica sentenza n. 360 del 1996, fino alle più sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014; più in particolare, per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 39, “per lungo tempo si è fatto un ricorso particolarmente ampio allo strumento del decreto-legge in materia penale. Questa tendenza è stata ulteriormente accentuata da un fenomeno patologico: la plurima reiterazione dei decreti-legge non convertiti, che ha addirittura portato ad un rapporto di progressiva prevalenza dei decreti-legge – provvisti o no di sanzioni penali – rispetto alle leggi formali. Un freno a questo fenomeno è stato però imposto dalla Corte costituzionale, che, con un’importante sentenza pronunciata nel 1996 [la n. 360, appunto], ha

europizzazione del diritto penale, per l'esponentiale crescita di direttive che impongono un adeguamento interno attraverso la previsione di sanzioni penali, a fronte delle quali, il sistema penale, come si dirà⁸⁵, ha frequentemente risposto proprio servendosi dello strumento della decretazione delegata⁸⁶.

In questo contesto, il dato di partenza – riconosciuto in modo evidente anche dalla stessa Corte costituzionale – è quello per cui *“l’indicazione dei principi e criteri direttivi di cui all’art. 76 Cost. non è finalizzata ad eliminare ogni discrezionalità nell’esercizio della delega ma soltanto a circoscriverla, in modo che resti pur sempre salvo il potere di valutare le specifiche e complesse situazioni da disciplinare”*⁸⁷ e che, quindi, *“l’attribuzione al potere esecutivo di scelte politiche – e, dunque, in materia penale, anche di scelte politico-criminali – è un dato immanente alla tecnica della delegazione legislativa, e come tale ineliminabile”*⁸⁸.

Su queste basi – nella dottrina più attenta alla *ratio* originaria della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁸⁹ – è stato messo in luce che tra la legge delega e il decreto legislativo *“corre lo stesso rapporto che vige tra una qualsiasi legge che, in ossequio al principio sostanziale di legalità, detti la disciplina sostanziale della materia che intende regolare e la fonte secondaria (es. regolamento) che, sulla linea dei principi e dei criteri direttivi tracciati dalla legge, sia da questa autorizzata a disciplinare ulteriormente la stessa materia”*. Si è quindi sostenuto che, se l’integrazione *“puramente tecnica”* rappresenta il limite invalicabile per le altre forme di intervento del potere esecutivo, quello stesso limite dovrebbe *“operare anche per gli atti normativi emanati dall’intero Governo”*⁹⁰, viepiù in considerazione di una prassi che, come si dirà, è parsa in molti casi ben

additato nella riproposizione dei decreti legge non convertiti una rottura degli equilibri istituzionali e della stessa forma di Governo, tale da snuotare la funzione legislativa riservata in via di principio al Parlamento”. Per gli A., peraltro, *“l’effetto paradossale dell’alt imposto della Corte costituzionale alla reiterazione dei decreti-legge, e dunque in ultima analisi all’uso stesso del decreto-legge, minato in radice dal rischio della mancata conversione nei tempi previsti dalla Costituzione, è stato non già la riappropriazione da parte del Parlamento del potere di creare le norme penali con lo strumento della legge formale, bensì un’abnorme proliferazione di deleghe da parte del Parlamento al potere esecutivo aventi ad oggetto normative anche penali”*.

⁸⁵ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 4.

⁸⁶ Osservavano, in questo senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 40, che il fenomeno della decretazione delegata *“già presente, e deprecato, negli anni settanta e ottanta, si è accentuato negli anni novanta anche sotto la spinta delle direttive comunitarie, che nei più diversi campi di materia reclamavano un adeguamento – eventualmente anche attraverso la previsione di sanzioni penali – da parte dell’ordinamento italiano. È così accaduto che il potere esecutivo ha sostanzialmente conservato un ruolo centrale nella produzione delle norme penali non più attraverso il decreto-legge, bensì attraverso lo strumento del decreto legislativo”*.

⁸⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 156 del 1987; nella giurisprudenza della Corte costituzionale si è fatta strada l’idea di una *“fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi”*, tanto che, nell’ordinanza n. 134 del 2003, dopo aver richiamato la legittimità del ricorso alla delega legislativa in materia penale alla luce della giurisprudenza costituzionale, *“sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all’art. 25 Cost.”*, la Corte ha ribadito che *“dall’art. 76 Cost. discendono, da una parte, il vincolo della legge delegata ai criteri direttivi della delega (...), nonché, dall’altra parte, l’obbligo, a carico del legislatore delegante, di definire l’oggetto della delega e di indicarne i principi e i criteri direttivi, senza lasciare il Governo delegato libero di effettuare qualsiasi scelta, ma anche senza doverne vincolare tutte le scelte concrete, restando invece affidate a queste ultime, nei limiti dei criteri direttivi, proprio al delegato”*.

⁸⁸ Così, in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44; anche per M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, cit., p. 34, che insiste nel sottolineare *“la discrezionalità politica inevitabilmente connotata alla delega al potere esecutivo e (...) come tale dato, di per sé funzionale ed intrinseco alla natura stessa di detta forma di legislazione, divenga per sua natura problematico allorché si tratti, per quanto qui interessa, di norma incriminatrice”*.

⁸⁹ V., in particolare, G. CARBONI, *L’inosservanza dei provvedimenti dell’autorità*, 1970, p. 258.

⁹⁰ Dal momento che, come osservano puntualmente G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 50, *“la logica dell’apposizione del limite tecnico è quella della preclusione di scelte politico-criminali da parte del potere esecutivo: ed*

lontana dall'imporre vincoli penetranti al legislatore delegato, oltre che dal soddisfare i fondamentali *standard* di "rigore, analiticità e chiarezza"⁹¹.

Orbene, come già anticipato e pur a fronte della densa trama di argomenti di segno contrario qui riproposti, la prevalente dottrina si è però mossa in un senso diametralmente opposto – sulla scorta di una consolidata giurisprudenza costituzionale che, salvi i "segnali in controtendenza"⁹² di alcune recenti sentenze (su cui ci si concentrerà nei prossimi paragrafi⁹³), ha ammesso gli atti aventi forza di legge "entro il novero delle fonti di produzione delle incriminazioni"⁹⁴ –, prendendo posizione a favore di una lettura della riserva *de qua*, comprensiva, accanto alla legge formale, sia del decreto-legge, sia del decreto legislativo⁹⁵.

A proposito del primo, si è così messo in evidenza che, in caso di conversione, le fattispecie introdotte *ex novo* o modificate dal Governo "vengono fatte proprie dal Parlamento, che le inserisce in una legge formale"⁹⁶ e che, in caso di mancata conversione, gli effetti del decreto-legge "risulterebbero integralmente travolti fin dall'inizio, secondo il disposto dell'art. 77 comma 3 Cost."⁹⁷.

è una logia che non può non imporsi qualunque sia il tipo di atto formale con il quale il potere esecutivo interviene ad integrare le scelte del Parlamento".

⁹¹ In modo critico, sulle tendenze della prassi in materia di decretazione delegata, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 44-47; e più di recente, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., *passim*.

⁹² Tali sarebbero, appunto, per C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, cit., i precedenti rappresentati dalle sentenze nn. 5 e 32 del 2014, con cui la Corte ha proposto una interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ben più "restrittiva e rigorista, incline a riaffermare la riserva assoluta, in ragione della delicatezza e complessità della materia". Sul tema, v. anche V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in *cortecostituzionale.it*, 2014, p. 25-26.

⁹³ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, §§ 2.2.2. e 2.2.3.

⁹⁴ Così V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in *cortecostituzionale.it*, cit., p. 26, il quale precisamente osserva che, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale, ha trovato spazio la tesi che ammette la decretazione d'urgenza e la decretazione delegata in materia penale: per esempio, nella sentenza n. 26 del 1996 (e, sulla stessa traccia, nella successiva sentenza n. 282 del 1990), la Corte ha precisato che "la necessità che sia la legge (od un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente". Per l'A., peraltro, questa soluzione aveva già trovato conferma, pur se sotto traccia, nelle pronunce della Corte relative alla legittimità costituzionale della delegazione legislativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (in tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza n. 53 del 1961).

⁹⁵ Tra cui G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 310, che evidenzia come "la tesi secondo la quale la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. sia una riserva così assoluta e formale da escludere come possibili fonti di diritto penale sostanziale anche i decreti legislativi e i decreti-legge, ancorché sorretta da argomenti attinenti a quelle garanzie delle minoranze e dei singoli che sono caratteri essenziali dello Stato democratico, è rimasta relativamente isolata"; M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, cit., p. 5; e F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3° ed., 1992, p. 90 ss.; e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 2° ed., 1995, *sub art.* 1, p. 34.

⁹⁶ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 40; ed è interessante notare, in questa prospettiva, che per M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, cit., p. 5, peraltro, si tratta di "un controllo politico del potere legislativo, preventivo o successivo, (...) particolarmente pregnante in quanto sia la legge di delegazione (art. 72, ult. co., Cost.) sia quella di conversione del decreto-legge (art. 35 reg. Sen. e art. 96-bis reg. Cam.) debbono essere deliberate dal plenum dell'Assemblea".

⁹⁷ Questo stesso elemento è però – correttamente - utilizzato anche dalla tesi che critica il ricorso allo strumento del decreto legge, la quale, come visto, ha sottolineato la circostanza che, in caso di mancata conversione, vengono travolti gli effetti giuridici ma non i fatti storici venuti ad esistenza a cagione del decreto medesimo, come la privazione della libertà personale giustificata proprio in applicazione delle fattispecie introdotte e/o riscritte dal provvedimento d'urgenza licenziato dal Governo, ai sensi dell'art. 77 Cost.

In merito al decreto legislativo, è stata valorizzata, in particolare⁹⁸, la circostanza che, competendo al Parlamento, ai sensi dell'art. 76 Cost., *“la determinazione di principi e criteri direttivi”*, per ciò solo l'organo rappresentativo conserverebbe (o potrebbe conservare) il monopolio delle scelte di criminalizzazione⁹⁹, e che, ancora, accanto all'argomento per cui il decreto legislativo è (o, meglio, dovrebbe essere) comunque sottoposto ad un penetrante controllo della Corte costituzionale in relazione al rispetto dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delegazione¹⁰⁰, rinunciare a tale strumento significherebbe addirittura precludersi la possibilità di grandi riforme penali, essendo, per molti, pacificamente impercorribile *“la via parlamentare della riforma del codice penale”*¹⁰¹.

Tenendo a mente quest'ultimo rilievo di ordine pratico, è ora possibile muovere dalla ricognizione delle più rilevanti posizioni espresse in dottrina all'esame della prassi, anticipando, fin da subito, che questa, nel solco della consolidata giurisprudenza costituzionale, si è orientata nel pacifico senso di ammettere l'incursione – *rectius*: l'invasione –, nel settore penale, del decreto-legge e del decreto legislativo.

Senza alcuna pretesa di completezza ed esaustività, può in questa sede soltanto abbozzarsi un quadro d'insieme, segnalando i più importanti interventi messi in campo, nel corso degli ultimi anni, nella materia penale, attraverso gli strumenti disciplinati dagli artt. 76 e 77 della Costituzione.

Prima di concentrare l'attenzione sulla XVII legislatura – che, invero, appare assolutamente paradigmatica delle tendenze in commento – giova mettere in evidenza alcuni precedenti particolarmente significativi, ricordando che, nella limitrofa materia processuale, si è sempre adoperato lo strumento del decreto legislativo per gli interventi di maggior rilievo e di più ampio respiro (come la riforma del codice di rito, di cui al d.lgs. n. 447 del 1988, del processo minorile, di cui al d.lgs. n. 488 del 1988, nonché, più di recente, del procedimento davanti al giudice di pace, di cui al d.lgs. n. 274 del 2000) e che, altrettanto significativamente, anche sul versante sostanziale, si è a lungo pensato alla delega come strumento privilegiato di codificazione¹⁰².

⁹⁸ C'è chi, comunque, come M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, cit., 5, ha, in questo contesto, ulteriormente rilevato che *“è vero che in caso di delegazione legislativa il controllo delle minoranze, in quanto esercitato preventivamente, è ridotto al contenuto dei ‘principi e criteri direttivi’ della disciplina che il Governo adotterà; ciò però è compensato dalla maggiore ampiezza e incisività del sindacato della Corte costituzionale: il quale ha ad oggetto non solo la conformità del decreto delegato (e della legge delega) alle norme della Costituzione, ma anche la rispondenza del decreto delegato ai profili che hanno costituito oggetto di controllo da parte delle minoranze, e che si sono tradotti nelle disposizioni della legge delega. Senza contare poi come, qualora il termine previsto per l'esercizio della delega ecceda i due anni, il Governo sia, a sua volta, comunque tenuto a richiedere il parere delle Camere sugli schemi dei decreti delegati (art. 14, ult. co., l. 23 agosto 1988, n. 400).*

⁹⁹ V., ancora, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 40 - 41, che tuttavia osservano come *“questi argomenti non sembrano persuasivi: non appa[rendo] cioè idonei a suffragare l'interpretazione che riconduce all'art. 25, comma 2 Cost., oltre alla legge formale, anche il decreto legislativo e il decreto-legge”*.

¹⁰⁰ Su cui, in particolare, S. VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1971, p. 1122.

¹⁰¹ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 90. *Contra* G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, cit., p. 249, il quale rileva che *“un codice penale (...) fatto dal Governo (...) dietro delega delle Camere, (...) rischia di portare ad una completa e sostanziale elusione del principio costituzionale di riserva di legge”*.

¹⁰² Sul tema la letteratura a disposizione è vastissima: qui si segnalano i riferimenti contenuti in C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 264 – 265, note 87 – 91, che giustamente richiama i lavori della Commissione Pisapia, del 2007, della Commissione Nordio, del 2001, e, prima ancora, della Commissione Pagliaro, del 1998.

Ebbene, solo per fare qualche esempio introduttivo¹⁰³, comunque utile per mettere in luce alcune distorsioni nel ricorso a siffatti strumenti: con la legge n. 42 del 1982¹⁰⁴, il Parlamento aveva delegato al Governo l’attuazione di ben 97 *direttive comunitarie* sulle materie più disparate, affidando, in particolare, a quest’ultimo la scelta dei casi da sottoporre a pena, senza che i criteri indicati nella legge di delega – della “*particolare gravità*” o degli “*interessi generali dell’ordinamento interno dello Stato*” – potessero concretamente rappresentare una guida ovvero un limite per le determinazioni dell’esecutivo; ancora, con la legge n. 142 del 1992¹⁰⁵, il Parlamento aveva incaricato il Governo di trasporre ulteriori *direttive comunitarie*, a questo rimettendo il compito di vagliare se fosse o meno ‘*necessario*’ il ricorso alla sanzione penale, e cioè, come è stato rilevato in dottrina, demandandogli “*l’essenza stessa delle scelte politico-criminali, cioè la valutazione della meritevolezza e del bisogno della pena come estremo rimedio*”¹⁰⁶; in tempi più recenti, nella materia dei beni culturali e ambientali, il Governo, nel silenzio della legge delega, era intervenuto, riformulando anche estensivamente alcune fattispecie penali e depenalizzandone altre¹⁰⁷.

Di un certo interesse, nella stessa prospettiva, anche alcune importanti riforme realizzate, nel settore penale, ricorrendo alla decretazione d’urgenza: il decreto legge n. 272 del 2005 (convertito con legge n. 49 del 2006) – poi censurato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 –, aveva, per esempio, pesantemente inciso, *quoad poenam*¹⁰⁸, su una materia assai delicata dal punto di vista degli equilibri di politica criminale, quale è certamente quella dei delitti relativi al commercio degli stupefacenti, di cui al d.p.r. n. 309 del 1990, “*coinvolgente scelte di natura politica, giuridica e scientifica, [che] avrebbe[ro] richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.*”¹⁰⁹; ed, ancora, il decreto legge n. 92 del 2008 (convertito con legge n. 125 del 2008), recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*”, aveva apportato svariate modifiche alle fattispecie di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni personali colpose (art. 590 c.p.), oltre ad aver introdotto la giustamente vituperata “*aggravante della clandestinità*”¹¹⁰; e, infine, il decreto legge n. 11 del 2009 (convertito con legge n. 38 del 2009), in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, che aveva introdotto la nuova fattispecie di *stalking*.

¹⁰³ Si potrebbero ulteriormente segnalare il d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto nel sistema la responsabilità, formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, delle persone giuridiche; il d.lgs. n. 121 del 2011, che ha esteso la responsabilità appena richiamata anche ai reati in materia di ambiente; e, prima ancora, il d.lgs. n. 286 del 1998 che ha introdotto il testo unico in materia di immigrazione. Prosegue nell’indicazione dei più significativi interventi messi in campo con lo strumento della delega C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 21.

¹⁰⁴ Si tratta, precisamente, della legge 9 febbraio 1982, n. 42., “*Delega al Governo ad emanare norme per l’attuazione delle direttive della Comunità economica europea*”.

¹⁰⁵ Legge 19 febbraio 1992, n. 142, recante “*Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)*”.

¹⁰⁶ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 48.

¹⁰⁷ Con rilievi critici su questo particolare intervento, v., in particolare, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 539.

¹⁰⁸ Con tutte le criticità di cui si darà conto nel prosieguo del lavoro - cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 3.2.3.

¹⁰⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.4.

¹¹⁰ Giudizio critico che ha conosciuto un fondamentale avvallo nella giurisprudenza costituzionale, con le sentenze n. 249 e 250 del 2010, che ne hanno dichiarato l’illegittimità costituzionale, sul tema cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 3.1.

Ciò premesso, volgendo ora lo sguardo alla XVII legislatura, preme anzitutto segnalare il d.l. n. 7 del 2015¹¹¹, convertito con la legge n. 43 del 2015¹¹², con cui – mettendo nel nulla la pur perentoria presa di posizione dell’allora Presidente del Consiglio che aveva affermato: *“in materia penale non si fanno decreti!”*¹¹³ – sono state apportate importanti modifiche al libro II, titolo I, capo II, del codice penale, in materia di delitti contro la personalità internazionale dello Stato¹¹⁴; con il successivo d.lgs. n. 28 del 2015¹¹⁵, è stato introdotto il già citato art. 131-bis c.p., *“Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”* (su cui, negli ultimi anni, dottrina e giurisprudenza tanto hanno ragionato¹¹⁶); ancora, con il d.lgs. 158 del 2015¹¹⁷, sono state apportate rilevanti modifiche alla disciplina dei reati tributari; e, più di recente, nel 2016, con il d.lgs. n. 7 – *“Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell’articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67* – e con il successivo d.lgs. n. 8 – *“Disposizioni in materia di depenalizzazione dell’articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67”* – il Governo ha posto in essere, con le parole di un autorevole commentatore¹¹⁸, *“una riforma storica”*. Da ultimo, concludendo questa veloce carrellata, preme ricordare anche il fondamentale d.lgs. n. 21 del 2018¹¹⁹ che, in attuazione del principio della cd. *“riserva di codice”*, ha largamente rivisto la complessiva sistemática del codice, razionalizzando la disciplina penale di molte materie, le cui fattispecie penali, prima contenute in leggi speciali, sono oggi trasfuse nel testo codicistico¹²⁰.

¹¹¹ Recante *“Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione”*.

¹¹² Per un commento sulle opzioni di politica criminale, sui dubbi di legittimità costituzionale e sul merito della nuova disciplina, così come risultante dai provvedimenti richiamati nel testo, v. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 2015*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2015; e G. LEO, *Nuove norme in materia di terrorismo*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2015.

¹¹³ Ragiona, criticamente, del seguito di questa presa di posizione del Presidente del Consiglio C. CUPELLI, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale, la delega fiscale e i soliti sospetti*, cit., 4 ss.

¹¹⁴ Con cui, per quanto qui può interessare rilevare, è stata introdotta la fattispecie di cui all’art. 270-*quater*, *Organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo*, che punisce, con la reclusione da tre a sei anni, la condotta di chi *“fuori dai casi di cui agli articoli 270-bis e 270-*quater*, (...) organizza, finanzia o propaga viaggi finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all’art. 270-*sexies*”*.

¹¹⁵ Recante *“Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell’art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”*.

¹¹⁶ Per un inquadramento delle problematiche applicative dell’istituto di cui all’art. 131-bis c.p., v. G. ALBERTI, (voce) *Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Il libro dell’anno del diritto Treccani 2016*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Ist. Enc. It., 2016.

¹¹⁷ *“Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell’articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23”* - per un commento a prima lettura delle novità introdotte con il d.lgs. n. 158 del 2015, v. S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 ottobre 2015 e A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 14 ss.

¹¹⁸ Il riferimento è al contributo di G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016.

¹¹⁹ Contenente *“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, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2018.

¹²⁰ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 1.

Negli ultimi anni, non sono mancati, ovviamente, anche considerevoli interventi realizzati seguendo le procedure ordinarie della legge formale, di cui agli artt. 72 e ss. Cost.: così in materia di caporalato¹²¹, di tortura¹²² e di omicidio stradale¹²³.

Tale circostanza non è comunque idonea a scalfire l'idea – ulteriormente confermata dai dati della citata legislatura – che il ricorso agli atti aventi forza di legge nella materia penale (al decreto legislativo, in particolare) 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 (eventualmente, come visto, anche nel senso di una loro depenalizzazione).

Orbene, 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 Governo¹²⁴ – 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.

Il confronto con queste recenti prese di posizione della Corte appare dunque ineludibile per proseguire nell'indagine e su di esse, pertanto, è necessario soffermarsi accuratamente.

2.1. Segnali in controtendenza dalla recente giurisprudenza costituzionale?

¹²¹ Si tratta della legge 29 ottobre 2016, n. 199, recante *Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*, con cui, per quanto più interessa, è stato riscritto l'art. 603-bis c.p., *Intermediazione illecita e sfruttamento*, con un complessivo aggravamento del previgente regime sanzionatorio. Per una valutazione complessiva dell'intervento, v. M. SESTIERI, *Note di politica criminale in tema di caporalato*, in *La legislazione penale*, 3 marzo 2017.

¹²² Con la legge 14 luglio 2017, n. 110, *Introduzione del delitto di tortura nell'ordinamento italiano*, il legislatore ha inserito un nuovo articolo, l'art. 613-bis c.p., incriminando la condotta di chi “con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa”. Sul tema, tra i molti, v. A. COLELLA, (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; e, da ultimo, G. M. FLICK, *Dolore versus dignità*, in *Rivista AIC*, 3/2018.

¹²³ Si tratta della legge 23 marzo 2016, n. 41, *Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*. Con diversi rilievi critici, v. E. SQUILLACI, *Ombre e (pocche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 aprile 2016.

¹²⁴ Nonostante, con alcuni significativi *obiter dicta* abbia valorizzato, a questo fine, 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 attribuì 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 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’”.

Già si è anticipato che dall'esame di alcune recenti decisioni della Corte costituzionale è possibile ricavare preziose indicazioni per ragionare sulla titolarità del monopolio delle scelte di criminalizzazione e, più in particolare, sui rapporti tra riserva di legge penale e poteri normativi del Governo.

Si tratta, nello specifico, di un filone giurisprudenziale che – pur non escludendo 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 *obiter dicta*¹²⁵, precise 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.

Entro queste coordinate, come si dirà, 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 costituzionale in queste recenti occasioni, riposa 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 indagata (e poi valutata) alla luce della *ratio* sostanzialistica propria di quest'ultima. Per verificare, in altre parole, se un decreto-legge o un decreto legislativo – al netto delle (segnalate e non pienamente convincenti) riserve formulate, a tal riguardo, dalla dottrina più rigorosa – possano dirsi rispettosi della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., per la Corte è necessario tenere a mente che quest'ultima, come più volte già si è detto, 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 del precetto e della sanzione penale provenga, in modo più o meno diretto, dal Parlamento rappresentativo.

2.1.1. Alcune conforme e un'importante novità nel sindacato di legittimità sul ricorso al decreto legislativo in materia penale

Nella prospettiva poc'anzi delineata, 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.

A tal riguardo, occorre preliminarmente osservare che, nel 2012, il Tribunale di Verona, prima, e il G.U.P. presso il Tribunale di Treviso, poi, avevano sollevato 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

¹²⁵ 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., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.4.

materia di associazioni paramilitari¹²⁶. 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 I comma, 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 vigore dall'Allegato 1 del citato d.lgs. n. 179 del 2009, il d.lgs. n. 43 del 1948.

Le peculiarità della fattispecie investita dalla censura di illegittimità¹²⁷, in uno con l'ampiezza, sul versante dei parametri evocati, della prospettazione dei rimettenti¹²⁸, 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*”¹²⁹. 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 legge¹³⁰: questo principio, infatti, nelle limpide parole della Corte, “*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*

¹²⁶ Alla vigilia della decisione della Corte, D. NOTARO, “*Rimandato*” il sindacato costituzionale sull'abrogazione delle associazioni paramilitari, in *Diritto penale e processo*, IV, 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.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ Di un certo interesse, nella prospettiva del diritto costituzionale, anche l'invocazione dell'art. 18, secondo comma, Cost.; 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*, febbraio 2014. .

¹²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.2.

¹³⁰ 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 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 alcuni fatti” e che sia contenuta in un decreto legislativo assunto in violazione dell'art. 76 Cost.*”.

*fuori dai limiti di una valida delega legislativa*¹³¹. 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*”¹³²; anche perché – ha precisato ulteriormente la Corte, nel solco di altre importanti pronunce della Corte costituzionale¹³³ – se si ragionasse diversamente, si rischierebbe infatti “*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*”¹³⁴.

Venendo, dopo tutte queste premesse, al merito delle questioni sollevate, è utile ricordare che la Corte ha sostanzialmente aderito ai rilievi contenuti nelle ordinanze di rimessione, concludendo 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 platealmente ecceduto i limiti della delega in relazione a tutte le norme di legge attributive di poteri di intervento.

Ebbene, come anticipato in apertura, non si tratta di una pronuncia con cui la 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 penale¹³⁵, 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; la quale, evidentemente, si aggiunge a quella già formatasi, 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 particolare.

Il passaggio più significativo della sentenza, che ai nostri fini è bene isolare prima di procedere oltre con l’esame di ulteriori pronunce, è quello in cui la Corte ha energicamente ribadito che la riserva di legge scolpita nell’art. 25, secondo comma, Cost. preclude al

¹³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto n. 5.2*.

¹³² 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., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto n. 5.1*

¹³³ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 3.2.1.

¹³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto n. 5.2*; 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 ininfluyente 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., sent. nn. 98 del 1997 e 294 del 2011.

¹³⁵ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 2.

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*”.

Invero, sotto questo stesso profilo, la rilevanza della decisione – anche alla luce di quanto si dirà meglio nel prosieguo del lavoro in merito ai limiti del sindacato di costituzionalità in materia penale¹³⁶ – 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 (e parimenti discendente dal citato art. 25, secondo comma, Cost.) interesse a non aggravare, attraverso lo stesso giudizio di legittimità costituzionale, il complessivo regime punitivo già in essere.

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*”)¹³⁷. 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, come è stato detto, “*riduttivamente*”) al *favor rei* e alla tutela del cittadino rispetto agli abusi repressivi della sanzione penale¹³⁸.

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 già citati d.lgs. n. 7 e 8 del 2016, adottati dal Governo in attuazione della l. 67 del 2014.

Così, anzitutto, nella più volte richiamata sentenza n. 109 del 2017¹³⁹, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Varese in relazione agli artt. 8, I e III comma, e 9 del d.lgs. n. 8 del 2016, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 25 secondo comma, e 27 Cost¹⁴⁰. In questo contesto, la Corte ha sviluppato una ricca

¹³⁶ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 3.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ Sul tema, diffusamente, M. D’AMICO, *Sulla ‘costituzionalità’ delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 275; nonché da ultimo, 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*”.

¹³⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 6.

¹⁴⁰ In proposito, è utile ricordare che il rimettente – sul presupposto della natura “*sostanzialmente penale*” della sanzione di cui all’art. 3, VI comma, 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.

trama di argomenti – di cui si è ampiamente dato conto quando ci si è occupati del tema del rapporto tra la nozione di *materia penale* e quella di *matière pénale* – 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 complessiva e discrezionale scelta legislativa di depenalizzazione”¹⁴¹. 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 Governo.

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, III comma, e 8, I comma, 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, II comma, della l. n. 67 del 2014.

Per inquadrare i termini della questione, preme 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 tal 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*”¹⁴².

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 nell'alveo delle scelte di fondo operante dalla legge delega, senza contrastare gli indirizzi generali desumibili da questa*”¹⁴³. Di assoluto rilievo, ai nostri fini, il passaggio in cui la Corte ha precisato che la coerenza tra la legge delega

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

¹⁴² Cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.1.

¹⁴³ Cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.2.

e il decreto legislativo – in generale necessaria per un corretto utilizzo dell’art. 76 Cost.¹⁴⁴ – 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”¹⁴⁵.

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”¹⁴⁶. 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 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”¹⁴⁷.

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 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 2014¹⁴⁸. 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

¹⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 250 e 59 del 2016, 146 e 98 del 2015, e 199 del 2013.

¹⁴⁵ Cfr. Corte cost., sent. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.2.

¹⁴⁶ Ed è interessante che, per la Corte, “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 (sentenze n. 250 del 2016 e n. 173 del 1981), ma è altrettanto vero che esso costituisce pur sempre elemento che, come in generale i lavori preparatori, può contribuire alla corretta esegesi della stessa (sentenze n. 308 e n. 193 del 2002). 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 (sentenza n. 47 del 2014)” – cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.4.

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.5.

¹⁴⁸ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*, 28 febbraio 2018.

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 militare¹⁴⁹, interessa qui mettere in evidenza il passaggio in cui è stato riconosciuto che *"la mancata ricomprensione dell'art. 226 cod. pen. mil. pace nell'ambito della abrogazione di reati che ha coinvolto l'art. 594 cod. pen. 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 irragionevolezza"*¹⁵⁰. Degno di nota è inoltre il successivo rilievo con il quale, appoggiandosi ai suoi precedenti in materia¹⁵¹, 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"*¹⁵².

La sentenza, con cui peraltro la Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata, è rilevante, perché – nel solco di quella consolidata giurisprudenza costituzionale che ha confermato la legittimità della presenza di norme penali in un decreto legislativo¹⁵³ – 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 decreto legislativo non pone problemi rispetto alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁵⁴.

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 una forma di garanzia della riserva di legge di cui all'art. 25,

¹⁴⁹ 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., sent. n. 215 del 2017, *Considerato in diritto* n. 5.3.

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 2017, *Considerato in diritto* n. 5.2.

¹⁵¹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 127 del 2017, 5 del 2014, 364 del 2004; e ord. n. 212 del 2004.

¹⁵² *"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., sent. n. 215 del 2017, *Considerato in diritto* n. 5.2.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ 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.

secondo comma, Cost., al punto da giustificare, come nel caso della sentenza n. 5 del 2014, una declaratoria di incostituzionalità quando, nell'adozione del decreto legislativo, il Governo non rispetta le indicazioni contenute nella legge delega; in secondo luogo e di riflesso, che la verifica della Corte, pur essendo in questo contesto molto 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 di quest’ultima [la legge delega]”¹⁵⁵), il quale, come precisato nella sentenza n. 127 del 2017, è addirittura responsabilizzato in tal senso quando i principi e i criteri direttivi della legge delega non sono chiari ed univoci.

In sintesi e concludendo, 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 consolidato orientamento della Corte 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”

¹⁵⁶

2.1.2. (Segue) gli abusi della decretazione d’urgenza in materia penale e le recenti prese di posizione della Corte costituzionale

Di poco successiva al primo fondamentale intervento in materia di delegazione legislativa¹⁵⁷, è la già citata sentenza n. 32 del 2014¹⁵⁸, con cui la Corte ha scrutinato una serie di questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione, in riferimento agli artt. 4-bis e 4-vicies ter, commi II, lett. a), e III, lett. a), n. 6), del d.l. n. 272 del 2005 (*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell’Amministrazione dell’interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi*¹⁵⁹), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, I comma, della l. n. 49 del 2006, per ritenuto contrasto con l’art. 77 Cost.

¹⁵⁵ Secondo la formula proposta dalla Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.5.

¹⁵⁶ Qui riproponendo l’espressione di C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, cit., p. 186.

¹⁵⁷ La vicinanza delle due pronunce ha indotto molti, in dottrina, ad esaminarle congiuntamente e a valutarle come espressione di un unico, e diverso rispetto al passato, atteggiamento della Corte in ordine al rapporto tra riserva di legge e poteri normativi del Governo. Così anche M. GAMBARDELLA, *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.*, fasc. 2/2017.

¹⁵⁸ Per un’analisi dettagliata della quale, si segnalano, tra i molti disponibili, i commenti di V. MANES e L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2014; G. M. FLICK, *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 2014 e F. MODUGNO, *Decretazione d’urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 2014.

¹⁵⁹ Titolo del decreto poi modificato, in sede di conversione, con l’aggiunta delle parole “e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina agli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al d.p.r. 309 del 1990”, circostanza, quest’ultima, come si dirà, che la Corte ha valorizzato per sottolineare il carattere eccentrico delle modifiche introdotte nel passaggio parlamentare; cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.3.

Prima di esaminare questa pronuncia, è però importante rimarcare, sia pur brevemente, e perché utile ad un preciso inquadramento dei termini delle questioni di legittimità promosse, nel caso di specie, dalla Suprema Corte, gli approdi che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha raggiunto, in generale, nella materia della decretazione d'urgenza¹⁶⁰.

Di primario rilievo, nella prospettiva penalistica, anche se non del tutto conferente per il tema qui in discussione, la sentenza n. 51 del 1985, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 2, V comma, 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.”* (escludendo che una *norma penale favorevole*, contenuta in un decreto legge non convertito, possa retroagire anche in riferimento ai fatti pregressi, commessi prima dell'entrata in vigore dell'atto governativo).

Ben più interessante, ai nostri fini, la sentenza n. 360 del 1996¹⁶¹ con cui la Corte, rimeditando un risalente orientamento che l'aveva portata ad ammettere senza troppe riserve il decreto legge – anche reiterato – nel novero delle fonti del diritto penale¹⁶², ha posto fine alla prassi della reiterazione, rimarcando come l'art. 77 Cost. prospetti una radicale alternativa fra la conversione e la perdita di efficacia retroattiva del decreto, *“senza che il Governo abbia la possibilità di invocare proroghe o il Parlamento di provvedere ad una conversione tardiva”*¹⁶³. Del resto, secondo la efficace lettura proposta dalla Corte, ragionando altrimenti si finirebbe: per alterare la natura provvisoria della decretazione d'urgenza, procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; e, ad un tempo, per togliere valore al carattere *‘straordinario’* dei requisiti della necessità e dell'urgenza, dal momento che la reiterazione verrebbe così a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; nonché, ancora, per attenuare – fino a metterla completamente nel nulla – la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell'ordinamento un'aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d'urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata.

Oltre che per la valenza generale che assume, nell'ottica di una restituzione al decreto legge di un *“volto il più possibile conforme ai crismi costituzionali”*¹⁶⁴, la decisione appare di fondamentale importanza perché, con essa, la Corte è intervenuta proprio nella materia penale, riconoscendo precisamente che *“la reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo (...) viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali, alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento”*¹⁶⁵, sottolineando, infine, che

¹⁶⁰ Per tutti, v. A. CELOTTO e E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 2006, p. 1512 ss.

¹⁶¹ In *Giur. Cost.*, 1996, p. 3147 ss, con note di F. SORRENTINO, *La reiterazione dei decreti legge di fronte alla Corte costituzionale* e S. M. CICONETTI, *La sent. n. 360 del 1996 della Corte costituzionale e la fine della reiterazione dei decreti legge: tanto tuonò che piovve*, ivi, p. 3417 ss.

¹⁶² Cfr., tra le più risalenti, Corte cost., sent. nn. 169 del 1963, 53 del 1961, 37 del 1957. Nella più recente sentenza n. 330 del 1996, *Considerato in diritto n. 3.1*, la Corte aveva osservato che *“il rischio di sottrazione al Parlamento del potere e delle responsabilità delle scelte in materia penale, che i giudici rimettenti ritengono possa derivare dall'uso del decreto legge come atto di normazione penale del tutto precario e non imputabile alla volontà del legislatore, non ha, comunque, ragion d'essere per il decreto-legge [oggetto della questione], che è stato convertito in legge”*

¹⁶³ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996, *Considerato in diritto n. 4*.

¹⁶⁴ Evidenza questa circostanza C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 137.

¹⁶⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996, *Considerato in diritto n. 4*.

le ricadute che una simile prassi può determinare sulla certezza del diritto nei rapporti tra privati, “per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione” sono ancor più gravi “quando il decreto reiterato venga a incidere nella sfera dei diritti fondamentali o – come nella specie – nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale”¹⁶⁶.

Una rinnovata attenzione sulle distorsioni nel ricorso allo strumento previsto all'art. 77 Cost. ha poi portato la Corte costituzionale a rivedere anche quell'orientamento che, sul presupposto della capacità sanante della legge di conversione¹⁶⁷, aveva tradizionalmente escluso il sindacato di costituzionalità sulla sussistenza dei presupposti di “straordinaria necessità ed urgenza” legittimanti l'adozione dell'atto governativo: in linea con una pronuncia del 1995, che per prima ne aveva teorizzato la praticabilità¹⁶⁸, la Corte costituzionale è giunta, con la sentenza n. 171 del 2007¹⁶⁹, prima, e con la sentenza n. 128 del 2008¹⁷⁰, poi, a dichiarare l'illegittimità della legge di conversione sottoposta al suo scrutinio, mettendo in evidenza che “il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, [che deve risultare evidente] una volta intervenuta la conversione, si traduce in un vizio in procedendo della relativa legge”¹⁷¹.

Più di recente, la Corte ha avuto modo di confrontarsi anche con la complessa problematica della modificabilità del decreto-legge¹⁷², chiarendo che l'inserimento di emendamenti “nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale”, a patto però di non “spezzare il legame essenziale tra la decretazione d'urgenza e il potere di conversione”¹⁷³. In particolare, in occasione della sentenza n. 22

¹⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996, *Considerato in diritto* n. 4.

¹⁶⁷ In questa direzione sembra esprimersi F. MODUGNO, (voce) *Fonti del diritto*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 2010, p. 220 ss., per il quale il difetto dei presupposti di necessità ed urgenza verrebbe in ogni caso sanato nel momento della conversione (da verificare).

¹⁶⁸ L'assenza dei presupposti “configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima valutato erroneamente l'esistenza dei presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione” – cfr. Corte cost., sent. n. 29 de 1995, *Considerato in diritto* n. 2. Sul dibattito sorto intorno al carattere di ‘evidenza’ da considerare ai fini della valutazione sulla sussistenza dei presupposti di “straordinaria necessità ed urgenza”, v., tra i molti, A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la ‘seconda svolta’*, p. 18 ss; e A. MELANI, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione*, p. 357 ss., entrambi pubblicati 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, Torino, 2011.

¹⁶⁹ Su cui, per tutti, R. ROMBOLI, *Una sentenza ‘storica’: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1986 ss.; e P. CARNEVALE, *Il vizio di ‘evidente mancanza’ dei presupposti al debutto quale causa declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. It.*, 2007, p. 2675 ss.

¹⁷⁰ A commento della quale, v., tra i molti, R. ROMBOLI, *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 it.*, I, 2008, p. 3044 ss.

¹⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 128 del 2008, *Considerato in diritto* n. 8.1.

¹⁷² Su cui, tra i molti, F. BIONDI, S. LEONE, *Il Governo ‘in’ Parlamento. Evoluzione storica e problematiche attuali*, cit., p. 24 ss.; e G. FILIPPETTA, *L'emendabilità del decreto-legge e la farmacia del costituzionalista*, in *Rivista AIC*, 4/2012.

¹⁷³ “Se tale legame viene interrotto, la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per l'enorme eterogeneità aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni particolari (...), ma per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge” – cfr. Corte cost., sent. n. 22 del 2012, *Considerato in diritto* n. 4.2.

del 2012¹⁷⁴, con cui per la prima volta è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle norme introdotte, *eccentricamente*, in sede di conversione¹⁷⁵ in quanto “*del tutto estranee alla materia e alla finalità del medesimo decreto*”], la Corte ha precisato che l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta dal testo originario del decreto-legge “*esorbita dalla sequenza tipica profilata dall'art. 77, secondo comma, Cost.*”. La legge di conversione, in altre parole, rappresenta una fonte “*funzionalizzata e specializzata*” che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore¹⁷⁶, anche nel caso di provvedimenti governativi *ab origine* eterogenei, ma ammette soltanto disposizioni che siano coerenti con quelle originarie o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico¹⁷⁷.

Orbene, nel contesto di questo ricco e mutato scenario giurisprudenziale, decisamente più attento all'esigenze di conformità all'art. 77 Cost., possono essere meglio contestualizzate le questioni decise con la sentenza n. 32 del 2014.

Occorre, anzitutto, precisare che le censure prospettate dalla Suprema Corte in merito alle modalità con cui il Parlamento ha convertito in legge il decreto-legge n. 272 del 2005, hanno raccolto, traducendole formalmente in concrete questioni di legittimità costituzionale, le perplessità di chi, in dottrina, ne aveva – già all'indomani dell'entrata in vigore della legge di conversione – evidenziato i profili di contrasto con l'art. 77 Cost., proprio alla luce dell'orientamento inaugurato dalla Corte con la richiamata sentenza n. 22 del 2012¹⁷⁸. E così, chiamata a verificare se il contenuto delle disposizioni impugnate fosse funzionalmente collegato all'oggetto del provvedimento licenziato dal Governo, la Corte ha rilevato che le disposizioni originariamente contenute nel decreto-legge n. 272 del 2005 riguardavano la sicurezza e i finanziamenti per le Olimpiadi invernali (che di lì a poco si sarebbero svolte a

¹⁷⁴ Su cui, tra i molti, V. MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come 'male' da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012; e A. CELOTTO, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in *Rivista Consulta online*, 2012.

¹⁷⁵ Nel caso di specie, si trattava del decreto-legge n. 225 del 2010, recante “*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*”, poi convertito con la legge 26 febbraio 2011, n. 10, dichiarata, quest'ultima, appunto, incostituzionale “*nella parte in cui introduce i commi 5-quater e 5-quinques, primo periodo, nell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile)*”.

¹⁷⁶ Ciò che sarebbe anche confermato dai Regolamenti interni alle Camere (art. 96-*bis* del Regolamento della Camera dei Deputati e art. 97 del Regolamento del Senato della Repubblica, come interpretato dalla Giunta per il regolamento con il parere dell'8 novembre 1984) – cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.1.

¹⁷⁷ Cfr. Corte cost., ord. n. 34 del 2013; sul tema, tra i molti, v. A. ALBERTI, *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2014; si veda, in relazione all'estensione del potere emendativo del Parlamento nel corso del procedimento di conversione G. SERGES, *La “tipizzazione” della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in *Giur. it.*, 2012, 2494; M. MANETTI, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in *Giur. Cost.*, 2012, 292 ss.; R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. Cost.*, 2012, 281 ss.; ancora, in merito al ruolo della Corte costituzionale M. MANETTI, *La lunga marcia verso la sindacabilità del procedimento legislativo*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 835 ss.

¹⁷⁸ Così, in particolare, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 142, nota 43, il quale osserva che “*il decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, si limitava a prevedere, all'art. 4, una disciplina particolare per la Esecuzione delle pene detentive per tossicodipendenti in programmi di recupero*”; norma evidentemente ultroneo ed inserita allo scopo di poterla poi riutilizzare, in sede di conversione (considerata l'imminente conclusione della legislatura ed i tempi stretti che precludevano la possibilità di intervenire con un provvedimento legislativo ordinario), per introdurre una nuova normativa sanzionatorio in materia di stupefacenti.

Torino), la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno e il recupero di tossicodipendenti recidivi; sottolineando, invece, come le disposizioni impugnate, introdotte con la sola legge di conversione, si riferissero, novellando l'art. 73 del d.p.r. 309 del 1990, alla disciplina sostanziale dei reati in materia di stupefacenti, attraverso la previsione di *“una medesima cornice edittale per le violazioni concernenti tutte le sostanze stupefacenti, (...), in precedenza (...) differenziata a seconda che i reati avessero per oggetto le sostanze stupefacenti o psicotrope incluse nelle tabelle II e IV (cd. “droghe leggere”) ovvero quelle incluse nelle tabelle I e III (cd. “droghe pesanti”)”*¹⁷⁹.

Benché fosse macroscopicamente evidente la diversità, sul piano della natura e delle finalità, tra le disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, e il contenuto originario del provvedimento d'urgenza adottato dal Governo, ai sensi dell'art. 77 Cost., la Corte ha comunque inteso irrobustire la propria conclusione, nel senso dell'accoglimento delle questioni sollevate dalla Corte di Cassazione, con ampie ed approfondite argomentazioni, sulle quali è bene soffermarsi con attenzione.

La Corte ha evidenziato, in primo luogo, che lo stesso Parlamento – quasi per una sorta di inconsapevole ammissione di responsabilità – ha dovuto modificare, in sede di conversione, il titolo originario del decreto-legge, ampliandolo rispetto alla versione utilizzata dal Governo, per includervi la materia disciplinata dalle disposizioni introdotte solo con la legge di conversione: ciò, per la Corte, *“è indice del fatto che lo stesso legislatore ha ritenuto che le innovazioni introdotte con la legge di conversione non potevano essere ricomprese nelle materie già disciplinate dal decreto-legge medesimo e risultanti dal titolo originario di quest'ultimo”*¹⁸⁰.

In secondo luogo e nello stesso senso, la Corte ha richiamato il parere espresso dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, espresso nella seduta del 1 febbraio 2006), in cui si osservava che il disegno di legge di conversione *“reca[va] un contenuto i cui elementi di eterogeneità – peraltro già originariamente presenti nella originaria formulazione di 5 articoli (...) – sono tati notevolmente accentuati a seguito dell'inserimento, durante il procedimento di conversione presso il Senato, di una vasta mole di ulteriori disposizioni (recate in 25 nuovi articoli) riguardanti principalmente, ma non esclusivamente, misure di contrasto alla diffusione degli stupefacenti, mutate da un disegno di legge da tempo all'esame del Senato”*¹⁸¹. Peraltro, a far assumere caratteri di *“assoluta evidenza”* alla disomogeneità delle disposizioni impugnate rispetto al decreto-legge da convertire, concorreva per la Corte anche la circostanza che le modifiche introdotte in sede di conversione, ancorché contenute in soli due articoli, apportavano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia degli stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia, soprattutto, sotto quello sanzionatorio (il fulcro del quale, come detto, era costituito dalla parificazione *quoad poenam* dei delitti riguardanti le droghe cd. *“pesanti”* e le droghe cd. *“leggere”*).

Accanto a questi preliminari rilievi, la Corte si è poi impegnata nell'affermazione di maggior interesse per il ragionamento condotto in queste pagine, puntualizzando, pur non essendo forse necessario ai fini dello scrutinio sulle norme impugnate, che *“una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un*

¹⁷⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 1.

¹⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.3.

¹⁸¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.3.

*adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.*¹⁸².

Inoltre, ad ulteriore conferma della conclusione circa la manifesta assenza di qualsivoglia nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge, la Corte ha criticamente sottolineato che l'intervento normativo in parola è stato *"frettolosamente inserito in un 'maxi-emendamento' del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione (...) su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia, così precludendo una discussione specifica e una congrua deliberazione sui singoli aspetti della disciplina in tal modo introdotta"*¹⁸³. Né, peraltro, la seconda e definitiva lettura nell'altro ramo del Parlamento ha consentito successivamente di rimediare a questa mancanza, *"visto che anche in quel caso il Governo ha posto la questione di fiducia sul testo approvato dal Senato, obbligando così l'Assemblea della Camera a votarlo 'in blocco'"*. E tutto ciò – quasi a voler inserire la vicenda in una ipotesi di scuola – ulteriormente aggravato dall'imminente fine della legislatura e dall'assoluta urgenza di convertire in legge alcune delle disposizioni contenute nel provvedimento governativo, tra cui quelle riguardanti la sicurezza e il finanziamento delle Olimpiadi invernali di Torino, ciò che, peraltro, ha verosimilmente indotto il Presidente della Repubblica a rinunciare alle sue prerogative di cui all'art. 74 Cost.¹⁸⁴

Insomma, alla luce di quanto precisato, appare evidente come la Corte abbia avuto in questo caso gioco facile, trovandosi al cospetto di un intervento che presentava tutti (ma proprio tutti!) gli elementi patologici che la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale avevano da tempo messo in luce rispetto ad un possibile utilizzo improprio dello strumento del decreto-legge, con le ulteriori conseguenze di cui si è detto quando impiegato proprio nella materia penale¹⁸⁵.

In conclusione, la sentenza – benché con essa la Corte non abbia escluso che il Governo possa servirsi del decreto-legge per introdurre nuove fattispecie penali o modificare quelle già vigenti – ha lanciato un segnale forte nell'ottica di una rivitalizzazione (non solo del ruolo del Parlamento ma) dello stesso procedimento legislativo ordinario. Su questa linea, infatti, il progressivo ampliamento del sindacato nei confronti del potere esecutivo – portato qui alle sue massime conseguenze – potrà rappresentare, nel futuro, la base per la prosecuzione nel virtuoso cammino di ridimensionamento dell'abuso del decreto legge, precludendo, per quanto più interessa, qualsiasi scorciatoia diretta ad eliminare la dialettica parlamentare e il controllo delle opposizioni in ordine ai provvedimenti che si riflettono sulla libertà personale dei consociati.

¹⁸² Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto n. 4.4.*

¹⁸³ *"Inoltre, per effetto del 'voto bloccato' che la questione di fiducia determina ai sensi delle vigenti procedure parlamentari, è stato anche impedito ogni possibile intervento sul testo presentato dal Governo, dal momento che all'oggetto della questione di fiducia, non possono essere riferiti emendamenti, sub-emendamenti o articoli aggiuntivi e che su tale oggetto è altresì vietata la votazione per parti separate"* - cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto n. 4.4.*

¹⁸⁴ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto n. 4.4*

¹⁸⁵ Per un'analisi puntuale del fenomeno storico dell'abuso della decretazione d'urgenza cfr. A. CELOTTO, *L'"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; per una ricognizione dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di emendabilità del decreto-legge in sede di conversione cfr., da ultimo, A. SIMONCINI – E. LONGO, *Dal decreto legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014;

La materia penale, come è stato detto¹⁸⁶, ne potrà quindi uscire “*immunizzata dalle distorsioni endo-procedimentali e soprattutto dalla (sempre latente) tentazione di sostituire all’idea originaria e virtuosa della legge come sintesi degli interessi generali un nuovo tipo patologico di legge, la cd. ‘legge governativa’*”¹⁸⁷, e, di riflesso, la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. senz’altro valorizzata nella sua *ratio* sostanzialistica.

3. La Corte costituzionale al cospetto della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

A lungo la dottrina ha considerato come “*questione assai controversa*” quella relativa alla possibilità che la Costituzione – disponendo, all’art. 25, secondo comma, Cost. che la *materia penale* sia riservata alla legge – “*venga così necessariamente ad escludere, nella materia medesima, ogni intervento ‘creativo’ anche da parte della stessa Corte costituzionale*”¹⁸⁸. Ed è stato coerentemente osservato, a tal proposito, che i principi contenuti nella Costituzione e il ruolo centrale riconosciuto al legislatore “*hanno determinato, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale, una limitazione delle possibilità di sindacato della Corte sulle norme penali, stante la natura incidentale del giudizio di costituzionalità e le peculiarità di alcuni principi della materia penale*”¹⁸⁹.

Ebbene, è importante mettere in luce, prima di qualsivoglia approfondimento sul punto, che – rispetto al dibattito che, ancora oggi, interessa il tema della compatibilità, con la riserva in materia penale, degli atti aventi forza di legge – intorno ai limiti che dall’art. 25, secondo comma, Cost. discendono nei confronti della Corte costituzionale, in dottrina e nella stessa giurisprudenza della Corte è andata nettamente prevalendo, fino ad assurgere a vero e proprio “*indirizzo interpretativo consolidato*”¹⁹⁰, l’idea che esista un limite di ordine generale, che vieta interventi finalizzati alla creazione di nuove norme incriminatrici, all’estensione di quelle già esistenti ovvero, comunque, all’ampliamento dell’area del “*penalmente rilevante*”¹⁹¹.

Ora, ferme queste premesse, si tratta di verificare – proprio alla luce dei più importanti arresti della giurisprudenza costituzionale – quale sia stato (e quale potrebbe essere in futuro) il ruolo della Corte nel più generale contesto della *crisi* della riserva di legge: se essa possa, in effetti, come da taluno recentemente sostenuto¹⁹², contribuire *attivamente* a presidiare le

¹⁸⁶ Tra i molti, C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, cit., p. 186.

¹⁸⁷ V., in particolare, F. BILANCIA, *La legge e l’interesse generale: un paradigma di etica costituzionale?*, in *costituzionalismo.it*, 2005, p. 2 ss; e, della stessa A., *La legalità: il tramonto di una categoria giuspolitica*, in *costituzionalismo.it*, 2008, p. 3

¹⁸⁸ Così L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 10; v. anche F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I-II, Genova, 1980.

¹⁸⁹ In questi termini, si esprime M. D’AMICO, *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, p. 4.

¹⁹⁰ Volendo qui riproporre, in riferimento alla stessa giurisprudenza costituzionale, il paradigma teorizzato dalla Corte costituzionale, in occasione della storica sentenza n. 49 del 2015.

¹⁹¹ Sul tema, nella dottrina più risalente, v., in particolare, C. PEDRAZZI, *Sentenze ‘manipolative’ in materia penale?*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1974, p. 444; e dello stesso A., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1975, p. 646 ss.

¹⁹² Ci si riferisce, in questi termini, ai commenti proposti in dottrina in merito ad alcune recenti prese di posizione della Corte costituzionale: 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 *penalecontemporaneo.it*, 3 febbraio

esigenze di garanzia e democraticità sottese all'art. di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., o se, viceversa, proprio la giurisprudenza costituzionale – che di quel principio dovrebbe costituire l'ultimo, indispensabile, baluardo – finisce per rappresentarne, per una sorta di inevitabile *eterogenesi dei fini*, un ulteriore fattore di indebolimento¹⁹³, che, al pari di quelli descritti nei precedenti paragrafi, concorre ad intaccarne il fondamento *sostanziale*.

Per valutare più correttamente la giurisprudenza costituzionale formata in materia è però fondamentale distinguere, da un punto di vista teorico – perché diverse sono le problematiche applicative correlate –, le ipotesi in cui dall'intervento della Corte derivano (o potrebbero derivare) effetti *in bonam partem* per gli imputati dei procedimenti principali da quelle in cui il *dictum* costituzionale può (o potrebbe) viceversa determinare un complessivo trattamento di sfavore per i medesimi soggetti¹⁹⁴.

In coerenza con quest'assunto, la Corte costituzionale, da parte sua, è sembrata determinare il proprio orientamento in modo diverso a seconda dei potenziali effetti del suo intervento: piuttosto lasco, come si dirà, rispetto agli interventi *in bonam partem*; oltremodo rigoroso, invece, salve le recenti aperture di cui darà conto nei prossimi paragrafi, in riferimento alle pronunce *in malam partem*¹⁹⁵.

Su tali profili, si cercherà di ragionare nei prossimi paragrafi, tenendo per ora in disparte quella condivisibile ed autorevole posizione espressa in dottrina per cui una lettura rigorosa dell'art. 25, secondo comma, Cost. dovrebbe offrire sufficienti garanzie intorno alla “*natura bidirezionale*” della riserva di legge in esso contemplata¹⁹⁶.

Semmai – e questo si è un problema che merita di essere approfondito già in questa breve introduzione – è bene sottolineare che non è sempre così agevole (in particolare, per

2014; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 1/2015, p. 181 ss.

¹⁹³ Per G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 83, il problema dell'ammissibilità di un sindacato costituzionale che tenda a coinvolgere il merito politico-criminale delle scelte legislative di penalizzazione “*ammette soluzioni di maggiore o minore apertura in base, appunto, al grado di disponibilità a ripensare la stessa riserva di legge parlamentare in termini tali da evitarne preconette assolutizzazioni, come sembrerebbe del resto imposto dalla complessiva fisionomia della democrazia costituzionale*”. Sul tema, v. anche G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, (a cura di) M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009, p. 115 ss.; e dello stesso autore, *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, Milano, 2011, p. 265 ss.

¹⁹⁴ Per V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 58, in una prospettiva di carattere più generale, “*si apre qui, dunque, la necessaria e fondamentale distinzione tra progetti (ed esiti) interpretativi conformi al diritto sovranazionale che abbiano ricadute peggiorative sulla situazione giuridico-penale del singolo o, viceversa, progetti (ed esiti) interpretativi che abbiano effetti favorevoli (vale a dire, interpretazioni con effetti in malam partem o in bonam partem); una distinzione a cui sono sottesi limiti che non configurano solo i confini dell'interpretazione conforme, ma descrivano anche i limiti del potere di disapplicazione in materia penale, e, simmetricamente, il 'normale' margine di intervento della Corte costituzionale*”.

¹⁹⁵ In questo senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 91, hanno osservato che “*Il sindacato sulle norme penali di favore – norme cioè che prevedono scusanti o cause di esclusione della punibilità o un trattamento sanzionatorio più mite – non incontra nessun limite nel principio della riserva di legge quando l'eventuale accoglimento della questione tornerebbe a favore dell'agente: quando cioè l'armonizzazione della norma impugnata con i principi costituzionali si tradurrebbe in un ampliamento delle ipotesi in cui il fatto penalmente rilevante è scusato o non punibile o punibile meno severamente*”.

¹⁹⁶ V., in particolare, F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (a cura di) A. Pizzorusso e V. Varano, I, Milano, 1985, p. 54 ss.; e, più di recente, M. D'AMICO, *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, cit., p. 4.

il giudice chiamato a definire il procedimento principale all'esito del giudizio costituzionale¹⁹⁷) accertare se l'intervento della Corte dispieghi effetti *in bonam* ovvero *in malam partem*¹⁹⁸.

In alcuni casi, infatti, la Corte, decidendo di ritagliare la fattispecie censurata dal rimettente e con l'idea di determinare un risultato pratico di favore per gli imputati, ha compiuto un'operazione di vera e propria riscrittura della norma, con conseguente estensione del relativo perimetro applicativo, senza peraltro porsi in alcun modo il problema dei possibili effetti *in malam partem* scaturenti dalla propria decisione.

Paradigmatica di simili criticità è la sentenza n. 440 del 1995, in materia di bestemmia¹⁹⁹, con cui la Corte ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 724, I comma, c.p., nella parte in cui l'incriminazione si riferiva ai (soli) *"simboli o le persone venerate nella religione dello Stato"*. In questa particolare occasione, con l'obiettivo di equiparare tutte le confessioni religiose – sul versante della corrispondente tutela penalistica²⁰⁰ –, la Corte ha formalmente circoscritto i confini della fattispecie di cui all'art. 724, I comma, c.p., ottenendo però, di fatto, il risultato opposto, ovvero sia *"una sostanziale espansione dell'area di punibilità"* dei comportamenti in essa tipizzati. Di assoluto interesse, anche per quanto si dirà oltre sul rapporto tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità legislativa in materia penale, il passaggio in cui la Corte ha osservato che *"la perdurante inerzia del legislatore non [ha] consent[ito] – dopo sette anni dall'ultima sentenza²⁰¹, ribadita nei suoi contenuti dall'ordinanza n. 52 del 1989 – di protrarre ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze – come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 pur apprezzabili ma di valore non comparabile²⁰²"*.

¹⁹⁷ Così, in particolare, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 542.

¹⁹⁸ Su questi profili, si interroga G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2004, p. 255, osservando, in particolare, che *"per un curioso paradosso lessicale, la sentenza riduttiva... [potrebbe] determinare l'ampliamento della fattispecie incriminatrice e quindi un peggioramento della posizione del cittadino di fronte al magistrato punitivo. Al contrario la sentenza additiva, in quanto introduce ulteriori requisiti di fattispecie, restringe i confini del comportamento vietato e si risolve dunque in un vantaggio per i consociati"*. Sul tema, v. anche M. MOSCATA, *La riserva di legge in materia penale... un principio tiranno?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2011.

¹⁹⁹ Per un'analisi critica della decisione, v. M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3487 ss.

²⁰⁰ Osserva la Corte che *"la scelta attuale del legislatore di punire la bestemmia, una volta depurata del suo riferimento ad una sola fede religiosa, non è dunque di per sé in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse"* – cfr. Corte cost., sent. n. 440 del 1995, *Considerato in diritto* n. 3.4.

²⁰¹ Qui il riferimento della Corte è alla sentenza n. 952 del 1988, con cui la Corte aveva dichiarato non fondata, *"nei sensi di cui in motivazione"*, una analoga questione promossa sull'art. 724, I comma, c.p. – cfr. Corte cost., sent. n. 440 del 1995, *Considerato in diritto* n. 3.3.

²⁰² Cfr. Corte cost., sent. n. 440 del 1995, *Considerato in diritto* n. 3.3; ed è interessante notare che, in occasione della sentenza n. 58 del 2000 (con cui è stata dichiarato incostituzionale l'art. 402 c.p., in tema di vilipendio della religione di Stato), la Corte ha sottolineato che *"sebbene il ripristino dell'eguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati"*, precisando che questa seconda possibilità non è percorribile *"poiché ad essa osta la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene"*. Sottolinea il diverso approccio fatto proprio dalla Corte nei due casi, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 101, nota 285.

Un altro esempio di manipolazione dai risultati (quantomeno) incerti sul versante degli effetti *in bonam* o *in malam partem* è costituito dalla sentenza n. 329 del 1997²⁰³, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 404 c.p., in relazione alle condotte di “*vilipendio della religione cattolica*”, “*nella parte in cui prevede[va] la pena della reclusione da uno a tre anni, anziché la pena diminuita prevista dall'art. 406 del codice penale*”. Anche in questo caso – mossa dall'intenzione (del tutto condivisibile perché in linea con l'esigenza di adeguare le scelte di politica criminale sottese al Codice Rocco al mutato quadro valoriale della Costituzione) di rimuovere una fattispecie dall'evidente contenuto discriminatorio del comune sentimento religioso – la Corte ha ritenuto che le condotte incriminate dalle citate fattispecie non dovessero essere differenziate in ordine alla misura della sanzione, dichiarando incostituzionale la pena base prevista dall'art. 404 c.p., e sostituendola però con una misura che non può essere determinata se non con riferimento proprio alla pena base²⁰⁴.

Ad essere messa sotto tensione da queste particolari decisioni del giudice costituzionale non è però, unicamente, la legalità penale nella sua declinazione *storico-formale* come riserva di legge²⁰⁵, il carattere *manipolativo* di tali interventi, infatti, disvelando importanti criticità anche su un versante diverso, quello che attiene alla *determinatezza* delle fattispecie penali, quale ulteriore, fondamentale, corollario del principio sancito all'art. 25, secondo comma, Cost²⁰⁶.

Rinviando alle riflessioni della prossima sezione per un esame più puntuale di questi profili²⁰⁷, può in questo momento comunque brevemente anticiparsi che, a partire dalla celebre sentenza n. 27 del 1975, in tema di aborto, e fino ai più recenti interventi sulla legge n. 40 del 2004²⁰⁸, le decisioni manipolative – adottate dalla Corte *in bonam partem* – hanno non di rado posto problemi di compatibilità con le fondamentali esigenze di determinatezza discendenti dall'art. 25, secondo comma, Cost.: la fattispecie penale risultante dal *dictum* costituzionale, infatti, è persa in molti di questi casi di difficile lettura e intellegibilità, perché costruita, sulla base dell'originaria previsione colpita dalla declaratoria di illegittimità

²⁰³ A commento della quale, v. A. G. CHIZZONITI, *Il vento delle sentenze della Corte costituzionale e le foglie secche della tutela penale della religione*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose*, maggio 2015.

²⁰⁴ Per M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 542, “*itali pronunce dimostrano chiaramente i rischi e i conseguenti limiti di manipolazioni della Corte su fattispecie penali indeterminate, lesive dell'art. 25, 2° co., Cost.*”.

²⁰⁵ In generale, sulle problematiche sollevate dalle decisioni manipolative rispetto al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., M. D'AMICO, *Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. It.*, 1990, p. 254 ss.; e A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4198 ss.

²⁰⁶ Per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 55, “*le pronunce manipolative in ambito penale pongono delicati problemi in termini di determinatezza della fattispecie penale, quando dal dispositivo della Corte si ricavi una normativa di risulta non chiara*”.

²⁰⁷ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II.

²⁰⁸ Si intende fare qui riferimento alla sentenza n. 229 del 2015, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, III comma, lett. b), e IV, della legge n. 40 del 2004, “*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, I comma, lett. b) della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela della maternità e sulla interruzione della gravidanza) e accertate da apposite strutture pubbliche*”; a commento della decisione, v. I. PELLIZZONE, *Dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015: la rilevanza penale della selezione eugenetica e dalla soppressione degli embrioni malati*, in *Stadium Iuris*, 7-8/2016, p. 826 ss.; più in generale, sulle criticità che derivano da simili interventi manipolativi, v. M. D'AMICO, *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, p. 27 ss.

costituzionale, insieme dal dispositivo della sentenza della Corte e dalle motivazioni in esso richiamate²⁰⁹.

A margine di queste brevi considerazioni introduttive, può essere utile ricordare – così segnalando una ulteriore insidia del sindacato di costituzionalità nella materia *de qua* – che un medesimo intervento ablativo della Corte può produrre, ad un tempo, sia effetti *in bonam partem* che *in malam partem*, con evidenti ripercussioni sul versante della sua ammissibilità, oltre che su quello delle possibili ricadute di ordine processuale: tale situazione, a ben vedere, si è di recente profilata, proprio nel caso deciso con la citata sentenza n. 32 del 2014²¹⁰, con cui la Corte ha censurato, per le ragioni di cui si è detto, una norma introdotta dal legislatore al fine di equiparare, sul versante del trattamento sanzionatorio, una serie eterogenea di fattispecie delittuose, nel settore del traffico illecito di stupefacenti. In questo delicato caso, come si dirà più precisamente oltre, la decisione di incostituzionalità e la conseguente reviviscenza della previgente disciplina – che differenziava, appunto, le sanzioni previste per le diverse classi di fattispecie – hanno determinato sia effetti *in bonam partem*, per le condotte che erano state livellate verso l'altro, sia *in malam partem*, per quelle che, invece, con l'intervento poi censurato dalla Corte, avevano subito un livellamento verso il basso.

3.1. La riserva di legge e gli interventi in bonam partem della Corte costituzionale: presupposti, effetti e alcune criticità di fondo

L'aver qualificato come “*piuttosto lasco*” – quanto al rispetto del principio della riserva di legge scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. – l'orientamento che è andato formandosi nella giurisprudenza della Corte costituzionale con riguardo alle decisioni *in bonam partem* è un'opzione ricostruttiva che può senz'altro essere criticata e che, nondimeno, risulta utile, ai nostri fini, per mettere in evidenza quella che pare essere la caratteristica principale del filone giurisprudenziale in commento²¹¹.

Le decisioni che la Corte costituzionale ha assunto, nel corso dei decenni, attenuando – più o meno sensibilmente²¹² – il rigore delle scelte di criminalizzazione operate dal

²⁰⁹ Paradigmatica di questo modo di procedere è proprio la citata sentenza n. 27 del 1975, con cui la Corte ha escluso la punibilità della donna “*nei casi pericolo grave, medicalmente accertato, della salute della madre, nei sensi di cui in motivazione*”. Su cui, ancora, M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, cit., p. 25.

²¹⁰ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 2.2.3.

²¹¹ Per M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, cit., p. 23, si tratta di un elemento “*contraddittorio*”, posto che “*tali decisioni pongono non pochi problemi se si prende sul serio il dogma enfatizzato dalla Corte nelle sue decisioni rivolte a questioni di costituzionalità dall'effetto in malam partem*”.

²¹² È importante, specie per le ricadute di ordine processuale, distinguere i casi in cui la Corte ha escluso la rilevanza penale di alcune condotte, dai casi in cui la Corte ha alleggerito la risposta sanzionatoria, senza incidere sulla rilevanza penale delle stesse: per una carrellata della più rilevante giurisprudenza costituzionale, v. V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale)* – *Giurisprudenza sistematica (2014)*, cit., *passim*; e, più di recente, G. LEO, (voce) *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2018, p. 4, il quale osserva che “*l'aumento del contenzioso di spiega, almeno in parte, con lo storico ritardo del legislatore nell'opera di complessivo adeguamento del sistema penale all'ordinamento di valori ed interessi scaturito dalla Costituzione repubblicana, ed alla stessa evoluzione dell'economia, dei rapporti familiari, dei costumi sociali, dei bisogni e dei diritti riconosciuti alla persona*”.

legislatore sembrano, in effetti, caratterizzarsi per un atteggiamento assai meno rigoroso di quello che, nella stessa giurisprudenza della Corte, è per converso possibile rintracciare con riferimento agli interventi *in malam partem*. E tale preliminare rilievo, come si cercherà di mettere in luce, finisce per intercettare anche le problematiche sottese all'operatività del principio di irretroattività sfavorevole, alla possibilità che la Corte intervenga delineando un quadro di maggior sfavore per gli imputati ostando, accanto alla riserva di legge, proprio il divieto di retroazione *in malam partem*, parimenti ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost.²¹³.

A tal riguardo, è importante evidenziare che, in dottrina, ha trovato un diffuso impiego, per giustificare gli interventi *in bonam partem* della Corte costituzionale, l'argomento per cui la riserva di legge non precluderebbe in alcun modo il controllo di costituzionalità delle norme incriminatrici “*ove abbia per effetto l'eliminazione di una figura di reato, la riduzione dell'area di fatti di reato ovvero una mitigazione delle sanzioni, previste dalla legge*”, posto che, in simili casi, “*nessuno [verrebbe] punito in forza della pronuncia della Corte*”²¹⁴, risolvendosi l'armonizzazione della norma impugnata con i principi costituzionali in un ampliamento delle ipotesi in cui il fatto penalmente rilevante è scusato o non punibile, ovvero punito meno severamente.

Ora, con la consapevolezza che ci si confronta con una tesi che ha conosciuto, tra i suoi sostenitori, autorevoli esponenti della dottrina penalistica²¹⁵, sembrerebbe tuttavia possibile sostenere – con il conforto di chi, tra i costituzionalisti in particolare, ancora oggi insiste nel valorizzare la *ratio* sostanziale sottesa all'art. 25, secondo comma, Cost.²¹⁶ – che, se si intende la riserva di legge come un limite alla possibilità che la Corte costituzionalità ponga in essere valutazioni di politica criminale, in luogo di quelle realizzate dall'organo rappresentativo, allora si dovrebbe, forse, più coerentemente, concludere nel senso che “*la discrezionalità legislativa [risulta] intoccabile a prescindere dalla direzione dell'intervento della Corte*”.

²¹³ Questo stesso elemento – come si dirà meglio nel paragrafo relativo al sindacato di costituzionalità sulle cd. *norme penali di favore* (cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 3.2.1) – era stato in origine valorizzato dalla Corte per sostenere una sorta di “*irrelevanza istituzionale*” delle questioni di legittimità costituzionali *in malam partem*; cfr. in particolare, sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 2.

²¹⁴ Così si esprimono G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 88, che fanno inoltre riferimento ad una “*ulteriore ipotesi in cui il controllo di costituzionalità è pienamente legittimo, in quanto può approdare all'eliminazione di una figura di reato, quella in cui venga denunciata una legge di depenalizzazione che abbia irragionevolmente mantenuto in vita un'ipotesi di reato relativa a fatti omogenei a quelli trasformati in illeciti amministrativi*”. Su questa specifica problematica – oltre alla sentenza richiamata dagli A. (la n. 52 del 1996), con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma depenalizzatrice nella parte in cui non assoggetta a sanzione amministrativa quella forma di propaganda irrazionalmente non depenalizzata dal legislatore – può segnalarsi anche la più recente sentenza n. 215 del 2017, in materia di ingiuria militare, con cui la Corte però è giunta ad esiti opposti, non accogliendo la censura avanzata dai rimettenti in merito all'esclusione proprio della fattispecie di ingiuria militare dall'intervento di depenalizzazione messo in campo dal legislatore con il citato d.lgs. n. 7 del 2016 (che aveva, invece, escluso la rilevanza penale della fattispecie di ingiuria comune). A commento di quest'ultima decisione della Corte, v. P. RIVELLO, *Su una pronuncia della Corte costituzionale in materia di diritto penale militare*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 novembre 2017.

²¹⁵ Su tutti, come già anticipato, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 91.

²¹⁶ Giacché – è stato correttamente rilevato – “*il principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. riserva al legislatore il compito di creare e modificare reati e pene, garantendo che sia la legge a decidere sull'an, sul quantum e sul quomodo delle pene. Anche un intervento in bonam partem implica, di per sé, una scelta su questi tre profili; scelta riservata al legislatore, in ossequio al principio del diritto penale come extrema ratio*” – cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, cit., p. 24.

In altre parole, si potrebbe ritenere che l'argomento per cui le sentenze *in bonam partem* non pongono problemi di compatibilità con la riserva di legge perché poste in essere "a favore dell'agente" non sia tale da cogliere pienamente nel segno²¹⁷, poiché, concertandosi sugli effetti del sindacato di costituzionalità, esso non tiene nella dovuta considerazione, marginalizzandolo, quello che invece dovrebbe essere il presupposto di ogni riflessione sul punto, e cioè la stessa teorica possibilità che un organo diverso dal legislatore - la Corte, per l'appunto -, privo di qualsivoglia legittimazione democratica, possa compiere scelte di politica criminale²¹⁸.

Certo, si potrebbe controbattere che, così ragionando (ritenendo cioè potenzialmente inammissibili anche le questioni *in bonam partem*), si finirebbe per considerare l'intera materia penale come una "zona franca" del tutto sottratta al controllo di costituzionalità, con la conseguenza che, in questa stessa materia, il legislatore potrebbe sentirsi libero di operare, in un senso e nell'altro, qualsiasi scelta di criminalizzazione, eventualmente anche in contrasto con la tavola di principi scolpita nella Carta costituzionale²¹⁹. Questo, però, non è il risultato pratico che intendono prefigurare coloro che problematizzano - proprio alla luce della *ratio* più intima della riserva di legge in materia penale - al pari dei simmetrici interventi *in malam partem*, anche le pronunce che determinano una situazione di complessivo vantaggio per gli imputati; essi, piuttosto, mirano a sottolineare, con particolare riferimento alle decisioni *manipolative*²²⁰, che, per tener fede all'originaria ispirazione del principio di legalità penale e per evitare di intaccare la sostanza democratica, la Corte costituzionale dovrebbe rimeditare l'orientamento che ammette - sempre e comunque, quante volte gli effetti dell'eventuale

²¹⁷ Su questa stessa linea, per O. DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, p. 825 ss., "il vero significato della riserva di legge e degli altri corollari del principio di stretta legalità risiede nel cd. favor libertatis, di talché le restrizioni che da essi discendono avrebbero ragion d'essere solo ed esclusivamente laddove si incida sulla libertà personale, restringendola, piuttosto che nel caso inverso, in cui se ne amplino gli spazi di tutela".

²¹⁸ Sembra condividere queste perplessità A. PUGIOTTO, *Sentenza normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4203, per cui, a fronte di decisione manipolative (sia *in bonam* che *in malam partem*), "è la scelta legislativa penale, nella sua interezza, ad essere messa in discussione: colpendo la norma-sanzione, infatti, la sentenza manipolativa finisce per produrre inevitabili ripercussioni sulla norme-precepto, stante l'intimo collegamento reciproco tra i due elementi della decisione circa l'an della punibilità compiuta dal legislatore. La stessa operazione ermeneutica sottesa alla sentenza manipolativa della Corte sembra poi incompatibile con la materia penale"; per l'A., in modo ancor più chiaro, "ricostruite il significato del limite dell'art. 25, secondo comma, Cost., va da sé la esclusione di interventi manipolativi della Corte costituzionale in materia penale poiché simili sentenze - siano esse additive o sostitutive, ampliative o riduttive della pena o del reato, favorevoli o sfavorevoli al reo - si traducono comunque in una invasione di campo rispetto alla sfera del politico, cui spetta in via esclusiva la scelta sull'an, sul quanto, sul quomodo del ricorso allo strumento penale".

²¹⁹ Su questa eventualità ragiona O. DI GIOVINE, *Opinioni a confronto. Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 224 ss., negando che "vi sia una supposta incompetenza in sé della Corte a concorrere nell'eventualità di formazione penale, dovendosi piuttosto evidenziare le preoccupazioni destate dall'assenza, quando maneggia di principi, di regole (a contenuto vincolante) che ne possano incanalare l'operato, rendendolo prevedibile".

²²⁰ Si potrebbe, forse, sostenere che le decisioni di accoglimento secco - in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, senza manipolare la norma impugnata - sembrano porre meno problemi di compatibilità con la riserva di legge, non sostituendo, in simili casi, la Corte costituzionale le proprie valutazioni a quelle del legislatore; in senso opposto, per M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1974, p. 551, "anche la mera ablazione di una norma incostituzionale priva l'ordinamento di un quid su cui il legislatore (un legislatore) sino a quel momento contava. Già questo, in misura minore o maggiore, muta la disciplina di taluni rapporti giuridici". In generale sul tema, v. M. D'AMICO, *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. It.*, cit.

declaratoria di illegittimità si pongano a *favore* degli imputati – il sindacato di costituzionalità sulle norme penali.

Oltre a quello che si è già anticipato (e che sarà oggetto di più approfondite riflessioni nella seconda sezione del capitolo²²¹) sulle ricadute che le decisioni *manipolative* possono determinare sul principio di *determinatezza*, e tenuto conto delle difficoltà che talvolta si incontrano nell'apprezzare la direzione dell'intervento della Corte, è proprio l'essenza stessa della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., rappresentata della necessaria copertura democratica di qualsiasi scelta di politica criminale, che sembra entrare in tensione con il citato indirizzo interpretativo, con cui si ammettono pacificamente manipolazioni *in bonam partem*²²².

La Corte costituzionale, però, come già si è avuto modo di precisare, non ha mai preso seriamente in considerazione simili argomenti e, fin dalla sua giurisprudenza più risalente, ha assunto importanti decisioni *manipolative* determinando, in concreto, con le sue pronunce, effetti favorevoli per gli imputati, sul presupposto che “nessun ostacolo – ai di là di quello generale, legato all'esigenza che l'intervento risulti costituzionalmente vincolato nei contenuti, così da non implicare scelte discrezionali spettanti in via esclusiva – incontrano le sentenze in bonam partem”²²³: si è trattato, in particolare negli anni settanta e ottanta²²⁴, di decisioni con cui la Corte, incidendo

²²¹ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.

²²² Su questa stessa linea, per M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, cit., p. 48, “non si può non osservare che qualsiasi manipolazione del testo, anche una modifica in melius, o non ampliativa dell'area del penalmente rilevante, altera in qualche misura la fisionomia del sistema. E tale conseguenza (...) riguarda a rigore la riserva di legge”. A tal riguardo, allora, può richiamarsi la riflessione proposta, in tempi risalenti dal Prof. Zagreblesky per cui “se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici), ricavarla; se non c'è spetta al legislatore (solo al legislatore) stabilirla. Intervendendo invece la Corte costituzionale, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso, quella del legislatore”.

²²³ Così precisamente Corte cost., sent. n. 109 del 2016, *Considerato in diritto* n. 3.

²²⁴ Senza alcuna pretesa di esaustività, possono qui segnalarsi i seguenti precedenti: la sentenza n. 31 del 1969, in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 330 c.p. “limitatamente all'applicabilità allo sciopero economico che non comprometta funzioni o servizi pubblici essenziali, aventi carattere di preminente interesse generale, ai sensi della Costituzione”; la sentenza n. 84 del 1969, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 507 c.p., che punisce l'ipotesi di boicottaggio ai fini di rivendicazione sindacale, “per la parte relativa all'ipotesi di propaganda e nei limiti di cui in motivazione”; la sentenza n. 108 del 1974, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 415 c.p., che punisce l'istigazione all'odio fra le classi, “nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità”; la sentenza n. 290 del 1974, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 503 c.p., che puniva, in generale, lo sciopero politico, riducendone il relativo ambito di applicazione ai casi di sciopero diretto “a sovvertire l'ordinamento giuridico costituzionale” o “ad ostacolare il libero esercizio della sovranità popolare”; la più volte citata sentenza n. 27 del 1975, con cui è stato dichiarato incostituzionale l'art. 546 c.p., “nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venire 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”; la sentenza n. 165 del 1983, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 504 c.p., “nella parte in cui punisce lo sciopero il quale ha lo scopo di costringere l'autorità a dare, o ad omettere, un provvedimento, o lo scopo di influire sulle deliberazioni di essa, a meno che non sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ad ostacolare il libero esercizio dei poteri nei quali si esprime la sovranità popolare”; la già citata sentenza n. 440 del 1995, con cui la Corte, manipolando l'art. 724 c.p., ha incluso (con una decisione in realtà solo apparentemente *in bonam partem*) nel novero dei comportamenti ritenuti meritevoli di tutela penale anche le offese a divinità diverse da quella venerata nella religione cattolica e giungendo dunque a proteggere non più la religione di Stato, ma la fede religiosa in sé; e, da ultimo, la sentenza n. 229 del 2015, in materia di sanzioni per chi pratica la diagnosi pre-impianto, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 13, commi 3, lett. b) e 4 della legge n. 40 del 2004, “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 alla legge n. 194 del 1978 e accertate da apposite strutture pubbliche”. Sulle criticità poste

direttamente sul precetto penale, ha ricondotto nell'alveo della legalità costituzionale alcune scelte di politica criminale del 1930 che finivano per sanzionare condotte tradottesesi – nel mutato quadro tracciato dalla Carta fondamentale – in forme di esercizio di diritti costituzionalmente protetti, così determinandone l'irrilevanza penale²²⁵.

Il campo della dosimetria sanzionatoria è parso ancor più sintomatico del particolare atteggiamento di apertura dimostrato dalla Corte nei riguardi degli interventi *in bonam partem*²²⁶, e su di esso, pertanto, è utile soffermarsi con attenzione.

Un primo dato di interesse: sono numerose ed estremamente significative le declaratorie di incostituzionalità che, nel corso degli anni, hanno investito – principalmente perché ritenute in contrasto con il principio di ragionevolezza e di finalità rieducativa della pena, di cui al combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost.²²⁷ – le cornici edittali configurate dal legislatore²²⁸, correggendo le più vistose patologie del sistema sanzionatorio²²⁹.

La stessa Corte costituzionale, nella recente sentenza n. 179 del 2017, ha riconosciuto che gli interventi *manipolativi* nella materia penale sono nel tempo divenuti più frequenti, “*con una serie di decisioni ispirate a una sempre maggiore garanzia della libertà personale e dei principi costituzionali che delineano ‘il volto costituzionale del sistema penale’*”²³⁰, secondo la felice espressione coniata per la prima volta con la pronuncia n. 50 del 1980²³¹.

da quest'ultima decisione in particolare, v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, cit., p. 16 ss.

²²⁵ V., in particolare, M. D'AMICO, *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*, cit., p. 9 ss.; da questo punto di vista, la coesistenza di un codice penale di “*indubbia ispirazione autoritaria*” con la Costituzione è stata definita correttamente una “*situazione ai limiti del paradosso*” - cfr. F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, p. 168; e, più di recente, dello stesso A., *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, che esprime nuovamente sconforto sulla mancata riforma del Codice Rocco.

²²⁶ Su cui, di recente, S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017; si v. anche V. MANES, *Attualità e prospettiva del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 2007, p. 751 ss.

²²⁷ Sul tema, con una prospettiva di carattere generale, v. M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, p. 463 ss.; con riferimento alla materia penale, v. A. PUGIOTTO, *Sentenza normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4199 ss.

²²⁸ Ovviamente non sono soltanto le opzioni sanzionatorie contenute nel codice del 1930 quelle su cui ha inciso la Corte costituzionale: così, a titolo di esempio, può segnalarsi la sentenza n. 56 del 2016, in materia di delitti paesaggistici, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 181, comma 1-bis, del d.lgs. n. 42 del 2004 (“*Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137*”), nella parte in cui prevede[va]: “*a) ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'art. 142 ed*”; a commento della decisione, v. A. NATALINI, *La “contravvenzionalizzazione” del delitto paesaggistico: il “sacrificio” del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2016; sul tema, v. M. D'AMICO, *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, p. 391 ss.

²²⁹ Di “*patologie del sistema sanzionatorio*” parla D. PULITANO, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 ss; sul tema, osserva M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, 2006, p. 47, che le decisioni della Corte “*hanno forse influito sul sistema [sanzionatorio] più di quanto non abbia saputo fare, nei sessant'anni dal dopoguerra a oggi, un legislatore impegnato altrove e in genere poco lungimirante e illuminato*”.

²³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 179 del 2017, *Considerato in diritto n. 4.4.*

²³¹ Svolge interessanti riflessioni sul tema, da ultimo, M. LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018, p. 7 ss.

Senza poter qui ricostruire un filone giurisprudenziale a così alto tasso di complessità²³², può comunque essere utile richiamare alcune delle decisioni che più hanno interessato, negli ultimi tempi, la dottrina e la giurisprudenza, non solo per la rilevanza, sul piano del merito, delle questioni affrontate, ma, soprattutto, per le correlate ricadute sul versante processuale: senz'altro degne di nota sono, in tale prospettiva, la sentenza n. 249 del 2010, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'aggravante di clandestinità introdotta con il decreto-legge n. 92 del 2008²³³, facendo valere l'idea di un diritto penale scevro da logiche "soggettivistiche", autenticamente improntato al principio di "materialità"²³⁴; e, sulla stessa linea²³⁵, la sentenza n. 251 del 2012, con cui la Corte ha accolto la censura di costituzionalità promossa dal rimettente in relazione all'art. 69, IV comma, c.p. con specifico riferimento al divieto di prevalenza dell'attenuante (oggi fattispecie autonoma) del fatto di lieve entità – della detenzione illecita di sostanze psicotrope – incriminato all'art. 73, V comma, d.p.r. 309 del 1990, rispetto alla recidiva di cui all'art. 99, IV comma, c.p.; ancora, la sentenza n. 68 del 2012, che ha colpito l'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata sia diminuita quando "per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lievi entità"; e, più di recente, la sentenza n. 236 del 2016, con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 567, secondo comma, cost., "nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque anni a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni", sanzionando, "alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importante del fine perseguito attraverso l'incriminazione"²³⁶, l'irragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio previsto dalla citata disposizione codicistica.

²³² Ancora attuali i rilievi di S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997, p. 136 ss.; per una ampia panoramica della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia, v. D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, p. 49; e, ancora, S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

²³³ Del tutto condivisibili le riflessioni proposte da G. L. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11 bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, che, peraltro, parlava dell'aggravante in questione come di "una disposizione nata in odore di incostituzionalità".

²³⁴ Ha precisato la Corte che, in conseguenza della aggravante censurate, "le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un 'tipo di autore' assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore" – cfr. Corte cost., sent. n. 249 del 2010, *Considerato in diritto* n. 9.

²³⁵ Ha osservato la Corte che "due fatti, quelli previsti dal primo e dal quinto comma dell'art. 73, che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa, vengono ricondotti alla medesima cornice edittale, e ciò 'determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale (sentenza n. 249 del 2010)' – cfr. Corte cost., sent. n. 251 del 2012, *Considerato in diritto* n. 5.

²³⁶ Così F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Corte sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, p. 62, che sottolinea come la Corte abbia affrontato "in modo (finalmente) coraggioso il principio della proporzionalità della pena come limite alla discrezionalità delle scelte legislative"; a commento della decisione, v., anche, E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per*

Decisioni, tutte queste, che consentono di mettere in evidenza alcuni elementi di rilievo, che è opportuno isolare, prima di procedere con l'esame delle ulteriori problematiche correlate alle pronunce *in bonam partem*.

Anzitutto, come visto, la Corte ha utilizzato un ampio spettro di tipologie decisorie per ricondurre entro le coordinate della legalità costituzionale le scelte sanzionatorie illegittimamente operate in sede legislativa: dalle sentenze di accoglimento secco, alle sentenze additive, passando per le sentenze sostitutive²³⁷.

Al di là dello strumento utilizzato, è importante, ai nostri fini, rimarcare che, in tutti i casi citati, la Corte ha comunque mostrato una certa attenzione all'esigenza di non invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, ribadendo un costante orientamento in forza del quale sono da censurare le sole "scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate" ovvero quelle che "trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio"²³⁸. Nella sentenza n. 236 del 2016, in particolare, la Corte ha fornito – all'esito di un itinerario argomentativo tracciato per alcuni in modo addirittura "coraggioso"²³⁹ – utili indicazioni al tal proposito, delineando precisamente i limiti del sindacato di costituzionalità *in subiecta materia*: essa ha, anzitutto, osservato che "non appartengono [alla] Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, risultando, queste tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, chiamata attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto di una lesione a un determinato bene giuridico"²⁴⁰; e che, conseguentemente, "per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile poteri di scelte in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo"²⁴¹.

Si tratta, a ben vedere, di affermazioni davvero cruciali, che – in disparte le già segnalate riserve prospettabili, in termini generali, sull'ammissibilità degli interventi (manipolativi) *in bonam partem* – si pongono coerentemente nel solco di una valorizzazione della riserva di legge in materia penale, quantomeno per la porzione del giudizio di costituzionalità che attiene alla individuazione della misura idonea a sostituirsi al *quantum* ritenuto illegittimo.

Alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale e dei rilievi formulati in apertura di paragrafo, si potrebbe allora sostenere che, pur non essendo del tutto valorizzate

l'alterazione di Stato, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 4/2016, p. 1956 ss.; e B. LIBERALI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2017, p. 381 ss.

²³⁷ Per una ricca disamina delle tipologie decisorie utilizzate *in subiecta materia*, v., ancora, G. LEO, (voce) *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, (diretto da) R. Garofoli e T. Treu, Treccani, 2018, *passim*; nonché, più in generale, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, 2018.

²³⁸ "Al pari della configurazione delle fattispecie astratte di reato, anche la commisurazione delle sanzioni per ciascuna di esse è materia affidata alla discrezionalità del legislatore, in quanto involge apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono, pertanto, sindacabili ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione (ex plurimis, sent. n. 161 del 2009, n. 324 del 2008, n. 22 del 2007 e n. 394 del 2006) – cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2012, *Considerato in diritto* n. 4.

²³⁹ Così, come anticipato, per F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Corte sulla proporzionalità della pena*, cit., p. 62.

²⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2016, *Considerato in diritto* n. 4.4.

²⁴¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 236 del 2016, *Considerato in diritto* n. 4.4; e, più di recente, Corte cost., sent. n. 184 del 2017, *Considerato in diritto* n. 4.3., ove si precisa che "la Corte ha ritenuto di poter incidere sulla misura della pena solo rintracciando all'interno dell'ordinamento vigente una adeguata disposizione sanzionatoria sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima".

“in un primo momento”, nella valutazione sulla stessa astratta possibilità dell’intervento della Corte, le istanze di democraticità sottese all’art. 25, secondo comma, Cost. finiscono comunque, “in un momento successivo”, per ricoprire un ruolo centrale nell’economia del sindacato di costituzionalità sulle scelte sanzionatorie del legislatore²⁴²: per evitare di intaccarne la *ratio* sostanziale, il giudice costituzionale, anche qualora abbia accertato i profili di illegittimità denunciati dal rimettente, ha infatti ritenuto di emettere una decisione manipolativa soltanto quando la soluzione adeguatrice non fosse frutto di valutazioni discrezionali, “conseguendo necessariamente al giudizio di legittimità, sì [da] procedere ad un’estensione logicamente necessitata, e spesso implicita nelle potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata”²⁴³.

Da ultimo, può essere utile spendere alcune conclusive considerazioni in ordine alle ricadute pratiche derivanti dalle sentenze *in bonam partem* della Corte costituzionale.

Al netto delle più controverse ipotesi di interventi solo apparentemente riduttivi dell’area di rilevanza penale²⁴⁴, si può rilevare, in termini generali, che quando la Corte incide direttamente sul precetto, escludendo la rilevanza penale di alcune tipologie di condotte, chiunque sia ancora imputato o sia già stato condannato in via non definitiva, per il reato colpito dalla declaratoria di incostituzionalità, potrà legittimamente confidare in un sentenza di proscioglimento “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato”; e, pretendere, se la Corte incide *in bonam partem* unicamente sulla cornice edittale, l’applicazione nei suoi confronti del trattamento sanzionatorio di maggior favore risultante dal *dictum* costituzionale.

Questione in parte diversa – su cui, peraltro, negli ultimi anni, si è registrato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale²⁴⁵ – è quella che riguarda l’ipotesi in cui la decisione della Corte sopraggiunga dopo l’intervenuto giudicato penale: in questo caso, come già rilevato nel precedente capitolo²⁴⁶, vale la regola generale prevista all’art. 30, IV comma, della legge n. 87 del 1953 (ulteriormente precisata, a livello codicistico, dall’art 673 c.p.p.), in forza

²⁴² Cfr., in questo senso, Corte cost., sent. n. 223 del 2015.

²⁴³ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 1986. Si può inoltre richiamare anche la sentenza n. 279 del 2013, in cui la Corte ha riconosciuto che “riconosciute, dunque, nei limiti indicati, l’effettiva sussistenza del vulnus denunciato dai rimettenti e la necessità che l’ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità, le questioni sollevate dai [rimettenti] risultano, tuttavia, inammissibili per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che fa escludere l’asserito carattere ‘a rime obbligate’ dell’intervento additivo sull’art. 147 c.p.” – cfr. Corte cost., sent. n. 279 del 2013, *Considerato in diritto* n. 8; più di recente, nella sentenza n. 23 del 2016, la Corte ha precisato che “la giurisprudenza di questa Corte, infatti, è costante nel ritenere inammissibili questioni formulate con un *petitum* che «[...] per la ampiezza della sua portata additiva [...] non si configura come unica soluzione costituzionalmente obbligata (sentenze, n. 81 e n. 30 del 2014)», (sentenza n. 241 del 2014), in particolare quando «il *petitum* formulato si connota per un cospicuo tasso di manipolatività, derivante anche dalla “natura creativa” e “non costituzionalmente obbligata” della soluzione evocata (sentenze n. 241, n. 81 e n. 30 del 2014; ordinanza n. 190 del 2013)», (sentenza n. 241 del 2014), tanto più in materie rispetto alle quali è stata riconosciuta ampia discrezionalità del legislatore (sentenza n. 277 del 2014)”. In generale sul concetto di “rime obbligate”, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in AA.VV., *La corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, p. 84 ss.

²⁴⁴ Su cui, ancora, tra i molti, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 542.

²⁴⁵ Tra cui, 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 *Arch. Pen.*, n. 2/2013, p. 5; P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015; e più di recente, G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015, p. 11.

²⁴⁶ Cfr. Cap. II, par. 5.1.

della quale il giudice dell'esecuzione è tenuto a rimuovere la sentenza di condanna fondata sulla "norma incriminatrice" dichiarata incostituzionale, non potendo l'ordinamento tollerare che, in esecuzione di un titolo giudiziale formatosi sulla base di una norma penale in contrasto con la Costituzione, sia limitata la libertà personale di un soggetto.

Ebbene, rimeditando un risalente orientamento che limitava l'operatività delle succitate previsioni alle ipotesi in cui la declaratoria di incostituzionalità incide sul solo precetto, la più recente giurisprudenza di legittimità – sollecitata a pronunciarsi su queste tematiche all'esito di alcune importanti sentenze di accoglimento della Corte costituzionale²⁴⁷ – ha proposto una interpretazione "costituzionalmente e convenzionalmente orientata" dello strumento demolitorio in parola²⁴⁸, riconoscendone l'applicabilità anche ai casi di sentenze dichiarative della incostituzionalità di "norme penali, diverse da quelle incriminatrici, comunque incidenti sul trattamento sanzionatorio".

Il sistema, pertanto, – al netto di un ulteriore profilo problematico (che qui interessa soltanto segnalare²⁴⁹) – pare così aver trovato un proprio punto di equilibrio, tra le esigenze di stabilità del giudicato penale e le istanze di legalità (del reato e della pena): da un lato, anche alla luce di quanto precisato nel precedente capitolo, riconoscendo che l'art. 30, IV comma, l. 87 del 1953 e l'art. 673 c.p.p. è applicabile soltanto entro i confini della "materia penale nazionale", quella cioè risultante dalle scelte classificatorie del legislatore domestico²⁵⁰; dall'altro, che la cd. *ultrattività* delle sentenze *in bonam partem* della Corte costituzionale è predicabile sia rispetto a sentenze che incidono sul precetto, sia con riguardo a pronunce che attenuano, pur non escludendola in radice, la risposta sanzionatoria prevista come conseguenza della commissione di un fatto penalmente illecito.

3.2. La riserva di legge come limite al sindacato di costituzionalità in malam partem

²⁴⁷ Così, per esempio, all'esito della citata sentenza n. 68 del 2012. Sulle ricadute processuali di questa decisione, v. S. FINOCCHIARO, *Sequestro a scopo di estorsione e 'lieve entità' del fatto: il giudicato non preclude la rideterminazione in executivis della pena*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 aprile 2015; sia inoltre consentito il rinvio, per l'analisi del seguito processuale della sentenza n. 32 del 2014, a S. BISSARO, *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*, 13 luglio 2015.

²⁴⁸ In particolare, con le sentenze Cass. Pen., SS.UU., n. 18821 del 2013, Imp. *Ervolano*; e Cass. Pen., SS.UU., 42858 del 2014, Imp. *Gatto*; su cui, tra i molti contributi a disposizioni, si segnalano le riflessioni di P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015; e di G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015.

²⁴⁹ Ci si riferisce, in questi termini, alla possibilità di ritenere comunque ammissibile una istanza di rideterminazione della pena (divenuta "illegale" all'esito di un intervento della Corte costituzionale che ne abbia accertato l'illegittimità costituzionale) anche qualora la stessa sia stata interamente espiata dal condannato. La richiamata giurisprudenza di legittimità è sembrata, in senso opposto, considerare come indefettibile, ai fini di una valida istanza di rideterminazione *in executivis*, la pendenza del rapporto esecutivo (rappresentata, appunto, dalla circostanza della non integrale espiazione della pena subita); non pare, tuttavia, così peregrino il ragionamento di chi – nei soli casi in cui l'esistenza di una pena, parametrata sulla base della cornice editale dichiarata incostituzionale dalla Corte, continui a spiegare effetti pregiudizievoli nei confronti del soggetto condannato (precludendogli l'esercizio di alcuni fondamentali diritti, in ambito politico o economico) – intravede la possibilità di una richiesta di rideterminazione della pena, anche nelle ipotesi di integrale espiazione della stessa.

²⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017.

La Corte costituzionale, come già anticipato, ha tradizionalmente mostrato, nel corso degli anni, un atteggiamento di rigido *self restraint* rispetto alla possibilità di assumere decisioni con effetti *in malam partem*²⁵¹, sul presupposto che la riserva di legge prevista all'art. 25, secondo comma, Cost. precludesse, qualsiasi valutazione di politica criminale – sull'*an*, il *quantum* o il *quomodo* della sanzione penale – al giudice delle leggi, dalla quale potesse derivare un risultato di svantaggio per gli imputati²⁵².

A ben vedere, la solidità di questa affermazione – oltre ad aver conosciuto un generale consenso nella dottrina (sia penalistica che costituzionalistica)²⁵³ – ha trovato, in concreto, plurimi riscontri nella stessa giurisprudenza costituzionale: sono così andate costantemente incontro ad *inappellabili* dispositivi di inammissibilità (talvolta, addirittura, di manifesta inammissibilità) tutte le questioni di legittimità presentate, nel corso degli anni, con l'obiettivo di far creare alla Corte nuove fattispecie incriminatrici, eventualmente interpretando estensivamente quelle già esistenti, fino a farvi ricomprendere casi non contemplati dalle stesse²⁵⁴. Analoga sorte è poi toccata alle richieste volte ad aggravare il complessivo trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore²⁵⁵, così come quelle finalizzate a modificare in senso sfavorevole le condizioni esterne comunque idonee ad influire sull'area di punibilità²⁵⁶, nonché quelle preordinate ad estendere il perimetro applicativo di misure accessorie o di misure di sicurezza²⁵⁷ o volte, ancora, a trasformare un illecito amministrativo in illecito penale (specie in caso di depenalizzazione, con conseguente richiesta di ripristino della norma abrogata²⁵⁸); infine, sono state considerate del pari inammissibili tutte quelle questioni finalizzate ad integrare, in senso sfavorevole, la disciplina degli atti interruttivi o sospensivi della prescrizione²⁵⁹.

Su quest'ultima ipotesi è il caso di spendere qualche parola aggiuntiva, richiamando alcune delle riflessioni condotte nel capitolo precedente in merito ai confini tra il diritto

²⁵¹ In dottrina ha messo in evidenza che “la Corte [ha] interpreta[to] in modo forte la riserva di legge in materia penale, ritenendo che il monopolio legislativo nella normazione penale vieti alla Corte stessa di emanare decisioni additive in *malam partem*”, tra i molti, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, cit., p. 541, che enuclea precisamente le ipotesi di decisioni di inammissibilità che la Corte costituzionale ha emesso nel corso degli anni, proprio facendo valere l'argomento del necessario rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25, II comma, Cost. e della conseguente impossibilità, per la Corte, di adottare pronunce con effetti *in malam partem*.

²⁵² Come osserva V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 100, per giurisprudenza costante, richiamando in particolare la sentenza n. 161 del 2004, “nell'affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti”.

²⁵³ V., per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.; e, più di recente, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, cit., *passim*.

²⁵⁴ Cfr., tra le molte, Corte cost., sent. n. 411 del 1995, come esempio di norma nuova (si trattava, in effetti, di un caso in cui la Corte ha statuito che non rientra fra i poteri costituzionalmente spettanti alla Corte costituzionale una pronuncia additiva, dalla quale consegua l'inserimento nell'impugnato art. 727 c.p. di una norma incriminatrice consistente nella condotta di chi provoca la morte di un animale di sua proprietà), e sent. n. 42 del 1977, come esempio di estensione analogica.

²⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 132 del 1995.

²⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 1994.

²⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. nn. 250 del 1984 e 282 del 1985.

²⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 226 del 1983.

²⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 114 del 1994.

penale *sostanziale* e *processuale*. E ciò, perché l'istituto della prescrizione – che da sempre ha attirato le riflessioni degli studiosi in ragione della sua natura “*proteiforme*”²⁶⁰ – è stato, a partire dalla riforma del 2005²⁶¹ e, in modo ancor più evidente, a margine della nota *saga Taricco*²⁶², nuovamente al centro di un ricco dibattito dottrinale²⁶³ e giurisprudenziale²⁶⁴, nel cui ambito, in particolare, è stato riproposto – per confermarlo ovvero per suggerirne il superamento, a seconda delle diverse posizioni²⁶⁵ – proprio il citato orientamento della Corte che, valorizzando la natura *sostanziale* dell'istituto in parola (e della sua conseguente attrazione nel circuito della legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.), ha seguito a dichiarare inammissibili le questioni di legittimità presentate al fine di aggravarne, in qualsiasi modo, il regime applicativo²⁶⁶.

La sentenza n. 115 del 2018 – con cui la Corte costituzionale, come si dirà più precisamente nella prossima sezione, ha messo la parola fine alla citata *saga Taricco*²⁶⁷, accertando la radicale incompatibilità, con il principio di determinatezza in materia penale, dell'obbligo imposto dalla Corte di Giustizia²⁶⁸ – offre, a tal proposito, alcuni spunti interessanti. La Corte, infatti, in quest'occasione, ha riconosciuto espressamente che il legislatore è libero di modulare, attraverso un ragionevole bilanciamento, il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati “*fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosi anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità)*”²⁶⁹, a patto però che rispetti la premessa costituzionale inderogabile rappresentata dall'essere la prescrizione un istituto di diritto penale sostanziale. Per fugare qualsiasi dubbio a tal proposito, la Corte ha ulteriormente precisato che “*un istituto 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*

²⁶⁰ Su cui, per tutti, D. PULITANO', *Il nodo della prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2014; e, dello stesso A., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016.

²⁶¹ Si tratta più precisamente della legge 5 dicembre 2005, n. 251, ai più nota come “*Legge ex Cirielli*”.

²⁶² Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II.

²⁶³ Si v., per tutti, F. VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. Pen. Cont.* – *Riv. Trim.*, 3/2013.

²⁶⁴ Cfr., in particolare, Corte cost., ord. n. 24 del 2017 e sent. n. 115 del 2018.

²⁶⁵ Verso un superamento dell'orientamento segnalato nel testo, si sono espressi M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e il 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del 'caso Taricco'*, in *2Il 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, p. 97 ss.; e F. VIGANÒ, *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.

²⁶⁶ Così M. SCOLETTA, *La 'rilevanza' delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem*, p. 8-9: *il caso della prescrizione del reato*, in *penalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2012, che osserva come “*una possibile via per sostenere la rilevanza delle questioni di illegittimità in esame potrebbe essere quella di tentare la confutazione dell'assunto relativo alla natura giuridica 'sostanziale' della prescrizione; in tal caso, gli effetti delle pronunce di accoglimento non incontrerebbero il vincolo intertemporale dell'art. 25, secondo comma, Cost e potrebbero trovare concreta e immediata applicazione nei giudizi a quibus, conformemente al principio del tempus regit actum*”. Sul tema v., anche, G. MARINUCCI, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole 24 ore*, 12 marzo 1998, p. 2.; e più di recente, F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 settembre 2011, p. 12 ss.

²⁶⁷ Ragionano, in particolare, delle questioni lasciate irrisolte dalla sentenza della Corte costituzionale 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; e D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la 'saga Taricco': tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *Europeanpapers*, 1 luglio 2018.

²⁶⁸ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II.

²⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 10.

costituzionale del principio di legalità penale sostanziale”, enunciato, con una formula di particolare ampiezza, dall’art. 25, secondo comma, Cost.

Si tratta, a ben vedere, di un’affermazione indubbiamente “rocciosa”²⁷⁰, senz’altro idonea ad escludere, al netto di clamorosi *revirements* della Corte costituzionale, che l’istituto della prescrizione sia in futuro estromesso dal fascio di garanzie della legalità penale e, per quanto qui più interessa sottolineare, che possa formare oggetto di una questione di legittimità *in malam partem*.

Tutto ciò premesso, occorre rilevare che, in una prospettiva di carattere generale, accanto al tema della possibilità, per la Corte, di creare nuove fattispecie incriminatrici o di estendere il perimetro applicativo di quelle già in vigore, si è tradizionalmente ragionato dell’esistenza, nell’ordinamento italiano, di obblighi di tutela penale²⁷¹. Alcuni hanno valorizzato, a tal fine, anche il dato testuale di alcune previsioni costituzionali, come l’art. 13, quarto comma, Cost. (e, pur se con maggiori cautele, anche l’art. 18, secondo comma, Cost.²⁷²) che sembrano richiedere, per l’appunto, l’intervento penale a difesa di beni ritenuti meritevoli di particolare protezione.

Al fondo di questa tematica, come precisamente osservato in dottrina²⁷³, sta l’idea che la sovranità punitiva del Parlamento possa essere, in qualche misura, limitata da vincoli superiori (costituzionali, anzitutto anche se non esclusivamente²⁷⁴), nelle sue valutazioni di “non intervento” e che, in altre parole, il coefficiente di discrezionalità tipico delle opzioni penali – declinato, di norma, sul versante dell’offensività, della proporzione e della sussidiarietà – possa essere compromesso in taluni particolari casi, “in cui il legislatore sarebbe non libero ma vincolato o ‘obbligato’ a predisporre la tutela penale (o un determinato standard di tutela penale) per reprimere peculiari violazioni/aggressioni a beni giuridici ritenuti particolarmente meritevoli/bisognosi di protezione”²⁷⁵.

²⁷⁰ Richiamando una felice espressione utilizzata dal Prof. Manes a commento dell’ordinanza n. 24 del 2017 (definita, appunto, “garbata nella forma e rocciosa nella sostanza”) – cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scasso 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*, cit.

²⁷¹ Tema su cui deve necessariamente riferirsi alle riflessioni di D. PULITANO’, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità delle norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 13 ss.; e, dello stesso A., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 484 ss, per cui “la tutela di beni giuridici di rilievo costituzionale è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non di per sé sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione” e “l’inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o espansione di fattispecie di reato paga un prezzo (una limitazione del controllo di costituzionalità) che, ritenuto imposto dal principio di legalità, appare sopportabile nel bilanciamento con esigenze di garanzia”.

²⁷² Sulla possibilità di applicare il paradigma degli obblighi di criminalizzazione anche all’art. 18 Cost., v. M. GAMBARDELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3727 ss.; A. LOLLO, *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; e, in senso critico, M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie penali illegittimamente abrogate? Il caso del reato di ‘associazioni di carattere militare per scopi politici’ al cospetto della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2011.

²⁷³ Così V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 92; e, ancora, D. PULITANO’, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, cit., p. 11 ss.

²⁷⁴ Il tema degli obblighi di tutela penale che discendono dal diritto dell’Unione europea e dal sistema della CEDU è infatti di indubbio interesse: cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 6.

²⁷⁵ Così, ancora, V. MANES, *Op. utl. cit.*, p. 92, che osserva come il problema della legittimazione del diritto penale sia qui rovesciato: “non si discute della legittimazione dell’intervento penale, ma della legittimità della sua assenza, della ‘perdita del diritto di non punire’

Nel contesto italiano, si è cominciato a ragionare compiutamente di questa tematica, sul finire degli anni settanta, a seguito di alcune censure di illegittimità costituzionale *in malam partem*, presentate, prima, in relazione alla legge n. 319 del 1976, cd. legge Merli, in materia di tutele delle acque dall'inquinamento; e, poi, con riferimento alla legge n. 194 del 1978, sull'interruzione volontaria di gravidanza²⁷⁶. Il dibattito è stato successivamente alimentato, nel corso degli anni, da ulteriori questioni promosse in risposta a politiche di depenalizzazione messe in campo dal legislatore, in materia di diritto penale ambientale²⁷⁷, e, ancora, al cospetto di alcune specifiche riforme in senso restrittivo, in tema di abuso d'ufficio²⁷⁸, che i rimettenti assumevano viziate, appunto, da un *deficit* di tutela nei confronti dei corrispondenti interessi costituzionalmente tutelati.

Da parte sua, la Corte costituzionale ha risposto in modo *tranchant* ai dubbi che la dottrina aveva sollevato nel tempo, ribadendo, in più occasioni, che *“l'eventuale addebito al legislatore di avere omissso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di 'addizione' alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte”*, e ciò anche in ragione del fatto che *“le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono (...) nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni (...); ché anzi l'incriminazione costituisce una extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando (...) lo ritenga necessario per l'assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela”*²⁷⁹.

La solidità dell'orientamento proposto negli anni dalla Corte costituzionale ha determinato un *“progressivo disincanto”* della dottrina che si è, con il passare del tempo, unita intorno all'idea – ben illustrata dalle parole di Bricola – che la quotazione costituzionale di un certo interesse o bene giuridico sia un requisito *“sempre necessario ma mai sufficiente per giustificare la sanzione penale”*²⁸⁰.

²⁷⁶ Sul tema, v., D. PULITANO', *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, (a cura di) A. Stile, Napoli, 1985, p. 151 ss.; e F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale. (Un contributo comparatistico allo studio sul tema)*, in AA.VV., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, (a cura di) A. Pizzorusso – V. Varano, I, Milano, 1985, p. 531 ss.

²⁷⁷ Cfr. Corte cost., ord. n. 267 del 1999, con cui, di fronte ad una impugnativa che lamentava, *inter alia*, l'illegittimità di una depenalizzazione di talune infrazioni in materia ambientale adducendo la lesione dei principi costituzionali in tema di tutela dell'ambiente e della salute (artt. 9 e 32 Cost.), la Corte, con un dispositivo di *manifesta infondatezza* della questione promossa, ha precisato che non si può *“invocare la protezione costituzionale di determinati interessi, in assenza di obblighi di penalizzazione ricavabili dalla Costituzione, come fondamento per la tutela penale a condotte che il legislatore, unico abilitato a individuare i reati e le pene, non abbia ritenuto di sottoporre a tale sanzione”*

²⁷⁸ Sviluppando questi riferimenti, ancora, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 94.

²⁷⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 447 del 1998, *Considerato in diritto n.*; già nella sentenza n. 317 del 1996, la Corte aveva ribadito che *“la sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri, come quelli inerenti allo svolgimento di funzioni amministrative. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative. Ed è anzi rimesso alla valutazione discrezionale del legislatore, nei limiti della ragionevolezza, valutare quando ed in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce extrema ratio, da riservare ai casi in cui non appaiono efficaci altri strumenti di tutela di beni ritenuti essenziali”*, cfr., anche, Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 6.1*; sul tema, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 96.

²⁸⁰ Pressoché nei medesimi termini, D. PULITANO', *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, cit., p. 13, per cui *“la tutela di beni giuridici di rilievo costituzionale è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non di per sé sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione”*. Osserva, a tal riguardo, V. MANES, *Il*

Ora, chiusa questa articolata premessa e venendo all'esame delle questioni più attuali, preme sottolineare come il divieto di pronunce *in malam partem* – riproposto, nella sua perentorietà, e senza eccezioni, nella più risalente giurisprudenza della Corte costituzionale – sia stato, a partire da una fondamentale pronuncia degli anni ottanta, in qualche misura messo in discussione nella sua assolutezza. Si è così, anzitutto, ammesso il sindacato sulle cd. *norme penali di favore*, che per lungo tempo la Corte aveva escluso proprio in ragione della inaccettabile eventualità che dal proprio *dictum* potessero derivare effetti sfavorevoli per gli imputati²⁸¹; e poi, ancora, in tempi più recenti, si è parimenti riconosciuto come ammissibile l'intervento della Corte (con potenziali effetti *in malam partem*) anche in merito a censure aventi ad oggetto vizi di tipo procedurale²⁸², tali da inficiare l'atto impugnato nel suo *iter* di formazione: prima, con riferimento ad un decreto legislativo adottato in assenza di delega e, poi, di un decreto-legge radicalmente trasformato, nel suo contenuto sostanziale, in sede di conversione.

In tutti questi casi, come si cercherà di dimostrare nelle prossime pagine, ad essere salvaguardata dal sindacato della Corte, pur a fronte della possibilità (per vero solo teorica, come si avrà modo di precisare) che l'intervento della Corte produca effetti *in malam partem*, sia, al fondo, la stessa istanza di democraticità sottesa al principio di riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost²⁸³.

3.2.1. Una prima eccezione: le cd. norme penali di favore

Nell'affrontare il tema del sindacato di costituzionalità sulle cd. *norme penali di favore*, quale primo varco aperto nella cinta del divieto di assumere decisioni con (potenziali) effetti *in malam partem*, è opportuno ripercorrere, sia pur brevemente, i più rilevanti passaggi della

giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, cit., p. 97, come fosse chiarissima la posizione sul punto del Prof. Bricola, nella *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, p. 572 ss., ove, illustrando la tesi dei beni di rilievo o significatività costituzionale come presupposto di legittimazione della tutela penale, affermava che “*il margine di vincolo è soltanto negativo: il legislatore, cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extrapenali*”.

²⁸¹ A tal proposito, è stato osservato – da M. GAMBARDELLA, *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.*, fasc. 2/2017, p. 576 – che “*il principio di riserva di legge in materia penale deve ritenersi gerarchicamente subordinato, sotto il profilo assiologico, al principio di costituzionalità, quando viene in rilievo un enunciato legislativo ascrivibile alla categoria normativa delle cd. norme penali di favore*”.

²⁸² Già V. ONIDA, *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, p. 287, sul presupposto che una cd. *norma penale favorevole*, al pari di qualsiasi altra norma, possa risultare affetta da illegittimità, rilevava che “*quest'ultima può derivare dalle cause più diverse, alcune delle quali sicuramente suscettibili di verificarsi (ad esempio un vizio procedurale, o di difetto di delega). E se il vizio c'è, esso deve poter essere accertato e dichiarato. Quali siano poi gli effetti di tale dichiarazione (reviviscenza di una disciplina preesistente, o applicazione di altre norme più generali, o al limite vuoto normativo) dipende dalla fattispecie, ed è problema da risolversi caso per caso in base ai principi*”.

²⁸³ Così V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in *cortecostituzionale.it*, 2014, p. 43 ss. Soccorso, a questi fini, anche le riflessioni proposte da O. DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., p. 230, per cui “*la funzione para-legislativa in malam partem della Corte non è ostacolata in modo insuperabile dalla riserva di legge, poiché conaturata a qualunque attività giurisdizionale e, per di più, voluta dalla Costituzione*”.

decisione con cui il Giudice delle leggi – dopo una prima stagione di interpretazioni piuttosto ondivaghe – ha definito, da un punto di vista teorico, il proprio orientamento in materia²⁸⁴, tracciando, in quell’occasione, alcune fondamentali coordinate ermeneutiche che ancora oggi vengono richiamate, dai giudici *a quibus* e dalla stessa Corte costituzionale, nell’esame delle questioni di legittimità promosse su questo tema.

Si tratta della nota sentenza n. 148 del 1983, emessa dalla Corte a fronte dell’impugnativa promossa, nel corso di un procedimento penale a carico di alcuni componenti del CSM, dal Tribunale di Roma in relazione all’art. 5 della legge n. 1 del 1981 (modificativa della legge n. 195 del 1958 sulla costituzione e sul funzionamento dell’organo di autogoverno della magistratura ordinaria). Il giudice rimettente aveva lamentato, in quel caso, la lesione degli artt. 3, primo comma, 28 e 112 della Costituzione ad opera della norma impugnata, poiché quest’ultima, senza una sufficiente e razionale base giustificativa, configurava illegittimamente una causa di non punibilità per le opinioni espresse dai membri del CSM.

La decisione, come anticipato, assume primario rilievo perché, con essa, la Corte costituzionale ha affrontato *apertis verbis* la problematica relativa alla compatibilità, con la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., del sindacato di legittimità sulle *cd. norme penali di favore*²⁸⁵, chiarendo, anzitutto, che la questione sollevata dal giudice rimettente non riguardava, nel caso di specie, una richiesta di manipolazione additiva sulla norma censurata (la quale sarebbe pacificamente andata incontro ad una decisione di inammissibilità), bensì la differente, e più controversa, ipotesi della riconduzione di una disciplina di favore (quella penale dei membri del CSM, appunto) nell’ambito delle norme di diritto comune (“*mediante una pura e semplice dichiarazione d’illegittimità costituzionale dell’intera disposizione impugnata*”). La Corte ha quindi preso accuratamente in esame gli opposti orientamenti che erano andati formandosi, su questa specifica problematica, nella giurisprudenza costituzionale del precedente decennio: da una parte, le pronunce con cui erano state ritenute ammissibili impugnative concernenti le *cd. norme penali di favore*, in base all’assunto per il quale le questioni inerenti “*alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale attengono all’interpretazione delle leggi e pertanto devono essere risolte dai giudici ordinari*”²⁸⁶; dall’altra, le decisioni²⁸⁷ con cui la Corte aveva, per converso, affermato che il tassativo disposto degli artt. 25, secondo comma, Cost. e 2 c.p. “*imporrebbe in ogni caso al giudice di applicare nella concreta fattispecie la norma impugnata, quand’anche viziata d’incostituzionalità: donde l’inammissibilità di siffatte questioni per difetto di rilevanza*”²⁸⁸.

²⁸⁴ Su questi profili, v. V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di ‘rilevanza’ delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1978, p. 996 ss.; e D. PULITANO, *La ‘non punibilità’ davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 1983, I, p. 1803 ss.

²⁸⁵ Riconoscendo, peraltro, di essersi in precedenza già pronunciata “*sul tema dei limiti che le impugnazioni ed il conseguente sindacato di legittimità delle leggi subiscono per effetto dei principi costituzionali di legalità e d’irretroattività dei reati e delle pene*”, salvo poi ammettere di non aver ancora proposto una compiuta risoluzione alla problematica in parola. Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 2*.

²⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. nn. 155 del 1973 e 22 del 1975.

²⁸⁷ Cfr. Corte cost., sent. nn. 26 del 1975, 85 del 1976, 122 del 1977 e 91 del 1979.

²⁸⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 2*.

Ebbene, anticipando quello che sarà poi il fondamentale (e più volte riproposto²⁸⁹) argomento correlato all'esigenza di evitare la creazione di "zone franche", la Corte ha correttamente osservato che a voler seguire fino in fondo il secondo degli orientamenti richiamati²⁹⁰ si determinerebbero conseguenze assai gravi, posto che "norme sicuramente applicabili nel giudizio a quo, in ordine alle quali si producessero dubbi di legittimità costituzionale, non ritenuti dal giudice manifestamente infondati, rischierebbero di sfuggire ad ogni sindacato della Corte, non essendo mai pregiudiziale la loro impugnazione"²⁹¹.

La Corte ha inoltre ribadito, in modo netto e in una prospettiva di carattere più generale, che "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"²⁹². Né, su questa stessa linea, le garanzie che derivano dal principio di legalità potrebbero venir meno, "se non compromettendo l'indispensabile coerenza dei vari dettami costituzionali, di fronte ad una decisione di accoglimento"²⁹³.

Ora, senza mettere in discussione tali premesse, la Corte ha condivisibilmente sottolineato che "altro è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni di 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". E neppure si potrebbe sostenere, a voler aderire alla tesi contraria, che un simile inconveniente rappresenta una conseguenza necessitata del modello incidentale accolto nel nostro ordinamento, in riferimento alla "necessaria incidenza delle decisioni della Corte sugli esiti dei giudizi in cui siano stati promossi gli incidenti di costituzionalità": e ciò perché, indipendentemente dalla sorte processuale dei singoli imputati, è indubbio che, nella prospettiva del giudice *a quo*, "anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale".

Anzitutto, perché l'eventuale accoglimento verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quantomeno, sui dispositivi delle sentenze penali che il giudice *a quo*,

²⁸⁹ Cfr., tra le molte, Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.1.

²⁹⁰ Rispetto al quale, comunque, possono essere registrati "essenziali elementi di verità" - cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 2.

²⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 2.

²⁹² Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 3.

²⁹³ La norma privata di efficacia – prosegue ancora la Corte sul punto – "ai sensi del primo comma dell'art. 136 Cost. (e resa per sé stessa inapplicabile alla stregua dell'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953), quanto al passato la norma penale di favore continua perciò a rilevare, in forza del prevalente principio che preclude la retroattività delle norme incriminatrici" – cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 3. Nella dottrina penalistica, è stato di recente osservato che "il principio di legalità costituzionale, nelle ipotesi in cui s'impone assiologicamente rispetto al principio di serva di legge, entra però in conflitto anche con un altro principio costituzionale, quello di irretroattività della legge penale: l'antinomia tra i due principi trova, allora, la sua composizione, la sua composizione nella prevalenza di quest'ultimo, limitando la piena applicazione del principio di costituzionalità e delle sue conseguenze (ossia l'annullamento *ex tunc* della norma penale di favore) rispetto ai fatti commessi durante la vigenza della norma invalida. La pronuncia ablativa della Corte costituzionale non può qui limitare in alcun modo le garanzie stabilite dai principi costituzionali (art. 25 Cost.) ed europei (art. 7 CEDU, art. 49 Carta UE) in materia di irretroattività della legge penale" – cfr. M. GAMBARDELLA, *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.*, fasc. 2/2017, p. 577.

dopo l'intervento della Corte, è chiamato ad emettere, le quali troveranno il proprio fondamento normativo – non solo e non tanto sulla norma impugnata e poi annullata dalla Corte, ma – “*sul primo comma dell'art. 2 cod. pen. (sorretto dal secondo comma dell'art. 25 Cost.)*”. L'ipotetica pronuncia di accoglimento della Corte, peraltro, sul medesimo versante, “*non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato – come è stato esattamente notato in dottrina – il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa*”.

Un'ulteriore evidenza della possibilità che il *dictum* costituzionale influisca sul successivo esercizio dello *ius-dicere* deve poi registrarsi, per la Corte, nella circostanza che “*le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento*” e che, per l'effetto, “*lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto, salve le implicazioni ricavabili dal principio di irretroattività dei reati e delle pene*”, trattandosi di un problema – *rectius*: “*di una somma di problemi*” – che inerisce all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno quindi affrontare, nell'ambito delle rispettive competenze, caso per caso.

Da ultimo, la tesi per cui le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le *cd. norme penali di favore* non potrebbero in nessun caso essere considerate pregiudiziali ai fini del giudizio *a quo* muove, per il Giudice delle leggi, “*da una visione troppo semplificante delle pronunce che [la stessa] Corte potrebbe adottare, una volta affrontato il merito di tale impugnativa*”, diverse ed ulteriori dalle semplici decisioni di accoglimento o di rigetto, non essendo peraltro la Corte “*vincolata in assoluto dalle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di costituzionalità*” e non potendo quindi “*escludersi a priori che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di remissione*”²⁹⁴.

Risolto in questi termini il nodo della pregiudizialità delle questioni di legittimità che investono le *cd. norme penali di favore*, la Corte ha quindi scrutinato nel merito il dubbio di costituzionalità promosso dal Tribunale di Roma, decidendolo in questo caso nel senso dell'infondatezza, con una motivazione piuttosto ricca (oltreché di un certo interesse per i profili che attengono alla posizione costituzionale dell'Organo di autogoverno della magistratura ordinaria²⁹⁵).

Orbene, pur affermato in linea teorica e benché più volte ribadito nella successiva giurisprudenza costituzionale²⁹⁶, il sindacato sulle *cd. norme penali di favore* non ha mai condotto, prima della storica sentenza n. 394 del 2006, alla dichiarazione d'incostituzionalità delle fattispecie sottoposte all'esame della Corte²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 3.

²⁹⁵ Non interessa, in questa sede, approfondire il merito della decisione della Corte: sia qui sufficiente rilevare che la Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata poiché “*la natura, la posizione e le funzioni del Consiglio superiore della magistratura sono state concepite dalla Costituzione in termini così caratteristici, da fornire un'adeguata ragione giustificativa della scriminante in discussione*” – cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto* n. 6.

²⁹⁶ Cfr. Corte cost., sent. nn. 167 e 194 del 1993; 124 del 1990; 826 del 1988; e, con riguardo a questioni di costituzionalità dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato: sent. n. 25 del 1994; ord. nn. 95 del 2004 e 433 del 1988.

²⁹⁷ V., tra i molti, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 4160 ss.; anche la stessa Corte ha poi riconosciuto che “*il*

Oggetto delle questioni di legittimità, in questa particolare occasione, erano alcune previsioni del d.p.r. n. 361 del 1957 (“*Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione della Camera dei deputati*”) e del d.p.r. n. 570 del 1960 (“*Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali*”), per come modificate dalla legge n. 61 del 2004 (“*Norme in materia di reati elettorali*”), della cui legittimità costituzionale i rimettenti avevano dubitato, in ragione della grave ed ingiustificata disparità di trattamento, sul versante del regime sanzionatorio, che le stesse avrebbero determinato tra le comuni fattispecie codicistiche in materia di falsità documentale e le specifiche ipotesi di falso elettorale con esse incriminate.

La lettura della sentenza – come testimoniato dalla ricca letteratura a commento²⁹⁸ – offre molteplici spunti di riflessione: per la forza degli argomenti che la Corte ha proposto nel concludere per l’accoglimento delle questioni sollevate in relazione all’art. 3 Cost.²⁹⁹; nonché, per le articolate riflessioni in essa presenti sul differente statuto costituzionale del principio di irretroattività sfavorevole, da un lato, e del principio di retroattività *in mitius*³⁰⁰, dall’altro.

Ai nostri fini, il confronto con la sentenza n. 394 del 2006 appare imprescindibile perché, con essa, oltre ad aver accolto, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale, una questione avente ad oggetto un cd. *norma penale di favore*, la Corte ha affrontato *funditus* proprio il tema dei limiti del sindacato di costituzionalità *in malam partem*, esplicitandone tutti gli aspetti problematici, “*così da proporsi per il futuro, come guida sul tema cruciale dei rapporti tra Corte e Parlamento*”³⁰¹.

Nel solco della precedente giurisprudenza costituzionale, la sentenza ha cura di ribadire, anzitutto, che “*rimettendo al legislatore – e segnatamente al ‘soggetto-Parlamento’, in quanto rappresentativo dell’intera collettività nazionale – la riserva sulla scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, è impedito alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità*” e che, nondimeno, in coerenza con i tracciati definiti dalla sentenza n. 148 del 1983, il principio di legalità non preclude alla Corte “*decisioni ablative di norme che sottraggono*

mutato orientamento sulla rilevanza non ha comportato automaticamente l’ammissibilità delle questioni relative alle norme penali più favorevoli, perché si è ritenuto che a una pronuncia della Corte in malam partem fosse comunque di ostacolo il principio sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost. il quale ‘demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedendo alla Corte di creare nuove fattispecie criminose o estendere quelle esistenti a casi non previsti, ovvero anche di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità’ – cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.1.

²⁹⁸ V., tra i molti, M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.; V. MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, p. 343 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 671 ss.

²⁹⁹ Su cui, in particolare, v. O. DI GIOVINE, *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, p. 100 ss.; e D. PULITANO, *Principio d’eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007, p. 209 ss.

³⁰⁰ Principio che la Corte è chiamata a considerare perché i fatti del giudizio *a quo* risalivano ad un tempo in cui la norma dichiarata incostituzionale dalla Corte non era ancora entrata in vigore; v., ancora, O. DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, cit., p. 218.

³⁰¹ Così G. INSOLERA, *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, p. 48.

determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo³⁰²; in tutti questi casi, infatti, “la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: e ciò in quanto l’effetto in malam partem non discenderebbe dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, che si limiterebbe soltanto a rimuovere la disposizione giudicata”.

Sullo sfondo di queste considerazioni, lo sperimentato argomento dell’“ineludibile esigenze di evitare la creazione di ‘zone franche’ nell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità”: “qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità in malam partem fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe una situazione palesemente incongrua, venendosi a riconoscere, in buona sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole³⁰³”.

È fondamentale precisare però che la breccia aperta dalla sentenza n. 148 del 1983 e portata al suo definitivo compimento con la sentenza n. 394 del 2006 non riguarda qualsiasi norma penale che introduce un regime sanzionatorio più favorevole, bensì unicamente le cd. “norme penali di favore”³⁰⁴. Ed è per questa ragione, che la Corte ha qui colto l’occasione per fornire indicazioni più precise in ordine ai criteri di identificazione di questa particolare categoria di fattispecie penali, in primo luogo, ricordando che “occorre distinguere fra le previsioni che ‘delimitano’ l’area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece ‘sottraggono’ una certa classe di soggetti o di condotte all’ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva”; e che solo alla seconda delle ipotesi appena richiamate “si attaglia, in effetti – ove l’anzidetta sottrazione si risolve nella configurazione di un trattamento privilegiato – la qualificazione di norme penali di favore”, non invece alla prima, la quale si traduce “in dati normativi espressivi di ‘una valutazione legislativa in termini di ‘meritevolezza’ ovvero di ‘bisogno’ di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-ideologica”, scelta cui, in linea con l’indirizzo interpretativo proposto nella vicenda sul falso in bilancio³⁰⁵, “la Corte non potrebbe sovrapporre – ‘senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, secondo comma, Cost., al legislatore’ – ‘una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare’, tramite l’ablazione degli elementi stessi, l’area di operatività della sanzione”³⁰⁶.

La nozione di *norma penale di favore*, inoltre, è, per la Corte costituzionale, “la risultante di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell’ordinamento in un dato momento, rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell’area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva”³⁰⁷. Sicché, spostando l’attenzione sui potenziali effetti della declaratoria

³⁰² Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.1.*

³⁰³ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.1.*

³⁰⁴ Per la Corte, le disposizioni impugnate nel caso di specie “presentano senz’altro il connotato tipico delle norme penali di favore. Per il tramite dell’applicazione del principio di specialità, di cui all’art. 15 cod. pen., dette disposizioni sottraggono, infatti, dall’ambito applicativo di norme più ampie, compresenti nell’ordinamento, talune fattispecie, allo scopo e con l’effetto di riservare loro un trattamento sanzionatorio (sensibilmente) più mite di quello altrimenti stabilito da tali norme” - Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.2.*

³⁰⁵ Su cui, si vedano i ricchi contributi raccolti in 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.

³⁰⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2014.

³⁰⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.1.*

di incostituzionalità, se è pacifico che la richiesta di sindacato *in malam partem* sulle cd. *norme penali di favore* mira, in termini generali, alla riespansione della portata di una norma comunque vigente nell'ordinamento, altrettanto non può dirsi per questioni promosse sulle cd. *norme penali favorevoli* che attenuano, in chiave diacronica, la risposta sanzionatoria, il cui obiettivo non può che consistere nel ripristino della norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali, attraverso una “operazione senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio su dette scelte”³⁰⁸.

Su queste basi, nel caso di specie, la Corte ha conclusivamente ribadito che l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme già esistenti, posto che essa si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; gli effetti sfavorevoli rappresentano, in questo senso, una “conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria”³⁰⁹.

Ebbene, occorre tenere a mente che le successive tappe della giurisprudenza costituzionale sulle cd. *norme penali di favore* hanno disatteso le preoccupazioni o gli auspici di quanti si sono interrogati, con posizioni alternative, sulla possibilità che la sentenza n. 394 del 2006 determinasse il profilarsi di plurime dichiarazioni di illegittimità costituzionale³¹⁰.

Nelle occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul tema, negli anni immediatamente successivi, la Corte ha sempre escluso che le norme impugnate fossero connotate da quella “specialità sincronica” che rappresenta la caratteristica indefettibile e qualificante la categoria in parola: così, con la sentenza n. 324 del 2008 – con cui la Corte ha scrutinato una censura promossa sull'art. 6, II comma, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui esclude che, nel caso di reato continuato, il termine prescrizione decorra dal momento della cessata continuazione –, dopo aver precisato che la manipolazione richiesta dal rimettente “esorbita dai poteri spettanti a questa Corte, a ciò ostando il principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.”³¹¹, essa ha escluso che l'impugnato art. 6, II comma (con cui era stata rivista la regola della rilevanza del rapporto di continuazione ai fini del calcolo del *dies a quo* per il decorso del termine prescrizione) abbia natura di *norma penale di*

³⁰⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.1*; sulla stessa linea, cfr. Corte cost., sent. nn. 330 del 1996, 108 del 1981 e 175 del 2001.

³⁰⁹ “una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva. Nel qual caso, a riespandersi sarebbe la norma penale generale e meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva” – cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 6.1*. Critico su questo particolare passaggio della decisione N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, (a cura di) L. Zilletti, F. Oliva, Pisa, 2007, p. 53 ss.

³¹⁰ Per M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo* in *bonam partem*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 428 ss., “la sentenza n. 394 del 2006, a ben vedere, non ha fatto altro che tradurre sul piano strutturale i requisiti (compresenza, specialità, riespansione) del sindacato sulle norme penali ‘di favore’, che la Corte aveva sostanzialmente riconosciuto già dal 1983, con la sentenza n. 148. Lungi dall'aver compiuto un importante avanzamento verso l'occupazione delle zone franche dal controllo di legittimità, i giudici hanno puntualizzato i limiti del sindacato già esistenti, così tuttavia irrigidendoli e rafforzandoli. Se non proprio un passo indietro, sembra almeno un rigido freno ai futuri passi avanti”.

³¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 324 del 2008, *Considerato in diritto n. 5*.

favore e contenga alcuna limitazione dell'efficacia dell'art. 81, II comma, c.p.³¹², né di altre norme contemporaneamente presenti nell'ordinamento, non ponendosi peraltro in rapporto di sincronicità con la norma posta a raffronto³¹³; con l'ordinanza n. 413 del 2008, la Corte ha ritenuto addirittura “*manifestamente inammissibile*”, in materia di raccolta e trasporto di rifiuti, una questione di legittimità volta a (re)introdurre, con effetti *in malam partem*, la disciplina previgente all'intervento sospettato di incostituzionalità, riproponendo l'argomento per cui una siffatta richiesta “*eccede i compiti della Corte (...) senza che in senso contrario, possa richiamarsi l'orientamento che ha ritenuto suscettibili di sindacato di costituzionalità le norme penali di favore, in quanto detta qualificazione va esclusa quando, come nella specie, la norma sottoposta a scrutinio sia messa a raffronto con una norma anteriore, dalla prima sostituita, con conseguente contrazione dell'area di rilevanza penale*”³¹⁴.

Un'altra decisione significativa è la n. 28 del 2010³¹⁵: in disparte le questioni legate alla consistenza (e alla giustiziabilità davanti alla Corte costituzionale) degli obblighi di criminalizzazione di matrice europea, la pronuncia merita attenzione perché, con essa, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., di una *lex intermedia* che, in contrasto con una direttiva comunitaria, aveva escluso la punibilità di un fatto precedentemente e successivamente previsto come reato. Rinviando ai paragrafi in cui si ragionerà più puntualmente degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione in materia penale³¹⁶, può in questo momento comunque segnalarsi che la Corte ha, in quest'occasione, rimarcato che “*se si stabilisse che il possibile effetto in malam partem della sentenza (...) 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 troglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano*”.

Qualche anno più tardi, con la sentenza n. 223 del 2015³¹⁷, la Corte è stata nuovamente chiamata ad affrontare la tematica in commento, perché, ancora una volta (e curiosamente,

³¹² Norma di riferimento a livello codicistico che “*determina la data del commissi delicti nell'ultima azione delittuosa contestata*” – cfr. Corte cost., sent. n. 324 del 2008, *Considerato in diritto* n. 5.

³¹³ Per la Corte, “*semmai, la disposizione speciale è quella abrogata, non quella introdotta successivamente*”: il previgente art. 158 c.p. conteneva, infatti, a fianco della regola generale per cui il termine della prescrizione decorre dal giorno della consumazione del reato (o, nel caso di reato tentato, dal giorno della cessazione dell'attività colpevole), una regola specifica, e meno favorevole per il reo, concernente il reato continuato (ovverosia che il termine decorre dalla cessazione della continuazione: con l'effetto di allineare il *dies a quo*, per tutti i legati avvinti da tale vincolo, a quello valevole per l'ultimo di essi). La riforma ha soppresso tale previsione specifica rendendo applicabile la regola generale anche nell'ipotesi della continuazione, onde è del tutto evidente come il *petitum* del giudice rimettente non sia affatto finalizzato alla ‘riespansione’ di una norma generale derogata (non rinvenibile, come detto, nel disposto dell'art. 81, II comma, c.p., peraltro neppure a questi fini evocato dal giudice *a quo*); ma miri direttamente al ripristino di una norma speciale sfavorevole ormai abrogata.

³¹⁴ Cfr. Corte cost., ord. n. 413 del 2008.

³¹⁵ A ben vedere – come precisamente osservato dalla Corte – “*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., sent. n. 28 del 2010, *Considerato in diritto* n. 7.

³¹⁶ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. I, § 5.

³¹⁷ A commento della quale, v. G. LEO, *Per la Corte costituzionale è anacronistica la disciplina di favore per i reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015; e C. NARDOCCI, *Norme penali di favore fra*

attesa la solidità dell'orientamento inaugurato con la sentenza n. 148 del 19839, sollecitata dall'Avvocatura di Stato a prendere in considerazione la tesi dell'inammissibilità delle questioni aventi ad oggetto le cd. *norme penali di favore*³¹⁸, in quest'occasione riferita alla causa di non punibilità tipizzata dal legislatore all'art. 649 c.p.³¹⁹.

Nella sentenza n. 223, la Corte costituzionale ha ribadito che la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., impedisce alla stessa Corte di configurare nuove previsioni punitive e che, nondimeno, allo scopo di escludere l'esistenza di "zone franche" dal controllo di legittimità costituzionale, essa può senz'altro sindacare, appunto, le cd. *norme penali di favore*, trattandosi di questioni da considerarsi (oramai) pacificamente rilevanti³²⁰, il cui eventuale effetto *in malam partem* non dipende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti ad opera della stessa Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali: "tale effetto dipende, piuttosto, dall'automatica espansione delle norme comuni, dettate dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una (in tesi) incostituzionale disciplina derogatoria"³²¹. Nel riferirsi al precedente invocato dalla difesa erariale – la sentenza n. 285 del 2015, in cui era stata dichiarata manifestamente inammissibile una questione sollevata sull'art. 649, III comma, c.p. volta ad estendere l'operatività della scriminante in parola anche alla fattispecie dell'usura (di cui all'art. 644 c.p.) – la Corte ha precisato che un conto è sollecitare, con l'incidente di costituzionalità, un "ampliamento di una previsione eccezionale di deroga", altro conto è invece suggerire, come nel caso in commento, la "rimozione di un trattamento favorevole derogatorio ad una previsione generale".

Ed è interessante notare infine che, con questa pronuncia, la Corte – pur ammettendo, in linea con la sua precedente giurisprudenza, l'ammissibilità di un sindacato sulle cd. *norme*

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*, 2015.

³¹⁸ In questa prospettiva "la dedotta inammissibilità discenderebbe dal principio sancito all'art. 25, secondo comma, Cost. il quale demanda in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni applicabile, impedendo [alla stessa] Corte di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, ovvero anche di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità" – cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto* n. 4.3. Su questo profilo, v. L. STAFFLER, *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 *Archiviopenale.it*, 2014.

³¹⁹ Sotto la rubrica "Non punibilità a querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di prossimi congiunti", la norma impugnata dal rimettente configura una speciale causa di non punibilità, in favore di alcune particolari categorie di soggetti (legati da uno stretto vincolo parentale e/o affettivo con la persona offesa: come il coniuge non legalmente separato, l'ascendente o il discendente o un affine in linea retta, l'adottante o l'adottato, ovvero il fratello o la sorella conviventi; e oggi, dopo l'entrata in vigore dei decreti attuativi della legge n. 76 del 2016, la cd. "Legge Cirinnà", anche la parte di un'unione civile), fattispecie che si fonda sul presupposto che la tutela della istituzione familiare e della sua coesione possa prevalere "a discapito dei diritti individuali dei componenti del nucleo e dello stesso interesse pubblico alla repressione dei reati" (cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto* n. 5.1). Ai nostri fini, interessa notare che, dopo aver precisato che l'art. 649, I comma, c.p. sancisce precisamente una causa di non punibilità di tipo soggettivo, introducendo una deroga rispetto alla generalizzata applicazione delle previsioni incriminatrici comprese nel Titolo XIII del Libro II del codice penale ("Dei delitti contro il patrimonio"), e che, come tale, rientra senza dubbio nell'ambito delle cd. *norme penali di favore*, la Corte poi svolto importanti considerazioni sul tema qui in discussione, mettendo un altro punto fermo nella propria giurisprudenza in materia.

³²⁰ Qui la Corte precisa, in linea con la sua precedente giurisprudenza, che "è possibile riscontrare positivamente il requisito della rilevanza, poiché l'eventuale accoglimento delle questioni medesime inciderebbe, comunque, sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali (impennati sul primo comma dell'art. 2 cod. pen., sorretto dall'art. 25 Cost., e non più sulla disposizione in ipotesi dichiarata incostituzionale)" – cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto* n. 4.3.

³²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto* n. 4.3.

penali di favore – ha prestato molta attenzione all’esigenza di non invadere lo spazio riservato al Parlamento, ricordando 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*”³²². E così, pur a fronte di un generale giudizio di obsolescenza della ragione giustificatrice della norma impugnata, la Corte ha comunque optato per un dispositivo di inammissibilità, in ragione della pluralità degli sbocchi costituzionalmente compatibili “*idonei ad evitare che prevalga sempre e comunque, per determinate figure parentali, la soluzione dell’impunità, anche contro la volontà della vittima ed anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare*”³²³.

In definitiva, alla luce delle sentenze sopra richiamate ed esaminate, può dirsi che l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulle cd. *norme penali di favore* – in disparte la diversa questione relativa all’esatta definizione dei contorni della categoria *de qua*³²⁴ – ha raggiunto un solido punto di approdo, compendiabile nell’affermazione per cui – ove si ragioni di norme che illegittimamente introducono una disciplina di maggior favore rispetto alla generalità dei consociati – l’eventuale effetto *in malam partem* (che spetterà al giudice neutralizzare in applicazione delle regole sulla successione delle norme penali) non può rappresentare un ostacolo al sindacato di costituzionalità.

3.2.2. (Segue) una seconda eccezione: il caso dell’eccesso/carenza di delega legislativa

Una seconda – netta ed assolutamente rilevante³²⁵ – apertura sul fronte degli interventi con (potenziali) effetti *in malam partem* è stata di recente ammessa dalla Corte costituzionale, in occasione della citata sentenza n. 5 del 2014³²⁶, con cui, come si è detto³²⁷, è stato ritenuto in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost. un intervento di depenalizzazione messo in atto dal Governo al di fuori dei confini tracciati dalla legge delega.

A ben vedere, nel caso di specie, a venire in rilievo non era una cd. *norma penale di favore* – nell’accezione precisamente delineata dalla Corte nella sentenza n. 394 del 2006, ovvero sia

³²² Prosegue la Corte in questi termini: “*né può dimenticarsi il limite fondamentale posto all’azione di questa Corte, cui è precluso «ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento» (art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»).* E tuttavia, *l’intervento di questa Corte si legittima in casi, come quello in esame, nei quali l’inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti*” - cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto n. 5.1.*

³²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto n. 5.2.*

³²⁴ Su cui alcuni margini di incertezza sembrano ancora residuare; per tutti, v. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, cit.

³²⁵ Per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 28 ss., si tratta di una decisione – come la successiva sentenza n. 32 del 2014 – storica perché la Corte “*per la prima volta afferma il proprio potere di controllo nei confronti di interventi normativi in bonam partem operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell’intera collettività nazionale*”.

³²⁶ Su cui 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.; E. ROSSI, *La Corte costituzionale bocca l’abrogazione del decreto legislativo sulle associazioni paramilitari*, in *quotidianogiuridico.it*, 24 gennaio 2014; e F. PACINI, “*Abrogatio non petita, accusatio manifesta*”: *la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in *Federalismi*, cit.

³²⁷ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 2.1.1.

una particolare ipotesi di norma penale che, in via eccezionale e derogatoria, stabilisce “*per determinati soggetti, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comune*”³²⁸ – bensì una cd. *norma penale favorevole*: categoria, quest’ultima, dai contorni ben più ampi, cui vengono tradizionalmente ricomprese tutte quelle norme penali, dotate del requisito della generalità, che, secondo un rapporto di natura diacronica, dettano una disciplina di maggior favore rispetto a quelle in precedenza vigenti, che, con esse, vengono abrogate.

La distinzione tra le due categorie, al di là dell’assonanza e dell’utilizzo talvolta confuso delle due nozioni, è, come si è cercato di mettere in evidenza nel precedente paragrafo, di primario momento e porta con sé rilevanti conseguenze proprio sul versante dei limiti del rispettivo sindacato di costituzionalità: pacificamente ammesso, sulla scorta della richiamata giurisprudenza costituzionale, per le cd. *norme penali di favore*; in linea di principio escluso, invece, per le cd. *norme penali favorevoli*.

Fatta questa fondamentale premessa e rinviando per l’analisi del contenuto della sentenza n. 5 del 2014 a quanto detto in precedenza³²⁹, interessa a questo punto mettere in evidenza quel passaggio in cui la Corte – nel condividere la tesi dei giudici rimettenti sull’ammissibilità delle questioni proposte – ha ritenuto di dover svolgere, proprio su questo specifico aspetto, “*alcuni chiarimenti, perché la giurisprudenza di questa Corte in materia si è andata nel tempo evolvendo e precisando, ed è alla luce di questa evoluzione che tali questioni vanno ora considerate*”³³⁰.

Richiamata la risalente (e poi, come detto, superata) giurisprudenza costituzionale che aveva considerato inammissibile, in senso assoluto, il sindacato sulle norme penali favorevoli – in ragione della (già evidenziata) circostanza per cui “*i principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 2 del codice penale, impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l’imputato nel processo penale pendente innanzi al giudice a quo*”³³¹ – la Corte ha segnalato che le più recenti svolte giurisprudenziali (di cui si è dato conto nel precedente paragrafo) hanno invece consentito di ritenere senz’altro ammissibili le questioni promosse sulle cd. *norme penali di favore*, dovendosi, in termini generali, distinguere “*tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali*”³³².

Rispetto ai precedenti già esaminati, in questo caso la Corte è stata chiamata ad affrontare un elemento di novità: la cd. *norma penale favorevole*, di cui era questione nel giudizio principale, in forza della quale, come detto, era stato determinato l’effetto abrogativo della

³²⁸ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 394 del 2006.

³²⁹ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 2.1.1.

³³⁰ “*I giudici rimettenti non ignorano le ragioni di tali decisioni ma ritengono che nel caso in esame quelle ragioni non sussistano. Essi infatti ricordano che secondo la giurisprudenza costituzionale il principio della riserva di legge in materia penale, posto dall’art. 25, secondo comma, Cost., impedisce a questa Corte interventi in malam partem, rimessi esclusivamente al potere legislativo, ma sostengono che nel caso in esame sia 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., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto n. 5.1*.

³³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 1976.

³³² Cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010.

fattispecie criminosa di cui al d.lgs. n. 43 del 1948³³³, era stata infatti introdotta con un decreto legislativo, illegittimamente approvato dal Governo, nella prospettiva dei rimettenti, oltre i confini della delega ricevuta dal Parlamento.

Questa circostanza, come si è detto, ha indotto la Corte a dichiarare l'incostituzionalità delle norme impugnate, sulla base dell'argomento per cui un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si pone in contrasto – oltre che con l'art. 76 Cost. – 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”*³³⁴.

Nell'analisi della sentenza n. 5 del 2014 proposta in precedenza si è volutamente ommesso ogni riferimento agli effetti della declaratoria di incostituzionalità, su di essi, a questo punto, interessa soffermarsi con attenzione.

Occorre, prima di tutto, riferire che la Corte – diversamente da quanto fatto, di lì a qualche giorno, con la sentenza n. 32 del 2014 – non è sembrata preoccuparsi eccessivamente di questo aspetto, dando quasi per presupposto l'effetto normativo della reviviscenza del reato di associazione paramilitare (illegittimamente abrogato con le norme impugnate)³³⁵, incontrando, con questa conclusione, l'accordo della prevalente dottrina³³⁶, la quale ha sottolineato a tal proposito come *“oggetto diretto della dichiarazione di incostituzionalità [fossero] disposizioni normative sostanzialmente ed esclusivamente abrogatrici, il cui annullamento all'evidenza non può che comportare altro effetto che quello ripristinatorio delle norme illegittimamente abrogate”*.

Estranea alla motivazione è, sotto un diverso ma correlato profilo, la questione relativa ai cd. *“effetti di seconda generazione”*³³⁷, quelli cioè relativi alla posizione dei singoli imputati,

³³³ Che, all'art. 1, prevede che *“chiunque promuove, costituisce, organizza o dirige associazioni di carattere militare, le quali perseguono, anche indirettamente, scopi politici, è punito con la reclusione da uno a dieci anni. Chiunque vi partecipa è punito con la reclusione fino a diciotto mesi. La pena è da uno a cinque anni se è trovato in possesso di armi. Ai fini del presente decreto, si considerano associazioni di carattere militare quelle costituite mediante l'inquadramento degli associati in corpi, reparti o nuclei, con disciplina ed ordinamento gerarchico interno analoghi a quelli militari, con l'eventuale adozione di gradi o di uniformi, e con organizzazione atta anche all'impiego collettivo in azioni di violenza o di minaccia. Non è ammesso l'arresto preventivo nei casi previsti dal secondo comma del presente articolo”*.

³³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.2.

³³⁵ Sull'ammissibilità della reviviscenza di fattispecie incriminatrici illegittimamente abrogate o sostituite, cfr. M. SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità delle opzioni punitive in malam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 428 ss. e, più approfonditamente, dello stesso *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, cit., p. 286 ss.

³³⁶ Così, in particolare, 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., il quale richiama a sostegno della propria valutazione adesiva. A. M. SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 23; a conforto di tale opinione è invocabile direttamente anche H. KELSEN, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 244; tra i penalisti, G. DELITALA, *Effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, p. 187; M. GALLO, *La “disapplicazione” per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 734.

³³⁷ Permettendoci qui di richiamare la distinzione tra gli effetti cd. *“di prima generazione”*, quali sono quelli immediatamente riscontrabili su piano ordinamentale come risultato diretto della caducazione delle norme impugnate, e gli effetti cd. *“di seconda generazione”*, intendendo come tali quelli incidenti sui processi *a quibus* e sulle posizioni soggettive dei singoli individui, proposta dal sottoscritto nel suo *“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*, cit., p. 3.

rispetto ai quali la Corte costituzionale neppure in via indiretta prende posizione ed è quindi possibile ritenere che, così facendo, essa abbia implicitamente inteso responsabilizzare, nel solco della stessa sentenza n. 148 del 1983, proprio il giudice comune, chiamato a dar seguito al *dictum* costituzionale nel giudizio *a quo*.

In ogni caso, ai nostri fini, il silenzio serbato dalla Corte sul punto non è del tutto privo di rilievo; esso, di fatti, consente di tracciare nuovamente una netta distinzione tra il profilo dell'ammissibilità del sindacato di legittimità costituzionale (*"che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti"*), da una parte, e – appunto – quello degli effetti concreti delle sentenze di accoglimento nel processo *a quo* (*"che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali"*), dall'altra³³⁸.

La sentenza, in definitiva, alla luce di quanto detto fin qui, ha senz'altro tracciato una importante tappa nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'erosione delle *"zone franche"* ed ha, inoltre, consentito alla Corte, per quanto già ampiamente riferito, di sanzionare un utilizzo assolutamente improprio dello strumento del decreto-legislativo³³⁹.

3.2.3. (Segue) una terza eccezione: il caso dell'incostituzionalità per vizio formale

Un ulteriore, cruciale, momento di svolta nella giurisprudenza della Corte sui limiti del sindacato di costituzionalità *in malam partem*³⁴⁰, è rappresentato dalla sentenza n. 32 del 2014.

Con essa, come è stato più volte detto, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del decreto legge n. 270 del 2015, a causa dell'evidente eccentricità di alcune emendamenti apportati in sede di conversione³⁴¹.

A questo punto della ricerca, interessa sottolineare che, dopo aver ampiamente argomentato le ragioni dell'accoglimento, la Corte ha in questo caso mostrato una particolare attenzione in merito le ricadute della propria decisione³⁴², precisando, sul versante degli effetti cd. *"di prima generazione"*³⁴³, che la peculiare natura del vizio procedurale accertato, per carenza dei presupposti di cui all'art. 77, secondo comma, Cost., è tale da far ritenere *"che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 d.p.r. 309 del 1990"*

³³⁸ 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*, cit.

³³⁹ Interessante il riferimento ad alcuni precedenti in cui la Corte ha sanzionato *"vizi formali del procedimento legislativo"*: Corte cost., sent. nn. 245 del 1971, 416 del 1989 e 334 del 1994; diffusamente, sul tema v. M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità*, cit., p. 170 ss.

³⁴⁰ Così precisamente 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 *penalecontemporaneo.it*, 3 febbraio 2014.

³⁴¹ *"Conclusivamente sul punto, deve osservarsi che, nel caso sottoposto all'esame della Corte, risultano contestualmente presenti plurimi indici che rendono manifesta l'assenza di ogni nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni impugnate e le originarie disposizioni del decreto-legge. In difetto del necessario legame logico-giuridico, richiesto dall'art. 77, secondo comma, Cost., i censurati artt. 4-bis e 4-vicies ter devono ritenersi adottati in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e perciò costituzionalmente illegittimi"* – cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.5.

³⁴² Da questo punto di vista, come anticipato, il caso presenta elementi di diversità dal precedente rappresentato dalla sentenza n. 5 del 2014. Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, 3.2.2.

³⁴³ Sia consentito ancora il rinvio a S. BISSARO, *"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"*, cit., p. 3.

e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate”³⁴⁴.

La posizione della Corte sul punto è molto chiara e non presta al fianco ad ambiguità di sorta: il vizio che affligge la formazione dell’atto in questione è talmente radicale da escludere che l’atto stesso sia idoneo ad innovare l’ordinamento giuridico e, quindi, ad abrogare la precedente normativa³⁴⁵; una simile situazione, per la Corte, “risulta assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali [già è stato] riconosciuto³⁴⁶, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l’applicazione della normativa precedente, in conseguenza dell’inidoneità dell’atto, per il radicale vizio procedurale che lo inficia, a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione”³⁴⁷. E ciò perché, in una prospettiva ancor più generale, “nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere”³⁴⁸.

Nondimeno, l’effetto della reviviscenza³⁴⁹, sulla cui attivazione la Corte non ha, in quest’occasione, mostrato il minimo dubbio (confortata in tal senso, pur se con qualche incertezza³⁵⁰, dalla sua più recente giurisprudenza), non rappresentava una soluzione obbligata all’esito dello scrutinio di costituzionalità: una parte autorevole della dottrina costituzionalistica, infatti, aveva per lungo tempo escluso fenomeni di reviviscenza normativa

³⁴⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.

³⁴⁵ Cfr. Corte cost., sent. nn. 123 del 2011 e 361 del 2010.

³⁴⁶ Cfr. Corte cost., sent. nn. 5 del 2014 e 162 del 2012.

³⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.

³⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.

³⁴⁹ Cfr. A. CELOTTO, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. Giur. trecc.*, 1998, 1 ss, il quale fornisce una definizione dell’istituto in commento assai precisa: “nella successione diacronica degli atti normativi, la possibilità di ‘ritorno in vita’ di una norma la cui efficacia era stata precedentemente limitata, cioè l’evenienza che una norma cronologicamente depotenziata riprenda ad esplicare a pieno i suoi effetti al venir meno del fatto o dell’atto che aveva determinato tale limitazione”. Va segnalato, comunque, che in favore della tesi della reviviscenza, travolgendo l’art. 136 Cost. anche l’effetto abrogativo della normativa invalidata, si esprime la prevalente giurisprudenza costituzionale. Discordemente, parte della dottrina afferma il carattere definitivo ed irrettabile dell’effetto abrogativo. Sul punto si veda M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, cit., 290 ss. Sull’ammissibilità della reviviscenza di fattispecie incriminatrici illegittimamente abrogate o sostituite, cfr. M. SCOLETTA, *L’irragionevole insindacabilità delle opzioni punitive in malam partem*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 428 ss. Più in generale, sul tema della reviviscenza v. G. GIACOBBE, (voce) *Reviviscenza e quiescenza*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989, p. 195 ss.; A. CELOTTO, *Fonti del diritto e antinomie*, Giappichelli, 2011, p. 90 ss.; G. U. RESCIGNO, (voce) *Abrogazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (diretto da) S. Cassese, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 32 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Cedam, 2009, p. 76 ss.; V. MARCENÒ, *La legge abrogata*, Giappichelli, 2013, p. 42 ss.

³⁵⁰ Correttamente per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 33, “i vizi radicali di cui parla la Corte, attraverso il richiamo dei due precedenti [citati nel testo], sorgono però in fattispecie ben diverse da quella in esame. Nel caso della sent. n. 361 del 2010, la Corte dichiara inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione promosso dal Governo nei confronti della Regione Calabria per l’annullamento degli atti di promulgazione e di un atto denominato legge dal Presidente della Regione, in qualità di commissario ad acta in attuazione di una intesa tra Stato, regioni, e autonomie locali per il rilancio dell’economia attraverso l’attività edilizia. L’atto viene ritenuto dalla Corte una mera parvenza di legge: è cioè un atto che, in quanto approvato non dal Consiglio regionale ma da un altro organo (il Commissario ad acta), è privo dei necessari requisiti previsti dalla Costituzione per poter essere ritenuto di natura legislativa. Nel caso della sent. n. 123 del 2011 si trattava di due decreti del Presidente della Giunta in materia sanitaria che avrebbero dovuto abrogare due disposizioni contenute in leggi regionali. La Corte li definisce tamquam non essent, dal momento che sono stati adottati dal Presidente della Giunta regionale nella qualità di commissario ad acta per l’attuazione del piano di rientro dai disavanzi nel settore sanitario. (...) Si trattava evidentemente di fattispecie ben diverse da quelle in esame e il nesso tra le due ipotesi è labile”. Sul tema, v. anche G. D’ALESSANDRO, *Una mera parvenza di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 5092 ss.; e A. CELOTTO, *Postilla in tema di abrogazione eliminativa*, ivi, p. 5099 ss.

come conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione abrogatrice, sostenendo, da una parte, la “definitività” e “irretrattabilità” dell’effetto abrogativo, qualificato alla stregua di un “rapporto esaurito”, e, dall’altra, la natura di mera “invalidità” della legge (dichiarata) incostituzionale, idonei quest’ultima, in ogni caso, a produrre alcuni effetti giuridici, *in primis*, quelli abrogativi³⁵¹. A ben vedere, comunque, nel caso di specie, la Corte non avrebbe forse potuto decidere altrimenti, dal momento che “la materia del traffico degli stupefacenti è [tuttora] oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell’Unione europea”³⁵² e, 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 una conseguente violazione del diritto dell’unione europea, che l’Italia è tenuta rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost³⁵³.

In questa prospettiva, quindi, come si dirà più precisamente nel prosieguo del lavoro, la decisione assume rilevanza anche sul versante dell’evoluzione degli obblighi di criminalizzazione di matrice europea³⁵⁴.

Intorno a questo stesso elemento, peraltro, preme segnalare che, in una più recente sentenza – la n. 23 del 2016³⁵⁵, in cui il rimettente aveva sollevato una questione preordinata a differenziare il trattamento sanzionatorio delle condotte di illecita detenzione di sostanze psicotrope, di cui all’art. 73, V comma, d.p.r. n. 309 del 1990 – la Corte è sembrata in qualche misura fornire una giustificazione in merito alla scelta effettuata nella sentenza n. 32 del 2014: essa ha infatti precisato che, in quel caso, “a differenza della questione decisa da questa Corte con la sentenza n. 32 del 2014 (...) non viene lamentato un vizio procedurale della legge, sicché deve escludersi, in questo caso, ogni «reviviscenza» (rectius: «ripresa di applicazione») delle disposizioni precedenti, che possa colmare il vuoto determinato da una eventuale pronuncia meramente ablativa della Corte costituzionale”³⁵⁶.

Ebbene, come già si è anticipato, nella sentenza n. 32 del 2014, la Corte ha ampiamente ragionato degli effetti della propria decisione, affrontando, immediatamente dopo quello relativo alla “reviviscenza”, il nodo degli effetti cd. “di seconda generazione”, di una certa complessità atteso che, come detto, l’art. 73 del d.p.r. 309 del 1990, nel testo anteriore alle modifiche apportate con le disposizioni impugnate, “prevede[va] un trattamento sanzionatorio più

³⁵¹ Risalente ed illustre dottrina si era già espressa in questo senso: Cfr. F. PIERANDREI, (voce) *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 975 ss.; R. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957, I, 248 ss.; F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1971; da ultimo, come descrizione del fenomeno della *reviviscenza* normativa a seguito del giudizio di incostituzionalità di una norma abrogatrice, si veda, ancora, M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Monbosco casa editrice, Pavia, 2012, 294 ss.

³⁵² “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 alve il consumo personale, quale definitivo dalle rispettive legislazioni nazionali” – cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.

³⁵³ Sul tema, v. V. MANES – L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge cd. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 marzo 2014; G. CENTAMORE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

³⁵⁴ Su cui, diffusamente, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra il diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 106 ss.

³⁵⁵ A commento della quale, v. C. BRAY, *Legittima la nuova formulazione dell’art. 73, co. 5., t.u.stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016.

³⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 23 del 2016, *Considerato in diritto* n. 2.6.

mite rispetto a quello caducato, per gli illeciti concernenti le cd. “droghe leggere” (puniti con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa, anziché con la pena della reclusione da sei a venti anni e della multa), viceversa stabili[va] sanzioni più severe per i reati concernenti le cd. “droghe pesanti” (puniti con la pena della reclusione da otto a venti anni, anziché con quella da sei a venti anni)³⁵⁷.

La decisione, in altri termini, come già si è detto, ha determinato, ad un tempo, effetti *in bonam partem*, per i soggetti che avevano posto in essere le condotte incriminate, con riferimento alle cd. “droghe leggere”, e viceversa *in malam partem* (anche se solo in via potenziale), per coloro i quali si erano resi responsabili delle medesime condotte, in relazione alle cd. “droghe pesanti”.

Sul punto, la Corte ha cura di ribadire quel principio costantemente affermato nella sua giurisprudenza (sin dalla citata sentenza n. 148 del 1983), per cui “*gli eventuali effetti in malam partem [...] non precludono l’esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all’art. 25 Cost.) di configurare nuove norme penali, siano esse incriminatrici o sanzionatorie*”. Anche in questo caso, insomma, l’eventualità che il *dictum* della Corte costituzionale potesse essere considerato alla stregua di un intervento creativo (non ammesso, come più volte sottolineato, sotto l’impero della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.) veniva categoricamente esclusa, con l’argomento per cui la decisione in commento “*non fa[ceva] altro che rimuovere gli ostacoli derivanti dall’applicazione di una disciplina*” illegittimamente introdotta dal legislatore³⁵⁸.

Come nelle ipotesi già esaminate nei precedenti paragrafi, la Corte si è infine rivolta al giudice comune incaricandolo “*quale interprete delle leggi, [di] impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro [degli imputati] posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successioni di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l’applicazione della norma penale più favorevole al reo*”³⁵⁹.

Da ultimo – rinviando, per l’esame degli effetti della decisione *de qua* sulle sentenze emesse in applicazione delle cornici edittali travolti dalla Corte, alla copiosa letteratura formata sul tema³⁶⁰ – è possibile rilevare che, nel solco già tracciato dalla sentenza n. 5 del 2014, la Corte ha, in quest’occasione, contribuito significativamente a valorizzare, con una formula che va ben al di là del semplice *obiter dictum*³⁶¹, le istanze di democraticità sottese alla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

Se è vero, infatti, che la decisione si incentra sull’accertata violazione dell’art. 77, secondo comma, Cost., come conseguenza del difetto assoluto di “*interrelazione funzionale*” tra

³⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 6.

³⁵⁸ Secondo V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2015, p. 14, tale conclusione non sarebbe condivisibile in quanto la Corte, disponendo la reintroduzione della previgente disciplina, avrebbe, invero, “rosicato un’altra grossa fetta della riserva di legge”.

³⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 6.

³⁶⁰ Su cui, tra i molti, S. RUGGERI, *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 *penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2014, ed, inoltre, G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015; sia inoltre consentito il rinvio a S. BISSARO, *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*, cit.

³⁶¹ Di cui, come già si è detto, alle storiche sentenze n. 487 del 1989 e 230 del 2012.

le disposizioni inserite in sede di conversione e il contenuto originario del decreto-legge n. 272 del 2005³⁶²; è altrettanto vero che l'insistenza che la Corte ha dimostrato, da un lato, nel tenere in considerazione le peculiarità della materia, quella penale (relativa alla repressione del traffico degli stupefacenti) su cui le disposizioni impugnate erano destinate ad incidere e, dall'altro, nel censurare le distorsioni provocate dal ricorso agli strumenti del maxiemendamento e della questione di fiducia (eventualmente, come nel caso qui deciso, anche congiunto)³⁶³, possono, per il futuro, far ritenere che l'atteggiamento della stessa Corte costituzionale sia di maggior rigore con riguardo alle prassi qui sanzionate e che, di riflesso, la riserva scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost. possa uscirne rafforzata³⁶⁴.

Fermo tutto quanto premesso fin qui, occorre segnalare, da ultimo, perché ne rappresenta una sorta di completamento, richiamare la sentenza n. 184 del 2017, con cui la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile una questione di legittimità promossa dalla Corte di cassazione, proprio sull'art 73 d.p.r. n. 309 del 1990, per come modificato alla luce della sentenza n. 32 del 2014.

Più in particolare, la Suprema Corte aveva dubitato, in questo caso, della legittimità costituzionale della predetta norma incriminatrice *“nella parte in cui detta norma prevede – a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni, in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis del d.l. n. 272 del 2005 (...), come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 49 del 2006”*, ravvisando, in particolare, una violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., *“in quanto la misura della pena di otto anni, nel minimo edittale, sarebbe frutto di una sentenza della Corte costituzionale – la n. 32 del 2014 – che avrebbe determinato la “re-introduzione” di una disposizione penale in malam partem in contrasto con il principio della riserva di legge”*³⁶⁵.

In sostanza, l'ordinanza di rimessione aveva suggerito alla Corte costituzionale di interrogarsi intorno ad alcuni precisi quesiti di fondo: nel caso in cui la normativa *“di risulta”* conseguente ad una sentenza di accoglimento della Corte presenta profili di incostituzionalità, essa può incorrere nella caducazione da parte della Corte stessa? Qual è il regime delle leggi dichiarate incostituzionali dalla Corte per un vizio di tipo formale? In particolare, il vizio *“solo”* formale della legge consente di far rivivere norme precedenti che abbiano effetti *in malam partem* (rispetto alla norma dichiarata incostituzionale)? Oppure la

³⁶² Come osserva M. GAMBARDELLA, *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.*, fasc. 2/2017, p. 571, *“non è stata dichiarata incostituzionale l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra droghe ‘leggere’ e droghe ‘pesanti’ in quanto irragionevole stante la diversa pericolosità delle sostanze (come può anche evincersi dalla successiva modifica dell'art. 73, comma 5, t.u.stup. che ha tenuto riunite ancora le due diverse tipologie di sostanze nella nuova incriminazione del fatto di lieve entità), bensì si è reputata incostituzionale l'unificazione delle due ipotesi (droghe ‘leggere’ e ‘pesanti’), giacché è stato usato uno strumento che contrasta con il procedimento di formazione della legge”*.

³⁶³ In linea con quanto già rilevava M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, cit., p. 33, per cui è *“doverosa e compiutamente condivisibile la barriera costituzionale che la Corte ha providenzialmente reso operativa, sebbene negli anni recenti, nei confronti dei palesi e deprecabili abusi che per lungo tempo hanno caratterizzato, nella vita politica italiana, la decretazione d'urgenza”*.

³⁶⁴ Per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problematiche e prospettive*, cit., p. 35, *“certamente, e in conclusione, il ruolo sempre più incisivo sugli artt. 76 e 77 Cost., e la loro applicazione anche in ambito penale, sembra da salutare con favore”*.

³⁶⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 184 del 2017.

Corte deve farsi carico di tali effetti cercando di “sterilizzarli” in virtù del principio del *favor rei*, o della riserva di legge in materia penale ex art. 25 Cost.³⁶⁶

A molti di questi interrogativi, pur non incontrando un’unanime condivisione in dottrina³⁶⁷, la Corte aveva già dato risposta proprio con la sentenza n. 32 del 2014.

In proposito, mette conto evidenziare soltanto il passaggio in cui la Corte ha riscontrato una “*intima contraddittorietà della motivazione, in quanto da un lato il rimettente afferma la tesi secondo cui le sentenze della Corte costituzionale fonti del diritto equiparate alla legge – e, dall’altro, assume che, in quanto non equiparabile alla legge, la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale violi la riserva di legge di cui all’art. 25 Cost.*”; rilevando, ulteriormente, che la questione sollevata dal giudice *a quo* costituisce un improprio tentativo di impugnazione della sentenza n. 32 del 2014³⁶⁸, in violazione dell’art. 137, terzo comma, Cost., secondo cui “*contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione*”.

La vicenda, che apre interrogativi di non poco momento³⁶⁹, sembra riproporre, *mutatis mutandis*, la reazione della giurisprudenza comune alle decisioni assunte dalla Corte costituzionale, sul finire degli anni ottanta, in materia di servizio militare di leva³⁷⁰: in quel contesto, infatti, in particolare a fronte della decisione n. 409 del 1989, con cui la Corte aveva dichiarato incostituzionale l’art. 8 della legge n. 772 del 1971, “*nella parte in cui determina la pena edittale ivi comminata nella misura minima di due anni anziché in quella di sei mesi, e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni*”, alcuni giudici avevano deciso di contestare l’intervento della Corte, perché ritenuto in contrasto con la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

³⁶⁶ Pressoché nei medesimi termini P. MILAZZO, *La Corte costituzionale si fa scudo con l’impugnabilità 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 Osservatoriosullefonti.it, fasc. 2/2017, p. 2.

³⁶⁷ Per C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in Osservatorio AIC, fasc. 1/2018, p. 7, “*l’assunto, nella sua apparente linearità, non convince del tutto. E il caso degli stupefacenti ne offre un’esemplificazione lampante: la valutazione di politica criminale alla base della norma dichiarata incostituzionale (non censurata nei contenuti) era con tutta evidenza orientata sulla (pur discutibile, ma non discussa nel merito) scelta di equiparare, a fini sanzionatori, droghe leggere e droghe pesanti: assimilazione che, con la reviviscenza della precedente normativa, improntata a una logica repressiva del tutto differente, viene eliminata. Così la Corte, dichiarando l’illegittimità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter per un vizio di carattere formale - che investe non la razionalità dei contenuti punitivi, ma solo la modalità procedurale con la quale sono stati assunti - finisce, sancendo la reviviscenza, per intaccarne anche la sostanza. A conferma dello stravolgimento della logica punitiva, si possono considerare le complessive difficoltà di gestione, anche interpretative, insorte a seguito della reviviscenza, riconducibili alla riapplicazione di norme da tempo abrogate e quindi espressione di differenti contesti socio-politici e di superate esigenze repressive*”.

³⁶⁸ Di diverso avviso era M. GAMBARDELLA, *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., fasc. 2/2017, p. 567 ss., “*non si tratta[va] di una impugnazione, né di una richiesta di modificare la pronuncia emessa dalla Corte costituzionale in materia di stupefacenti nel 2014, bensì semplicemente di un controllo di costituzionalità di una norma (sanzionatoria) attualmente in vigore alla stregua di parametri rinvenibili nella Costituzione: quali la riserva di legge, la ragionevolezza e la proporzionalità*”.

³⁶⁹ Per C. CUPELLI, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in Osservatorio AIC, cit., p. 10, “*non può certo ritenersi che la reviviscenza di una norma abrogata produca, come conseguenza ulteriore, la sottrazione della relativa disciplina - quale ‘zona grigia’ dell’ordinamento - al vaglio della Corte, a meno di non volere riconoscere alla norma che rivive una peculiare capacità di resistenza persino al sindacato di costituzionalità*”.

³⁷⁰ Su cui v. M. D’AMICO, *Sulla “costituzionalità” delle decisioni manipolative in materia penale*, in Giur. It., 1990, p. 154 ss.; e, più di recente, 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, cit.

Il Tribunale militare di Torino, aveva sollevato un numero spropositato di questioni di legittimità costituzionale (addirittura 40!), impugnando il citato 8, II comma, “*come modificato dalla sentenza n. 409 del 1989*”; in questo modo, i rimettenti intendevano, nello specifico, contestare la natura “*legislativa*” dell’intervento della Corte, la quale avrebbe operato una inammissibile (oltre che contestabile) valutazione sul bene giuridico presidiato dalla fattispecie oggetto della questione, con denunciata violazione dell’art. 28 della legge n. 87 del 1953 e del principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., “*in quanto la citata sentenza n. 409/1989 avrebbe modificato una norma penale, sostituendosi al legislatore nella scelta tra le più soluzioni possibili*”³⁷¹. Di tutta risposta, la Corte, con l’ordinanza n. 27 del 1990, aveva poi dichiarato la manifesta inammissibilità di tutte le questioni sollevate, poiché irritualmente rivolte “*a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte con la menzionata sentenza n. 409/1989*”, tracciando una direttrice che la Corte è sembrata ripercorre proprio in occasione delle censure avanzate dalla Corte di Cassazione all’esito della sentenza n. 32 del 2014.

4. Il ruolo *creativo* della magistratura quale ulteriore fattore di crisi della riserva di legge

Si è messo più volte in evidenza nel corso di questo lavoro che la riserva di legge scolpita nell’art. 25, secondo comma, Cost. spiega i suoi effetti, ove riferita alla fase applicativa del comando penale³⁷², nei confronti del potere giudiziario, limitandone i possibili arbitri interpretativi. Si è inoltre sottolineato, nella stessa prospettiva, che, con sempre maggiore frequenza, il *judicial activism* di alcuni magistrati nazionali viene problematicamente in rilievo – proprio perché in contrasto con le *ratio* sottese alla riserva di legge in materia penale – quante volte ci si incammini sul terreno del confronto con le fonti sovranazionali³⁷³.

³⁷¹ Contrasterebbe, inoltre, per i rimettenti, “*con l’art. 27, terzo comma, Cost. (poiché la sanzione ora applicabile all’ipotesi di cui all’art. 8, secondo comma, citato non sarebbe proporzionata al disvalore del fatto illecito) e con l’art. 3 Cost. (poiché si sarebbe determinata, da una parte, un’irrazionale equiparazione sanzionatoria tra il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza e quello di mancanza alla chiamata e, dall’altra, un’ingiustificata disparità di trattamento del predetto delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza rispetto a quelli di rifiuto del servizio militare non armato e di rifiuto del servizio civile sostitutivo di cui al primo comma dell’art. 8 citato ed a quello di disobbedienza di cui all’art. 173 del codice penale militare di pace*” – cfr. Corte cost., ord. n. 27 del 1990.

³⁷² Si è già messo in luce nel Cap. I che la riserva di legge, ove riferita alla fase genetica delle fattispecie penali, spiega effetti principalmente nei confronti del potere esecutivo, ammettendone l’intervento nella configurazione dei comandi penali solo a condizione che siano rispettate le valutazioni di politica criminale operate dal Parlamento. In quest’ultima prospettiva, come è stato detto, viene in rilievo il carattere *tendenzialmente assoluto* della riserva di legge in materia penale. Sul tema v., ancora, M. D’AMICO, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in ; e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.,

³⁷³ 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*”; da ultimo, si vedano anche le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 4/2016, 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*”.

Ed è utile, a questo punto dell'indagine, ragionare più puntualmente su questi stessi profili per mettere alla prova dei fatti – *rectius*: della prassi giudiziaria – la tesi di chi registra nel ruolo creativo della magistratura uno dei più problematici fattori *endogeni* di crisi del principio di legalità penale³⁷⁴.

Chi scrive ritiene in larga parte condivisibili gli argomenti portati a sostegno della tesi citata³⁷⁵, la cui consistenza, come si tenterà di dimostrare, appare nella sua evidenza proprio a fronte di una precisa ricognizione di alcune controverse vicende giudiziarie.

Ovviamente ed in via preliminare, non si possono del tutto omettere, in questo contesto, alcune considerazioni sul carattere fisiologico – quasi *inevitabile*³⁷⁶ – di una certa discrezionalità giudiziale³⁷⁷, per quanto concerne sia l'individuazione del preciso quadro

³⁷⁴ Nella dottrina costituzionalistica, v., per tutti, M. D'AMICO, *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*, cit., p. 25 ss.; anche per F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 07-08/2016, p. 2695 ss., “*vale la pena sottolineare che questo ridimensionamento della riserva è avvenuto non solo sotto la pressione dell'Europa che, soprattutto quella del Consiglio d'Europa e della CEDU, si trova in effetti a dover far consistere sistemi di civil law e di common law sotto un'unitaria legalità europea. In verità, ancor più e ancor prima sono state le vicende di casa nostra a mettere fortemente tra parentesi il ruolo della riserva*”. Alcuni autori hanno addirittura parlato, in questo contesto, di un ribaltamento epistemologico dei rapporti tra giudice e legge e di una alterazione dello stesso rapporto tra interpretazione e fonti del diritto, rilevando criticamente che “*lungi dal trovare le fonti come dati preesistenti alla loro attività interpretativa, sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinare di volta in volta il grado di precettività*” – così G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011, p. 19 ss.

³⁷⁵ Interessante, al riguardo, il rilievo di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 42, per cui la deriva creativa della giurisprudenza comune in materia penale appare “*ancor più radicale di quella costituita dall'ingresso in ambito penale di fonti non legislative: quantomeno ove si condivida la tesi secondo cui mentre la supremazia del legislativo sull'esecutivo potrebbe essere almeno teoricamente 'ingessata' da norme costituzionali volte a espungere dall'ordinamento le fonti governative aventi forza di legge e le norme penali in bianco, la creatività interpretativa dei giudici risulterebbe invece oltre un certo limite insopprimibile, dato che la 'determinatezza totale della legge è pura utopia'*”. Sul tema, v. anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Un libro sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014, p. 163.

³⁷⁶ Per G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 93, è infatti importate “*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*”.

³⁷⁷ 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 giuris-dizione che non nella legis-lazione*” – cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giuris-dizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012; sullo stesso tema, v. anche N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011.

normativo e giurisprudenziale di riferimento³⁷⁸, sia in ordine alla conseguente applicazione della regola di diritto in esso ricostruita³⁷⁹.

Con 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”³⁸⁰.

Con la consapevolezza che si discute di “vertiginose questioni di fondo”³⁸¹ – che incrociano tematiche su cui la migliore dottrina (sia penalistica che costituzionalistica³⁸²) per lungo tempo si è confrontata³⁸³ –, ci si limita qui a segnalare che è senz’altro possibile registrare un rapporto di proporzionalità inversa tra la qualità della legislazione (non solo, evidentemente, nella materia penale³⁸⁴) 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 sostiene che tanto più il legislatore è impreciso, equivoco o contraddittorio³⁸⁵, quanto

³⁷⁸ In merito a questo profilo, peraltro, è utile segnalare che la dottrina ha ragionato della possibilità che il giudice ponga in essere “*sillogismi ‘impropri’, (...) più inclini al camouflage argomentativo*”: si è in questo senso fatto riferimento alla tesi – smentita recisamente dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 230 del 2012 – che “*ha ritenuto di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte EDU il principio della retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole, ricavandolo in realtà da un innesto di due principi enunciati in contesti – e con intenti – diversi, ossia il principio della retroattività della legge più favorevole, da un lato, e l’equiparazione tra giurisprudenza e legge, dall’altro*”; l’ipotesica “*norma convenzionale interposta*” – è stato rilevato – “*chiamata a fungere da parametro di verifica della legittimità costituzionale della disposizione denunciata, risulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea*”, circostanza, quest’ultima, che per la citata dottrina ha evidenziato, “*il falso sillogismo*”. Così, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 33.

³⁷⁹ 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*”.

³⁸⁰ Così H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 242.

³⁸¹ 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.

³⁸² Per tutti, 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, p. 108-112.

³⁸³ Tra i molti, v. D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. e 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 *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3/2016, 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’*”.

³⁸⁴ Per tutti, v., sul tema, M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. Dir. cost.*, 2000, pp. 3 ss.

³⁸⁵ 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*

più potranno trovare spazio interpretazioni creative, volte a ricavare da quelle stesse previsioni significati precisi e chiari³⁸⁶. 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*³⁸⁷, nonché, in una prospettiva ancora più in generale, quello della stessa complessiva organicità del sistema penale³⁸⁸.

Fatte queste premesse e prima di procedere con l'esame di alcuni significativi casi concreti, è importante ribadire – sulla scorta della dottrina che in modo critico si è interrogata sul punto³⁸⁹ – che, in taluni casi, la stessa attività della Corte costituzionale, attraverso il ricorso massiccio a decisioni di inammissibilità per omessa interpretazione conforme³⁹⁰, ha favorito,

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*.

³⁸⁶ Per V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *penalecontemporaneo.it*, 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-delmansiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. 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'"*.

³⁸⁷ Precisamente per M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998.

³⁸⁸ 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 *penalecontemporaneo.it*, 2016, che osservava come *"il risultato oggi è quello di un diritto penale non più fisiologicamente 'frammentario', ma patologicamente 'frammentato', che, lungi dall'arrestarsi alla soglia di inefficacia del diritto simbolico, alimenta il fuoco delle incertezze e delle disfunzioni sul piano applicativo (...) E' possibile configurare una responsabilità a monte della politica sotto molteplici punti di vista: la sovra-produzione delle leggi, la disfunzione del linguaggio legale e la prevalenza delle leggi-provvedimento, a discapito così della forma generale ed astratta delle norme di legge"*; sul tema, inoltre, DE GASPERIS, *Il 'nuovo' reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 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"*.

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ Come ricorda M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, 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 sent. n. 356 del 1996 (...) ed è in questa fase che vengono progressivamente alla luce (...) le problematiche poste dall'utilizzo 'disinvoltato' dell'interpretazione conforme. In quest'ottica mutata, si evidenzia il possibile rischio di alterare il carattere accentratore 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 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.

anche nella materia penale³⁹¹, il diffondersi di pratiche interpretative non sempre ortodosse, capaci di contribuire, nelle loro derive più patologiche, alla progressiva lacerazione della cd. “legalità legale”³⁹².

In questo complesso scenario, peraltro, lo stesso giudizio di legittimità costituzionale – “accentrato”, secondo la scelta operata dai Costituenti³⁹³ – ha non di rado assunto problematiche coloriture di “diffusività”³⁹⁴, venendo sostituito “da un sindacato caso per caso, con effetti imprevedibili, 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”³⁹⁵.

³⁹¹ Nella materia penale, in realtà, più che in conseguenza dell’adozione di decisioni di inammissibilità per omessa interpretazione conforme, la tendenza di cui si è detto nel testo è stata favorita da pronunce interpretative di rigetto, con cui la Corte, escludendo la fondatezza della censura avanzata dal rimettente, ha fornito indicazioni sulla corretta soluzione ermeneutica da seguire, lasciando però, in tal modo, non irrilevanti spazi di discrezionalità all’interprete. Così, per esempio, nella storica sentenza n. 327 del 2008, sul cd. “disastro innominato”, in cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata dal rimettente, chiarendo che “nell’ipotesi oggetto dell’odierno scrutinio, è ben vero che il concetto di “disastro” – su cui gravita, nella cornice di una fattispecie a forma libera o causalmente orientata, la descrizione del fatto represso dall’art. 434 cod. pen. – si presenta, di per sé, scarsamente definito: traducendosi in una espressione sommaria capace di assumere, nel linguaggio comune, una gamma di significati ampiamente diversificati. Contrariamente a quanto assume il rimettente, tuttavia, a precisare la valenza del vocabolo – riconducendo la previsione punitiva nei limiti di compatibilità con il precetto costituzionale evocato – concorrono la finalità dell’incriminazione e la sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità” – cfr. Corte cost., sent. n. 327 del 2008, Considerato in diritto n. 5. Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.2.

³⁹² 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. Viene così esperita anche sul terreno della giurisdizione costituzionale una qualche forma di abdicazione, con la conseguenza che si sono determinati i medesimi effetti prodottisi sul piano della legislazione e concretatisi nella sollecitazione all’allargamento degli spazi reclamati dal giudice comune. La prova che tutto questo sia accaduto sta nel conclamato appannamento del sindacato incidentale di costituzionalità, che non solo è stato frequentemente segnalato dai Presidenti della Corte costituzionale in molte delle più recenti conferenze stampa di fine anno, ma è agevolmente registrabile anche solo sfogliando la Gazzetta Ufficiale, che ogni settimana ci consegna (relativamente) poche ordinanze di rimessione e (relativamente) poco significative. Per la verità, il fenomeno è così evidente che la stessa Corte costituzionale (a partire almeno dalla sent. n. 77 del 2007, in tema di *translatio iudicii*) ha mostrato qualche cenno di opportuno ripensamento, ma temo che occorrerà molto tempo perché si abbia una salda inversione di tendenza. Sino a che questa non si determinerà, eventuali eccessi di protagonismo della giurisdizione (comune) potranno passare anche da questo canale” - 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.it*, 2007, il quale sottolineava i rischi dell’interpretazione conforme, potenzialmente capace, in assenza di controlli, di trasformarsi in “normazione”.

³⁹³ Su cui, per tutti, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Giappichelli, 2018.

³⁹⁴ Sempre per V. MANES, *Il 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 dalla 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”.

³⁹⁵ Cfr. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 319-320; a sostegno della propria tesi, L’A. richiama un interessante caso in cui la Corte di Cassazione aveva interpretato in modo “antiletterale” Part. 275, comma 3, c.p.p., (sull’obbligo di applicazione della misura cautelare in carcere): in

Ebbene, andando con ordine, occorre anzitutto sottolineare che molto spesso le interpretazioni *creative* proposte dalla giurisprudenza (di merito e di legittimità) 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 ridimensionamento³⁹⁶.

Assai emblematica delle tendenze in commento è una recente decisione della Suprema Corte con cui è stata qualificata ai sensi dell'art. 527, II comma, c.p., come “atto osceno in luogo pubblico”, la condotta di un anziano signore che, nei pressi di un istituto scolastico, aveva mostrato un'immagine pornografica ad un gruppo di bambini pronunciando la frase “*Sapete cosa è il porno?*”.

Nel condividere la ricostruzione effettuata dalla Corte d'appello, la Cassazione ha osservato, in proposito, che “*non è tanto importante la valutazione (...) in ordine alla 'oscenità' della foto pornografica descritta (una donna nuda con le gambe aperte), ma è piuttosto la condotta che si era estrinsecata con l'esibizione di tale immagine, certamente pornografica, ad un gruppo di bambini delle scuole medie, unitamente alla insinuante domanda [prima riportata], a qualificare come osceno, non tanto il gesto in sé (...), ma piuttosto l'intero comportamento del ricorrente*”³⁹⁷.

Per giungere a tale conclusione, la Suprema Corte ha svolto ampie riflessioni in merito al bene giuridico attualmente presidiato dall'art. 527, II comma, c.p., ricordando che, con la legge n. 94 del 2009, è stata introdotta una circostanza aggravante speciale (in relazione ai fatti commessi “*all'interno o nelle immediate vicinanze di luoghi abitualmente frequentati da minori e da ciò deriva il pericolo che essi vi assistano*”) e, con il d.lgs. n. 8 del 2016, la fattispecie del compimento di atti osceni “*in luogo pubblico o aperto o esposto al pubblico*”, di cui al primo comma dell'art. 527 c.p., è stata degradata in illecito amministrativo e, contestualmente, la previsione contenuta nel secondo comma trasformata invece in un'ipotesi autonoma. Entro queste coordinate

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. Sul tema, v. anche M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalla sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 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”, v., anche, O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012.

³⁹⁶ 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 ginocchio il paradigma politico-istituzionale dell'onnipotenza democratica della legge fondata sulla presunzione di legittimità/intangibilità dei suoi contenuti*”. Da ultimo, sulla complessità dell'interpretazione conforme in materia penale, v. 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*”.

³⁹⁷ Cfr. Cass. Pen., III Sez., n. 49950 del 2017.

normative, la Cassazione ha poi ricostruito il bene giuridico oggetto di tutela, rinvenendolo “in via esclusiva, [nel] pudore dei minori” o, meglio, nella “*privacy sessuale*’ dei minori, da intendere come tutto ciò che afferisce al riserbo della loro sfera sessuale”, al fine di proteggere questa classe di soggetti da “qualunque atto di invasione alla loro libertà sessuale, ivi compreso il riserbo sul tema sessuale, per assicurare loro la possibilità di acquisire consapevolezza della sessualità in un processo di sviluppo armonioso e rispettoso della relativa fase evolutiva”³⁹⁸.

La lettura del provvedimento appare di un certo interesse ai nostri fini perché consente di svolgere alcune considerazioni in merito alla distinzione – che dovrebbe, lo si ripete, auspicabilmente ritenersi molto chiara³⁹⁹ – tra una (ammissibile) operazione interpretativa, il cui esito comunque ricade nello spettro della fattispecie in esame, e una (inammissibile) attività creativa, che trasforma, magari con effetti *in malam partem*, il perimetro applicativo della medesima fattispecie.

Ciò posto, va detto che, pur nell’irrimediabile ambiguità semantica dell’espressione “*comune sentimento del pudore*”⁴⁰⁰, richiamata dall’art. 529 c.p.⁴⁰¹, è possibile comunque ritenere che, ai fini dell’interpretazione della fattispecie codificata all’art. 527, II comma, c.p., “*un atto si considera osceno quanto si traduce nel compimento di qualsiasi gesto implicante il coinvolgimento della propria sfera sessuale*”⁴⁰².

Ora, su questa fondamentale premessa, si fonda l’interrogativo a cui ha dato risposta la sentenza della Suprema Corte, il quale può essere compendiato nei seguenti termini: una condotta che si estrinseca nella mera esposizione di un corredo pornografico (e nella formulazione di una domanda allusiva) può essere considerata, prima ancora della sua valutazione in termini di oscenità, come un vero proprio “atto”, del tipo di quelli puniti dall’art. 527 c.p.⁴⁰³ La Cassazione, come anticipato, ha risposto affermativamente a tale quesito, sulla base, però, di alcuni argomenti piuttosto criticabili, che sembrano presupporre valutazioni, sulla definizione del confine di tipicità della fattispecie, che, a stretto rigore, non dovrebbero spettare né alla Corte di legittimità né a qualsiasi altro giudice.

³⁹⁸ Cfr. Cass. Pen., III Sez., n. 49950 del 2017, p. 6.

³⁹⁹ Su cui, tra i molti, V. VELLUZZI, *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, p. 14 ss.; e più di recente, G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011.

⁴⁰⁰ Posta al crocevia tra una concezione “*deontologica*” ed una opposta accezione “*storico-statistica*”, tra istanze paternalistiche ed eticizzanti, da un lato, e visioni liberalizzatrici e relativistiche, dall’altro – cfr. a commento della decisione v., anche, A. CHIBELLI, *La Cassazione e i confini di tipicità del ‘nuovo’ reato di atti osceni*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 novembre 2017.

⁴⁰¹ Secondo cui, precisamente, “*agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore*”.

⁴⁰² Così C. DE GASPERIS, *Il “nuovo” reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, 5/2018, p. 1631. Anche per A. CHIBELLI, *La Cassazione e i confini di tipicità del ‘nuovo’ reato di atti osceni*, cit., p. 4, “*la casistica giurisprudenziale, che, pur partendo da una lata nozione di ‘atti osceni’ (intesi come tutti quei comportamenti materiali che, per le modalità con cui sono stati realizzati, denotano ‘una inequivoca attinenza alla sfera degli atti sessuali’), ha sempre ricondotto nell’ambito applicativo dell’art. 527 c.p. condotte connotate da esibizione ed eccitazione sessuale, involgenti il corpo e la sessualità dell’agente (come nei casi, oggetto di vaglio pretorio, della esibizione di organi genitali; della condotta consistente nel masturbarsi in un luogo aperto al pubblico; del palpeggiamento; del nudo integrale en plein air)*”.

⁴⁰³ Nello stesso senso, A. CHIBELLI, *La Cassazione e i confini di tipicità del ‘nuovo’ reato di atti osceni*, cit., p. 3, si interroga: “*siamo sicuri che la condotta di chi mostri del materiale pornografico (e formuli una domanda allusiva) possa essere a stretto rigore qualificata, ancor prima che in termini di oscenità, come un vero e proprio ‘atto’ di quelli previsti e puniti dall’art. 527 c.p.?*”.

Più nello specifico, la soluzione cui è giunta la sentenza *de qua* non sembra tenere in considerazione un fondamentale dato normativo, che si fonda sulla contrapposizione tra “atti” e “oggetti” osceni, di cui fa menzione lo stesso art. 529 c.p.: il legislatore, infatti, ha inteso diversificare le fattispecie di “atti” osceni, di cui all’art. 527 c.p., da quella di “pubblicazioni e spettacoli” osceni, prevista dall’art. 528 c.p. (e oggi depenalizzata), nella quale il carattere di oscenità inerisce, più propriamente, ad una “cosa” idonea ad essere diffusa o divulgata e che, come tale, deve essere tenuta distinta dall’ipotesi del diretto compimento di un “atto” osceno.

Nel caso di specie – muovendo dall’esplicito (e contestabile) presupposto che nel prisma dell’art. 527 c.p. rientrano anche quei comportamenti non direttamente “osцени”, ma che nondimeno ricadano su uno o più oggetti da considerarsi “osцени” – i giudici della Cassazione hanno patrocinato una interpretazione teleologicamente orientata, manipolando il dato testuale della fattispecie, che pare, in definitiva, “sopravanzare la (prioritaria) necessità di una esegesi informata al canone di stretta legalità e al divieto di analogia in malam partem ad esso sotteso (art. 25, secondo comma, Cost.)”⁴⁰⁴. In questo modo, peraltro, l’attività ermeneutica della Suprema Corte è sembrata tradursi “in un netto rifiuto dell’espressa volontà del legislatore di depenalizzare l’esposizione pubblica di oggetti osceni, determinando quindi l’ultrattività dell’abrogato art. 528 c.p.”⁴⁰⁵, con una evidente frizione con il principio della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

A ben vedere, la casistica degli interventi creativi della giurisprudenza penale è davvero molto ricca e densa di implicazioni pratica⁴⁰⁶: tra le molte, possono qui segnalarsi le vicende “ILVA” e “Ethernit”, su cui la dottrina (anche costituzionalistica) molto ha ragionato nel corso degli ultimi anni⁴⁰⁷, 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”⁴⁰⁸ – 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

⁴⁰⁴ V., ancora, A. CHIBELLI, *La Cassazione e i confini di tipicità del ‘nuovo’ reato di atti osceni*, cit., p. 3

⁴⁰⁵ Così precisamente C. DE GASPERIS, *Il “nuovo” reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, cit., p. 1631.

⁴⁰⁶ 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 *penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018; e M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e le sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016, p. 15 ss; si segnalano, sul tema, anche le preziose riflessioni, in chiave storica, 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.

⁴⁰⁷ Sulla vicenda “Iva”, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013, 16 ss.; dello stesso A., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, ivi, 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 *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015.

⁴⁰⁸ 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, Giappichelli, 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*, n. 2/2007, p. 55 ss.

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 non punibilità dell'art. 374 c.p., 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 nostri fini, il dibattito che si è animato, a margine del procedimento penale a carico di Marco Cappato⁴⁰⁹, 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.

Ai nostri fini, interessa richiamare questo caso, sia pur brevemente, poiché 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.

Rinviano alla ricca letteratura già formata in materia⁴¹⁰, preme qui unicamente ricordare che la Corte d'Assise di Milano, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, ha ritenuto di sollevare due distinte questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 580 c.p.: anzitutto, nella parte in cui la citata fattispecie incrimina le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento dell'altrui proposito suicida, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, primo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione quest'ultimo agli artt. 2 e 8 della CEDU; e, in secondo luogo, nella parte in cui il predetto art. 580 prevede che le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio, che non incidano sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, siano sanzionabili con la pena della reclusione da 5 a 10 – *rectius*: da 5 a 12 anni –, senza distinzione rispetto alle condotte di istigazione, per ritenuto contrasto con gli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost⁴¹¹.

Tanto premesso, occorre segnalare che, nel corso del procedimento a carico di Cappato, si era fatta strada, fin dalle indagini preliminari⁴¹², l'idea che la condotta realizzata

⁴⁰⁹ 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 sovranaazionale*; entrambi pubblicati in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017.

⁴¹⁰ Per il carattere antitetico delle tesi sostenute, possono segnalarsi gli scritti M. RONCO, *L'istigazione o l'aiuto al suicidio*, in *Centrostudilivato.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.

⁴¹¹ Per una riflessione sul rapporto in cui sono state poste le due questioni di legittimità, sia consentito il rinvio a S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso "Cappato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 luglio 2018.

⁴¹² 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, si 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.

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 Cassazione⁴¹³ 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.”⁴¹⁴.

Per corroborare questa particolare interpretazione, veniva valorizzata una decisione del G.U.P. presso il Tribunale di Vicenza⁴¹⁵ che, in un caso analogo (anche se non del tutto sovrapponibile a quello in commento), 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'Appello⁴¹⁶, che risultino “in necessaria relazione con il momento esecutivo del suicidio”⁴¹⁷.

Senza potersi dilungare sul punto⁴¹⁸, preme comunque sottolineare che tale interpretazione non sembra considerare l'inequivoco dato testuale della fattispecie in

⁴¹³ Cfr. Corte Cass. Pen., I Sez., 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; 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.).

⁴¹⁴ 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”.

⁴¹⁵ Cfr. G.U.P. Vicenza, 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.

⁴¹⁶ Cfr. Corte d'App. Venezia, del 10 maggio 2017.

⁴¹⁷ 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.

⁴¹⁸ 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. E tuttavia, se in termini astratti questa lettura potrebbe anche persuadere, essa sembra disvelare significativi margini di debolezza quando calata nella realtà concreta delle dinamiche giudiziarie: come individuare precisamente il momento iniziale della “fase esecutiva” della condotta auto-soppressiva? Ed ancora, una condotta che fuoriesce da questa ipotetica “fase esecutiva” potrebbe comunque agevolare, sul piano materiale, la realizzazione dell'altrui proposito (è il caso, per esempio, del soggetto che fornisce all'aspirante suicida i mezzi per darsi la morte, senza partecipare o assistere personalmente alla concretizzazione del proposito suicidiario); come si dovrebbe determinare l'interprete in simili casi? È proprio per evitare che intorno a questi elementi – di difficile accertamento giudiziale – potessero essere proposte interpretazioni non univoche, che il legislatore ha optato per una formulazione “ampia ed omnicomprensiva” della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. In questa prospettiva, allora, ben si può cogliere l'orizzonte in cui si inseriscono le affermazioni della Corte di Cassazione, le quali, in

commento, la quale, giova ribadirlo, punisce chiunque agevoli “in qualsiasi modo l’esecuzione” dell’altrui gesto suicida⁴¹⁹, nel cui ambito sono dunque destinate 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”⁴²⁰.

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 usa impropria e radicale manipolazione, perché finalizzata a circoscrivere l’area della tipicità penale, in dispregio della formulazione testuale dell’art. 580 c.p.⁴²¹, 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, Cost⁴²². 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*⁴²³.

Si aggiunga, peraltro, che la soluzione interpretativa patrocinata dal Collegio milanese è stata avvallata anche dalla stessa Corte costituzionale che, nella recentissima ordinanza n. 207 del 2018⁴²⁴, ha riconosciuto che “risulterebbe in contrasto con la lettera della disposizione, poiché si

linea con la lettera e lo spirito della norma in esame, ricostruiscono nei termini sopra descritti il perimetro applicativo della fattispecie di “Istigazione o aiuto al suicidio”.

⁴¹⁹ 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 comune 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, pag. 8.

⁴²⁰ Cfr., ancora, Ordinanza G.I.P., 10 luglio 2017, pag. 8.

⁴²¹ Così F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?* cit.; P.A. rilevava che l’accompagnamento in auto ha comunque costituito “condicio sine qua non” per la realizzazione nella sede svizzera del suicidio assistito, e la fungibilità del trasporto è pertanto un ‘meno sofisma’ in quanto ‘la condotta agevolatrice è quella in concreto tenuta dall’agente *hic et nunc*’.

⁴²² E’ 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., sent. n. 223 del 2015, *Considerato in diritto* n. 5.1.

⁴²³ Ragionano sui possibili esiti del giudizio pendenti davanti alla Corte costituzionale P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 maggio 2018; e E. DE MARCHI, *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*, maggio 2017; A. ALBERTI, *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*, 20 marzo 2018; e, da ultimo, D. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 luglio 2018.

⁴²⁴ A commento della decisione, v., tra i molti contributi già disponibili, A. RUGGERI, *Venuta alla luce alla Consulta l’invocazione costituzionale (a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III/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 *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018.

tradurrebbe in una interpretatio abrogans⁴²⁵ ritenere punibile, ai sensi del 580 c.p., la sola condotta agevolativa che sia, al contempo, generativa o rafforzativa dell'intento suicida.

Orbene, in apertura di paragrafo si è detto che 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, posto che, in taluni casi, il giudice comune si attribuisce il compito di svolgere, in luogo della Corte, un sindacato di costituzionalità sulle fattispecie penali che è tenuto ad applicare nei casi concreti⁴²⁶.

Si tratta, evidentemente, di un tema che ha una valenza sistematica ben più complessa e trasversale, su cui è comunque interessante ragionare anche nell'ambito di una riflessione sull'incidenza che la giurisprudenza creativa ha sul principio della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., perché funzionale a mettere in luce le numerose criticità che derivano dal disinvolto atteggiamento, anche di tipo culturale, dimostrato nel settore penale da una parte della giurisprudenza⁴²⁷.

In questo contesto, la vicenda *De Tommaso*⁴²⁸ offre un esempio assolutamente paradigmatico delle dinamiche appena segnalate: come già di è detto, infatti, nel dare seguito alla decisione della Corte EDU del febbraio 2017, le Sezioni Unite, con la nota sentenza *Paternò*⁴²⁹, 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"⁴³⁰.

Tale soluzione, che pure ha trovato autorevoli riscontri in dottrina⁴³¹, 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, infatti, 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, II comma, 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

⁴²⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 2018, *Considerato in diritto* n. 2.

⁴²⁶ 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 avvizito (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 paradossale di costituzionalità".

⁴²⁷ Nella dottrina penalistica, v., in particolare, V. MANES, *Il ruolo 'poliedrico' del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. Pen.*, fasc. 5/2014, p. 1918 ss.

⁴²⁸ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.5.

⁴²⁹ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò.

⁴³⁰ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40076 del 2017, Imp. Paternò, p. 18.

⁴³¹ 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.

modo, è in fin dei conti giunto ad “*usurpare*” un’attribuzione di spettanza esclusiva della Corte costituzionale, peraltro, sottovalutando l’impossibilità (ribadita da copiosa giurisprudenza di legittimità⁴³² e costituzionale⁴³³) di estendere *erga omnes* e in via retroattiva gli effetti della propria decisione. E non deve quindi sorprendere, come già si è detto⁴³⁴, che alcuni mesi dopo la sentenza *Paternò*, una sezione semplice della Corte di Cassazione, nel caso *Sorresso*⁴³⁵ – 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, II comma, d.lgs. n. 159 del 2011, chiamando in causa il Giudice delle leggi⁴³⁶.

In conclusione, la sensazione che si ha, a fronte del quadro 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*”⁴³⁷, individuando nel principio del *nullum crimen* (e nel principio della separazione dei poteri che ne sta alla base⁴³⁸) gli elementi fondamentali per garantire l’equilibrio dell’intero sistema penale, siano oggi messe fortemente in discussione⁴³⁹.

In questa prospettiva, se è vero che l’immagine di un giudice “*bouche de la loi*” appartiene ad una dimensione storica superata⁴⁴⁰, tanto che in dottrina si è ragionato, in riferimento alla

⁴³² Cfr., in particolare, Cass. Pen., SS.UU., n. 26259 del 2016, Imp. *Mraidi*.

⁴³³ 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)*. Si v., da ultimo, D. PULITANO, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 2017.

⁴³⁴ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.5.

⁴³⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2017.

⁴³⁶ 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*”.

⁴³⁷ V., in proposito, P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, 2012, p. 3 ss.; e, già, dello stesso A., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2001, *passim*.

⁴³⁸ 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 sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 11*; sulla stessa linea, sembra più di recente muoversi la Corte costituzionale, nell’ambito della nota vicenda *Taricco*, nell’ord. n. 24 del 2017 e nella sent. n. 115 del 2018.

⁴³⁹ 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*”.

⁴⁴⁰ 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’ – denteragonista 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 sovranazionali*, cit., p. 21;

stagione corrente, di un' "epoca dei giudici"⁴⁴¹ o dell' "età del protagonismo giudiziale"⁴⁴²; 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 penale⁴⁴³.

A tal riguardo, 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"⁴⁴⁴ – per ribadire ancora una volta che l'esegesi non è (e non può essere) come il letto di Procuste, su cui poter "seviziare a piacimento la littera legis"⁴⁴⁵, 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 paralegislativa⁴⁴⁶, ponendo in essere forme di "normazione mascherata": egli, infatti, è (o, almeno dovrebbe essere) 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 di recente rimarcato, in merito al primo profilo, 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 praevia lex scripta"⁴⁴⁷, osservando, in ordine al secondo profilo, che il giudice comune riveste, in ogni caso, un "ruolo essenziale nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa" rilevante nel caso concreto.

In conclusione, allora, 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 lì scaricano le loro forze opposte: perché ne risulti un

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".

⁴⁴¹ Così G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, p. 296 ss.

⁴⁴² Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 85 ss.

⁴⁴³ Durante la sua esperienza da magistrato, D. PULITANO', *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2015, p. 46 ss., ha colto "un 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, Bologna, 2015.

⁴⁴⁴ Così U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990, p. 26.

⁴⁴⁵ 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.

⁴⁴⁶ Insiste su questo profilo 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.

⁴⁴⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 12*, e sent. n. 364 del 1988.

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"⁴⁴⁸.

5. L'impatto della giurisprudenza della Corte EDU sulla riserva di legge in materia penale

Uno dei principali fattori di destabilizzazione della "struttura architettonica" magistralmente evocata dalla dottrina prima richiamata è rappresentato, come già si è cercato di evidenziare nel corso dello studio, dalla crescente incidenza, sul fronte interno, della giurisprudenza della Corte EDU, le cui decisioni hanno condizionato l'evoluzione del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non soltanto sul versante del relativo ambito di operatività⁴⁴⁹, bensì anche, e in modo forse ancora più significativo, in relazione al contenuto dei corollari ad esso riferibili. Del resto, e preme qui ribadirlo, "la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sono oggi sempre più avvertiti come parte integrante del diritto che il giudice penale italiano è chiamato quotidianamente a interpretare e applicare, nella sua veste di 'primo garante' dei diritti convenzionali"⁴⁵⁰.

In questo contesto, la riserva di legge rappresenta un oggetto d'indagine del tutto particolare, ponendosi su un piano ben diverso da quello che ospita il principio di determinatezza e il principio di irretroattività *in malam partem*, i quali, a differenza del corollario che assegna al legislatore il monopolio delle scelte sull'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della sanzione penale, vengono largamente valorizzati dalla giurisprudenza della Corte EDU come fondamentali precipitati del principio del *nullum crimen* sancito all'art. 7 CEDU⁴⁵¹.

Nel testo della Convenzione, invece, non si rinviene alcun riferimento, neppure implicito, all'esigenza che la qualificazione, in termini penalmente rilevanti, di una determinata condotta provenga da un particolare organo o sia il risultato di un peculiare procedimento: piuttosto, nell'affermare, all'art. 7, che "nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale", la CEDU ha inteso ammettere, nell'universo penale, sia il diritto di produzione legislativa sia il diritto formatosi nelle aule giudiziarie, determinando così una fusione di orizzonti tra i sistemi di *civil law* e di *common law*⁴⁵². Nelle parole della Corte di

⁴⁴⁸ Così precisamente R. BIN, *Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, 2015.

⁴⁴⁹ Cfr. Cap. II.

⁴⁵⁰ Così precisamente G. UBERTIS e F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, quarta di copertina.

⁴⁵¹ Cfr. 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, Padova 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, Padova 2012, p. 258 ss.

⁴⁵² Sul tema, v. F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, 1996; e J. J. CREMONA, *The interpretation of the word "law" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Selected Papers, 1946-1989*, 1990; e M. DELMAS – MARTY, *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.

Strasburgo: “when speaking of ‘law’, Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law”⁴⁵³; e, coerentemente, per la dottrina “alla fonte legislativa – o comunque all’atto normativo scritto di un particolare procedimento di produzione (statutory law) – va equiparata la fonte giurisprudenziale (judicial law) perché è comunque il ‘diritto vivente’ – scritta o giurisprudenziale che ne sia la fonte – che deve rispondere ai requisiti di legalità richiesti”⁴⁵⁴ dall’art. 7 CEDU⁴⁵⁵.

La stessa Corte costituzionale, in proposito, nel riferirsi ad uno “scarto di tutela” tra il principio di legalità riconosciuto all’art. 25, secondo comma, Cost., e l’omologo principio sancito all’art. 7 CEDU, ha ricordato che “la nozione di ‘diritto’ (‘law’), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura ‘sostanziale’, e non già ‘formale’, del concetto di ‘legalità penale’, se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte – posto che il riferimento alla sola legge di origine parlamentare avrebbe limitato la tutela derivante dalla Convenzione rispetto agli ordinamenti di common law – è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche in rapporto agli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all’individuazione dell’esatta portata e all’evoluzione del diritto penale”⁴⁵⁶.

Questa premessa è fondamentale per ragionare dell’influenza che ha avuto la giurisprudenza della Corte EDU sul corollario della riserva di legge in materia penale ed è quindi utile tenerla bene a mente nel prosieguo dell’indagine.

Ora, non potendo approfondire con il necessario livello di precisione la complessa tematica degli obblighi di criminalizzazione di matrice convenzionale⁴⁵⁷ (che sembrano comunque aver già avuto delle importanti ripercussioni sul sistema penale domestico⁴⁵⁸), ci si limita in questa sede ad esaminare quelle che sembrano rappresentare le più significative evidenze dell’impatto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul principio della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.: da un lato, l’idea, pacificamente ammessa nel sistema della CEDU e da taluni riproposta anche nell’ordinamento interno, che il “formante giurisprudenziale” possa essere sostanzialmente equiparato alla “fonte legislativa”;

⁴⁵³ Cfr. Corte EDU, GC, *Kononoc c. Latvia*, 17 maggio 2019, p. 185.

⁴⁵⁴ Ancora, 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*, cit., p. 274.

⁴⁵⁵ Sul tema, v., anche, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, p. 12 ss., per cui “alla ratio dell’art. 7 CEDU è estraneo il principio della separazione dei poteri legislativo e giudiziario, che costituisce una delle anime della riserva di legge riconosciuta dall’art. 25 co. 2 Cost.; e tra i suoi corollari non si annovera, conseguentemente, la riserva di legge, a fronte della presenza – tra le stesse parti originarie della Convenzione – di Stati che conoscono (ancor oggi, seppur in proporzione oggi affatto marginale) reati di pura creazione giurisprudenziale (i c.d. common law crimes).”

⁴⁵⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 7*; cfr., anche, Corte EDU, *Previti c. Italia*, sentenze 8 dicembre 2009; G.C., *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009; *Sud Fondi s.r.l. ed a. c. Italia*, 20 gennaio 2009; e G.C., *Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990.

⁴⁵⁷ Su cui, per tutti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 114 ss.; F. BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003, p. 23 ss.

⁴⁵⁸ Per V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 116, “cominciano ad esser evidenziate (...) le ricadute sistematiche che può innescare la teoria delle obbligazioni positive, e da questo punto di vista non mancano, in effetti, riflessioni critiche e persino allarmate: voci che denunciano un progressivo ribaltamento epistemologico della prospettiva penalistica ‘classica’, l’allontanamento dal(o) l’abbandono del) tradizionale ‘modello reocentrico’ – quello del diritto penale “Magna Charta del reo”, strumento di governo dell’irrazionalità delle vittime, del loro istinto o bisogno di vendetta – in favore di un modello ‘vittimocentrico’”.

dall'altro, le criticità che derivano dall'abuso dello strumento dell'interpretazione convenzionalmente conforme, cui ricorrono, in modo disinvolto, i giudici comuni proprio per adeguare la legislazione nazionale ai *dicta* della Corte europea.

Intorno a questa seconda questione, che evidentemente intercetta le riflessioni condotte nel precedente paragrafo sui limiti dell'attività interpretativa⁴⁵⁹, già si è detto molto, specie quando si è ragionato dello sconfinamento della nozione di *matière pénale* all'interno del sistema domestico⁴⁶⁰: basterà qui ricordare l'importante presa di posizione della Corte costituzionale, in occasione della sentenza n. 43 del 2018, con cui è stato chiaramente escluso che l'interpretazione convenzionalmente conforme possa spingersi fino a superare "*i cancelli delle parole*"⁴⁶¹, per evocare una felice metafora proposta in dottrina, così travolgendo il dato testuale della fattispecie presa in esame per riscriverne arbitrariamente i confini di operatività. Come già si è detto, al fondo di queste complesse dinamiche – su cui, per vero, anche la giurisprudenza della Corte di cassazione sembra di recente mostrare maggiore sensibilità⁴⁶² – si annida il rischio che venga a profilarsi la sagoma di un giudice non solo *interprete*, ma anche *artefice* della norma penale⁴⁶³, con buona pace della riserva di legge, appunto, e della fondamentale trama di garanzie che lo stesso principio incarna.

Ciò posto, venendo ora all'esame della prima delle due questioni sopra richiamate, occorre segnalare che la possibilità di ritenere equipollenti, su un piano sostanziale, il formante giurisprudenziale, da una parte, e la fonte legislativa, dall'altra, è stata affrontata, non soltanto in ambito accademico, ma anche a livello pretorio, con importanti affermazioni prima dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel 2010, e poi dalla Corte costituzionale, con la storica sentenza n. 230 del 2012.

Nel primo caso, il massimo organo nomofilattico è andato a comporre un contrasto formatosi tra le sezioni semplici in ordine all'interpretazione dell'art. 666, II comma, c.p.p., previsione che sanziona con l'inammissibilità qualsiasi richiesta presentata in sede esecutiva, che appaia "*manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero che [costituisca] mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi*". Più nello specifico, le Sezioni

⁴⁵⁹ Sul tema, tra i molti, v. A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 novembre 2014; O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, p. 1478 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 99 ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, p. 1109 ss.

⁴⁶⁰ Cfr. Cap. II, §. 5.

⁴⁶¹ Secondo una felice metafora di N. IRTI, *I "cancelli delle parole". Intorno a regole, principi, norme*, Ed. Scientifica, 2015.

⁴⁶² Ci si riferisce, in questi termini, a Cass. Pen., III Sez., n. 41498 del 2016, in cui la Suprema Corte ha chiarito che "*in realtà, il principale ostacolo al procedimento analogico adoperato nell'applicazione della prescrizione alla demolizione risiede nel limite "logico" del tenore lessicale della disposizione di cui all'art. 173 c.p.; una norma dall'univoco significato letterale, che non consente esiti ermeneutici contra legem, e che impedisce la (sovente malintesa) interpretazione conforme. Per impedire forme di "normazione mascherata", infatti, il nostro sistema costituzionale delle fonti, come interpretato nel diritto vivente della Corte costituzionale, ha chiarito, fin dalle c.d. "sentenze gemelle" (n. 348 e 349 del 2007), che il diritto CEDU non è direttamente applicabile; il giudice comune, infatti, ha la sola alternativa di esperire una interpretazione "convenzionalmente conforme" della norma nazionale, ove percorribile, ovvero proporre una questione di legittimità costituzionale, adoperando il diritto CEDU quale parametro interposto di legittimità, ai sensi dell'art. 117 Cost. (Corte Cost. n. 80 del 2011)*".

⁴⁶³ Così precisamente per V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 24.

Unite hanno affrontato, rispondendo poi in senso affermativo, al seguente quesito interpretativo: “*se il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata*”.

Tale soluzione – imposta, nelle stesse parole della Cassazione, “*dall’obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*”⁴⁶⁴ – ha determinato una estensione del perimetro applicativo della nozione di “*nuovo elemento di diritto*”, ritenendo come idoneo a superare la preclusione di cui all’art. 666, II comma, c.p.p. il “*mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il ‘diritto vivente’*”.

Accanto a coloro che hanno salutato con favore questa pronuncia, non è mancato chi, nella dottrina costituzionalistica in particolare⁴⁶⁵, facendo valere argomenti di indubbia consistenza, ha criticamente sottolineato che “*l’inclusione del precedente giudiziario tra le fonti del diritto (...) e la conseguenziale imposizione a tutti i giudici di adeguarsi al principio di diritto espresso dalla sentenza resa a Sezioni Unite implicherebbe una frizione con il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici, principio stabilito all’art. 101, secondo comma, Cost.*”, dal momento che “*tale principio, nello stabilire che i giudici sono soggetti solo alla legge, esprime l’esigenza che il giudice non riceva che dalla legge l’indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun’altra autorità possa dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto*”⁴⁶⁶.

Sulla scia di questa prima apertura, qualche anno più tardi, il Tribunale di Torino ha sollevato una questione di legittimità costituzionale del più volte citato art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il “*mutamento giurisprudenziale*”, determinato da una decisione delle Sezioni Unite, evocando come parametri l’art. 3, 13, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 117, primo comma, in relazione all’art. 7 CEDU.

Pur potendo forse dichiarare inammissibile la questione sollevata dal rimettente – in ragione del carattere “*creativo*”, “*non costituzionalmente obbligato*” e, addirittura, “*modificativo di sistema*” del *petitum*⁴⁶⁷ – la Corte ha comunque ritenuto di sviluppare un’ampia e ricca argomentazione per sostenere la propria conclusione nel senso dell’infondatezza.

Ai nostri fini, interessa sottolineare che, con la sentenza n. 230 del 2012, la Corte ha ribadito come “*nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)*” dal momento che ad esso rimane estraneo il principio “*di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno, della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost.*;

⁴⁶⁴ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., n. 18288 del 2010, Ric. *Beschi*, p. 3.

⁴⁶⁵ Per F. BIONDI, *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 *Osservatoriodellefonti.it*, fasc. 3/2010, con questa decisione, la Suprema Corte ha veicolato una interpretazione convenzionalmente conforme ma costituzionalmente incompatibile.

⁴⁶⁶ Così precisamente F. BIONDI, *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*, cit.

⁴⁶⁷ Così V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardiste di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 ottobre 2012.

*principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (...), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione*⁴⁶⁸.

Ed è assai significativa quella parte della decisione in cui la Corte si è posta in dialogo proprio con il precedente della Cassazione prima richiamato, chiarendo che questa pronuncia non ha mancato di porre adeguatamente in risalto il netto iato che separa il “giudicato esecutivo” dal giudicato vero e proprio: discutendosi, in nella prima ipotesi, “di una semplice preclusione processuale inerente a decisioni rese rebus sic stantibus, volte a prevenire la defatigante reiterazione di istanze con il medesimo oggetto al giudice dell'esecuzione o della cautela, rispetto alle quali si tratta solo di stabilire se il riferimento al mutato orientamento della giurisprudenza possa configurare o meno un nuovo argomento di diritto”⁴⁶⁹.

Ancora, la Corte ha correttamente osservato che l'art. 673 c.p.p. attribuisce natura obbligatoria all'intervento del giudice dell'esecuzione, in presenza d'una *abolitio criminis* e che, pertanto, ove fosse stata accolta la questione, tale tratto di obbligatorietà si sarebbe comunicato anche all'ipotesi aggiuntiva di revoca prefigurata dal rimettente, con la conseguenza che “il giudice dell'esecuzione sarebbe senz'altro tenuto a rimuovere il giudicato di condanna contrastante col dictum dell'organo della nomofilachia, anche qualora non lo condividesse”. In tal modo, però, “la richiesta pronuncia additiva [avrebbe] comport[ato] una vera e propria sovversione ‘di sistema’, venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio: con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante la estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento”⁴⁷⁰. Attraverso una profonda valorizzazione del principio della riserva di legge scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. e del principio della separazione dei poteri – “specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge”⁴⁷¹ – la Corte costituzionale ha quindi deciso di rigettare la questione, sottolineando con enfasi che l'equazione tra diritto legislativo e diritto di creazione giurisprudenziale “comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale”⁴⁷².

Nelle pieghe della motivazione, peraltro, sembra affiorare l'esigenza, esplicitata in alcuni passaggi dalla stessa Corte costituzionale, di arginare il rischio che la quadratura del sistema penale e la stessa “identità costituzionale dell'ordinamento nazionale” – ben al di là dello

⁴⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 7*.

⁴⁶⁹ Per completezza, va detto che la Corte ha riferito queste considerazioni anche alla questione del cd. “giudicato cautelare”, di cui alla sentenza della seconda Sezione 6 maggio 2010-25 maggio 2010, n. 19716 – cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 9*; a commento della decisione, v., anche A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata 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 *diritticomparati.it*, 2012; e A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2015, p. 91 ss.

⁴⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 10*.

⁴⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 11*.

⁴⁷² Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 12*.

specifico settore, quello relativo agli incidenti d'esecuzione, in cui la questione era venuta in rilievo – potessero uscirne altrimenti compromesse. Da questo punto di vista, la sentenza *de qua* potrebbe quindi essere assimilata alle più recenti decisioni emesse dalla Corte costituzionale nell'ambito della *saga Taricco* (l'ordinanza n. 24 del 2017 e la sentenza n. 115 del 2018): anche in questi casi, infatti, il Giudice costituzionale ha richiamato, congiuntamente, il principio della separazione dei poteri e il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., per impedire la penetrazione, nel sistema interno, di una regola prodotta da una Corte sovranazionale (la Corte di Giustizia nei casi sopra citati e la Corte EDU nel giudizio promosso dal Tribunale di Torino) ritenuta in contrasto con gli elementi qualificanti la stessa struttura genetica dell'ordinamento domestico.

Incidentalmente, sul punto ed a conferma delle preoccupazioni mostrate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012, si può ricordare che, nelle more del giudizio di costituzionalità, un altro giudice torinese ha deciso – *sic et simpliciter* – di ammettere la revoca, ai sensi del citato art. 673 c.p.p., “*in presenza di interventi della Corte Suprema di Cassazione che effettuino un rovesciamento di un costante e consolidamento pregresso orientamento, con un effetto sostanzialmente abolitivo di una norma incriminatrice*”⁴⁷³.

In conclusione, allora, per quanto più interessa rilevare, la Corte costituzionale, con tale pronuncia, ha consegnato un monito inequivoco agli interpreti, ribadendo con forza che il paradigma cui è informato il nostro sistema penale è ancora quello classico di tradizione illuministica⁴⁷⁴, che vede nella riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. un fondamentale caposaldo.

6. La riserva di legge di fronte all'avvento del *diritto penale europeo*

L'ampiezza e la complessità delle questioni che vengono tradizionalmente compendiate con la formula “*diritto penale europeo*” necessiterebbero di una autonoma trattazione per essere apprezzate in tutte le loro sfumature ed implicazioni pratiche. Su di esse, in questa sede, rinviando per ogni approfondimento alla ricca letteratura formatasi in materia⁴⁷⁵, è quindi possibile soltanto accennare, con l'obiettivo di mettere comunque in luce,

⁴⁷³ Cfr. Trib. Torino, ord. 30 gennaio 2012, giud. Recchione, con nota di F. VIGANÒ, *Mutamento in bonam partem del diritto giurisprudenziale e revoca del giudicato: la palla torna al giudice ordinario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 ottobre 2012. Come già si è detto, la Corte costituzionale ha affermato chiaramente la non divisibilità del citato orientamento, posto che “*la stessa giurisprudenza di legittimità ha escluso che possano collocarsi nel perimetro applicativo dell'art. 673 cod. proc. pen. fenomeni attinenti alle semplici dinamiche interpretative della norma incriminatrice, quali il mutamento di giurisprudenza e la risoluzione dei contrasti giurisprudenziali, ancorché conseguenti a decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Si è rilevato, infatti, che un orientamento giurisprudenziale, per quanto autorevole, non ha la stessa efficacia delle ipotesi previste dalla norma censurata, stante il difetto di vincolatività della decisione rispetto a quelle dei giudici chiamati ad occuparsi di fattispecie analoghe: circostanza che impedisce di considerare i fenomeni dianzi indicati alla stregua di uno ius novum*” – cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 5.

⁴⁷⁴ Così precisamente F. PALAZZO, *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *La legislazione penale*.eu, 29 gennaio 2016, p. 6; sul tema v., anche, V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3474 ss.

⁴⁷⁵ 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*, Milano, 2005; G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, (a cura di) I. Trujillo, F. Viola, Bologna, 2007, p. 143 ss; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Parigi, 2006; C.

dopo una breve ricostruzione dello “*stato dell’arte*” delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona nella materia penale, quali sono le più importanti ripercussioni che la “*politica criminale europea*” ha determinato sul principio della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

Brevemente, occorre ricordare che, 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 europeo*”⁴⁷⁶, tanto era forte la ritrosia degli Stati membri ad accettare l’incursione di fonti sovranazionali, diverse da quelle interne (risultato della dialettica parlamentare), nel settore a più alto tasso di statualità – quello penale, appunto – da sempre espressione del sovranismo e dell’autarchia punitiva nazionale⁴⁷⁷.

Il successivo percorso evolutivo dell’integrazione europea, nonostante alcune incertezze e provvisorie battute d’arresto⁴⁷⁸, ha segnato, proprio nella materia penale (e, in particolare, nel campo della lotta alle frodi contro il bilancio UE⁴⁷⁹), tappe davvero importanti⁴⁸⁰, imponendo, anche gli studiosi più ostili all’affermazione di un diritto penale a livello europeo, un deciso cambio di prospettiva: le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, unitamente al ruolo, sempre più ingombrante e incisivo, della Corte di Giustizia hanno così determinato la definitiva consacrazione di una vera e propria “*politica criminale europea*”⁴⁸¹.

SOTIS, *Il diritto senza Codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 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, Milano, 2011, 207 ss.; C. AMALFITANO, *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, Torino, 2014, p. 3 ss.

⁴⁷⁶ 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*, Napoli, 2006, p. 153 ss., che richiama i lavori di R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1986, p. 5, e G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e gli Stati membri*, Milano, 1989, p. 5 ss.; in generale, nella prospettiva costituzionalistica, v. M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una Costituzione senza Stato*, (a cura di) G. Bonacchi, Bologna, 2001, p. 73 ss.; E. CATELANI, *L’ordinamento giuridico italiano nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014; e R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, Il Mulino, 2015.

⁴⁷⁷ Così A. BERNARDI, *Presentazione*, in C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit.

⁴⁷⁸ 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, Napoli, 2003, p. 191 ss.

⁴⁷⁹ 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 *penalecontemporaneo.it*, 14 ottobre 2016, il quale, in questa prospettiva, evidenzia quanto segue “*Che l’area della lotta alle frodi contro il bilancio dell’Unione sia quella in cui più si è sviluppato in questi ultimi quindici anni un primo nucleo di diritto penale europeo è un fatto su cui, ritengo, si possa ampiamente concordare. Da quando, infatti, l’Unione, dopo il Trattato di Maastricht del 1992 e successivamente quello di Amsterdam del 1997, ha previsto (...) la armonizzazione di fattispecie penale già esistenti negli ordinamenti degli Stati, il settore nel quale tale nuova funzione ha preso più sviluppo è stato, indubbiamente, quello della protezione degli interessi finanziari dell’Unione stessa, il c.d. ‘settore PIF’*”, 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.

⁴⁸⁰ 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 membri: nascita di una ‘politica criminale europea?’*, in *Indice pen.*, 1993, p. 65 ss.; S. CANESTRARI, L. FOFFANI, (a cura di) *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, p. 165 ss.

⁴⁸¹ Così, tra i molti, S. MANACORDA, *Diritto penale europeo*, in *Enc. Treccani*, 2014.

Invero, la presa d'atto di questa mutata realtà (normativa e giurisprudenziale) non è sembrata riuscire a scalfire del tutto l'idea che l'Unione europea e il diritto penale siano in realtà fondate 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”*⁴⁸².

Non può, peraltro, dimenticarsi, in una prospettiva ancor più generale, che proprio il *“diritto penale europeo”* costituisce una perfetta cartina di tornasole dello stadio di avanzamento del processo di integrazione europeo⁴⁸³: come è stato detto, 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”*⁴⁸⁴.

6.1. Lo *“stato dell'arte”*, alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona

Per descrivere le novità introdotte dal Trattato di Lisbona nella materia criminale, in dottrina si è detto che, con esse, l'Unione europea è diventata *“definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva”*⁴⁸⁵.

In effetti, pur a fronte delle importanti innovazioni di cui si darà conto nelle prossime pagine, non è stata messa in discussione la regola fondamentale per cui, nel sistema domestico e su un piano formale, la responsabilità penale di un soggetto può discendere sempre e soltanto da una *legge* (o da un atto avente forza di *legge*) adottati dal legislatore nazionale⁴⁸⁶.

Una delle più rilevanti novità in proposito è rappresentata dal fatto che, con il Trattato di Lisbona, è stato riconosciuto *“lo stesso valore giuridico dei Trattati”* alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, approvata a Nizza nel 2000, e l'art. 49, pertanto, che in essa

⁴⁸² 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.

⁴⁸³ 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, Milano, 2009, p. 67 ss.

⁴⁸⁴ 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 passepartout 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.”*.

⁴⁸⁵ Così precisamente 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, cit., p. 33; nello stesso volume, v., anche, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, p. 69 ss, il quale ritiene invece che merita di essere discussa, per contestarne le previsioni *“apocalittiche”*, la tesi per cui l'attribuzione di una competenza penale accessoria all'Unione faccia perdere all'intervento penale il suo carattere sussidiario.

⁴⁸⁶ Per C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., p. 282, il riconoscimento di una generale potestà normativa penale diretta se *“non accompagnata da una radicale riforma dei procedimenti di formazione delle stesse fonti ed in assenza di adeguati correttivi, farebbe sorgere per le norme incriminatrici eventualmente emanate quelle medesime obiezioni (...) avanzate per il contrasto con le esigenze di garanzia sottese alla riserva di legge”*; sul tema, v. anche, G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 278.

afferma il principio di legalità in materia penale⁴⁸⁷, ha conosciuto un significativo consolidamento: di recente, in questo senso, la Corte di Giustizia ha ricordato, con la sentenza *Taricco-bis*, “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”⁴⁸⁸. Si tratta, a ben vedere, di un principio ascrivito nel novero dei “*principi generali*” del diritto dell’Unione europea già da lungo tempo⁴⁸⁹, assunto oggi, a seguito dell’entrata in vigore del Tratto di Lisbona, a “*diritto fondamentale di rango primario*”, che, conformemente all’art. 51, § I, 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.

Ciò precisato, preme segnalare che, nello stabilire che “*nessuno può essere punito 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*”, l’art. 49 della Carta riproduce fedelmente, negli stessi esatti termini, il contenuto dell’art. 7 della CEDU, salvo poi esplicitare – con ciò distinguendosi per un *quid pluris* dall’omologa previsione convenzionale⁴⁹⁰ – che “*se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima*” e che “*le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”. Con il riferimento al “*diritto*” si coglie precisamente la base normativa sulla quale è possibile dimensionare le garanzie sottese al principio di legalità di cui all’art. 49 della Carta: “*un concetto ben più ampio rispetto a quello di ‘legge in senso formale’ (che rimanderebbe alla ratio di democraticità del sottoprincipio di ‘riserva di legge’) e che abbraccia potenzialmente tutte le fonti di produzione normativa di un determinato ordinamento giuridico, senza selezionare – neanche indirettamente – particolari organi o meccanismi procedurali legittimati all’esercizio del potere punitivo*”⁴⁹¹.

La stessa Corte di Giustizia, nella sentenza prima richiamata, per quanto concerne gli obblighi derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene, ha precisato, nel solco della giurisprudenza della Corte EDU formatasi in relazione all’art. 7 CEDU, che “*le disposizioni penali devono rispettare determinati requisiti di accessibilità e di prevedibilità, per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena*”⁴⁹².

Ora, se è vero che la dilatazione del concetto di “*legge*” non comporta, automaticamente, uno svuotamento delle garanzie sottese alla riserva di legge nelle forme previste dai singoli ordinamenti nazionali, essendo piuttosto finalizzata a definire i presupposti del sindacato europeo di legalità delle norme penali; è parimenti vero, però, come osservato in dottrina, che l’utilizzo del termine “*diritto*”, anziché del termine “*legge*”, certo non

⁴⁸⁷ 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, Bologna, 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.

⁴⁸⁸ Cfr. CG., *M.A.S., M.B.*, C-42/17, par. 51.

⁴⁸⁹ 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.

⁴⁹⁰ Che la Corte EDU comunque, con la più volte citata sentenza *Scoppola* del 2009, ha ricondotto nell’alveo del principio di legalità penale di cui all’art. 7 CEDU. Cfr. Cap. II, par. 5.1.

⁴⁹¹ Così precisamente 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. 219.

⁴⁹² Cfr. CG., *M.A.S., M.B.*, C-42/17, par. 55.

casuale, consente di “*apprezzare la differenza con il principio costituzionale posto dall’art. 25, secondo comma, Cost.*”⁴⁹³.

Ebbene, come si diceva, il lungo e faticoso cammino verso il riconoscimento di una competenza penale europea ha trovato, nel Trattato di Lisbona, il suo più compiuto approdo: con l’obiettivo di “*rafforzare la fiducia dei cittadini nel fatto che essi vivono in un’Europa di libertà, sicurezza e giustizia*”⁴⁹⁴ gli Stati membri hanno deciso di prevedere, in particolare, due distinte tipologie di competenze unionale nel settore penale.

L’art. 83 TFUE si occupa, anzitutto, nel suo primo comma, di configurare – *ratione materiae* – una competenza penale *cd. originaria*, prevedendo che il Parlamento e il Consiglio, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, “*possano stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*” nell’ambito delle sfere di criminalità nominativamente indicate nell’articolo⁴⁹⁵, caratterizzate da una “*dimensione transazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*”. Previsione che trova la sua ragion d’essere nella acquisita consapevolezza che la libera circolazione delle persone e delle merci possa favorire l’allargamento degli ambiti di operatività della delinquenza organizzata e, allo stesso, tempo, possa compromettere la protezione dei diritti dei cittadini dell’Unione. Su questa stessa linea, è inoltre previsto che, “*in funzione dell’evoluzione della criminalità*”, il Consiglio, previa approvazione del Parlamento, possa adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità rispondenti ai criteri indicati, deliberando a tal fine all’unanimità.

Nel secondo paragrafo dell’art. 83 TFUE, una seconda competenza, *cd. “derivata”* o “*accessoria*”, viene individuata, in termini generali, in relazione al ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari: è, infatti, stabilito che allorché tale ravvicinamento “*si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive*”, da adottarsi secondo la stessa procedura, ordinario o speciale, utilizzata per l’adozione delle misure di armonizzazione in questione.

Su questa previsione si sono concentrati i timori della dottrina più attenta alle possibili estensioni delle prerogative penali dell’Unione: da una parte, si è detto che il giudizio di necessità o indispensabilità richiesto dall’art. 83, § II, TFUE registra un evidente slittamento del termine di riferimento tradizionalmente utilizzato nelle valutazioni sul ricorso alla sanzione penale: “*non la tutela del bene giuridico, ma l’attuazione efficace di una politica dell’Unione*”⁴⁹⁶, con il rischio di veder trasformato il paradigma penale “*teleologico*”, cui è

⁴⁹³ Così I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 70.

⁴⁹⁴ Così si legge nella “*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: Verso una politica penale dell’Unione europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione attraverso il diritto penale*”, COM (2011) 573, del 20 settembre 2011”; a commento di questo importante atto, v., in particolare, G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2016, p. 1724 ss.

⁴⁹⁵ Si tratta, più in particolare, delle seguenti materie: terrorismo, tratta degli interessi umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informativa e criminalità organizzata.

⁴⁹⁶ In particolare, v. 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, cit., p. 48; e C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 272.

informato il nostro ordinamento, nel ben diverso paradigma penale “*normativista*”⁴⁹⁷; dall’altro che, a differenza della competenza cd. “*originaria*” (che riguarda un preciso e tassativo elenco di materie), nell’esercizio della competenza prevista dall’art. 83, § II, TFUE l’Unione può intervenire rispetto a qualsiasi “*settore che [sia] già stato oggetto di misure di armonizzazione*”⁴⁹⁸; e, ancor più significativamente, che, in queste ipotesi, il tipo di procedura da seguire è condizionato dalla genesi delle misure di armonizzazione che hanno già interessato il settore su cui insiste la politica dell’Unione di cui si intende garantire “*l’attuazione efficace*” (con la conseguenza che, ove le misure “*a monte*” siano state approvate con procedure speciali, in cui il Parlamento ha, per esempio, ricoperto un ruolo marginale, queste stesse dovranno essere riprodotte per adottare le direttive di contenuto penalistico, ai sensi dell’art. 83, § II, TFUE).

Ed infine, il terzo paragrafo dell’articolo in commento – peraltro, frutto di faticosi compromessi in sede di approvazione – prevede che in caso di disaccordo tra gli Stati membri, possa instaurarsi una cooperazione rafforzata tra almeno nove di loro, sulla base del progetto di direttiva in questione. In questi casi, gli Stati interessati sono tenuti ad informare il Parlamento, il Consiglio e la Commissione. In merito a quest’ultima previsione, va detto che taluno ha criticamente osservato, con argomenti senz’altro condivisibili, che esiste una sorta di cortocircuito logico nella pretesa di realizzare un’armonizzazione “*indispensabile per garantire l’efficace attuazione di una politica dell’Unione*” coinvolgendo soltanto un numero ristretto di Stati.

L’esigenza di garantire una speciale protezione agli interessi finanziari dell’Unione ha poi giustificato l’introduzione, nel testo del Trattato sul funzionamento, di altre due importanti previsioni.

Ci si riferisce, più in particolare, all’art. 86 TFUE, a mente del quale “*per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti, secondo una procedura legislativa special, può istituire una Procura europea*”, competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, oltre che per esercitare l’azione penale per questi stessi reati dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri; e all’art. 325 TFUE, il quale stabilisce, al primo paragrafo, che “*l’Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione*”, e, al secondo, che “*gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*”.

Entrambe le previsioni – su cui la dottrina, già all’indomani dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si era ampiamente confrontata⁴⁹⁹ – hanno rianimato, negli ultimi tempi, un vivace dibattito tra gli studiosi della materia (ma non solo, come si dirà meglio): l’art. 86 TFUE perché, nell’ottobre 2017, al termine di un lungo periodo di intensi negoziati tra gli

⁴⁹⁷ Sul tema, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 484 ss.; e C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 430 ss.

⁴⁹⁸ Sul tema, v., anche, M. PELLISERO, *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, Napoli, 2010, p. 674.

⁴⁹⁹ V., per tutti, i contributi raccolti nel volume dal titolo *L’istituzione del procurato europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell’Unione*, (a cura di) L. Camaldo, Torino, 2014.

Stati membri⁵⁰⁰, il Consiglio ha approvato, dopo aver ottenuto il necessario via libera dal Parlamento, il regolamento istitutivo della Procura europea (cd. "EPPO")⁵⁰¹; e l'art. 325 TFUE perché su di esso si è fondata la Corte di Giustizia nell'assumere la controversa decisione che ha dato il via all'infinita saga *Taricco*, imponendo al giudice nazionale un obbligo di disapplicazione della normativa interna in materia di prescrizione, al fine di garantire gli interessi finanziari dell'Unione⁵⁰².

Per concludere, sul punto, preme ricordare che, anche in ambito penalistico, valgono ovviamente le regole previste dell'art. 69 TFUE, in forza delle quali tutte le competenze dell'Unione devono essere esercitate in conformità ai principi di sussidiarietà (art. 5, § III, TUE) e proporzionalità (art. 5, § IV, TUE), i quali assumono particolare significato proprio nella materia penale alla luce del principio di legalità (e del suo fondamentale corollario dell'*extrama ratio*), sancito, anche a livello europeo, dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

6.2. Alcune considerazioni sulla tenuta della riserva di legge nazionale

La riserva scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., lo si è detto, rappresenta ancora oggi un solido baluardo, in grado di ostacolare l'attribuzione di competenze penali *dirette* in capo alle istituzioni dell'Unione.

La consistenza di queste affermazioni deve però misurarsi con alcuni dati di ordine pratico, che assumono centrale importanza nell'ambito di una riflessione sulla tenuta del principio che assegna il monopolio delle scelte di politica criminale al legislatore nazionale⁵⁰³: da una parte, la circostanza che il contenuto di queste scelte – sul versante della determinazione del precetto e della relativa sanzione – è, con sempre maggiore frequenza, determinato dalle fonti dell'Unione europea, che "come tali si impongono allo stesso legislatore italiano, chiamato in sostanza a recepire scelte assunte altrove anche nella materia criminale"⁵⁰⁴; dall'altra, che la concreta applicazione delle fattispecie penali ad opera del giudice domestico deve

⁵⁰⁰ Su cui, volendo, M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 21 novembre 2016.

⁵⁰¹ In merito al quale si è riproposto il tema dell'esistenza di una competenza penale *diretta* in capo all'Unione (anche alla luce dello strumento utilizzato, il regolamento appunto); per un commento a prima lettura del Regolamento istitutivo dell'"EPPO", v. L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura Europea (EPPO)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2017; e L. ROCCATAGLIATA, *Il Consiglio UE approva definitivamente il Regolamento istitutivo della Procura europea. L'EPPO è infine realtà*, in *Giurisprudenza Penale*, 15 ottobre 2017.

⁵⁰² Per una precisa ricostruzione delle tappe processuali della vicenda si vedano i contributi raccolti in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, (a cura di) A. Bernardi, Jovene, 2016; AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, Giuffrè, 2017; e, più di recente, 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; e, più di recente, AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della 'saga Taricco'*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, 2018.

⁵⁰³ Per F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, p. 657, in questo contesto sarebbe forte il rischio "di una progressiva espropriazione del parlamento nazionale, che vede sempre più ridotto il suo margine di apprezzamento nelle scelte di criminalizzazione".

⁵⁰⁴ Così F. VIGANÒ, *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Enc. Treccani, 2014.

necessariamente tener conto di queste fonti sovranazionali, che possono, di volta in volta, condizionarne l'interpretazione, o addirittura determinarne la non-applicazione (se dotate di effetto diretto) o l'illegittimità costituzionale.

Provando a mettere ordine in questo contesto così complesso e variegato⁵⁰⁵, è necessario anzitutto prendere in esame il primo dei due profili indicati, sottolineando come un'attenta analisi della produzione normativa delle ultime legislature consenta di apprezzare l'incidenza, in termini qualitativi e quantitativi, delle scelte di criminalizzazione operate, sia pur in via indiretta, dalle Istituzioni dell'Unione.

In materia di contrasto al terrorismo internazionale e al riciclaggio⁵⁰⁶, di contrasto alle frodi⁵⁰⁷, di lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori⁵⁰⁸, di tratta di essere umani⁵⁰⁹, nonché, in materia di contrasto ai reati ambientali e di responsabilità da reato degli enti (e in molti altri ambiti⁵¹⁰), il legislatore nazionale è intervenuto, negli ultimi tempi, proprio per adeguare la normativa interna agli *standard* di tutela richiesti a livello europeo, modificando o integrando le fattispecie penali già previste nel nostro ordinamento.

Due, in particolare, gli elementi che ricorrono con una certa regolarità nell'attività di recepimento delle direttive adottate sulla base delle nuove procedure previste dagli artt. 83, par. I e II, TFUE.

Anzitutto, sul piano procedurale: come già si è anticipato nel paragrafo relativo all'utilizzo degli strumenti aventi forza di legge nel settore penale⁵¹¹, il Parlamento fa un larghissimo uso, e i casi citati lo confermano, della legge di delegazione, incaricando il Governo di scegliere le modalità più opportune per trasporre il contenuto degli atti normativi approvati in seno agli organi dell'Unione⁵¹². In proposito, peraltro, è senz'altro utile sottolineare che le leggi delega in questione sono state spesso costruite in modo generico, attraverso una indicazione molto vaga ed imprecisa dei principi e criteri direttivi che dovrebbero vincolare il successivo intervento del Governo (spesso individuati *per relationem*

⁵⁰⁵ Complessità che per M. DELMAS MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in *Astridonline.it*, 2003, p. 4, pur potendo apparire come un limite, rappresenta "forse il prezzo da pagare per una costruzione giuridica veramente pluralista e non egemonica"; sul tema, di recente, v., anche, M. D'AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2017.

⁵⁰⁶ Cfr. D.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, *Attuazione della direttiva UE 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminali e di finanziamento del terrorismo e recante modifica delle direttive 2005/60/CE e 2006/70/CE e attuazione del regolamento (UE) n. 2015/847 riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e che abroga il regolamento (CE) n. 1781/2006*.

⁵⁰⁷ Cfr. D.lgs. 21 giugno 2016, n. 125, *Attuazione della direttiva 2014/62/UE sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI*.

⁵⁰⁸ Cfr. D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39, *Attuazione della direttiva 2011/93/UE relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI*.

⁵⁰⁹ Cfr. D.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, *Attuazione della direttiva 2011/36/UE relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di essere umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI*; a commento della quale, v. R. SICURELLA, *Prosegue l'azione dell'Unione europea nella lotta alla tratta di esseri umani*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011, la quale sottolinea come questa rappresenti la "prima direttiva penale dell'Unione europea, adottata sulla base del nuovo contesto normativo definito dal Trattato di Lisbona (e in particolare sulla base dell'art. 83, par. I, TFUE)".

⁵¹⁰ Cfr. D.lgs. 7 gennaio 2016, n. 1, *Attuazione della direttiva 2014/58/UE, che istituisce, a norma della direttiva 2007/23/CE, un sistema per la tracciabilità degli articoli pirotecnici*

⁵¹¹ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 2.

⁵¹² Su cui, v., tra i molti, F. PALAZZO, *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *LalegislaZIONEpenale.eu*, 2017.

con quanto stabilito dalla legge quadro n. 234 del 2012⁵¹³); ciò che fa quindi riemergere tutte le problematiche, sul versante del rispetto della *ratio* sottesa all'art. 25, secondo comma, Cost., che sono state già evidenziate rispetto ad un ricorso disinvolto e spesso irrituale della delega legislativa.

Sul piano del contenuto: pur essendo in linea di principio escluso che le “*norme penali modello*”, di cui alle direttive approvate con le procedure introdotte dal Trattato di Lisbona, condizionino le politiche criminali nazionali al punto da escludere qualsivoglia margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale⁵¹⁴, nella maggior parte dei casi, il Governo ha approvato il corrispondente decreto legislativo, limitandosi a tradurre pedissequamente, quasi parola per parola, il contenuto della direttiva.

Spostando ora la nostra attenzione verso l'incidenza che le fonti penali di matrice euro-unitaria possono avere sulla concreta attività giudiziaria è utile ribadire che il modello inaugurato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza *Granita*⁵¹⁵ - in forza del quale, nel caso di contrasto tra una norma nazionale e una norma comunitaria dotata di effetto diretto, il giudice italiano ha l'obbligo di non applicare la norma di legge italiana – spiega i suoi effetti anche nella materia penale e che, pertanto, non possono trovare applicazione incriminazioni incompatibili con gli obblighi scaturenti da una norma dell'Unione dotata dei requisiti stabiliti a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia, resa nel caso *Van Gend & Loos* del 1963⁵¹⁶.

Assolutamente emblematica in questo senso è la vicenda che, a partire dal 2011, ha coinvolto il mondo dell'accademia e della giurisprudenza penale italiana intorno all'interpretazione della direttiva 2008/115/CE, cd. “*direttiva rimpatri*”⁵¹⁷: il nodo da sciogliere riguardava, nella specie, l'idoneità dell'atto europeo ad incidere direttamente sulla fattispecie di cui all'art. 14, comma V-ter e quater, del d.lgs. n. 268 del 1998⁵¹⁸, con la quale il legislatore aveva scelto di punire, con la reclusione fino a cinque anni, le condotte di inottemperanza

⁵¹³ Sul tema, v., in particolare, C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della 'legge quadro' n. 234 del 2012*, in *penalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2013; e C. CUPELLI, *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 *penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013; e M. PELLEGRINO, *L'incidenza discendente del diritto UE sul sistema penale (a margine della l. 24 dicembre 2012, n. 234)*, in *Archiviopenale*, 3/2013.

⁵¹⁴ Su questo profilo, v., in particolare, A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Europa e diritto penale*, (a cura di) C. E. Paliero e F. Viganò, cit., p. 128 ss.

⁵¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

⁵¹⁶ In particolare per ciò che riguarda le *direttive*, l'efficacia diretta è subordinata ad una triplice condizione: a) che sia inutilmente scaduto il termine entro il quale lo Stato membro è tenuto a dare attuazione alle disposizioni della singola direttiva, b) che le loro previsioni siano chiare, precise e incondizionate (ossia suscettibili di essere applicate senza la necessaria mediazione di norme di diritto interno), e c) che le previsioni medesime attribuiscono all'individuo una *posizione giuridica favorevole* nei confronti della pubblica autorità.

⁵¹⁷ Si tratta, precisamente, della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del consiglio del 16 dicembre 2008, recante “*Norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*”.

⁵¹⁸ A mente del quale: “*la violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3*”.

all'ordine di allontanamento del questore degli immigrati extracomunitari irregolari⁵¹⁹. Sul presupposto che la direttiva in questione, che l'Italia non aveva trasposto nel termine previsto, stabilisse uno *standard* minimo di tutela per la libertà personale dello straniero (fissando, in modo analitico e dettagliato, in 18 mesi il periodo massimo di trattenimento in un centro di permanenza temporaneo, oltre che escludendo, di norma, che un tale trattenimento potesse avvenire in una struttura carceraria), la Corte d'Appello di Trento aveva formulato un quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia per veder accertata la incompatibilità europea della fattispecie incriminatrice prevista dal T.U. Immigrazione⁵²⁰. Con la storica sentenza *El Dridi*⁵²¹, dell'aprile 2011, accogliendo la prospettazione del giudice del rinvio e, in particolare, riconoscendo efficacia diretta alla direttiva, la Corte aveva così imposto al giudice nazionale di non-applicare l'art. 14, comma V-ter, determinando, sul fronte domestico, una spropositata mole di dispositivi di assoluzione "*perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato*".

Simmetrica, sul versante degli effetti derivanti dall'intervento della Corte di Giustizia, è la già citata sentenza *Taricco* (che verrà esaminata compiutamente nella prossima sezione), con cui la Corte di Giustizia, questa volta assumendo l'efficacia diretta dell'art. 325 TFUE⁵²², aveva imposto al giudice nazionale la non-applicazione del regime previsto dagli artt. 160 e 161 c.p. in materia di prescrizione. Il rischio – non solo teorico, come hanno efficacemente dimostrato le prime ricadute interne della decisione⁵²³ – che l'obbligo imposto dalla Corte di Giustizia potesse provocare effetti *in malam partem* per i soggetti imputati di reati di frode (lesive degli interessi finanziari dell'Unione) esprime, con tutta evidenza, le problematiche sottese ad un diretto intervento della Corte di Lussemburgo nella materia penale⁵²⁴.

⁵¹⁹ Su cui, tra i molti, v. L. MASERA, *Diritto penale e governo dei flussi migratori*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Enc. Treccani, 2012.

⁵²⁰ Questo il testo del quesito formulato dalla Corte d'Appello di Trento: "*la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permane in detto territorio senza giustificato motivo*".

⁵²¹ Su cui, per tutti, F. VIGANÒ, *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 *penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011; e, per una analisi dei successivi tracciati della Corte di Giustizia in materia, v. L. MASERA, *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 *penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2016.

⁵²² Opzione che, come si vedrà diffusamente, è stata largamente criticata: dalla Corte costituzionale, sia nell'ordinanza n. 24 del 2017 che nella sentenza n. 115 del 2018, e dalla prevalente dottrina; sul tema, v., anche, C. AMALFITANO, *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*, cit., p. 117 ss.; e, da ultimo, D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la 'saga Taricco': tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in *European papers*, 1 luglio 2018.

⁵²³ Sia qui 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, Giuffrè, 2016, p. , e alla letteratura ivi richiamata.

⁵²⁴ Su cui, con rilievi assai critici, O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., per il quale "*la politica del diritto penale non può essere demandata alla Corte di giustizia del*

Tali rilievi, per altro verso, aiutano a comprendere come “sarebbe un grave errore prospettico dare valore, anche dopo Lisbona, al solo diritto dei Trattati”⁵²⁵, essendo talvolta decisivo, nel senso di un avanzamento⁵²⁶ - ovvero, come la vicenda *Taricco* sembra suggerire, nel senso opposto di un suo brusco rallentamento – del processo di integrazione europea nel settore penale, il contributo fornito dalla Corte di Giustizia, che rappresenta comunque – ed è forse utile precisarlo, anche se incidentalmente – un organo non inserito nel circuito politico europeo, privo di qualsiasi legittimazione democratica⁵²⁷.

Anche per questa ragione, infatti, erano state particolarmente apprezzate dalla dottrina italiana le posizioni che la stessa Corte di Giustizia aveva assunto, nei casi *Niselli* e *Berlusconi*, precisando che alle direttive europee – le quali richiedono l’adozione, da parte degli Stati membri, di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive – non può essere riconosciuto l’effetto diretto (di tipo verticale⁵²⁸), benché scadute, non potendo queste “creare obblighi a carico di un singolo”⁵²⁹. Nel caso *Berlusconi*, in particolare, la Corte di Giustizia aveva poi riconosciuto che “una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interno di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni”⁵³⁰.

Orbene, ragionamenti, in parte diversi da quelli prima richiamati, devono essere proposti con riferimento alle norme di matrice europea che siano prive di efficacia diretta: la questione rileva, in particolare, con riguardo a quello che la dottrina è solita qualificare come il cd. “*inadempimento statale sopravvenuto*”, per riferirsi al caso in cui, a fronte di un obbligo di tutela penale europeo – prima attuato (e “*soddisfatto*”) con una legge di attuazione – il legislatore nazionale decisa, 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 penale⁵³¹.

Lussemburgo o, più in generale, al diritto eurounitario, rimanendo prerogativa strettamente statale, direttamente condizionata alla responsabilità politica che gli organi europei non hanno”.

⁵²⁵ Riflette sulla tematica in parola, in questi esatti termini, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., p. 76.

⁵²⁶ In questa prospettiva, può essere senz’altro richiamata la storica sentenza *Pupino* (C.G. C-105/03, del 16 giugno 2005) con cui la Corte di Giustizia, a fronte dell’esito negativo dei referendum in Francia e Olanda per l’approvazione del “*Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*”, ha imposto l’obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario anche per le norme di cd. “*terzo pilastro*”, con la conseguenza che distanza in punto di efficacia tra gli atti di diritto comunitario e gli atti di terzo pilastro è stata drasticamente ridotta; nello stesso senso, ci si può riferire anche alla sentenza sul mais greco del 1988 che ha determinato la nascita del principio di assimilazione. Acutamente, in merito a queste dinamiche, C. SOTIS, *Il limite come controlimito*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, (a cura di) I. Pellizzone, cit., p. 193, ha parlato di una “*propulsione giuridica che surroga le difficoltà di avanzamento politico*”.

⁵²⁷ Evidenzia questo profilo, 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.

⁵²⁸ Sul tema, di recente, A. AMALFITANO, *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, cit., p. 130 ss.

⁵²⁹ Sul tema, diffusamente, M. D’AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 153 ss.; e, della stessa A., *Relazione introduttiva. Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, cit., p. 1 ss.

⁵³⁰ Cfr. C.G., *Berlusconi*, C-387/02, 3 maggio 2005.

⁵³¹ 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. *inadempimento 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*. Anche se in dottrina – così M. ROMANO, *Complessità delle*

Per affrontare questo specifico aspetto è necessario confrontarsi con una importante decisione della Corte costituzionale, la già citata 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, I comma, lett. n), quarto periodo del d.lgs. n. 152 del 2006 – nel testo antecedente alle modifiche introdotte con l'art. 2, XX comma, 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*”⁵³².

È una pronuncia molto importante perché per la prima volta – dando seguito all'indirizzo inaugurato con la storica sentenza n. 170 del 1984⁵³³ – 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*”⁵³⁴.

La sentenza, in questa stessa prospettiva, si inserisce nel solco della più volte richiamata giurisprudenza costituzionale sulle cd. *norme penali di favore* (pur essendo da questa distinta sul versante dei parametri tenuti in considerazione dalla Corte⁵³⁵): anche in questo caso, infatti,

fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2008, p. 558 – taluno si è chiesto 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*”

⁵³² Cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵³³ 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.

⁵³⁴ 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 (sent. 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*”.

⁵³⁵ “*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*

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 impreviste dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile*”⁵³⁶.

Infine, 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 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 costituzionale.

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*”⁵³⁷ 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. Ed è proprio l’esigenza di evitare un possibile “*inadempimento statale sopravvenuto*” che, in questo caso, ha 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 oltre⁵³⁸. 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 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*”⁵³⁹ con riguardo alle norme approvate nel

favore, quale affrontata dalla sentenza n. 394 del 2006” - cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵³⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, *Considerato in diritto* n. 7.

⁵³⁷ “*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., sent. n. 32 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.

⁵³⁸ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.2.

⁵³⁹ Su cui, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Utet, 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*”.

rispetto dei vincoli discendenti dalle (sia pur indirette) scelte di politica criminale assunte a livello europeo⁵⁴⁰. 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 accettabili⁵⁴¹ –, 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*”. Ed 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*”⁵⁴².

Insomma, le questioni sul tappeto – quando si ragiona delle ricadute domestiche dell'avvento del “*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 Giustizia⁵⁴³, 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.

** ** *

⁵⁴⁰ 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*”.

⁵⁴¹ 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*”.

⁵⁴² Così precisamente V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 112.

⁵⁴³ Che in un caso 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 *penelcontemporaneo.it*, 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*”.

Sezione II.

Sul versante a-storico-universalistico:

il principio di determinatezza e il principio di irretroattività in malam partem.

Con l'ordinanza n. 24 del 2017, emessa dalla Corte costituzionale nell'ambito della ben nota *saga Taricco*, il principio di legalità penale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., è stato elevato al rango di principio supremo dell'ordinamento, per la parte che impone la determinatezza e l'irretroattività delle norme penali¹.

L'affermazione – che la Corte ha, nell'occasione, proposto quasi come fosse un'inferenza banale (“*non vi è inoltre dubbio che...*”) – è davvero “*rocciosa nella sostanza*”², oltre che foriera di significative conseguenze da un punto di vista sistematico³. Essa, peraltro, appare di una certa utilità, ai nostri fini, per introdurre le tematiche di questa seconda sezione, in cui si tenterà – dopo aver diffusamente ragionato intorno ai fattori che, in positivo (pochi) e in negativo (molti), incidono sul sotto-principio della riserva di legge – di prendere in esame gli ulteriori corollari del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.: il principio di determinatezza e il principio di irretroattività *in malam partem*, appunto.

Rinviando, per l'inquadramento generale sull'origine storica e sul fondamento dei due principi⁴, a quanto già anticipato nel capitolo introduttivo di questo studio⁵, si cercherà, con le riflessioni contenute nei prossimi paragrafi, di approfondire gli aspetti più controversi e maggiormente dibattuti in relazione ai precisi del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. che rilevano sul cd. *versante a-storico-universalistico*.

In tale prospettiva, seguendo l'ideale percorso di genesi, formazione ed applicazione giudiziale di una norma penale, è necessario interrogarsi, dopo aver già affrontato il tema della riserva di legge, sulle modalità con cui il legislatore è chiamato a confezionare le fattispecie incriminatrici: da cui, la preliminare disamina delle garanzie riconducibili al principio di determinatezza, il quale dovrebbe, anzitutto, come detto, vincolare proprio il legislatore nel momento in cui questo compie la scelta sul “*se e come*” sanzionare penalmente una particolare condotta umana, ritenuta lesiva di beni o interessi di rilievo costituzionale.

Al legislatore, più precisamente, l'art. 25, secondo comma, Cost. impone di configurare i precetti penali utilizzando espressioni comprensibili ed inequivoche nel loro significato, per garantire la libertà di autodeterminazione dei consociati e per evitare che, in contrasto con il

¹ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 2*.

² Qui richiamando l'espressione utilizzata V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco. Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017.

³ Su cui, per tutti, v. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, 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.

⁴ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998

⁵ Cfr. *supra* Cap. I, §§ 3 e 4.

principio della divisione dei poteri e con la stessa riserva di legge, il giudice assume un ruolo creativo.

La riflessione su queste tematiche, come è facile intuire, chiama in causa prima di tutto il problema della scelta delle tecniche di redazione delle fattispecie criminose⁶, in ordine al quale, senza potersi dilungare eccessivamente, ci si limita a rilevare, con la più attenta dottrina⁷, che la legislazione per clausole casistiche – che sembrerebbe più consona alle esigenze di precisione discendenti dall’art. 25, secondo comma, Cost. – potrebbe, paradossalmente, creare maggiori problemi, in quanto, oltre che più dettagliate, le norme penali costruite con questa tecnica sono inesorabilmente lacunose; e non deve quindi sorprendere che, nel corso degli anni, diversi giudici comuni abbiano promosso dinanzi alla Corte costituzionale questioni di legittimità, per ampliare l’area della punibilità, al fine di includervi condotte “*analoghe*”⁸ a quelle tipizzate dal legislatore.

Ciò posto, mette conto rilevare, venendo così ad introdurre il tema della prima riflessione proposta nel prossimo paragrafo, che il principio di determinatezza, che vale certamente in relazione alle singole ipotesi criminose, spiega effetti, in una prospettiva più ampia e *a fortiori*, anche con riguardo all’intero sistema penale⁹, il quale, nella sua interezza e complessità, deve – o, almeno, dovrebbe – consentire a ciascun consociato di “*trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato*”¹⁰. Si aggiunga, peraltro, che già nelle riflessioni degli illuministi era, in quest’ottica, inscindibile il tema della chiarezza della singola norma rispetto al complesso delle norme penali; del resto, come si vedrà più precisamente, proprio l’idea che ciascuna fattispecie penale debba essere letta, interpretata e poi applicata tenendo in considerazione il complessivo contesto normativo entro cui si inserisce è stata ampiamente valorizzata nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale.

1. Preliminarmente, la mancata riforma del codice Rocco e gli interventi settoriali del legislatore: il principio di determinatezza e una crisi che parte da lontano

In dottrina, si è correttamente rilevato che il principio di determinatezza, codificato dall’art. 25, secondo comma, Cost., per essere compiutamente apprezzato nella sua reale portata garantista va calato 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*”¹¹.

⁶ Sul tema, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.; e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit.

⁷ Cfr. M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit.

⁸ Sul tema, v., ancora, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, cit., p. 484 ss.

⁹ Su quest’assunto, come si dirà più precisamente oltre, la Corte costituzionale ha elaborato una lettura “*relazionale*” del principio di determinatezza, valorizzando il contesto normativo entro cui la fattispecie oggetto di scrutinio si inserisce (cfr. Corte cost., sent. n. 247 del 1989).

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

¹¹ 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*, Milano, 1996, p. 5 ss.

Su questa stessa linea critica, si è inoltre e più puntualmente sottolineato che la convivenza tra la Costituzione e il Codice del 1930 – in ragione dell’evidente, oltreché dichiarata, contraddittorietà fra le rispettive scale di valori – ha determinato, fin dagli albori dell’esperienza repubblicana, una radicale indeterminatezza, di tipo strutturale, “*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*”¹².

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. 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*”¹³.

Per parte sua, la Corte costituzionale, patrocinando un indirizzo interpretativo di segno opposto, ha ritenuto, fin dalla sua prima decisione del 1956¹⁴, di poter – *rectius*: dover – giudicare questioni di legittimità aventi ad oggetto anche norme anteriori alla Costituzione¹⁵ e tale opzione, per quanto interessa qui rilevare, ha finito per dare conforto all’idea che il Codice penale non avrebbe dovuto necessariamente essere riformato, nella sua interezza, potendo sopravvivere, benché di volta in volta adattato, al mutato quadro costituzionale¹⁶.

In questo contesto, nondimeno, il principio in parola ha subito una profonda compromissione: la “*pulizia interpretativa*”¹⁷ che ha necessariamente investito, ad opera della Corte costituzionale (e della giurisprudenza comune da questa sollecitata), le fattispecie presenti nel codice penale ha infatti mostrato nel corso degli anni evidenti profili di contrasto con il nucleo irrinunciabile del principio di determinatezza, la decisione della Corte spesso introducendo elementi di incertezza o, in ogni caso, rendendo meno agevole l’intelligibilità del precetto.

¹² Così precisamente M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 24.

¹³ Cfr. Trib., Roma, Sez. I, 29 maggio 1949, Imp. *Pellicano*.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 1956.

¹⁵ “*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 caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura nel sistema di Costituzione rigida, deve prevalere sulla legge ordinaria*” – cfr. Corte cost., sent. n. 1 del 1956, *Considerato in diritto*.

¹⁶ 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*”.

¹⁷ Secondo la felice espressione utilizzata da M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 13.

Un esempio concreto può aiutare per dimensionare la consistenza di questi rilievi: si tratta della sentenza n. 27 del 1975, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'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”*¹⁸.

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 la salute della madre”*, è stato richiesto l'intervento del legislatore (*“terzo livello”*)¹⁹.

Ebbene, 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*, palesemente invasiva dello spazio di discrezionalità del legislatore²⁰ –, non v'è chi non veda come, sul versante che più interessa esaminare, un tale intervento della Corte costituzionale finisca per incidere in radice sulla tenuta del principio di determinatezza, compromettendo, per gli interpreti e, soprattutto, per i consociati, la comprensione del significato e del perimetro applicativo dell'incriminazione colpita dalla declaratoria 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 testé 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'intellegibilità 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.

Nel primo, come già si è puntualmente ricostruito²¹, la Corte ha modificato il testo della fattispecie di cui all'art. 73, I comma, d.p.r. n. 309 del 1990, facendo rivivere, in quanto

¹⁸ 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”*.

¹⁹ *“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 giustificarle”* – cfr. Cort cost., sent. n. 27 del 1975.

²⁰ 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*, Padova, 1984, p. 69 ss.

²¹ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, §§ 2.1.2 e 3.2.3.

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, I comma, citato è infatti proposto (in tutte le raccolte normative a disposizione) nella formulazione dichiarata incostituzionale e soltanto in una nota a piè di pagina²² è contenuta 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, tra 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 vietate): il richiamo ad esso, nondimeno, consente di introdurre, sulla scorta dei più recenti tracciati della giurisprudenza (anche europea)²³, 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.

Nel secondo caso citato, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, III, lett. b), e IV comma, della legge n. 40 del 2004²⁴, *“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*

²² 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 (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)”*.

²³ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, §§ 2 e 3.

²⁴ 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”*.

criteri di gravità di cui all'art. 6, I comma, 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 consapevole.

Vale senz'altro la pena anticipare, già in questa fase introduttiva, 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.

A ben vedere, però, non sono unicamente i dispositivi di accoglimento che hanno condizionato (e possono, in termini generali, 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 (e, di riflesso, l'intero sistema penale) siano informati 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 riconosciuto all'art. 40 della Costituzione²⁵; con lo stesso spirito, possono citarsi anche le pronunce che la Corte ha emesso nella materia dei cd. "*reati di opinione*"²⁶, 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, è ben possibile rimarcare come la scelta di non provvedere, per via legislativa, ad una organica riforma del Codice penale – in uno con la conseguente, per certi versi inevitabile (oltreché auspicabile), opera di *armonizzazione* messa in campo dalla Corte – abbia, in concreto, 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

²⁵ Per tutti, v. E. PEDRAZZI, *Lo sciopero nella legge penale*, in *Atti del convegno nazionale di studi di diritto e procedura civile*, Milano, 1964, p. 79 ss.; e D. PULITANO', *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, IV, p. 321 ss.

²⁶ 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, Torino, 1992, p. 103 ss.

per adeguare, ai principi dettati dalla Costituzione (non solo nella materia penale), le fattispecie incriminatrici vigenti nell'ordinamento: così nella nota sentenza 490 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*”²⁷; 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.*”²⁸.

Orbene, fermo quanto precisato fin qui, mette conto anche sottolineare, sulla scia delle riflessioni condotte dalla migliore dottrina su questo tema²⁹, che alla mancata revisione del Codice penale è andata accompagnandosi, nel corso degli anni, una legislazione penale piuttosto confusa – per taluni, addirittura “*schizofrenica*”³⁰ – che ha privilegiato interventi di tipo settoriale, cui ha fatto seguito una progressiva dispersione delle fattispecie incriminatrici “*nel cosmo delle leggi penali extra codicem*”³¹, in alcuni casi al di fuori dello stesso perimetro penale³².

L'ipertrofia e il carattere spesso frammentato della produzione normativa in materia penale hanno causato, su queste direttrici, una sempre crescente marginalizzazione del Codice, quale fondamentale testo di riferimento per le scelte di azione dei consociati³³, contribuendo, con il passare degli anni, alla definizione di un quadro normativo assai complesso, di difficile comprensione, dai tratti talvolta labirintici³⁴. 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

²⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 409 del 1989, *Considerato in diritto* n. 5.

²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 134 del 2012, *Considerato in diritto* n. 2.

²⁹ Per tutti, v. M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998; e F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza del diritto penale: la fattispecie*, Cedam, 1979.

³⁰ 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 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*”.

³¹ Per M. PAPA, *Dal Codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *penalecontemporaneo.it*, 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)*”.

³² 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*”.

³³ 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 *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2018.

³⁴ 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*”.

specifici settori per far fronte, in modo tempestivo, agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea.

Alla luce di tutte queste circostanze, pertanto, non deve sorprendere che, in occasione della promulgazione di una legge di conversione incidente nella materia della sicurezza pubblica, il Presidente della Repubblica 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”*. Ed allora, nel ragionare su questi stessi temi, riaffiorano le riflessioni di chi, in dottrina, aveva acutamente osservato come *“una norma in sé chiara possa diventare oscura in un contesto confuso, non potendo così essere semplicemente applicata dal giudice e non potendo nemmeno orientare chiaramente il cittadino nel discriminare fra lecito e illecito”*³⁵.

In questa stessa prospettiva, peraltro, va inoltre ricordato che, siccome *“la qualità della normazione penale dipende in larga misura anche dalla scelta degli strumenti normativi utilizzati”*³⁶, il ricorso 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 penale³⁷. 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.).

Concludendo queste considerazioni introduttive, deve ribadirsi, nel solco di quanto anticipato in apertura, che anche la scelta sulle tecniche di redazione delle fattispecie penali³⁸ – nella sempre valida alternativa tra il paradigma della costruzione casistica e quello della costruzione per clausole generali³⁹ – 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.

1.1. (Segue) il d.lgs. n. 21 del 2018 e la cd. riserva di codice

³⁵ M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 17.

³⁶ *“La rinuncia a priori ad una nuova codificazione e l'espansione irrazionale, con strumenti diversi e non coordinati fra loro, del diritto penale non può non riflettersi sul rispetto del principio di determinatezza e tassatività”* – cfr. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit.

³⁷ 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. Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, §§ 1 e 2.

³⁸ *“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.

³⁹ Qui G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.

Rispetto a quanto criticamente messo in luce nelle precedenti pagine, qualche segnale in controtendenza sembra 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.

Prima di esaminare la più significativa novità – rappresentata dal recente d.lgs. n. 21 del 2018, che ha introdotto nel nostro ordinamento la cd. “riserva di codice” – è utile segnalare che, a partire dalla 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 Ministri⁴⁰, 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.

Nella prospettiva richiamata in apertura, un primo intervento legislativo degno di nota ha interessato la materia del contrasto all’usura: con la legge n. 108 del 1996 e con la successiva legge n. 106 del 2011, il legislatore ha infatti previsto che “*l’interesse è usurario quando eccede di un quarto, aumentato di ulteriori quattro punti percentuali, quello rilevato trimestralmente dal Ministero dell’Economia*”, agganciando quindi ad un preciso parametro numerico il presupposto necessario per ritenere integrato il delitto di cui all’art. 644 c.p.⁴¹, che, nella previgente formulazione, veniva invece ricostruito sulla base di una valutazione caso per caso, rimessa in buona sostanza al personale apprezzamento dell’interprete.

Del pari, con la riforma dell’abuso d’ufficio, introdotta con la legge n. 234 del 1997, il legislatore ha individuato le condotte penalmente rilevanti, ai sensi dell’art. 323 c.p.⁴², in quelle, sole, poste in essere in contrasto con precise “*norme di legge o di regolamento*”, precludendo così al giudice di considerare abusivi anche comportamenti individuati attraverso “*gli elastici parametri dell’eccesso e dello sviamento di potere o attraverso gli ancor più elastici principi di ‘imparzialità’ e ‘buon andamento’ della pubblica amministrazione*”⁴³. Ed è utile ricordare, in proposito, che, a fronte della riformulazione legislativa, alcuni giudici hanno promosso

⁴⁰ Cfr. Circolare 5 febbraio 1986 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, contenente “*Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzione 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.

⁴¹ A mente del quale “*chiunque, fuori dai casi previsti dall’articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000*”.

⁴² Per il quale: “*salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni*”.

⁴³ Così, in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale diritto penale. Parte generale*, cit., p. 69.

questioni di legittimità con l'intenzione di ampliare nuovamente lo spazio di punibilità della fattispecie, per farvi nuovamente ricomprendere i comportamenti esclusi dalla novella. Di tutta risposta, nel solco della sua consolidata giurisprudenza⁴⁴, la Corte costituzionale ha correttamente dichiarato non fondate tali questioni, con la sentenza n. 447 del 1998, *“avvallando la scelta legislativa soprattutto per ciò che attiene la ricerca di un più preciso confine dello spazio di punibilità della fattispecie”*⁴⁵.

Sulla stessa linea tracciata da questi precedenti, con la legge n. 94 del 2009, modificando gli artt. 186 e 187 del Codice della strada, il legislatore ha previsto quale circostanza aggravante del delitto di *“Guida sotto l'influenza dell'alcool o di sostanze stupefacenti”* l'aver commesso il fatto *“dopo le ore 22 e prima delle ore 7”*, eliminando il generico riferimento alle *“ore notturne”*, proprio nell'ottica di assicurare alla fattispecie incriminatrice un più alto grado di precisione.

Ebbene, sviluppando questi importanti (benché isolati) segnali di rinnovata attenzione verso il principio di determinatezza, sul finire dell'ultima legislatura, il Governo ha approvato il d. lgs. n. 21 del 2018⁴⁶, *“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”*, imprimendo una accelerazione nel lungo e tormentato percorso di ravvicinamento della legislazione penale agli standard imposti dall'art. 25, secondo comma, Cost.

La novità per noi 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”*⁴⁷, 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 delegante⁴⁸, l'innovazione è da ricollegarsi all'*“esigenza di assicurare una migliore conoscenza dei precetti”* e di garantire, per conseguenza,

⁴⁴ Cfr. *supra* Cap. III, sez. I, § 5.

⁴⁵ Cfr. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 31, per cui: *“la Corte sottolinea il ruolo centrale del legislatore, affermando che il compito del principio di determinatezza sarebbe quello di impedire che la individuazione della condotta incriminata dipenda da valutazioni discrezionali del giudice e quindi non sia prevedibile dal destinatario della legge penale, con richiamo alla sent. n. 364 del 1988”*; cfr., anche, Corte cost., ord. nn. 252 e 427 del 1998 e 192 del 1999.

⁴⁶ 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2018.

⁴⁷ 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*, Padova, 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, Roma, 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. e proc. pen.*, 2004, p. 1011 ss.

⁴⁸ In particolare, per l'allora ministro della Giustizia: *“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*

l'effettività della *funzione rieducativa* della pena, di cui all'art. 27 Cost.: la cd. *riserva di codice*, in questo senso, costituirebbe un presupposto indefettibile perché l'ordinamento penitenziario possa dirsi conforme ai principi costituzionali che regolano l'esecuzione della pena⁴⁹, con ciò sottolineando il nesso che avvince il principio di determinatezza, da una parte, e il principio di colpevolezza, dall'altra⁵⁰. Istanze di razionalizzazione, quelle appena citate, che si accompagnano, sotto un diverso ma correlato 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*"⁵¹.

In disparte le più severe critiche che la dottrina ha rivolto all'eccessiva enfasi mostrata dal legislatore nei confronti delle potenzialità insite nella cd. *riserva di codice*⁵², 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 del codice, 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 correlazione che la riforma ha registrato tra il suddetto principio e la finalità rieducativa della pena, nel solco della più significativa giurisprudenza costituzionale formata 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*"⁵³.

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.

⁴⁹ 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*".

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 464 del 1988, *Considerato in diritto n.*

⁵¹ 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 *penalecontemporaneo.it*, cit.

⁵² Tra questi, in particolare, M. PAPA, *Dal Codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *penalecontemporaneo.it*, 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"*.

⁵³ Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 121.

Per completezza, va detto che, già 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 che *“deportando nel codice alcune fattispecie prima collocate nelle leggi speciali, il decreto 21/2018 finisce per accentuare la trasformazione del codice stesso, che da “città ideale” del diritto penale diviene un mero “centro di accoglienza” per reati migranti”*⁵⁴.

Da ultimo, e concludendo, può dirsi che, pur rimanendo senz'altro valida, in proposito, la riflessione di chi, in dottrina, ha osservato che il miglioramento della conoscenza di un precetto *“non può passare solo e soltanto dal suo posizionamento all'interno di un determinato testo normativo”*⁵⁵, 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 sue più recenti decisioni⁵⁶, 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.

2. La Corte costituzionale alle prese con il principio di determinatezza

Nell'approcciarsi all'esame della giurisprudenza costituzionale formatasi con riguardo al principio di determinatezza in materia penale⁵⁷, è possibile anzitutto registrare una fortissima sproporzione quantitativa tra 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 sembrano *“prestarsi meno a delineare linee di tendenza relativamente omogenee e definite, visto e considerato il carattere per così dire estremo delle fattispecie esaminate”*⁵⁸.

A ben vedere, in effetti, pur avendo correttamente 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

⁵⁴ In questi termini, M. PAPA, *Dal Codice penale ‘scheumorfico’ alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 maggio 2018, p. ???.

⁵⁵ Così S. DE FLAMMINEIS, *L'età della (apparente) codificazione. Brevi riflessioni sul d.lgs. 1° marzo 2018 n. 21*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 giugno 2018.

⁵⁶ Cfr. *infra* Cap. III, Sez. II, § 2.3.

⁵⁷ Tra i molti, v. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 33 ss; e F. PALAZZO, *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, Napoli, 1991, p. 25 ss.

⁵⁸ In questi termini, v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, Napoli, 2006, p. 61.

chiare e precise – la Corte si è per lungo tempo attestata su “una linea di indiscriminata conservazione e salvataggio dell’esistente”⁵⁹, 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.

In questo scenario, la prima sentenza su cui è interessante soffermarsi è la n. 27 del 1961⁶⁰, con cui la Corte ha inaugurato l’orientamento che è andato poi caratterizzando la successiva giurisprudenza costituzionale, 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 (art. 1 c.p.) 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 avvolgono 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”⁶¹. Della motivazione, dal contenuto assai conciso e sintetico, è importante segnalare il passaggio conclusivo, in cui la Corte ha precisato: “in tali casi, ufficio dell’interprete 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”.

Dalla lettura della sentenza n. 27 del 1961 emerge, come è stato detto in dottrina⁶², 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 successivi⁶³, è sembrato piuttosto, e al contrario, 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.

Ai nostri fini, interessa brevemente ricordare che, nel solco di questa importante decisione, si inseriscono numerose pronunce⁶⁴, in cui la giustificazione da parte della Corte di formule vaghe ed equivoche è stata rafforzata, addirittura, con l’utilizzazione di dispositivi di “manifesta infondatezza”⁶⁵. In questa prima stagione della sua giurisprudenza sul principio di

⁵⁹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 143.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 27 del 1961.

⁶² Per tutti, v. M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998.

⁶³ Cfr. Corte cost., sent. nn. 121 del 1963, 44 del 1964, 133 del 1973, 236 del 1975, 49 del 1980 e 79 del 1982.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., ord. nn. 169 del 1983, 195 del 1983, 169 del 1985.

⁶⁵ 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”.

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 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"*⁶⁶), 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"*⁶⁷. 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 penale⁶⁸.

⁶⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 120 del 1957.

⁶⁷ Per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, 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.*, 1979, n. 3, p. 122.

⁶⁸ 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 vilipendiata sia condizionato all'apprezzamento discrezionale del giudice chiamato a risolvere il caso specifico, con buona pace dell'esigenze 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

2.1. I più rilevanti tracciati della giurisprudenza costituzionale: dalla svolta degli anni '80...

I primi momenti di discontinuità nella giurisprudenza consolidatasi nei primi decenni di funzionamento 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 Corte costituzionale, 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"⁶⁹: 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 1981⁷⁰, con cui la Corte, questa volta intervento 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 letterale della fattispecie (profilo, questo, che pur se cautamente era stato considerato nella prima stagione della

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

⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 117 del 1980, *Considerato in diritto* n. 7.

⁷⁰ 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.*, 1981, I, p. 804 ss.; e M. BOSCARRELLI, *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. Nuvolone, Padova, 1982, p. 284 – 285.

giurisprudenza costituzionale), bensì perché l'ipotesi concreta in esso contemplata non poteva essere accertata con un sufficiente grado di certezza in sede giudiziaria⁷¹.

Andando con ordine, occorre preliminarmente ricordare 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.

Ed è segnatamente in ordine a questo secondo profilo che si è sviluppata l'argomentazione della Corte: sulla premessa per cui “*il fenomeno ipotizzato dal legislatore deve essere effettivamente accertabile dall'interprete in base a criteri razionalmente ammissibili allo stato della scienza e dell'esperienza attuale*”, essa ha osservato che l'art. 603 c.p. prevede un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato, “*non essendo né individuabili, né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata*”. Si era, in altre parole, al cospetto di una fattispecie costruita su basi naturalistiche sfuggenti, di difficile (se non impossibile) accertamento giudiziale, la cui concreta applicazione avrebbe affidato all'interprete spazi valutativi smisurati, prossimi all'arbitrio, in palese contrasto con le esigenze di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Con la sentenza n. 96 del 1981 la Corte ha posto il primo, fondamentale, punto fermo nell'evoluzione della giurisprudenza in materia, gettando le basi teoriche per le successive (ancorché limitate) decisioni di accoglimento⁷².

Preme inoltre ricordare che, alcuni anni più tardi, nel 1988, la Corte ha assunto due fondamentali decisioni in materia penale: la n. 364 e la n. 1085, con cui ha dichiarato l'incostituzionalità, rispettivamente, dell'art. 5 c.p., “*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*”; e dell'art. 626, I comma, n. 1, c.p., “*nella parte in cui non estenda la disciplina ivi prevista alla mancata restituzione, dovuta a caso fortuito o forza maggiore, della cosa sottratta*”. Il richiamo alla prima delle due sentenze citate, in apparenza fuori fuoco, risulta di una certa utilità nel ragionamento qui condotto, nonostante, in essa, la Corte costituzionale abbia più che altro ragionato del principio di colpevolezza, affrontando solo

⁷¹ 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.

⁷² E' interessante notare che il criterio utilizzato nella decisione n. 96 del 1981 è stato successivamente applicato dalla Corte, in occasione della sentenza n. 370 del 1996, per dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 708 c.p., *Possesso ingiustificato di valori*, ritenuto in contrasto, oltre che con il principio di ragionevolezza, anche con il principio di tassatività/determinatezza. Per M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 43, “*anche in questo caso, la ratio decidendi si incentra sull'inconsistenza del comportamento descritto dalla fattispecie penale, dimostrata attraverso un'analisi storica*”.

marginalmente il tema della determinatezza: ciò nondimeno, nella sentenza sull'*error iuris*, in modo particolarmente puntuale, la Corte ha osservato che dal combinato disposto degli artt. 25, secondo comma, e 73, terzo comma, Cost. discendono, sul versante della formulazione, della struttura e dei contenuti delle norme penali, precisi doveri per il legislatore e che, inoltre, il principio di "riconoscibilità" delle norme penali, implicato dalle previsioni costituzionali appena citate, "rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di 'rilievo costituzionale' e tali da esser percepite anche in funzione di norme 'extrapenali', di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"⁷³. Questa pronuncia, in altri termini, nel valorizzare l'idea che i principi costituzionali regolanti la materia penale (di cui all'art. 25, secondo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost.) debbano essere interpretati alla luce delle loro interrelazioni reciproche⁷⁴, ha messo in evidenza come un valido rimprovero di colpevolezza (a sua volta, presupposto necessario per l'operatività del principio di rieducazione della pena) richieda, indefettibilmente, che le norme penali siano configurate dal legislatore in modo chiaro.

Insomma, con questa storica sentenza, la Corte ha posizionato un ulteriore tassello nel mosaico della definizione dello statuto costituzionale del principio di determinatezza.

Chiusa questa breve, ma necessaria, parentesi, è utile richiamare una successiva pronuncia, assai rilevante per la sistemazione teorica del principio di determinatezza: la n. 247 del 1989, con cui la Corte ha dovuto scrutinare, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost., l'espressione "misura rilevante" di cui faceva menzione l'art. 4, n. 7, del. d.l. n. 429 del 1982, "Norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto e per agevolare la definizione delle pendenze in materia tributaria", convertito con legge n. 516 del 1982. Non si può non segnalare il passaggio – forse ininfluenza per la soluzione del caso specifico ma senz'altro significativo per l'evoluzione della successiva giurisprudenza – in cui la Corte ha distinto, sul piano dogmatico, il principio di "tassatività", da una parte, e il principio di "determinatezza", dall'altra, sottolineando come il secondo abbia "un contenuto più vasto ed intenso"⁷⁵ del primo, che ne rappresenta soltanto una "species". Quest'affermazione, come è stato giustamente rilevato in dottrina⁷⁶, ha un profondo significato e conferma un netto "cambio di rotta" rispetto al passato, proprio nell'ottica di una più ampia considerazione del principio di determinatezza.

Del merito della decisione, con cui la Corte ha escluso la fondatezza del dubbio di costituzionalità avanzato dal giudice *a quo*, è importante, ai nostri fini, mettere in luce due aspetti, correlati tra loro: anzitutto, la Corte ha (correttamente e innovativamente) ricostruito il principio di determinatezza in chiave "relazionale", precisando come "la determinatezza dell'indicazione legislativa del significato d'un termine (o d'una espressione) non può stabilirsi prescindendo dal rapporto che lo stesso termine ha con gli altri elementi della fattispecie e dalla relazione che l'intera

⁷³ Cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, *Considerato in diritto* n. 17.

⁷⁴ Nello stesso senso, può essere richiamato il successivo filone giurisprudenziale che ha collegato il principio di determinatezza al principio di offensività, sul tema, v., ancora, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 53 ss.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 247 del 1989, *Considerato in diritto* n. 3.

⁷⁶ Così, in particolare, M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Cost.*, cit., p. 44.

*fattispecie (previsto dall'art. 4, n. 7, del d.l. cit.) ha con le altre ipotesi delittuose previste nello stesso articolo, con le ipotesi contravvenzionali di cui all'art. 1 e con il sistema tutto dei reati tributari*⁷⁷; e, in secondo luogo, che il “*principio di determinatezza è violato non tanto allorché è lasciato ampio margine alla discrezionalità dell'interprete (tale ampio margine costituisce soltanto un sintomo, da verificare, d'indeterminatezza) bensì quando il legislatore, consapevolmente o meno, s'astiene dall'operare 'la scelta' relativo a tutto od a gran parte del tipo di disvalore d'un illecito, rimettendo tale scelte al giudice, che diviene, in tal modo, libero di 'scegliere' significativi tipici*”⁷⁸.

Ciò posto, consapevole del fatto che la norma impugnata potesse prestarsi ad applicazioni giurisprudenziali di segno diverso, la Corte si è in questo caso preoccupata di esplicitare i termini dell'interpretazione capace di conferire “*alla condotta ed all'intera fattispecie tipica del delitto in esame il più alto grado possibile di conformità al fondamentale principio di uguaglianza e di dare all'intera fattispecie una chiara, netta significazione*”⁷⁹, precisando che “*per integrare il delitto di cui alla norma impugnata non [era] sufficiente una condotta consistente nel solo omettere la dichiarazione di componenti positivi del reddito e (o) la sola dichiarazione della sussistenza di componenti negativi dello stesso reddito, bensì [era] indispensabile che la condotta in esame si esprimesse in forme 'corrispondenti' a quelle necessarie per integrare le diverse ipotesi di frode fiscale, di cui ai numeri 1 e 6 dello stesso primo comma dell'art. 4, e, cioè, in forma oggettivamente artificiose, fraudolente*”⁸⁰.

Orbene, in un caso successivo, richiamando espressamente le fondamentali pronunce del 1981 e del 1988, la Corte, con la sentenza n. 185 del 1992, ha affrontato un problema più specifico, in apparenza forse banale: il caso dell'indeterminatezza conseguente ad un errore materiale del legislatore.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, VI comma, del d.p.r. n. 203 del 1998, “*Attuazione delle direttive CEE numeri 80/779, 82(884, 84/360 e 85/203 concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali, ai sensi dell'art. 25 della legge 16 aprile 1987, numero 183)*”, “*nella parte in cui fa riferimento alla 'autorizzazione prescritta dall'art. 13', anziché alla autorizzazione prescritta dall'art. 15*”, la Corte ha sanzionato una evidente svista del legislatore che, nella formulazione della fattispecie, aveva erroneamente richiamato un articolo in luogo di un altro. La motivazione, nondimeno, benché piuttosto breve, è molto densa e merita di essere segnalata perché con essa, riproponendo le più significative affermazioni contenute nelle sentenze sul “*plagio*” e sull’*“error iuris”*”, la Corte ha sottolineato che “*l'errore materiale di redazione del testo legislativo (...)*

⁷⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 247 del 1989, *Considerato in diritto n. 3*.

⁷⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 257 del 1989, *Considerato in diritto n. 3*.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 1991, *Considerato in diritto n. 2*.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 1991, *Considerato in diritto n. 2*. Ed è interessante notare che, qualche anno più tardi, tornata ad occuparsi della “*misura rilevante*” sopra citata, la Corte ha mutato l'orientamento proposto con la sentenza n. 247 del 1989: dopo aver preso atto del mancato adeguamento da parte della giurisprudenza (anche delle Sezioni Unite della Cassazione) al proprio *dictum*, con la pronuncia n. 35 del 1991⁸⁰, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, I comma, n. 7, della legge n. 516 del 1982, “*nella parte in cui non prevede che la simulazione di componenti negative e la dissimulazione di componenti positive debba concretarsi in forme artificiose*”, evitando così che interpretazioni contrarie ai dettami della Costituzione potessero trovare applicazione. La vicenda, da questo angolo visuale, conferma quello che in altri momenti dello studio più volte è stato detto sulle possibili ricadute degli interventi della Corte costituzionale in materia penale: forte e concreto è, infatti, il rischio che, a fronte di sentenze di rigetto “*nei sensi di cui in motivazione*” (pur se corredate da solide e corpose argomentazioni), i giudici comuni decidano di “*ribellarsi*” alla soluzione interpretativa proposta dalla Corte costituzionale - cfr. Cap. III, Sez. I, §§ 3, 3.1.

costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale, o, quantomeno, a fuorviarlo⁸¹. E così, dopo aver sottolineato che “in adempimento della sua funzione di conformazione dell’ordinamento legislativo al dettato costituzionale” essa è chiamata a dichiarare l’illegittimità costituzionale della parte della disposizione specificamente viziata e dalla quale deriva il difetto di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto, ha inoltre precisato che la sua decisione non crea un precetto penale nuovo rispetto a quello dettato dal legislatore: “il carattere evidente del lapsus risultante nel testo normativo fa sì che la correzione da apportare è solo rivolta a far corrispondere pienamente la lettera della legge alla volontà che il legislatore intendeva enunciare”⁸², limitandosi, l’intervento della Corte, a conferire alla norma impugnata quella intelligibilità che l’art. 25, secondo comma, Cost. richiede per i precetti penali.

In tempi più recenti, con la sentenza n. 34 del 1995, la Corte ha dichiarato incostituzionale l’art. 7-bis, I comma, della legge n. 39 del 1990, nella parte in cui “puniva lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione che non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente”. La pronuncia, di accoglimento parziale, è di un certo interesse perché la Corte ha rimosso la parte della fattispecie ritenuta indeterminata, per ovviare ad una situazione in cui il destinatario del comando si trovava “nell’impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza”, essendo, in altre parole, sottomesso “all’arbitrio dell’interprete”. Nella sentenza, peraltro, è possibile intravedere un profilo innovativo nella costruzione dell’impianto teorico del principio di determinatezza⁸³: la questione sollevata viene infatti accolta anche in riferimento all’art 24, secondo comma, Cost., sulla base dell’assunto per cui l’indeterminatezza della fattispecie comporta in ogni caso l’impossibilità per il destinatario del precetto di potersi validamente difendere nel processo, provando elementi della propria condotta, che non sono chiariti nell’enunciato legislativo.

2.2. (Segue) ... passando per le controverse decisioni sul cd. disastro innominato e sulle prescrizioni del “vivere onestamente e del rispettare le leggi” ...

Il percorso intrapreso con le storiche sentenze degli anni ottanta è sembrato subire un rallentamento negli anni duemila, in conseguenza di alcune pronunce che la Corte ha assunto, nella sostanza riproponendo lo schema delle decisioni degli anni sessanta e settanta, ovverosia, salvando dalla declaratoria di incostituzionalità fattispecie incriminatrici formulate dal legislatore in modo assai generico. Ci si riferisce, in questi termini, alle sentenze n. 327 del 2008, sul cd. “disastro innominato” e alla n. 282 del 2010, sulle prescrizioni del “vivere onestamente e del rispettare le leggi”, di cui alla legge n. 1423 del 1956.

⁸¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 185 del 1992, *Considerato in diritto* n. 2.

⁸² Cfr. Corte cost., sent. n. 185 del 1992, *Considerato in diritto* n. 2.

⁸³ Su questo elemento, v., in particolare, M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 366, per cui “un punto importante della decisione risulta quello in cui si stabilisce un collegamento tra il principio di determinatezza in materia penale, tutelato dall’art. 25, secondo comma, Cost. e il diritto di difesa tutelato dall’art. 24, secondo comma, Cost.: una norma indeterminata comporta l’impossibilità per il destinatario di potersi difendere nel processo, provando elementi della propria condotta che, appunto, non sono chiariti dal precetto normativo”.

All'esame di queste decisioni, è utile premettere un breve riferimento a quel filone giurisprudenziale che la Corte costituzionale ha inaugurato, a partire dalla fine degli anni ottanta, sviluppando i rapporti tra principio di determinatezza e cd. "*diritto vivente*": in diverse pronunce⁸⁴, la Corte ha affermato che "*la costante enunciazione di coerenti statuizioni da parte della stessa Corte di Cassazione fuga ogni preoccupazione di incertezza circa le conseguenze penali della violazione della norma impugnata*"⁸⁵. Sullo sfondo di questo orientamento, l'idea che il principio di determinatezza, il cui rispetto non si esaurisce sul solo piano dell'enunciato linguistico, investa anche la concreta applicazione giurisprudenziale della fattispecie, con la conseguenza che l'interprete è in quest'ottica chiamato ad un'importante opera di riempimento e specificazione della fattispecie astratta confezionata dal legislatore⁸⁶.

Tenendo a mente queste considerazioni, è possibile esaminare il caso deciso con la sentenza n. 327 del 2008: nell'escludere la fondatezza della censura prospettata dal giudice *a quo* e pur riconoscendo talune criticità nella disposizione sottoposta al suo esame – l'art. 434 c.p. che punisce chiunque "*commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro*" –, la Corte ha precisato che lo scrutinio in ordine al rispetto del principio di determinatezza deve essere condotto avendo riguardo, non già, ed unicamente, al singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì, in una prospettiva più generale, a tutti quegli ulteriori criteri ermeneutici utili per riempire di contenuto la formula descrittiva prescelta dal legislatore, tra cui, in particolare, il criterio sistematico che valorizza il contesto normativo entro cui la fattispecie di cui è questione è destinata ad operare. L' "*altro disastro*" di cui fa menzione l'art. 434 c.p. impugnato nella specie, in coerenza con tali premesse teoriche, andrebbe considerato alla stregua di un evento sì diverso ma, ad un tempo, omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto agli altri "*disastri*" contemplati dal medesimo titolo del codice penale⁸⁷.

Ed è, allora, riproponendo una *ratio decidendi* già sperimentata in altre occasioni⁸⁸, che la Corte ha qui escluso profili di contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., suggerendo

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. nn. 938 del 1988, in tema di tutela delle bellezze naturali; 11 del 1989, in tema di possesso di "*armi giocattolo*"; 122 del 1993, in tema di reati ambientali (sotto il profilo sanzionatorio); e, più di recente, 247 del 1997, in tema di tutela di bellezze naturali.

⁸⁵ In altri casi coevi, invece, nell'assenza di un indirizzo giurisprudenziale già consolidatosi, la Corte ha tentato di imporre, con la propria interpretazione, una soluzione ermeneutica idonea ad escludere profili di contrasto con il principio di determinatezza.

⁸⁶ Sul tema ha però correttamente rilevato M. ROMANO, *Art. 1*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, p. 42 ss., che, in termini generali, "*quanto più la norma si allontana da un ideale di certezza, tanto più pericolosamente ne risente la divisione dei poteri (poiché il potere giudiziario è infatti chiamato a svolgere un ruolo di supplenza legislativa) e si affievoliscono le garanzie del cittadino, il quale non è posto in grado di comprendere compiutamente ciò che illecito è ciò che è lecito*".

⁸⁷ Ezzo, pertanto, ad avviso della Consulta, non potrebbe dirsi contrastante con il parametro della determinatezza in quanto caratterizzato dalla presenza di due tratti oggettivi: sul piano dimensionale, l'esistenza, nell'evento distruttivo di cui all'art. 434 c.p. di proporzioni straordinarie, benché non eccessivamente immani; viceversa, sul piano della proiezione offensiva, il medesimo evento deve provocare un pericolo per la vita ovvero per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone (senza che invero sia richiesta l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti).

⁸⁸ Da ultimo con la sentenza n. 5 del 2004, in cui la Corte ha osservato che "*la verifica del rispetto del principio di determinatezza va condotta non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce. In particolare, l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero di clausole generali o concetti 'elastici', non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto*

una interpretazione dell'art. 434 c.p. capace, almeno nelle intenzioni, di superare l'originario *deficit* di determinatezza della fattispecie.

Nel fare tutto ciò – ed è bene sottolinearlo – la Corte ha ribadito il fondamentale principio per cui la determinatezza è parametro che si rivolge anche all'interprete, su cui grava in particolare l'onere di orientare la sua attività ermeneutica in direzione intensiva degli elementi della fattispecie, eventualmente anche supplendo per via giurisprudenziale alle carenze di determinatezza della fattispecie⁸⁹.

Deve dirsi, però, che alcuni anni più tardi, il legislatore (che era stato in tal senso sollecitato dalla stessa Corte costituzionale⁹⁰) è intervenuto nella materia della repressione delle condotte di disastro, introducendo, con la legge n. 68 del 2015, il delitto di “*disastro ambientale*” all'art. 452-quater c.p., per fronteggiare il seguito giurisprudenziale della sentenza n. 327 del 2008, non del tutto coerente, quest'ultimo, con le affermazioni spese del giudice delle leggi proprio in ordine al necessario rispetto del principio di determinatezza: nella giurisprudenza era infatti andato diffondendosi un particolare indirizzo ermeneutico, dissonante dal *dictum* costituzionale, che riteneva sussumibili, nell'alveo dell'art. 434 c.p., talune ipotesi di disastro (caratterizzate dalla progressiva ed imponente contaminazione di suoli, delle acque e dell'aria, con sostanze pericolose per la pubblica incolumità) in realtà prive delle caratteristiche strutturali che la Corte aveva enucleato con riguardo al predetto art. 434 c.p. Del resto, a voler leggere tra le righe della decisione, pur avendo la Corte riproposto l'idea per cui il principio di determinatezza intende evitare che, “*in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assume un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito*”⁹¹, essa ha però finito per assegnare un ruolo eccessivo al giudice comune, nella correzione per via interpretativa, dei vizi di determinatezza della fattispecie da applicare nel caso concreto.

Insomma, una pronuncia formalmente in linea con la giurisprudenza successiva alla svolta degli anni ottanta⁹², ma nella sostanza più coerente con il risalente orientamento della

riguardo alle finalità perseguita dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo” – cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2004, *Considerato in diritto* n. 4; nello stesso senso, v., anche, Corte cost., sent. nn. 34 del 1995, 122 del 1993, 247 del 1989.

⁸⁹ Per C. SOTIS, “*Tra Antigone e Crete, io sto con Porzia*”. *Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *penalecontemporaneo.it*, 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?”

⁹⁰ “*Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discussione nei giudizi a quibus – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose*” - cfr. Corte cost., sent. n. 327 del 2008, *Considerato in diritto* n. 9.

⁹¹ Oltre che “*garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta (a quest'ultimo riguardo, si vedano le sentenze n. 185 del 1992 e n. 364 del 1988)*” – cfr. Corte cost., sent. n. 327 del 2008, *Considerato in diritto* n. 4.

⁹² “*Al riguardo, è opportuno rilevare come l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della*

Corte, con cui, come visto, depotenziando le garanzie sottese al principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., era stato riconosciuto all'interprete un larghissimo potere riempitivo e correttivo.

Ora, venendo all'esame seconda delle decisioni richiamate in apertura di paragrafo, la n. 282 del 2010, in materia di misure di prevenzione, occorre ricordare che, con essa, è stata vagliata la rispondenza al principio di determinatezza della fattispecie prevista dall'art. 9, II comma, della legge n. 1423 del 1956⁹³, con cui il legislatore aveva inteso punire il contravventore agli obblighi scaturenti dall'applicazione della misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno. Per quanto interessa ai nostri fini, l'eccessiva vaghezza delle prescrizioni del *"vivere onestamente"* e del *"rispettare le leggi"* si sarebbe tradotta, secondo il rimettente, in una violazione del principio di determinatezza, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non essendo possibile individuare preventivamente, e con sicurezza, la condotta sanzionata penalmente⁹⁴.

Dichiarando non fondata la questione sollevata, la Corte ha affermato anzitutto che l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti elastici, non comporta di per sé un *vulnus* del parametro costituzionale in discussione, quante volte la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque all'interprete – avuto riguardo alle finalità perseguite dal legislatore con l'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: *"quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo"*⁹⁵.

Dando applicazione a questo paradigma nel caso sottoposto al suo scrutinio, la Corte ha osservato come la prescrizione del *"vivere onestamente"*, se valutata in modo isolato, appaia di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati, quindi non qualificabile come uno specifico obbligo penalmente sanzionato; e, tuttavia, ove collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dall'art. 5 della legge n. 1423, tenendo a mente che si tratta di un cd. *reato proprio* (che può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno) la prescrizione assuma un contenuto ben più preciso, *"risolvendosi nel dovere imposto*

produzione della regula iuris – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la regola verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti. Ciò non esclude, tuttavia, che l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa" – cfr. Corte cost., sent. n. 327 del 2008, *Considerato in diritto* n. 6.

⁹³ Oggi riprodotta integralmente, con la sola esclusione dell'obbligo di non *"dare ragioni di sospetto"*, nell'art. 75, II comma, del d.lgs. n. 159 del 2011. Cfr. *supra* Cap. II, § 5.4

⁹⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 2010, *Considerato in diritto* n. 1.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 2010, *Considerato in diritto* n. 2.1.

a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite il quale il dettato di ‘vivere onestamente’ si concreta e si individualizza⁹⁶.

Parimenti, nella ricostruzione proposta dalla Corte con la sentenza in commento⁹⁷, anche la prescrizione del “rispettare le leggi” non può essere considerata come indeterminata, essa riferendosi al dovere, imposto a chi già sia stata raggiunto dalla misura di prevenzione in parola, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta, “non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale”. Anche in questo caso, in definitiva, la Corte ha cercato di salvare a tutti i costi la fattispecie impugnata, nonostante questa presentasse degli evidenti problemi di compatibilità con gli standard di determinatezza imposti dall’art. 25, secondo comma, Cost., sul presupposto della ritenuta indeterminatezza della fattispecie.

Tracce di questo approccio possono forse rinvenirsi anche nella successiva sentenza n. 172 del 2014, con cui la Corte ha dichiarato non fondata una questione di legittimità sull’art. 612-bis c.p., incriminante le condotte di *stalking*, che era stata promossa dal rimettente proprio in riferimento all’art. 25, secondo comma, Cost.⁹⁸.

Senza tenere in considerazione le perplessità mostrate in proposito nella dottrina⁹⁹, la Corte ha osservato che il legislatore, nel definire le condotte e gli eventi tipizzati nell’art. 612-bis c.p., abbia fatto ricorso a una enunciazione sintetica e non abbia adottato, invece, una tecnica analitica di enumerazione dei comportamenti sanzionati, senza che ciò possa, di per sé, comportare un vizio di determinatezza¹⁰⁰, posto che “attraverso l’interpretazione integrata, sistemica e teleologica [è possibile] pervenire alla individuazione di un significato chiaro, intellegibile e preciso dell’enunciato”¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 282 del 2010, *Considerato in diritto* n. 2.1.

⁹⁷ Così, per tutti, F. VIGANÒ, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2017.

⁹⁸ Per un commento della decisione, v., tra i molti, A. VALSECCHI, *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un’interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 giugno 2014, per il quale “con la sentenza in oggetto la Corte fornisce all’interprete coordinate chiare, che sgombrano il campo da ogni dubbio in termini di compatibilità della fattispecie col principio costituzionale di determinatezza”.

⁹⁹ Tra cui, in particolare, E. LO MONTE, *Il commiato della legalità: dall’anarchia legislativa al ‘piroettismo’ giurisprudenziale*, in *Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013, 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. PULITANO, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 799 ss.

¹⁰⁰ “Come già affermato da questa Corte, l’esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell’art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa (sent. n. 79 del 1982, n. 120 del 1963 e n. 27 del 1961), oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi (sent. n. 42 del 1972, n. 191 del 1970), ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica (sent. n. 126 del 1971). Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l’ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la ‘impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a ‘giustificare’ l’inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell’incriminazione e dal quadro normativo in cui essa si innesta (sent. n. 302 e n. 5 del 2004)” – cfr. Corte cost., sent. n. 172 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.2.

¹⁰¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 172 del 2014, *Considerato in diritto* n. 4.2.

2.3. (Segue) ... al recente caso Taricco, la definitiva renaissance del principio di determinatezza

In linea con l'andamento cartesiano delle funzioni $\sin(x)$ e $\cos(x)$, dopo un primo "apice" raggiunto con le fondamentali sentenze degli anni ottanta, il percorso di valorizzazione sostanziale del principio di determinatezza è sembrato rallentare, tornando ad assestarsi su coordinate negative, in occasione delle citate pronunce sul cd. *disastro innominato* e sulle prescrizioni del "vivere onestamente e del rispettare le leggi", del biennio 2008-2010. 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*.

A questo punto, allora, dopo averla richiamata, più o meno direttamente, numerose volte nel corso del presente studio, è giunto il momento di concentrarsi puntualmente proprio sulla vicenda *Taricco*, ricostruendone l'origine e le più rilevanti tappe evolutive, per dare infine conto di quello che sembra costituire il suo esito finale¹⁰².

La scelta di inserire questo approfondimento all'interno dei paragrafi dedicati all'esame della giurisprudenza costituzionale formatasi sul principio di determinatezza in materia penale è giustificata dal fatto che proprio il citato principio è stato posto al centro delle due pronunce che la Corte ha assunto nell'ambito della saga *Taricco*, con le quali, 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 ordine¹⁰³, occorre 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 prescizionale previsto dagli artt. 160 e 161 c.p.¹⁰⁴.

Più in particolare, sulla ritenuta impossibilità di giungere in tempo utile ad una definitiva affermazione della responsabilità penale degli imputati (in relazione alle condotte associative finalizzate alla realizzazione di illeciti tributari loro contestate), il G.U.P. di Cuneo aveva prospettato una violazione degli artt. 101, 107-109 e 119 TFUE (oltre che un contrasto con la direttiva 2006/112/CE), riconoscendo che "qualora fosse consentito disapplicare le

¹⁰² Sia qui consentito il rinvio a S. BISSARO, *La sentenza n. 115 del 2018 e la fine (?) della saga Taricco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2018, in corso di pubblicazione, in cui vengono messe in luce le questioni lasciate aperte dalla Corte costituzionale.

¹⁰³ 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, Napoli, 2016; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 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, Napoli, 2017; e, più di recente, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.

¹⁰⁴ 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 www.penalecontemporaneo.it, 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 *Archiviopenale.it*, ottobre 2016

disposizione nazionali di cui [agli artt. 160 e 161 c.p.], sarebbe possibile garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione", con un perfetto assist alla successiva decisione della Corte di Giustizia.

Ora, senza poter qui ricostruire tutte le problematiche sottese alla risposta della Corte europea¹⁰⁵, preme comunque mettere a fuoco alcuni importanti elementi contenuti nella sentenza, di una certa utilità proprio per contestualizzare il seguito interno della stessa e, quindi, per tracciare le coordinate essenziali del doppio intervento della Corte costituzionale.

Anzitutto, sul piano formale: seguendo uno spunto (rivelatosi poi decisivo) proposto nelle conclusioni dell'Avv. Generale¹⁰⁶, 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 finanziari¹⁰⁷.

In secondo luogo, sul piano del merito, la Corte 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, per la Corte di Giustizia, 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 TUFUE nella lotta contro le frodi all'TVA, 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”*. Senza che a tal fine potesse in qualunque modo rilevare il principio di legalità dei reati e delle pene, pur riconosciuto agli artt. 49 della Carta di Nizza e 7 CEDU: l'operazione richiesta al giudice nazionale, infatti, 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”*. Sullo sfondo delle argomentazioni contenute nella sentenza, la tesi per cui, a prescindere dalla qualificazione formale (come sostanziale o processuale) assegnata all'istituto della prescrizione nei singoli ordinamenti nazionali, l'allungamento del termine prescrizionale e la sua immediata applicazione nei procedimenti ancora pendenti non avrebbero comportato una lesione dei diritti garantiti dal principio del

¹⁰⁵ 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., 97 ss.

¹⁰⁶ 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 svela la doppiezza della disciplina interna in materia di prescrizione*, in *Legis. Pen.*, 2015, p. 5 ss.

¹⁰⁷ Cfr. C.G., *Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105*, punto 26 e giurisprudenza ivi citata.

*nullum crimen*¹⁰⁸.

All'indomani della sentenza europea, in dottrina e nella giurisprudenza domestica¹⁰⁹, 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”¹¹⁰), l'osservanza del *dictum* europeo avrebbe avuto gravi ed irreparabili ripercussioni anche sul principio di determinatezza.

Per completezza, comunque, deve dirsi – e ciò a conferma della complessità delle questioni poste dalla sentenza *Taricco* – che non erano 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 penale¹¹¹.

In questo ricco e polifono scenario giurisprudenziale, la Corte d'Appello di Milano, prima, e la Corte di Cassazione, 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 T.F.U.E., come interpretato dalla sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia del settembre 2015, rivolgendo esplicitamente alla Corte costituzionale una richiesta di attivazione dei controlimiti, 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

¹⁰⁸ Ed 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, terzo par., CDFUE.

¹⁰⁹ 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 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), p. 1 ss.

¹¹⁰ 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*, ottobre 2016.

¹¹¹ Cfr. Cass. Pen., III Sez., 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 *penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 2016; G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”*, in *archiviopenale.it*, gennaio 2016; e L. BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, in *archiviopenale.it*, gennaio 2016.

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 dottrina¹¹², 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 costituzionale¹¹³. Nel 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 CEDU)¹¹⁴, 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 energicamente¹¹⁵ – per taluni, invero, spingendosi oltre quanto necessario per la soluzione del caso concreto¹¹⁶ – le posizioni espresse nell'ordinanza n. 24

¹¹² Tra i molti, v. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una prospettiva che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 24 febbraio 2017; e A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, in penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2017; di diffida parla invece G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 16 marzo 2017.

¹¹³ Per tutti, v. V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 gennaio 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".

¹¹⁴ "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.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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

del 2017: da un lato, riconoscendo che l'autorità competente a svolgere il controllo sollecitato dalla Corte di giustizia, non è il giudice comune¹¹⁷, 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 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 T.F.U.E, è tale da impedire all'interprete di trarre da esse una regola sufficientemente chiara, che possa validamente orientare le scelte di azione dei consociati¹¹⁸. In questo senso, è addirittura intuitivo, nelle limpide parole della Corte, che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 T.F.U.E, non potesse (e neppure possa oggi) 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 sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della 'regola Taricco' nel nostro ordinamento"*¹¹⁹.

Di fondamentale importanza, ai nostri 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'"*¹²⁰.

Su queste chiare premesse, la Corte ha 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, Cost¹²¹: 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, individuando il significato corretto della

a formulare una richiesta di restituzione degli atti. Su questa linea, sembra esprimersi, da ultimo, 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., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 8.

¹¹⁷ *"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., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 8.

¹¹⁸ Peraltro, 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.

¹¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 14.

¹²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto* n. 11.

¹²¹ 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.

disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può figurarsi leggendolo.

A ben vedere, 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 costituzionale. 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”*, cui si è fatto cenno nei precedenti paragrafi, 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.¹²².

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 conseguenze penali della propria condotta – storicamente riconosciuta, nella giurisprudenza costituzionale, al corollario dell'irretroattività *in malam partem*¹²³ – viene, nell'occasione, riconosciuta 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 lo statuto del principio di legalità sancito all'art. 7 CEDU.

¹²² 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”*.

¹²³ 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”*.

Quest'ultimo rilievo, in particolare, consente di allargare lo spettro della nostra indagine, prendendo in considerazione il contributo che proprio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha fornito nell'opera di affinamento del principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

3. Gli innesti della giurisprudenza della Corte EDU sul principio di determinatezza

Come anticipato, l'idea – assente nella più risalente giurisprudenza della Corte costituzionale¹²⁴ – che la determinatezza possa declinarsi (principalmente od esclusivamente) sul versante della *prevedibilità* rappresenta il punto di partenza delle più rilevanti argomentazioni che la Corte EDU ha proposto, nel corso degli anni, interpretando il contenuto di garanzia del principio di legalità sancito all'art. 7 CEDU.

Nella prospettiva convenzionale, infatti, più che la provenienza della norma penale – se essa sia frutto di un particolare procedimento legislativo ovvero il risultato di uno specifico processo ermeneutico – interessa ragionare della qualità della stessa, del suo contenuto e, più in generale, della sua intellegibilità, della sua *accessibilità* e *prevedibilità*¹²⁵. A Strasburgo, in altre parole, quello che rileva non è il “*chi*” ha confezionato la fattispecie penale, ma il “*come*” quella stessa fattispecie è stata introdotta nell'ordinamento e, soprattutto, il “*come*” quest'ultima viene interpretata ed applicata in sede giudiziaria.

Con l'esigenza, condivisa anche dal nostro art. 25, secondo comma, Cost., di “*provide effective safeguard against arbitrary prosecution, conviction and punishment*”¹²⁶, la Corte europea ha infatti sempre inteso la legalità penale in relazione ai due fondamentali predicati della “*prevedibilità*” e dell’“*accessibilità*”, senza tenere in considerazione, perché estranee al proprio orizzonte valutativo, le garanzie di democraticità sottese al corollario della riserva di legge, tipiche dei soli sistemi di *civil law*¹²⁷.

¹²⁴ Nella prima stagione della giurisprudenza costituzionale, infatti, le esigenze di calcolabilità presidiate dal principio di determinatezza non sono state valorizzate dalla Corte, che ha sempre salvato, dalle censure di incostituzionalità, fattispecie penali formulate in modo generico; come si è visto, è con la storica sentenza n. 364 del 1988 che la Corte costituzionale ha, in modo innovativo, ricollegato la *conoscibilità* del precetto al principio di determinatezza (oltre che al principio di colpevolezza e alla funzione rieducativa della pena), affermando che prima ancora del rapporto tra soggetto e singola legge, esiste quello tra ordinamento statale e soggetto in cui il primo è tenuto a garantire la “*riconoscibilità sociale*” del contenuto delle norme che il singolo è tenuto ad osservare; da ultimo, sul tema v. S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2017.

¹²⁵ Correttamente per 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., cit., p. 216 ss., “*al 'nucleo duro' della legalità europea è invece estranea l'altra anima – quella 'democratica' – normalmente sintetizzata nel principio di legalità penale nella tradizione giuridica dei paesi di civil law e declinata in termini specifici di 'riserva di legge': come noto, tale garanzia attiene alle 'fonti di produzione' del diritto penale e seleziona, nei diversi ordinamenti giuridici, quegli organi di produzione (normalmente le assemblee parlamentari) esponenziali del consenso democratico e più sensibili ad un utilizzo liberale del potere punitivo*”.

¹²⁶ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *S. W. v. United Kingdom* e *C.R. v. United Kingdom*, 22 novembre 1995; *Kajkari v. Cyprus*, 12 febbraio 2008, § 137; e *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009.

¹²⁷ Sul tema, v. anche F. COLOMBI, *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*, n. 3/2013, p. 21.

Si comprende, allora, perché è stato detto, in proposito, che il senso della portata garantista della legalità viene radicalmente a mutarsi, oltralpe, in favore della componente “universalistica” e “personalistica” e a detrimento di quella “politico-costituzionale”, non essendo in gioco “il primato della legge’ e del principio democratico ad essa soggiacente, bensì la libertà di autodeterminazione dell’individuo dinanzi ad un ‘diritto’ che si realizza essenzialmente nel dictum del giudice”¹²⁸.

Tanto premesso, non potendo qui ricostruire, in ogni suo snodo decisivo, un percorso giurisprudenziale così ricco ed articolato¹²⁹, è possibile soltanto richiamare alcune tra le pronunce europee più rilevanti¹³⁰.

Preliminarmente, da un punto di vista teorico, è utile ricordare che la Corte europea ha sempre impostato il proprio scrutinio tenendo conto non solo del *testo* della norma penale, ma anche e soprattutto della sua *interpretazione* ad opera dei giudici nazionali, coerentemente con l’assunto per cui, nell’ottica della CEDU, formante legislativo e formante giurisprudenziale possono dirsi equipollenti. Invero, come è stato correttamente precisato in dottrina¹³¹, pronunciandosi sui limiti che il principio di legalità impone all’ermeneutica penalistica, la Corte EDU non ragiona secondo le categorie tipologiche dell’interpretazione restrittiva/estensiva/analogica, bensì secondo la logica dualistica della prevedibilità/imprevedibilità del *risultato* applicativo: sicché, come confermato dal celebre caso *Kokkinakis c. Grecia*¹³², in materia di proselitismo religioso, è ben possibile che anche una

¹²⁸ Per F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, Napoli, 2006, p. 73; sulla stessa linea, per F. VIGANÒ, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., p. 12, “il fuoco della tutela apprestata dall’art. 7 CEDU sta altrove: in particolare, nell’interesse dell’individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile – diremmo – nell’an così come nel quantum. Accessibilità (=conoscibilità) del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il nullum crimen, nulla poena sine lege come diritto dell’individuo, anziché come ‘principio’ ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici (come la stessa separazione dei poteri, o la garanzia della funzione generalpreventiva della norma penale, spesso evocate nel dibattito nazionale sul principio di legalità in materia criminale”.

¹²⁹ Per l’esame del quale, non può che rinviarsi a A. BERNARDI, *Sub Art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, (diretto da) S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Cedam, 2011, p. 171 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, (a cura di) V. Manes – V. Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 74 ss.; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

¹³⁰ In dottrina, è largamente condivisa l’idea che il principio in commento implica almeno tre corollari: occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: a) se la condotta stessa sarà considerata *illecita*; b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì *penalmente rilevante*; e infine c) quale pena egli dovrà scontare nell’ipotesi in cui venga sottoposto a processo. Sul tema, per tutti, v. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 2 ss.; e S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2017, p. 131 ss.

¹³¹ Così, in particolare, 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. 236, che osserva, inoltre, come “la legalità europea coglie forse più a fondo il contenuto sostanziale (di garanzia liberale) della legalità penale: anche un’interpretazione meramente estensiva, se concretamente imprevedibile al momento della commissione del fatto, può integrare una violazione della garanzia espressa dall’art. 7 CEDU e sarebbe perciò fondatamente censurabile in sede europea. Il vincolo ermeneutico si traduce, più precisamente, in un obbligo di ‘interpretazione ragionevole’ della fattispecie penale, cioè di interpretazione ragionevolmente prevedibile nella sua applicabilità al caso concreto”.

¹³² Cfr. Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993.

interpretazione – estensiva, con effetti *in malam partem* – sia considerata conforme all’art. 7 CEDU, se ragionevolmente prevedibile da parte dei consociati¹³³.

Per lungo tempo¹³⁴, la Corte di Strasburgo ha ritenuto soddisfatto il requisito in parola con un generico richiamo alla prassi giurisprudenziale interna, la quale “*veniva sempre ritenuta idonea a rendere prevedibile l’applicazione di norme penali imprecise*”¹³⁵: emblematici, di questo, iniziale, atteggiamento di indulgenza i casi *C.R. e S.W. c. Regno Unito*, con cui i Giudici europei hanno considerato legittima, al metro dell’art. 7 CEDU, la condanna inflitta al marito per lo stupro della moglie, nonostante all’epoca del fatto fosse ancora largamente consolidato, nella giurisprudenza interna, il riconoscimento di una causa soggettiva di non punibilità nei rapporti sessuali – anche se imposti attraverso violenze e minacce – tra moglie e marito¹³⁶. Con un ambiguo riferimento all’evoluzione dei costumi sociali e all’essenza del reato ascritto ai ricorrenti, la Corte EDU ha avvallato il mutamento giurisprudenziale *in malam partem*, in quanto ritenuto comunque ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto.

A ben vedere, però, negli ultimi tempi, anche la giurisprudenza convenzionale, al pari di quella domestica, ha conosciuto una significativa evoluzione, con cui è stato progressivamente definito il contenuto di garanzia dell’art. 7 CEDU, specie sul versante della *prevedibilità*¹³⁷ della decisione giudiziale, per quel che concerne, in particolare, l’operatività del principio a fronte di mutamenti giurisprudenziali.

¹³³ Sul punto, può essere citato anche il caso *Cantoni c. Francia*, del 15 novembre 1996, in merito alla definizione del concetto di “farmaco” contenuto nella fattispecie di esercizio abusivo della professione di farmacista, in cui la Corte si è spinta fino a ritenere ragionevole anche una interpretazione basata non su un precedente specifico ma su una “*tendenza giurisprudenziale estensiva*”, che comunque rendeva concretamente prevedibile il rischio di una rilevanza penale del fatto commesso.

¹³⁴ Cfr. Corte EDU, G.C., *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, par. 34, in cui la Corte europea ha ritenuto legittima una condanna per vendita abusiva di prodotti farmaceutici, dal momento che quest’ultima nozione, nonostante talune incertezze precedentemente emerse nella giurisprudenza di merito, era stata riconosciuta in modo preciso dalla *Cour de Cassation*; nello stesso senso, v., anche, Corte EDU, G.C., *Baskaya e Ockuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, par. 34 ss.; Corte EDU, G.C., *Erdogdu e Ince c. Turchia*, 8 luglio 1999, par. 56 ss.; e la successiva Corte EDU, *E.K. c. Turchia*, 7 febbraio 2002, par. 48 ss., in cui la Corte europea ha ritenuto che il reato di propaganda, sebbene disciplinato in termini poco determinati, fosse oggetto di un’interpretazione costante da parte delle giurisdizioni nazionali (salvo alcune censure rispetto all’applicazione analogica della pena).

¹³⁵ Da ultimo, sul tema, v. F. MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis e F. Viganò, cit., p. 238 ss.

¹³⁶ Ancora, sul tema 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. 240.

¹³⁷ Cfr., tra le molte, Corte EDU, *Vyerentsov c. Ucraina*, 11 aprile 2013, par. 60 ss., relativa ad una sovrapposizione caotica di testi legislativi; e *Kasymakbunov e Saybatalov c. Russia*, 14 marzo 2013, par. 76 ss., riguardante un’ipotesi di omessa pubblicazione della sentenza con cui veniva messa al bando una determinata associazione all’epoca dei fatti contestati; più di recente Corte EDU, *Navalnyy c. Russia*, 17 ottobre 2017, con cui la Corte europea ha accertato che la condanna penale subita dai due ricorrenti è stata l’esito di un’interpretazione estensiva e imprevedibile della legge penale a loro discapito, precisando come essi non potevano prevedere che le loro condotte, lecite sotto il profilo del diritto contrattuale, avrebbero integrato il reato di frode commerciale, peraltro, gli stessi non potevano nemmeno attendersi che l’utilizzo dei proventi di tale attività per i fini della propria impresa avrebbe ulteriormente integrato il delitto di riciclaggio (a commento della decisione, v. S. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 gennaio 2018).

Come fondamentale *leading case* in materia deve essere richiamato il recente caso *Contrada*¹³⁸, con cui la Corte EDU ha emesso una pronuncia di condanna nei confronti proprio dell'Italia, accertando una violazione dell'art. 7 CEDU, sul presupposto che la fattispecie del concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso fosse chiara e prevedibile solo in una data successiva a quella di commissione delle condotte contestate al ricorrente, ciò che non avrebbe quindi consentito al predetto di prevedere anticipatamente la possibile sottoposizione ad un procedimento penale per quel particolare titolo di reato¹³⁹.

Il cuore della condanna non risiede, come da taluno prospettato, nell'aver la Corte EDU censurato l'origine giurisprudenziale della fattispecie del concorso esterno (affermazione, quest'ultima, oltre che contestabile nel merito¹⁴⁰, per vero del tutto irrilevante nella prospettiva europea¹⁴¹), quanto piuttosto nella circostanza che, all'epoca in cui il ricorrente aveva posto in essere le condotte accertate in sede giudiziaria, lo *“stato della giurisprudenza italiana sulla possibilità di applicare il combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p. [è stato ritenuto] incerto e contraddittorio”*¹⁴².

Per la Corte EDU, infatti e più in particolare, soltanto a partire dal 1994 – ovvero dal primo degli interventi chiarificatori delle Sezioni Unite, la sentenza *Demiry*¹⁴³ – sarebbero stati definiti in modo sufficientemente chiaro i contorni del delitto in parola e soltanto a far data da questa decisione, pertanto, nel contesto italiano, la fattispecie del concorso esterno, per come risultante dal testo legislativo e dall'interpretazione giurisprudenziale, avrebbe potuto validamente orientare le scelte di azioni dei consociati¹⁴⁴, così assolvendo al fondamentale compito di prevenzione generale che le norme penali sono chiamate ad

¹³⁸ Cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015. Tra i molti annotatori, v., per tutti, S. E. GIORDANO, *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte Edu: prima riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Archiviopenale.it*, 14 aprile 2015; S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 4 maggio 2014; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2016; e, più in generale, G. LEO, *Concorso esterno nei reati associativi – Voce per il libro dell'anno Treccani 2017*, Enc. Treccani, 2017.

¹³⁹ La fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso era *“il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta e consolidatasi nel 1994 con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 5/10/1994, ‘Demiry’”* e che all'epoca in cui erano stati commessi *“i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo”* - cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, §§ 67-75.

¹⁴⁰ In questa prospettiva, per L. DEL BONO, *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*, 2017, 7-8, p. 2, *“non può negarsi, infatti, in accordo con l'opinione assolutamente maggioritaria della giurisprudenza, il fondamento codicistico del concorso esterno, avendo il legislatore del 1930 sistematicamente previsto meccanismi di estensione della punibilità (artt. 40 comma 2, 56, 110 c.p.), il cui utilizzo in fase di sussunzione della fattispecie non si distingue dall'operazione di qualificazione da effettuarsi per una qualsiasi norma incriminatrice espressa”*.

¹⁴¹ Così, per tutti, per F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 2 ss.

¹⁴² La fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso era *“il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta e consolidatasi nel 1994 con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 5/10/1994, ‘Demiry’”* e che all'epoca in cui erano stati commessi *“i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo”* - cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, §§ 67-75.

¹⁴³ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., n. 16 del 1994, Ric. *Demiry*.

¹⁴⁴ Secondo la celebre formula proposta dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 230 del 2012, per cui il principio di legalità *“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”*.

attendere, in virtù dell'art. 7 CEDU (oltre che, ovviamente dell'art. 25, secondo comma, Cost.).

Intorno alla decisione, come era (sia consentito il gioco di parole) “*prevedibile*”, si è animato un vivace dibattito dottrinale¹⁴⁵, anche in ragione delle complesse ricadute domestiche della stessa: l'accertata violazione dell'art. 7 CEDU portava, infatti, con sé un interrogativo davvero ingombrante in ordine dell'obbligo di rimozione delle conseguenze pregiudizievoli, gravante, ai sensi dell'art. 46 CEDU, in capo alle istituzioni italiane.

In questa sede può soltanto accennarsi all'approdo finale della vicenda, tanto chiaro nel suo esito quanto controverso nel suo *iter* argomentativo¹⁴⁶: la Corte di Cassazione, nel luglio del 2016, giudicando dell'impugnazione avverso l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione aveva rigettato l'istanza di revoca della sentenza, a suo tempo, emessa a carico del Sig. Contrada, ha rilevato, come soluzione necessitata per adeguarsi alla sentenza europea, che la sentenza di condanna in questione è insuscettibile di ulteriore esecuzione e inidonea a produrre ulteriori effetti penali¹⁴⁷.

Chiusa questa breve digressione, è utile sottolineare, in una prospettiva di carattere generale, che il requisito della prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU non investe soltanto la rilevanza penale della condotta ma anche l'entità del trattamento sanzionatorio, e ciò in virtù del fatto che, anche il principio di legalità in materia penale, previsto dall'art. 7 CEDU, abbraccia sia la parte *precoativa* della norma, sia la parte relativa alle *conseguenze sanzionatorie* (la pena, come già si è detto, è addirittura inserita nella rubrica dell'art. 7 CEDU).

Su queste basi, la Corte europea è giunta, nel corso degli anni, ad accertare una violazione del principio del *nullum crimen, nulla poena* nell'ipotesi di applicazione analogica della sanzione penale¹⁴⁸, di eccessiva discrezionalità rispetto alla commisurazione della stessa¹⁴⁹,

¹⁴⁵ Per M. BIGNAMI, *Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo*, in *Questione Giustizia*, 15 ottobre 2015, “*ma a quale punto del dibattito si può ritenere raggiunto un grado di prevedibilità dell'esito giudiziario di certezza non inferiore alla soglia assicurata dalla legge scritta? Forse la Corte EDU, in base alle logiche che governano il suo giudizio, può accontentarsi di una pronuncia a Sezioni Unite. Ma quando si postula che la incriminazione dipende non dalla legge, ma dalla decisione giudiziaria con cui essa è applicata, e nel contempo si intende doverosamente osservare l'art. 101, secondo comma, Cost., si finisce in cortocircuito*”.

¹⁴⁶ Particolarmente critiche le valutazioni di L. DEL BONO, *Il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge di fronte all'ossimoro della cristallizzazione del diritto vivente. L'epilogo dell'affaire Contrada*, cit., p. 16-17, per la quale, preso atto delle problematiche in gioco, “*ben avrebbe potuto sollevare questioni di legittimità costituzionale della legge 4 agosto 1955, n. 848, per violazione dell'art. 101, secondo comma, Cost., nella parte in cui, recependo l'art. 46, sancisce l'impegno del giudice nazionale a conformarsi ad una sentenza della Corte EDU che imponga, in base all'art. 7 CEDU, non solo la rimozione degli effetti lesivi conseguenti ad un'accertata violazione, ma altresì l'ingresso nell'ordinamento di un principio di necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in materia penale*”.

¹⁴⁷ “*non resta che riconoscere che, a seguito della decisione emessa dalla Corte EDU il 14/04/2015, che ha dichiarato che la sentenza di condanna emessa nei confronti di Bruno Contrada dalla Corte di appello di Palermo il 25/02/2006, divenuta irrevocabile il 10/05/2007, violerebbe l'art. 7 CEDU, tale pronuncia non è suscettibile di ulteriore esecuzione e non è produttiva di ulteriori effetti penali*” - cfr. Cass. Pen., I Sez., n. 43112 del 2017, Ric. Contrada.

¹⁴⁸ Cfr. Corte EDU, G.C., *Baskaya e Ockuoglu c. Turchia*, 8 luglio 1999, § 34 ss.; e *E.K. c. Turchia*, 7 febbraio 2002, § 48 ss.; in cui la Corte ha ritenuto prevedibile la condanna per un reato a mezzo stampa ma non l'applicazione della sanzione detentiva (invece che pecuniaria) ai ricorrenti editori sulla base di un'interpretazione analogica di quella prevista per i direttori.

¹⁴⁹ Cfr. Corte EDU, *Camilleri c. Malta*, 22 gennaio 2013, § 33 ss., in cui è stata censurata la norma che consentiva all'accusa, scegliendo presso quale organo giurisdizionale esercitare l'azione penale per un particolare reato, di determinare anche la cornice edittale applicabile, in assenza di criteri legislativi volti ad orientare tale scelta.

nonché, di applicazione di una cornice edittale più severa di quella vigente al momento di commissione del fatto¹⁵⁰.

Particolarmente interessante, in questa logica, il caso *Kafkaris*¹⁵¹, del 2008, con cui la Corte europea ha ritenuto violato l'art. 7 CEDU perché lo Stato resistente aveva *ex post facto* rivisto in senso sfavorevole le norme sull'esecuzione della pena dell'ergastolo – legittimamente inflitta al ricorrente – limitando l'accesso al beneficio della liberazione condizionale. In quest'occasione, la Corte ha riaffermato chiaramente il principio per cui “*an individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed*”¹⁵². Ed è sottolineando che, nell'universo della legalità convenzionale, possono legittimamente gravitare sia le fattispecie di produzione legislativa, sia quelle di matrice giurisprudenziale che può apprezzarsi il recente caso *Del Rio Prada*¹⁵³, deciso dalla Grande Camera nel 2013, con cui la Corte EDU ha accertato una violazione dell'art. 7 come conseguenza di un mutamento giurisprudenziale del Tribunale Supremo Spagnolo, intervenuto nella materia dell'esecuzione penale, per effetto del quale, una condannata si era vista improvvisamente posticipare, a quadro normativo invariato, di ben nove anni il momento della liberazione anticipata.

Tali pronunce, di una certa innovatività anche nel panorama della giurisprudenza europea¹⁵⁴, ripropongono, in tutta la loro complessità, le questioni affrontate nel secondo capitolo di questo studio in ordine all'esatta definizione dei confini della *materia penale*: nel caso *Del Rio Prada*, infatti, gli istituti della liberazione anticipata e della prestazione di lavoro intramurario, tradizionalmente ritenuti estranei al perimetro della legalità penale sostanziale, vengono ricondotti dalla Corte europea nell'alveo del principio di cui all'art. 7 CEDU, in ragione della loro significativa incidenza sulla concreta durata della pena, e come tali assoggettati alle garanzie della prevedibilità dell'esito giudiziario.

Questo, in estrema sintesi, il quadro offerto dalla giurisprudenza della Corte EDU, le cui ricadute interne, proprio sul versante della determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., si sono fatte di recente apprezzare, pur se con alcune importanti criticità¹⁵⁵, nell'ambito della vicenda *De Tommaso*¹⁵⁶.

Come già si è detto, nel febbraio del 2017, la Grande Camera della Corte europea ha accertato l'illegittimità convenzionale delle *misure* di prevenzione *personali* fondate sulle fattispecie di 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*): riconoscendo, in particolare, che la normativa italiana non rispetta gli *standard* di *prevedibilità* e *accessibilità* imposti

¹⁵⁰ Cfr. Corte EDU, G.C., *Maktouf e Damjanovic c. Bosnia ed Erzegovina*, 18 luglio 2013, § 65 ss., in cui la pena applicata in concreto rimaneva comunque al di sotto del limite massimo stabilito dalla forbice di pena previgente.

¹⁵¹ Cfr. Corte EDU, G.C., *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2018.

¹⁵² Cfr. Corte EDU, G.C., *Kafkaris c. Cipro*, 12 febbraio 2018, § 140.

¹⁵³ Cfr. Corte EDU, G.C., *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013.

¹⁵⁴ In particolare, F. MAZZACUVA, *Nulla poena sine lege*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, (a cura di) G. Ubertis e F. Viganò, cit., p. 242, sottolinea la presenza di diversi precedenti contrari: così, per esempio, Corte EDU, *Grava c. Italia*, 10 luglio 2003, § 51; e *Uttley c. Regno Unito*, 29 novembre 2005.

¹⁵⁵ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.4.

¹⁵⁶ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

dal principio di *legalità* di cui all'art. 2 Prot. n. 4 della CEDU¹⁵⁷, 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”*¹⁵⁸.

Mette conto ricordare che 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 prevenzione¹⁵⁹ –, *“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”*¹⁶⁰. Affermando, con riguardo ai contenuti prescrittivi, che l'interpretazione data dalla Corte costituzionale¹⁶¹ non ha risolto il problema dell'imprevedibilità delle *misure* di prevenzione, posto che, ai sensi dell'art. 5, I comma, della legge del 1956, il giudice poteva applicare *“qualsiasi misura ritenesse necessaria – senza specificarne il contenuto – in considerazione delle esigenze di tutelare la società”*¹⁶²; precisando ulteriormente, in merito alle prescrizioni del *“vivere onestamente”*, del *“rispettare le leggi”* e del *“non dare ragione alcuna ai sospetti”*, come *“la legge non sia*

¹⁵⁷ 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”*.

¹⁵⁸ 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, GC, *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 124.

¹⁵⁹ Un'importante opera di adeguamento della disciplina delle *misure* di prevenzione è stata recentemente favorita da diverse sentenze della Corte di Cassazione. Su cui F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *penalecontemporaneo.it*, 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”*.

¹⁶⁰ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 117.

¹⁶¹ 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, II comma, Cost., nell'ambito di un procedimento penale che vedeva come imputato un soggetto ritenuto responsabile del delitto di cui all'art. 9, II comma, 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 settembre 2017.

¹⁶² Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 121.

*formulata in modo sufficientemente dettagliato e non definisca con sufficiente chiarezza il contenuto delle misure di prevenzione che potrebbero essere applicate a una persona*¹⁶³.

Ebbene, le risposte della giurisprudenza interna al *dictum* europeo sono state già molto significative, da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo¹⁶⁴: in una prima fase, come si è visto, i giudici di merito e la Corte di Cassazione si sono confrontati su un profilo preliminare, proponendo letture diverse intorno alla qualificazione, in termini più o meno consolidati, del principio di diritto espresso dalla Corte europea con la sentenza *De Tommaso* (adempimento, quest'ultimo, alla luce di quanto precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015, obbligatoriamente richiesto all'interprete che voglia valorizzare il parametro convenzionale); in una seconda fase, invece, risolto positivamente il dubbio relativo al carattere consolidato – e, quindi, vincolante – delle affermazioni contenute nella sentenza della Corte EDU, i giudici comuni hanno deciso di sollevare una serie piuttosto articolata di questioni di legittimità costituzionale, rimettendo la parola alla Consulta, che, nei prossimi mesi, dovrà quindi determinare il proprio orientamento in materia.

In proposito, lo si è detto, sembra ragionevole ipotizzare, con il conforto della migliore dottrina¹⁶⁵, che – avendo la Corte EDU ritenuto la disciplina italiana inadeguata a legittimare mere restrizioni alla libertà di circolazione, al metro dell'art. 2 Prot. n. 4 della CEDU – “*ben difficilmente quella stessa disciplina potrà essere sufficiente a legittimare una misura – come la confisca di prevenzione – che comporta l'ablazione definitiva di un altro importante diritto convenzionale, come per*

¹⁶³ Cfr. Corte EDU, G.C., *De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017, § 122.

¹⁶⁴ Si può ricordare, per esempio, che alcuni mesi dopo la sentenza della Corte EDU, la Corte d'appello di Napoli, nel marzo 2017, ha deciso di sollevare una doppia questione di legittimità costituzionale in relazione alle previsioni che disciplinano le *misure* di prevenzione (*personali* e *patrimoniali*) fondate su fattispecie di pericolosità generica – nella versione precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 (in quanto applicabili *ratione temporis* al caso sottoposto al suo esame) –, sospettandone il contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4, per le *misure* di prevenzione *personali*, e all'art. 1 Prot. Add. CEDU, per la *misura* di prevenzione *patrimoniale* della confisca; a commento dell'ordinanza si v. F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo 2017, per cui “*degnò di nota è, anzitutto, che la questione sia stata formulata con riferimento tanto alla disciplina della sorveglianza speciale, quanto a quella della confisca di prevenzione*” e per il quale, in una prospettiva più generale, alla Corte costituzionale (di cui, peraltro, lo stesso A. oggi è componente e relatore della questione in parola) è oggi offerta “*una magnifica occasione per riprendere il filo garantistico di un discorso iniziato con la sentenza Malagugini n. 177 del 1980, citata con ammirazione dalla stessa Corte di Strasburgo; un discorso che lasciava sperare in una marcia trionfale del nostro ordinamento verso la progressiva affermazione del principio di legalità nella definizione dei presupposti delle misure di prevenzione – e cioè delle “fattispecie di pericolosità” (mafiosa, terroristica, ‘sportiva’, etc.), che definiscono gli autentici requisiti oggettivi di applicazione delle misure, e che oggi vengono spesso indicati, nel mistificante linguaggio dottrinale e giurisprudenziale entrato nell'uso, come meri presupposti “soggettivi” delle misure di prevenzione*”.

¹⁶⁵ Si v., ancora, F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., per cui “*come è agevole intuire, il giudizio di inadeguatezza convenzionale di una tale base normativa formulato dalla Corte EDU non sembra poter essere ragionevolmente confinato alla materia della libertà di circolazione: anche la proprietà è, infatti, un diritto dotato di riconoscimento convenzionale, al metro dell'art. 1 prot. add. Cedu; e anche tale diritto può essere legittimamente compreso solo in forza di una legge che soddisfi gli standard di prevedibilità che la giurisprudenza di Strasburgo fissa in linea generale per qualsiasi legge che preveda limitazioni ai diritti convenzionali. Se dunque la disciplina italiana in materia di pericolosità generica è stata ritenuta inadeguata a legittimare mere restrizioni alla libertà di circolazione, ben difficilmente quella stessa disciplina potrà essere ritenuta sufficiente a legittimare una misura – come la confisca di prevenzione – che comporta l'ablazione definitiva di un altro importante diritto convenzionale, come per l'appunto il diritto di proprietà*”.

*l'appunto il diritto di proprietà*¹⁶⁶. Allo stesso modo, sembra oltremodo aperta anche la questione di legittimità sollevata dalla Corte di cassazione, nel caso *Sorresso*¹⁶⁷, sull'art 75, II comma, d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce le condotte di chi, raggiunto dalla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, violi le prescrizioni del “vivere onestamente” e del “rispettare le leggi”, oggetto di censura in sede europea.

In conclusione, allora, proprio la vicenda *De Tommaso* – peraltro, curiosamente originata da una decisione che ha escluso la riconducibilità nell'orbita della *matière pénale*, di cui all'art. 7 CEDU, della misura di prevenzione all'epoca inflitta al ricorrente – potrebbe favorire, nel nostro sistema penale, nuovi percorsi di valorizzazione delle istanze di garanzia individuale sottese al principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. E tutto ciò, a ben vedere, sulla base di quanto già precisato, in assoluta continuità con una giurisprudenza costituzionale che, negli ultimi anni, ha mosso fondamentali passi in questa stessa direzione, riconoscendo, non soltanto la dimensione istituzionale-ordinamentale del principio di determinatezza, bensì anche la sua connotazione in chiave individuale, come irrinunciabile strumento di garanzia delle libere e consapevoli scelte di azione¹⁶⁸.

Rimane, ovviamente, ed è importante segnalarlo, uno scarto di fondo, che si rende evidente, in particolare, quante volte si ragiona intorno al principio di prevedibilità della decisione giudiziale (cui la Corte EDU, come visto, ricorre di frequente per ricostruire il contenuto di garanzia del principio in parola): nell'ottica convenzionale, infatti, per le ragioni di cui già si è dato ampiamente conto, al giudice è riconosciuto un ruolo fondamentale, equiparabile a quello della fonte legislativa, nella precisazione del confine di illiceità penale della condotta incriminata. Un ruolo che, come rilevato dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 230 del 2012, è irrimediabilmente incompatibile con l'idea, di cui si fa portavoce la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., che, pur esistendo spazi di discrezionalità interpretativa in sede applicativa, “*il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – [sia rimesso] all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (...), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione*”¹⁶⁹.

4. Il principio di irretroattività *in malam partem*

Nel seguire lo schema tracciato in apertura di capitolo, dopo aver diffusamente ragionato intorno al principio di determinatezza, è giunto il momento di soffermarsi sulle

¹⁶⁶ Così letteralmente F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

¹⁶⁷ 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 *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2017.

¹⁶⁸ Cfr., in particolare, Corte cost., ord. n. 24 del 2017 e n. 115 del 2018.

¹⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 7.

regole che governano l'applicazione nel tempo delle fattispecie penali, prendendo in esame, le più interessanti questioni che attengono, in particolare, al principio di irretroattività *in malam partem* e al simmetrico principio di retroattività favorevole.

Quest'approfondimento consentirà di ragionare, da un angolo prospettico differente, su alcune delle questioni già esaminate nel corso dello studio, fornendo così ulteriori spunti di riflessione in ordine alla complessiva tenuta del principio di legalità penale scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost.

Già si è anticipato che, nelle materie diverse da quella penale¹⁷⁰, 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 esso attenersi, in virtù del fatto 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*”¹⁷¹. Si tratta, del resto, secondo quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale, di un principio di “*civiltà giuridica*”¹⁷², 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 luogo¹⁷³.

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, secondo comma, Cost. ha, per l'appunto, costituzionalizzato il divieto di retroazione sfavorevole.

A tal riguardo, peraltro, è utile ricordare che 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 unanime. Rinviando a quanto già riferito nel capitolo introduttivo, 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*”¹⁷⁴; e quelle dell'On. Bellavista per cui è “*bene riaffermare nella nostra Costituzione questo sacro preambolo del nostro*

¹⁷⁰ Cfr. *supra* Cap. I, § 5.1.

¹⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 118 del 1957.

¹⁷² Cfr. Corte cost., sent. n. 13 del 1977.

¹⁷³ Sul tema, v., per tutti, M. D'AMICO, G. ARCONZO, S. LEONE, *Lezioni di diritto costituzionale*, FrancoAngeli, 2018, p. 96, i quali precisamente osservando che “*la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, particolarmente severa nel valutare le leggi con effetto retroattivo, ha indotto anche la Corte costituzionale ad un maggior rigore nell'esame di tali leggi (cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 2013). Da ultimo, la nostra Corte ha infatti affermato che le leggi retroattive devono fondarsi su 'motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU' (cfr. Corte Cost., sent. n. 146 del 2015)*”.

¹⁷⁴ 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*”.

*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*¹⁷⁵.

Ribadita questa premessa, occorre preliminarmente precisare che 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 nuova¹⁷⁶ (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 applicativo¹⁷⁷.

Il principio di irretroattività vieta, altresì, al legislatore di attribuire efficacia retroattiva ad una legge che comporti un peggioramento del complessivo trattamento sanzionatorio in relazione ad un fatto già previsto come reato¹⁷⁸: 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 qualunque modo, modificando la disciplina di istituti che incidono sulla pena (come le circostanze del reato, la sospensione condizionale della pena, etc.¹⁷⁹), rendano più severa la risposta sanzionatoria approntata dall'ordinamento¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Così, appunto, l'On. G. Bellavista nella seduta del 27 marzo 1947.

¹⁷⁶ In questo senso, può citarsi il caso della fattispecie di *Interferenze illecite nella vita privata*, di cui all'art. 615-bis c.p., con cui il legislatore ha incriminato *ex novo* la condotta di chi "mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata", che si svolge nell'abitazione, in altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi.

¹⁷⁷ La casistica qui è 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".

¹⁷⁸ Nella fondamentale sentenza n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4.*, la Corte ha precisato che "è dunque incontroverso 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".

¹⁷⁹ Discorso a parte meritano le *misure alternative alla detenzione*, rispetto alle quali va segnalato che un consolidamento orientamento della Corte di Cassazione (che ha conosciuto anche un avvallo delle Sezioni Unite – cfr. Cass. Pen., SS.UU., n. 24561 del 2006, Imp. *Aloi*) ne esclude la riconducibilità all'art. 25, secondo comma, Cost., sulla base della ricostruita natura processuale della disciplina di quelle misure; sul tema, tra i molti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 105.

¹⁸⁰ Nella recentissima 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., sent. n. 223 del 2018, *Considerato in diritto n. 6.1.*

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.

4.1. *L'irretroattività in malam partem come garanzia della libera determinazione individuale: l'orientamento granitico della Corte costituzionale*

Il punto di approdo della giurisprudenza costituzionale che ha 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 irretroattività¹⁸¹, 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 revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost.

Per giungere a questo fondamentale risultato interpretativo, la giurisprudenza della Corte ha segnato alcune tappe importanti nel corso degli anni, sulle quali è opportuno soffermarsi brevemente per comprendere la reale portata del principio e per apprezzare più puntualmente la *ratio* sostanziale ad esso sottesa.

Anzitutto, nella sentenza n. 148 del 1983 – che ha dato l'abbrivio alla giurisprudenza sulle cd. *norme penali di favore*¹⁸² – la Corte aveva riconosciuto che "*è un fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost. (e già puntualizzato – per ciò che attualmente interessa – dal primo comma dell'art. 2 cod. pen.), ad esigere certezza e irretroattività dei reati e delle pene*"¹⁸³, 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, V comma, 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*" – la Corte aveva riconosciuto come il principio di irretroattività *in malam partem*, che viene ospitato in numerosi documenti di diritto internazionali (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 CEDU¹⁸⁴), si ponga come "*superiore principio di civiltà (della stessa civiltà nella quale la nostra Costituzione s'inserisce)*"¹⁸⁵. Nella stessa sentenza, la Corte aveva poi messo a fuoco il contenuto del principio, precisando, con una formulazione forse un po' arcaica, che esso si

¹⁸¹ Richiamando l'espressione utilizzata dall'On. G. Bellavista nella seduta del 26 marzo 1947.

¹⁸² Cfr. Cap. III, Sez. I, § 3.2.1.

¹⁸³ Cfr. Corte Cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 3*.

¹⁸⁴ Sarebbe peraltro interessante indugiare sulla scarsa attenzione che la Corte mostra, in questa pronuncia, proprio rispetto al parametro convenzionale, contemplato addirittura dopo la *Declaration* del 1989.

¹⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 51 del 1985, *Considerato in diritto n. 5*.

identifica e si collega con quello della tendenziale libertà della persona della 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’inaspimento della legislazione penale considerate nei loro effetti generali”*¹⁸⁶.

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 *“praevia lex scripta”*, individuando nei principi di tassatività e irretroattività delle norme penali incriminatrici lo strumento per garantire i cittadini e *“la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione”*¹⁸⁷.

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 grave¹⁸⁸.

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*. 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.

¹⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 51 del 1985, *Considerato in diritto n. 5*, 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”*.

¹⁸⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, *Considerato in diritto n. 16*.

¹⁸⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 161 del 2004, *Considerato in diritto n. 2*.

Insomma, per fugare qualsivoglia incertezza interpretativa, un principio che si connota come “*valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali*”¹⁸⁹ 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.

L’anno seguente, con la sentenza n. 322 del 2007, scrutinando l’art. 609-*sexies* che sancisce l’irrilevanza 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*”¹⁹⁰.

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*”¹⁹¹.

La ricognizione della giurisprudenza costituzionale sul principio di irretroattività sfavorevole ci riporta così alle recenti 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 categoria di principi costituzionali che qualificano l’identità del nostro ordinamento.

Sia consentita, da ultimo, una rapida annotazione finale su questo aspetto: in disparte le pur rilevanti peculiarità del caso¹⁹², 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 di una questione avente ad oggetto l’istituto della prescrizione¹⁹³, ovvero sia un istituto che, pur essendo pacificamente ricondotto nel circuito della legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.¹⁹⁴, ne occupa, per così dire,

¹⁸⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.4.

¹⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 322 del 2007, *Considerato in diritto* n. 2.3, 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”.

¹⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 7.

¹⁹² Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.

¹⁹³ Anzi, più precisamente, un aspetto del regime prescizionale, 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 controllimiti*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2016.

¹⁹⁴ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 143 del 2014, n. 236 del 2011, n. 294 del 2010 e n. 393 del 2006, ord. n. 34 del 2009, n. 317 del 2000 e n. 288 del 1999.

uno spazio di confine, in prossimità della frontiera con il diritto processuale penale¹⁹⁵ e che, per altro verso, è da tempo bersaglio di molteplici critiche e censure (a livello sia nazionale che europeo¹⁹⁶). Piuttosto, come suggerito da alcuni autori¹⁹⁷, 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 costituzionalità¹⁹⁸.

4.2. *Il problema della individuazione dell'ambito di operatività del principio di irretroattività in malam partem: ancora, sui confini mobili della materia penale*

Il controverso problema della definizione dei confini della *materia penale*, come si è tentato di dimostrare nel secondo capitolo dello studio¹⁹⁹, riguarda indistintamente tutte le garanzie riconducibili, in via più o meno diretta, al principio di legalità penale²⁰⁰: in questo stesso senso, peraltro, si è cercato di sostenere, sulla scorta della più recente giurisprudenza costituzionale²⁰¹, che, nel nostro ordinamento, esiste un'unica *materia penale*, in cui sono destinate a trovare applicazione tutte le garanzie ricavabili, più o meno direttamente, dall'art. 25, secondo comma, Cost. e che, in omaggio alla logica della "coesistenza" dei sistemi di garanzia previsti dalla Costituzione e dalla CEDU, l'eventuale (ri)qualificazione convenzionale di una sanzione considerata come *extra-penale* a livello nazionale, in forza dei

¹⁹⁵ Per tutti, v. D. PULITANO, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2015; e, più di recente, T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la 'crisi' del diritto penale tra le Corti*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2017; e F. BASILE, *La prescrizione che verrà*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2017.

¹⁹⁶ Si fa riferimento, in particolare, al caso *Cestaro c. Italia* (Corte EDU, IV sez., sent. 7 aprile 2015, ric. N. 6884/11). 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2015; v. anche F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz-Pertini"*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 aprile 2015

¹⁹⁷ 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"

¹⁹⁸ In senso opposto, invece, c'è chi, in modo senz'altro più 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2016.

¹⁹⁹ Cfr. *supra* Cap. II, §§ 6, 6.1 e 7.

²⁰⁰ Per correttezza, deve dirsi che nella dottrina penalistica c'è chi ha invece ragionato nel senso di ritenere che, a ciascuna garanzia riconducibile al principio di legalità (la determinatezza, l'irretroattività e, indirettamente, la colpevolezza), corrisponda una diversa "materia penale". Così, in particolare, per L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.

²⁰¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 43, 68 e 109 del 2017.

criteri *Engel*, non comporta, ad ogni effetto, l'equiparazione tra questa e le misure espressamente considerate come penali dal legislatore nazionale. Può essere di una certa utilità, in proposito, ricordare quanto affermato dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 43 del 2017: *“l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo”*²⁰².

In questo contesto, è proprio con riferimento al divieto di irretroattività *in malam partem* che il confronto tra il paradigma nazionale ed europeo ha proposto, nel corso degli ultimi anni, gli spunti di maggior interesse: con specifico riferimento ad esso, infatti, sia in dottrina²⁰³ che in giurisprudenza²⁰⁴, si è spesso ragionato per sottolineare il rischio che il legislatore realizzi fenomeni di cd. *“truffa delle etichette”*²⁰⁵, riqualificano in modo surrettizio comportamenti prima ritenuti penalmente rilevanti (e, successivamente, non più meritevoli del presidio penale), per limitare l'operatività delle garanzie temporali apprestate dal principio di legalità penale.

La stessa giurisprudenza della Corte EDU sui criteri *Engel* ha trovato terreno fertile, come si è detto, in risposta alle politiche di depenalizzazione messe in campo dagli Stati del Consiglio d'Europa (tra cui l'Italia²⁰⁶) a partire dai primi anni ottanta: nella sentenza n. 49 del 2015²⁰⁷, la Corte costituzionale 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”*²⁰⁸.

²⁰² Rimanendo, invece, nel margine di apprezzamento *“di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da esse approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali”* – cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.4.

²⁰³ Già nei lavori di P. NUVOLONE, *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), p. 787 ss; più di recente, sullo stesso tema, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’*, cit.

²⁰⁴ Come si è detto ampiamente nel corso dello scritto, la Corte costituzionale è stata recentemente chiamata, su impulso del Tribunale di Como, a valutare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016 recante, per l'appunto, *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*. Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017; si segnala, inoltre, la sent. n. 127 del 2017 con cui la Corte costituzionale è stata chiamata a scrutinare le censure di incostituzionalità formulate dal Tribunale ordinario di Bari (ancora una volta) su alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016.

²⁰⁵ Cfr. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, cit., 1899 ss.

²⁰⁶ In questa prospettiva, si segnala che, ben prima della nota l. 24 novembre del 1981, n. 689 (*Legge di depenalizzazione*), il legislatore ha effettuato significativi interventi di depenalizzazione: così con la l. 3 maggio 1967, n. 317 (*Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali*), l. 9 ottobre 1967, n. 950 (*Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale*) e l. 24 dicembre 1975, n. 706 (*Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda*). Sul tema si v., tra i molti, G. CONTI, *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, Milano 1982, p. 4 ss.

²⁰⁷ Cfr. *supra* Cap. II, § 4.

²⁰⁸ Così precisamente Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* n. 6.

Ora, senza qui ripetere quanto già detto in merito all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla definizione dell'ambito di operatività del principio di legalità penale, può essere comunque interessante confrontarsi con quella complessa questione di legittimità decisa dalla Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 223 del 2018, di cui già si è detto nel secondo capitolo dello studio²⁰⁹, per ragionare, a questo punto più specificatamente, del tema della tenuta del divieto di retroattività sfavorevole a fronte di un intervento di depenalizzazione messo in atto dal legislatore.

Per delineare i termini della questione, è importante ricordare che con la citata sentenza n. 68 del 2017 la Corte si era già pronunciata sulla medesima norma oggetto di questa seconda questione, ovverosia, l'art. 9, VI comma, l. n. 62 del 2005, nella parte in cui prevede che la confisca per equivalente, disciplinata dall'art. 187-*sexies* del T.U.F., si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla sua entrata in vigore.

In questa prima occasione, pur aderendo alla premessa argomentativa del rimettente – sulla natura penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, della confisca per equivalente²¹⁰ – aveva dichiarato inammissibile la questione, rilevando come il giudice *a quo* avesse erroneamente ritenuto che fosse in ogni caso costituzionalmente vietato applicare retroattivamente la confisca per equivalente: la Corte aveva, nella sostanza, contestato al rimettente di non aver tenuto in considerazione il fatto che, qualora fosse stato in concreto più favorevole il trattamento sanzionatorio generato attraverso la depenalizzazione (nonostante la previsione della confisca per equivalente in parola), non vi sarebbero stati ostacoli di natura costituzionale a che esso fosse retroattivamente disposto²¹¹, rappresentando quest'ultima, semmai, una diretta conseguenza della regola che governa la successione delle leggi penali nel tempo, di cui all'art. 2, IV comma, c.p.

Ebbene, con l'intento – esplicitato nel testo dell'ordinanza – di “*eliminare i vizi e le lacune riscontrati dalla Corte costituzionale*”²¹², la Corte di Cassazione ci ha quindi riprovato, sollevando un'analogia questione sull'art. 9, VI comma, della l. n. 62 del 2005, questa volta irrobustendo la trama dei propri argomenti, riproponendo come parametri gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, in relazione all'art. 7 CEDU²¹³.

In modo senz'altro convincente, il giudice *a quo* ha ribadito l'assunto per cui la confisca per equivalente ha natura, non di misura di sicurezza con finalità preventive, ma di misura

²⁰⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 6.1.

²¹⁰ Diffusamente, sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in merito alle diverse ipotesi di confisca, v. V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018.

²¹¹ Così, infatti, osserva F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative punitive*, in *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017, p. 4, “*il mancato scioglimento di questo preliminare nodo interpretativo rende dunque le questioni inammissibili: spetterà al giudice a quo accertare e adeguatamente motivare se effettivamente l'applicazione dell'art. 9, VI comma, l. 62 del 2005 comporti un obbligo di applicare retroattivamente un trattamento sanzionatorio deteriore per l'agente, in violazione degli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU; ovvero se – all'opposto – tale trattamento sanzionatorio risulti in concreto più favorevole, e dunque la sua applicazione risulti pienamente compatibile con la ratio del principio di legalità della pena sul fronte tanto costituzionale quanto convenzionale*”.

²¹² Cfr. Corte di Cass. Pen., ord. n. 188 del 2017, pubblicata sulla G.U. del 10/01/2018 n. 2, p. 2.

²¹³ A commento dell'ordinanza, v. A. CHIBELLI, *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018.

con connotati sostanzialmente sanzionatori-afflittivi, come tale pertanto da considerarsi assistita dalla garanzia dell'irretroattività *in malam partem*.

Si legge precisamente nell'ordinanza di rimessione che *“il dubbio di legittimità costituzionale risiede nella previsione di applicabilità – assoluta, incondizionata e inderogabile – della confisca per equivalente, quand'anche il complessivo risultato sanzionatorio risultante dalla riforma sia in concreto meno favorevole per il trasgressore rispetto a quello che sarebbe applicabile in base alla legge vigente all'epoca della commissione del fatto”*²¹⁴. A parere del Collegio rimettente, infatti, una volta esclusa l'applicazione della confisca – giustamente ritenuta alla stregua di una *“sanzione non prevista e non prevedibile al momento della consumazione dell'illecito”* – ai fatti antecedenti la sua introduzione, il trattamento sanzionatorio riacquisterebbe quella valenza complessiva di maggior favore, di regola correlata alle sanzioni amministrative rispetto a quelle corrispondenti penali.

Per il giudice *a quo*, la norma denunciata si sarebbe quindi posta in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., dal momento che il legislatore ha imposto l'applicazione in via retroattiva della confisca per equivalente sol perché riferita ad un illecito qualificato come amministrativo nell'ordinamento interno: il *vulnus* risiederebbe, più nello specifico, nella mancata scelta del legislatore di disporre l'applicazione della confisca (unitamente alla sanzione amministrativa, risultante dalla depenalizzazione) soltanto ove ciò completi un trattamento sanzionatorio nel complesso più mite della pena prevista per l'originario reato. Correlativamente²¹⁵, si sarebbe profilato anche una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, perché la norma censurata prescrive l'applicazione della confisca per equivalente – *“pena”* secondo la CEDU, e quindi ricompresa nel nucleo delle garanzie che la Convenzione riconosce all'individuo in materia penale – anche qualora il complessivo trattamento sanzionatorio per l'illecito amministrativo sia meno favorevole in concreto del precedente trattamento sanzionatorio applicabile al reato.

La risposta della Corte costituzionale, contenuta nella sentenza n. 223 del 2018, come già si è detto, è ricca di molteplici spunti e la sua lettura consente di riflettere ancora una volta sul perimetro applicativo del principio di legalità in materia penale, sul versante dell'irretroattività *in malam partem*, nel più ampio contesto dell'incidenza della giurisprudenza convenzione sul sistema penale interno, in un interessante (e, per la verità, assai complesso²¹⁶) caso di depenalizzazione²¹⁷.

²¹⁴ Cfr. Corte di Cass. Pen., ord. n. 188 del 2017, pubblicata sulla G.U. del 10/01/2018 n. 2, p. 9.

²¹⁵ Meno interessante, ai nostri fini, la censura prospettata ai sensi dell'art. 3 Cost., che si profila, per la Cassazione, *“in riferimento al principio di ragionevolezza, per eccesso di contenuto sanzionatorio rispetto allo scopo della retroattività della nuova disciplina sanzionatoria, che era di evitare che rimanessero impuniti, nella fase transitoria della depenalizzazione, condotte comunque illecite, laddove l'aggiunta della retroattività della confisca per equivalente costituisce un aggravamento sproporzionato non destinato a trovare la propria giustificazione nel riempimento del vuoto punitivo”* – cfr. Corte di Cass. Pen., ord. n. 188 del 2017, pubblicata sulla G.U. del 10/01/2018 n. 2, p. 12.

²¹⁶ Come sottolinea A. CHIBELLI, *La Cassazione 'torna alla carica': di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

²¹⁷ È interessante notare, peraltro, la circostanza che il giudice relatore della questione sia stato proprio quell'insigne professore che, per primo, aveva commentato in termini negativi – come *“deludente”* (cfr. F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2017) – la pronuncia n. 68 del 2017.

Alla luce delle riflessioni condotte nella parte conclusiva del secondo capitolo di questo studio²¹⁸, sembra possibile valutare criticamente la scelta della Corte costituzionale (per vero del tutto coerente con l'impostazione data dal giudice *a quo*) di accogliere la questione con riferimento sia all'art. 25, secondo comma, Cost., che all'art. 7 CEDU (chiamato in causa per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.): da una parte, infatti, nella sentenza, si è dato conto di quell'orientamento che, a partire dalla sentenza n. 196 del 2010 ha ritenuto che l'art. 25, secondo comma, Cost., “*data l'ampiezza della sua formulazione, [possa] 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), [sia] applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato*”²¹⁹ – dall'altra, però, la Corte costituzionale non ha preso in considerazione, neppure indirettamente (e in ipotesi per esplicitare le ragioni della diversa lettura proposta con la sentenza *de qua*) quei fondamentali precedenti del 2017 (le sentenze n. 43 e n. 109, in particolare,) con cui è stato affrontato in modo ampio e puntuale il tema della riferibilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle sanzioni etichettate come non penali dal legislatore interno. Orientamento, quest'ultimo, che in modo inequivoco aveva affermato il principio per cui “*le sanzioni che il legislatore costruisce come amministrative restano tali nel nostro ordinamento, ma son ulteriormente assistiti dalle garanzie previste dall'art. 7 della CEDU ove abbiano carattere sostanzialmente penale alla luce della Convenzione*”²²⁰.

Invero, senza mettere in discussione le ricadute, sul piano delle garanzie convenzionali, della premessa per cui la confisca per equivalente di cui era questione nel giudizio principale costituisce senz'altro una misura solo formalmente amministrativa, ma nella sostanza penale, la Corte costituzionale avrebbe comunque potuto confermare l'indirizzo interpretativo sopra citato per cui l'art. 25, secondo comma, Cost. viene in rilievo, unicamente, nel contesto della *materia penale* nazionale, per come individuata sulla base delle scelte classificatorie operate dal legislatore. A ben vedere, infatti, per ciò che concerne la portata del divieto di retroazione sfavorevole, la giurisprudenza della Corte costituzionale può dirsi sostanzialmente equivalente a quella europea: entrambe, infatti, ne attestano chiaramente la natura inderogabile ed assoluta, non bilanciabile con altri interessi. Sicché, ben avrebbe potuto il Giudice delle leggi, senza temere di non accordare la necessaria tutela alle garanzie individuali in gioco, accogliere la questione in riferimento al solo art. 7 CEDU, facendo valere l'argomento per cui la confisca per equivalente – che il legislatore ha qualificato come amministrativa – è una misura *convenzionalmente* penale, che deve essere assistita dalla garanzia dell'irretroattività prevista dall'art. 7 CEDU. In questo modo, avrebbe forse più correttamente seguito il modello tracciato dalla stessa Corte costituzionale nelle citate decisioni del 2017, tenendo distinti, senza che da ciò in qualche modo potesse derivarne un pregiudizio per i soggetti coinvolti, i due parametri, l'art. 25, secondo comma, Cost., da una parte, e l'art. 7 CEDU, dall'altra.

Questo che sembra un “*passo indietro*” della Corte costituzionale rispetto al proprio precedente orientamento dovrà comunque essere messo alla prova delle future questioni che

²¹⁸ Cfr. *supra* Cap. II, § 6.1.

²¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, *Considerato in diritto* n. 3.1.4.

²²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, n. 68 e n. 109 del 2017.

investiranno il cd. *dilemma della materia penale*²²¹; per il momento, può dirsi che esso conferma, una volta di più, quanto sia fertile, proprio nella materia penale, il terreno dei rapporti tra le Corti nazionali e sovranazionali e, di riflesso, quanto sia importante monitorarne gli sviluppi.

5. La differente copertura costituzionale del principio di retroattività *in bonam partem*

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 1990²²², il portato di un'incertezza dei Costituenti non già sulla necessità di "costituzionalizzare" il medesimo principio, bensì sull'ampiezza delle corrispondenti deroghe²²³.

²²¹ Ragionando in chiave prospettica, sembra poter avere un qualche rilievo la circostanza che la Corte abbia accolto la questione non solo con riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., bensì anche rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. (letto in combinato disposto con l'art. 7 CEDU), con ciò valorizzando la dimensione "convenzionale" del tema affrontato: si potrebbe cioè sostenere, con la cautela propria di ogni ragionamento ipotetico, da un lato, che se la Corte avesse accolto la questione solo con riguardo al parametro nazionale avrebbe senz'altro proposto una lettura incompatibile con le sentenze del 2017 più volte citate nel testo e, dall'altro, che la presenza dell'art. 117, primo comma, Cost. sembra poter in qualche modo lasciare aperta la strada ad un orientamento capace comunque di tenere insieme i precedenti del 2017 e, appunto, questa decisione del 2018.

²²² Cfr. Corte cost., sent. n. 277 del 1990, *Considerato in diritto n. 3: 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, precostituito 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 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*

²²³ 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";

Ed è utile, al fine di introdurre l'esame della conferente giurisprudenza costituzionale, precisare che, con la pronuncia citata, pur non prendendo una posizione netta in merito alla questione, la Corte è sembrata comunque ammettere che il principio in parola, pur se costituzionalmente rilevante, possa essere soggetto a deroghe da parte del legislatore ordinario.

Su questa stessa strada, peraltro, si era da tempo mossa la più attenta dottrina penalistica²²⁴ 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 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 vigore²²⁵.

Volgendo lo sguardo verso la giurisprudenza costituzionale, occorre segnalare che la puntuale definizione dello statuto del principio di retroattività della *lex mitior* è stata proposta dalla Corte, in occasione della già citate sentenze n. 393 e 394 del 2006, con le quali, peraltro, 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 reo²²⁶.

Nel caso deciso con la sentenza n. 393 del 2006²²⁷, 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'Unione²²⁸ – impone di ritenere che il valore da esso tutelato possa essere sacrificato da una legge ordinaria soltanto in favore di interessi di

sul tema, v., per tutti, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, Napoli, 2006, p. 89 ss.

²²⁴ V. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 97 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, p. 102 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., 2008, Milano, p. 38 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 170 ss.

²²⁵ 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*, 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), Ist. Enc. It., 2014.

²²⁶ 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’*”.

²²⁷ 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.

²²⁸ Questo profilo, come si dirà a breve, è stato in particolare valorizzata dalla Corte costituzionale, in occasione della sentenza n. 236 del 2011.

analogo rilievo²²⁹: 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 sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole”²³⁰.

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.²³¹.

Insomma, l’opzione compiuta dal legislatore – con riguardo ai processi di prima grado già in corso – di subordinare l’efficacia, *ratione temporis*, della nuova disciplina sui termini di prescrizione dei reati (quando più favorevole al reo) all’apertura formale del dibattimento non si conformava al canone della necessaria ragionevolezza, come tale 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 detto²³², 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 questo viene in rilievo, “*la lex mitior sopraggiunge alla commissione del fatto, al quale l’autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo*”²³³. Sulla base di

²²⁹ 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. sent. n. 24 del 2004, 10 del 1997, n. 353 e n. 171 del 1996, n. 218 e n. 54 del 1993)*” – cfr. Corte cost., sent. n. 393 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.3.

²³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 393 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.3.

²³¹ 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 (ord. n. 230 del 2005), o quello dopo il quale il danno non può più essere utilmente riparato (ord. n. 970 del 1988)*” – cf. Corte cost., sent. n. 393 del 2006, *Considerato in diritto* n. 7.

²³² Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 3.2.1.

²³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato* n. 6.4.

questo fondamentale assunto, nella giurisprudenza costituzionale²³⁴, 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”*²³⁵. 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”*²³⁶.

Queste due fondamentali pronunce non hanno però chiarito definitivamente in quali casi il legislatore è giustificato nel limitare l'operatività del principio di retroattività *in bonam partem*: a ben vedere, infatti, la formula proposta in questi due 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 esigenze dell'intera collettività connesse a valori costituzionali”* – si presta a letture non univoche, come confermato dalle successivi occasioni in cui la Corte ne ha sperimentato.

Nella sentenza n. 72 del 2008, per esempio, la Corte ha ritenuto priva di fondamento una questione di legittimità relativa all'art. 10, III comma, della legge n. 251 del 2005 (colpito dalla sentenza n. 393 del 2006), 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 *“ragionevole”* 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

²³⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 80 del 1995, n. 6 del 1978, n. 164 del 1974; ord. n. 330 del 1995.

²³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.4.

²³⁶ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 74 del 1980.

“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)”²³⁷. La ragionevolezza 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)²³⁸.

Nello stesso anno, con la sentenza n. 215 del 2018, 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, T.U.L.P.S., contestualmente trasformati in illeciti amministrativi. La Corte ha, nel dettaglio, osservato che la scelta del legislatore si pone in frontale contrasto con il canone della ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost.²³⁹, 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”²⁴⁰.

Orbene, 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, assume primaria rilevanza l’art. 7 CEDU che, pur non riconoscendo espressamente il principio in parola²⁴¹, è stato di recente 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

²³⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 72 del 2008, *Considerato in diritto* n. 12.

²³⁸ “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., sent. n. 72 del 2008, *Considerato in diritto* n. 12.

²³⁹ 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 di 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’abolitio 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 (sentenze n. 394 e n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974)” – cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 2008, *Considerato in diritto* n. 7.

²⁴⁰ “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., sent. n. 215 del 2008, *Considerato in diritto* n. 8.

²⁴¹ Vale la pena qui riportare integralmente 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”.

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”²⁴².

Nella sentenza *Scoppola*, in particolare, rimeditando un precedente e consolidato orientamento²⁴³, la Corte europea ha osservato, da un lato, che è coerente 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 tempo²⁴⁴. 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 sanzioni²⁴⁵.

Nella stessa prospettiva, è del pari imprescindibile il richiamo all’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione²⁴⁶, 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 confliggenti²⁴⁷.

²⁴² Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, *Considerato in diritto* n. 12.

²⁴³ “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 giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all’imputato” – cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, § 109.

²⁴⁴ Il nuovo orientamento è stato confermato in una successiva pronuncia – cfr. Corte EDU, *Morabito c. Italia*, 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.

²⁴⁵ Cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 108-109.

²⁴⁶ Per cui, 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”.

²⁴⁷ 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 (sentenza 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).

Ed è senz'altro utile ricordare, a tal riguardo, che l'art. 49, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale²⁴⁸, 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"²⁴⁹, 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, III comma, della legge n. 215 del 2005 (già colpito in una sua parte, dalla sentenza n. 393 del 2006, e per converso salvato, nella parte residuale, con la pronuncia n. 72 del 2008), 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 2011²⁵⁰, 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 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 questione²⁵¹, 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* possa subire deroghe o limitazioni²⁵²: anzi, posto che la Corte EDU aveva, in quel caso, puntualizzato che la

²⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. 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 "impresa 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".

²⁴⁹ Formula proposta da F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani*, ... , cit., p. 9 ss.

²⁵⁰ 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"

²⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, *Considerato in diritto n. 13*.

²⁵² Sul tema della possibilità di derogare al principio della *lex mitior*, v., da ultimo, F. MAZZACUVA, *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 febbraio 2016, in cui viene commentata una interessante decisione della Corte EDU, *Gouarré Patte c. Andora*, 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.

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”²⁵³.

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 (Corte di giustizia, sentenza 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02) e al diritto internazionale (art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (...)) – tali limitazioni e deroghe devono giustificarsi in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti di analogo rilievo*”²⁵⁴.

Quanto alla seconda questione, la Corte ha ribadito che il principio riconosciuto dalla CEDU non coincide con quello che vive nel nostro ordinamento ed è regolato dall’art. 2, IV comma, 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*”²⁵⁵.

Su queste basi, correttamente la Corte ha 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 prescrizione²⁵⁶: 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 conclusione, la Corte ha considerato che la norma impugnata nel caso di specie – l’art. 10, III comma, 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.

²⁵³ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, *Considerato in diritto* n. 13.

²⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 215 del 2008, *Considerato in diritto* n. 7.

²⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, *Considerato in diritto* n. 14.

²⁵⁶ “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., sent. n. 236 del 2011, *Considerato in diritto* n. 15.

Con questa sentenza, in definitiva, 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 colto l'occasione per ribadire le differenti aree di competenza ed influenza dei rispettivi paradigmi.

6. Irretroattività sfavorevole, retroattività *in bonam partem* ed effetti delle decisioni della Corte costituzionale, tra (molte) certezze e (alcuni) dubbi

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, a questa eventualità ostando – in modo insuperabile – le fondamentali esigenze di calcolabilità sottese al principio di irretroattività *in malam partem*.

Questo, in massima sintesi, il punto di approdo di una giurisprudenza costituzionale che affonda le sue radici nelle prime pronunce sulle cd. *norme penali di favore*²⁵⁷ e che è andata irrobustendosi nel corso degli anni²⁵⁸.

Su queste solide premesse, è stato poi precisato che 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 illegittima²⁵⁹: mette conto ricordare, infatti, che 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 decisione²⁶⁰, la Corte ha infatti ribadito che “*altro è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendone l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità (...), altro è il sindacato cui le stesse*

²⁵⁷ “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., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 3*.

²⁵⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. 6.4*.

²⁵⁹ Per una disamina completa delle problematiche legate all'efficacia nel tempo delle sentenze della Corte costituzionale, v., da ultimo, M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in M. D'AMICO e F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Ed. Sc., 2018.

²⁶⁰ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 223 del 2015.

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 incontrollabile²⁶¹.

Ciò posto, mette conto rilevare che, 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*, sia 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, IV comma, 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 giudizio²⁶²; ciò comporta che la legge, tra tutte quelle succedutesi in quest'arco temporale, in concreto di maggior favore 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 incidenza sul funzionamento del modello codificato all'art. 2, IV comma, 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 viceversa 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 costituzionale²⁶³: la pronuncia costituisce la coda finale della vicenda giudiziaria che ha coinvolto anche la stessa Corte, in occasione della sentenza n. 5

²⁶¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 148 del 1983, *Considerato in diritto n. 3*.

²⁶² 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*”.

²⁶³ Cfr. Cass. Pen., I Sez., n. 24834 del 2016, Imp. *Augussori e a.*

del 2014²⁶⁴, 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 decideva 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, II comma, c.p., senza che potesse in alcun modo 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), la Procura presso la Repubblica adiva la Corte di Cassazione.

La sentenza, con cui la Suprema Corte ha rigettato il ricorso, confermando la conclusione del G.U.P. di Bergamo, ha destato molte perplessità in dottrina²⁶⁵, specie per quel che riguarda l’abbaglio che i giudici della Suprema Corte hanno subito rispetto al concerto ambito di operatività del principio di retroattività favorevole, del quale hanno proposto un’impropria interpretazione estensiva, finendo per mettere nel nulla le, pur rilevanti, differenze con il principio di irretroattività *in malam partem*.

Nell’occasione, la Cassazione ha anzitutto 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*)²⁶⁶, 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 pregressi*), 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

²⁶⁴ 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 *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2014, p. 242 ss.

²⁶⁵ 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 *penalecontemporaneo.it*, 23 ottobre 2017, il quale si sofferma, in particolare, sull’aver, la Cassazione, 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*”.

²⁶⁶ Nel solco tracciato dalla sentenza n. 148 del 1983 e, da ultimo, riproposto con la sentenza n. 223 del 2015.

della norma incriminatrice, da un lato, e quello (patologico) della dichiarazione di illegittimità, dall'altro; 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 processuali 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 ancora notare come la Cassazione abbia, in questo caso, richiamato anche la sentenza n. 10 del 2015²⁶⁷, per ricordare, in modo forse 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 di un altro”*²⁶⁸: 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 può spiegare i propri effetti solamente *pro futuro*.

Ora, per confutare la tesi sposata, nel caso di specie, dalla Corte di Cassazione basterebbe leggere quel fondamentale passaggio della sentenza n. 394 del 2006 – (in molte altre parti puntualmente richiamata), sorprendentemente omesso nella ricostruzione della sentenza qui in commento – 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 emanata²⁶⁹.

In questa prospettiva, è quasi sorprendente la disinvoltura con cui la Corte di Cassazione ha obliterato la linea tracciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 394 del 2006, con cui, peraltro, 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 (vuoi dal punto di vista formale, vuoi sostanziale) – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno, possa, quasi per paradosso, determinare l'impunità o

²⁶⁷ 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 *ConsultaOnline.it*, 1/2015, 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.

²⁶⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. I, n. 24834 del 2016, Imp. *Augussori e a.*, p. 20.

²⁶⁹ 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., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto n. ???*.

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”²⁷⁰.

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 Unite²⁷¹, che ha messo limpidamente in evidenza la distinzione tra l'abrogazione di una norma incriminatrice ad opera del legislatore, che appartiene alla fisiologia dell'ordinamento, e la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma stessa, che appartiene invece alla patologia dell'ordinamento²⁷², per ricordare che i due fenomeni, attesa la loro diversità ontologica, non possono in alcun modo essere appiattiti su di un unico livello valutativo²⁷³; 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”²⁷⁴ e che, si potrebbe ulteriormente aggiungere, l'intervenuto giudicato rappresenta senz'altro un valido elemento di differenziazione tra le due situazioni²⁷⁵.

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 noto, aveva dichiarato incostituzionale una *lex intermedia*, ritenuta in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.²⁷⁶ – il Tribunale di Venezia aveva, infatti, correttamente escluso una generalizzata retroattività della norma incostituzionale favorevole²⁷⁷.

²⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006, *Considerato in diritto* n. 6.4.

²⁷¹ Cfr. Cass. Pen., SS.UU., 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 *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2014.

²⁷² È utile qui riportare il passaggio in cui la Cassazione aveva 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 (Corte cost., sent. n. 49 del 1970)” – cfr. Cass. Pen., SS.UU., n. 42858 del 2014, Ric. Gatto.

²⁷³ Insiste, sul punto, F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *penalecontemporaneo.it*, cit., 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”.

²⁷⁴ V., ancora, F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *penalecontemporaneo.it*, cit.

²⁷⁵ Del resto, è lo stesso art. 2, IV comma, che individua, già a livello di normazione primaria, nel giudicato il limite all'operatività del principio di retroattività favorevole.

²⁷⁶ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, §§ 3.2.1 e 6.2.

²⁷⁷ Cfr. Trib. Venezia, Sez. Dist. Dolo, n. 110 del 2010.

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 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)²⁷⁸.

Ed è curioso notare che, a margine di tutte queste considerazioni, il Tribunale di Venezia, quasi anticipando quello che sarebbe poi stato il secondo argomento proposto dalla Cassazione nella sentenza del 2017, ha escluso qualsivoglia rilievo probatorio 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, venendo così a concludere questo breve approfondimento, la più recente giurisprudenza costituzionale, con un inequivoco *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 143 del 2018²⁷⁹, 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, la Corte ha

²⁷⁸ 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. E' 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 meno severa sopravvenuta 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 assoluta, 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 Costituzioni degli Stati membri'. E' 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, n. 110 del 2010, p. 5 – 6.

²⁷⁹ In questo caso, la questione di legittimità costituzionale portata all'esame della Corte si fonda sull'assunto che il censurato art. 6, I, IV e V comma, 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.

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 sfavorevole²⁸⁰ e che, per quanto qui più interessa rilevare, il principio di retroattività della norma penale più favorevole, in ogni caso, può trovare applicazione solo se tale legge sia esente da vizi di illegittimità costituzionale²⁸¹.

²⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2011.

²⁸¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 394 del 2006.

Capitolo IV

Riflessioni conclusive: il principio di legalità penale *oggi*

SOMMARIO: Premessa: il *labirinto*, la Corte costituzionale e il *filo di Arianna*... 1. Alcune osservazioni di sintesi intorno all'ambito di operatività del principio di legalità penale. 2. Uno sguardo d'insieme sul contenuto del principio di legalità in materia penale. 2.1. Brevi riflessioni sulla crisi della riserva di legge 2.2. Il principio di determinatezza e il principio di irretroattività *in malam partem*. 3. Conclusivamente: da *Schmitt* a *Taricco*... "*la boucle est bouclée*".

Premessa: il *labirinto*, la Corte costituzionale e il *filo di Arianna*...

Solo "*con la cautela di Teseo, equipaggiati dall'etica del limite*"¹ sarebbe stato possibile, per un autorevole commentatore, uscire dal *labirinto* consegnatoci dall'intreccio, spesso confuso e disordinato, tra il diritto penale e le fonti sovranazionali².

Diversi anni sono passati dal momento in cui venivano formulate queste osservazioni e, come si dice in questi casi, "*molta acqua è passata sotto i ponti*": da una parte, infatti, alcune delle più intricate questioni, su cui la dottrina si era interrogata all'indomani delle "*sentenze gemelle*" del 2007³, hanno disvelato tutte le loro potenzialità *deflagranti*, provocando numerosi contrasti a livello dottrinale e giurisprudenziale, nonché favorendo occasioni di dialogo, per vero non sempre proficue, tra le Corti italiane e le Corti europee; dall'altra, e in senso opposto, che proprio sul terreno del confronto con le fonti di matrice sovranazionale, negli ultimi tempi, la giurisprudenza della Corte costituzionale è andata precisando il proprio orientamento, fornendo indicazioni utili per sciogliere molti dei nodi interpretativi venuti in rilievo a seguito della progressiva apertura del sistema penale alla dimensione europea. La

¹ V., in particolare, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra il diritto penale e le fonti sovranazionali*, Dike, 2012.

² In questa prospettiva, evidenzia il carattere "*disorganico e impreciso*" del sistema penale (come conseguenza degli interventi europei, tanto delle Istituzioni dell'Unione, quanto della Corte di Giustizia e della Corte EDU) M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 9 ss.

³ Cfr. Corte cost., sent. n. 348 e n. 349 del 2007, giustamente considerate, in dottrina, come un vero e proprio spartiacque: per tutti, v. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 2012.

sentenza n. 109 del 2017⁴, per esempio, ha offerto preziose direttive al giudice comune che dubiti della legittimità costituzionale di una norma interna, perché ritenuta in contrasto con un principio che la Corte di Strasburgo ha ricavato dalla CEDU, e che intenda, per questa ragione, coinvolgere la Corte costituzionale nella risoluzione dell'accertata antinomia con la fonte sovranazionale⁵.

In questo contesto, l'interprete ha così cominciato a trovare conforto intorno a qualche elemento di certezza, cui ancorarsi per dare applicazione alle fattispecie penali nel rispetto delle regole poste dall'art. 25, secondo comma, Cost., assolvendo, ad un tempo, al fondamentale compito di contribuire all'adeguamento del nostro sistema penale agli obblighi discendenti dal diritto dell'Unione e dal sistema della CEDU⁶.

Tutto ciò, ovviamente, non significa che non vi siano più insidie all'interno del *labirinto* ovvero che il raffronto tra il modello di legalità scolpito nell'art. 25, secondo comma, Cost. e il corrispondente modello riconosciuto a livello europeo, nell'art. 7 CEDU e nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione non ponga più problemi di coordinamento. È vero, semmai, il contrario e cioè che, pur a fronte della soluzione di importanti questioni interpretative, la progressiva affermazione del cd. *diritto penale europeo* e la sempre crescente influenza della giurisprudenza della Corte EDU hanno fatto emergere nuovi e (non meno) rilevanti profili di criticità⁷, in relazione a tutti i corollari storicamente riferiti al principio di legalità penale. La riserva di legge, in modo particolare, per come tradizionalmente intesa a livello domestico, è stata messa in forte discussione, in conseguenza dell'inesorabile *europizzazione* del diritto penale e dell'affermazione, sempre più netta nella prassi giudiziaria, di un *diritto penale giurisprudenziale*, che, per taluno, è stata la fisiologica risposta alla necessità di adeguare il nostro sistema agli standard di garanzia imposti dalla Corte EDU⁸.

⁴ Per una efficace sintesi della sentenza, v. 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 *penalecontemporaneo.it*, 26 settembre 2017.

⁵ Del pari, con la sentenza n. 269 del 2017, la Corte ha precisato i termini degli obblighi che gravano in capo al giudice comune nelle ipotesi di *doppia pregiudizialità*, quando cioè la norma nazionale si ponga, contestualmente, in contrasto con la Costituzione e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A commento della decisione, v. A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritto Comparati*, 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un 'atto interruttivo dell'usucapione' delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017.

⁶ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 5, 6, 6.1. e 6.2.

⁷ Come, in effetti, sottolinea F. VIGANÒ, *Recensione a F. Mazziacava, Le pene nascoste, Giappichelli, Torino, 2017, e L. Maserà, La nozione costituzionale di materia penale, Giappichelli, Torino, 2018*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 ottobre 2018, in merito alla questione della definizione dei confini della *materia penale*, osservando che *"la rilevanza pratica della questione sta negli ultimi anni letteralmente esplodendo, a fronte della tendenza sempre più evidente degli ordinamenti ad impostare la lotta contro sempre più numerose forme di criminalità, avvertite come particolarmente pericolose, attraverso strumenti non penali. Tali strumenti sono in effetti funzionali all'adozione di misure anche drasticamente incidenti sui diritti fondamentali dei loro destinatari, che si svolgono però nell'ambito di procedimenti gestiti da autorità diverse da quelle cui è tradizionalmente affidato il law enforcement-penalistico, e che comunque non richiedono l'attivazione del processo penale, con tutto il suo bagaglio di garanzie per l'imputato. La parola d'ordine parrebbe, oggi, "fighting crime without criminal law": una strategia apparentemente assai efficace per lasciare al potere esecutivo le mani assai più libere di quanto non accada normalmente con i tradizionali strumenti dell'arsenale penalistico"*.

⁸ Precisamente I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, FrancoAngeli, 2015, p. 19, segnalava come la difficoltà a preservare intatto, oggi, il nucleo democratico dell'art. 25, secondo comma, Cost., *"non derivi dall'inutilità di questo istituto, cruciale per il rispetto dei diritti in gioco in materia"*.

A fronte di questo scenario in continua evoluzione, la Corte costituzionale – valorizzando il “*principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale*”, ai sensi dell’art. 134 Cost.⁹ – non è rimasta inerte, assumendo decisioni davvero importanti, sul versante dei rapporti con il sistema della Convenzione¹⁰ e con l’ordinamento dell’Unione europea¹¹, che hanno consentito, di volta in volta, di precisare il contenuto dei singoli corollari del principio del *nullum crimen*, nell’ottica, ben delineata dalla stessa Corte in occasione della sentenza n. 319 del 2011, della “*massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali*”¹².

Giunti a questo punto della ricerca, allora, dopo aver ricostruito i principali tracciati del *labirinto*, la percezione dell’osservatore e dello studioso non può che essere composita: accanto alla sensazione di trovarsi all’interno di un dedalo all’apparenza quasi inestricabile, in ragione della complessità delle questioni sorte in merito all’evoluzione del principio di legalità penale, ha di recente trovato spazio l’idea – anche (e soprattutto, verrebbe da dire) alla luce delle novità offerte dalla giurisprudenza costituzionale – che sia possibile, in qualche modo, recuperare il *filo di Arianna* necessario per avvicinare l’uscita del *labirinto*.

Fuor di metafora, si intende sostenere, con queste brevi considerazioni conclusive, che, sia in ordine all’individuazione dell’ambito di operatività delle garanzie riconducibili al principio di legalità penale, sia con riguardo al contenuto delle stesse garanzie, la Corte costituzionale ha posato, negli ultimi tempi, importanti tasselli, venendo a definire un mosaico più chiaro ed organico rispetto al passato. Ed è sembrata farlo, per quanto più interessa rilevare, riscoprendo la *ratio* originaria del principio di legalità penale di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.¹³, nella sua duplice componente storico-formale e astorico-universalistica, riproponendo cioè, pur se in un mutato quadro storico-politico, quelle stesse istanze di democraticità racchiuse nel disegno tracciato dal Costituente, nonché portando al loro massimo livello di tutela le esigenze di *calcolabilità* delle conseguenze penali della propria condotta, presidiate dal principio di determinatezza e dal divieto di retroattività *in malam partem*.

1. Alcune osservazioni di sintesi intorno all’ambito di operatività del principio di legalità penale

penale, ma (...) dall’avvento delle fonti UE e dalla giurisprudenza della Corte EDU, che talvolta in modi troppo bruschi richiedono al legislatore e, non di rado, agli stessi giudici, di adattare il sistema penale italiano a principi superiori, molto distanti dalla ratio storica della riserva”.

⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *Considerato in diritto* n. 5.2.

¹⁰ Cfr., per tutte, Corte cost., sent. n. 49 del 2015.

¹¹ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, *Considerato in diritto* n. 7.

¹³ Su cui, per tutti, M. D’AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006; e F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) F. Branca, Bologna 1981.

In coerenza con il criterio logico più volte utilizzato nel corso dello studio¹⁴, la prima riflessione conclusiva riguarda il tema della individuazione dei confini operativi del principio di legalità penale: il cd. *dilemma della materia penale*¹⁵.

In relazione a questa complessa problematica, si è ragionato, anzitutto, mettendo in luce, quanto all'origine e alla successiva evoluzione, le differenze tra il modello di *materia penale*, accolto a livello domestico, e il corrispondente modello di *matière pénale*, teorizzato e poi sperimentato in molte occasioni dalla Corte EDU (e fatto proprio anche dalla Corte di Giustizia). Si è poi dato ampio conto delle ricadute, sul fronte interno, delle sentenze che la Corte EDU ha pronunciato, nel corso degli anni, proprio in ordine al perimetro applicativo delle garanzie sottese al *nullum crimen*, nonché degli orientamenti che la Corte costituzionale, per parte sua, ha proposto sul tema dei rapporti tra la normativa nazionale e il sistema della CEDU¹⁶. Si sono quindi esaminati i settori dell'ordinamento interno in cui la diversa – anche se non necessariamente più ampia, come si è detto¹⁷ – nozione di *matière pénale* ha sconfinato, 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”¹⁸.

E così, alla luce della più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia¹⁹, è stato possibile concludere nel senso che le nozioni di *materia penale* e di *matière pénale* – non si assimilano – bensì *coesistono*, ciascuna con le proprie caratteristiche strutturali e specificità²⁰; e che, in questo stesso quadro, anche l'art. 25, secondo comma, Cost. e il

¹⁴ Cfr. *supra* Cap. II, § 1, in cui si è precisato che a prescindere dalla straordinaria rilevanza o attualità del tema, affrontare prioritariamente il problema della perimetrazione della *materia penale* significa, prima di tutto, ragionare del profilo che presenta una evidente precedenza logica rispetto agli altri: è persino intuitivo, in questa prospettiva, rilevare che avrebbe poco senso (impegnarsi nel) ricostruire il contenuto dei singoli corollari sottesi e/o riconducibili 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 prima precisato l'ambito entro cui quegli stessi corollari sono destinati a trovare applicazione. Anche per la *materia penale*, allora, si è detto, sembra valere la regola generale per cui è opportuno, anzitutto, delimitare i contorni del settore oggetto d'indagine, per distinguerlo dalle altre (e limitrofe) branche dell'ordinamento giuridico, con l'idea quindi di procedere, soltanto in un secondo momento, all'esame delle garanzie e dei principi applicabili in quel medesimo settore. Condividono questa impostazione, in particolare, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, 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*, Giappichelli, 2017, 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*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2017, p. 988 ss., s.

¹⁵ Per richiamare una efficace espressione utilizzata da V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018.

¹⁶ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.

¹⁷ La vicenda *Taricco*, in questo senso, ha infatti consentito di apprezzare 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*” - cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 8*.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto n. 4.3*.

¹⁹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017.

²⁰ Anche la recente 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 (e così ponendosi nel solco tracciato a partire dalla sentenza n. 49 del 2015), ha espressamente riconosciuto che la (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali, secondo i criteri *Engel*, non implica

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 applicazione²¹: 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 non ricoprano che un ruolo del tutto secondario e marginale, in base ai criteri *sostanziale* elaborati dalla Corte EDU a partire dalle sentenze *Engel* e *Ozturk*.

Può essere interessante, a questo punto, mettere conclusivamente in evidenza due profili, non prima però di aver ricordato che, con la già citata sentenza n. 109 del 2017, la Corte costituzionale ha condivisibilmente precisato che il paradigma della *coesistenza* si giustifica anche, in chiave sistematica, con l'esigenza di evitare che l'identificazione della natura penale di un istituto sia rimessa alla valutazione discrezionale del singolo giudice, in contrasto con la *ratio* sottesa alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.²².

Il primo, che, nel luglio 2018, in occasione della sentenza *G.I.E.M e altri c. Italia*²³, in tema di confisca urbanistica, la Corte EDU è sembrata, pur se implicitamente, condividere la conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale²⁴, 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 quella stessa *misura* (*penale* nella sola prospettiva convenzionale) siano applicate garanzie diverse ed ulteriori da quelle che derivano, più o meno direttamente, dalle pertinenti previsioni della CEDU.

Il secondo, che i settori di sconfinamento della nozione di *matière pénale* potrebbero, nei prossimi anni, aumentare significativamente, posto che alcune decisioni della Corte EDU devono, ad oggi, ancora spiegare tutti i loro effetti pervasivi: le numerose questioni pendenti davanti alla Corte costituzionale, sulle misure di prevenzione previste dal d.lgs. n. 159 del 2011 (promosse dai giudici *a quibus* in risposta alla sentenza *De Tommaso*²⁵), da questo punto di vista, offrono una sicura garanzia rispetto a futuri e, allo stato, anche imprevedibili sviluppi della materia.

l'inclusione di una certa misura sanzionatoria (diversamente qualificata dal *legislatore nazionale*) nel campo del diritto penale; cfr. Trib. Roma, VIII Sez. Penale, sent. n. 6298 del 2017. Si legge 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”*.

²¹ Per completezza, anche in queste riflessioni conclusive, deve segnalarsi che, con una recentissima decisione del 2018, la n. 223, la Corte costituzionale è sembrata seguire una traccia differente, affermando la riferibilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle sanzioni amministrative, di natura convenzionalmente penale. Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 4.2.

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

²³ Cfr. Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018, § 252; su cui, da ultimo, M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca senza condanna*, in *Questione giustizia*, 10 luglio 2018.

²⁴ 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, in penalecontemporaneo.it*, 3 luglio 2018, p. 3.

²⁵ Cfr. Corte EDU, *G.C., De Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

2. Uno sguardo d'insieme sul contenuto del principio di legalità in materia penale

Riuscire a sintetizzare, in poche note conclusive, l'intero percorso evolutivo che ha interessato i corollari del principio di legalità penale è, all'evidenza, un obiettivo impossibile da realizzare. Nelle prossime pagine, pertanto, ci si limiterà a richiamare soltanto alcuni tra gli elementi più significativi di quest'evoluzione, rimarcando, in relazione a ciascun corollario esaminato nel corso dello studio, quali siano i più rilevanti punti di approdo e quali, invece, le questioni interpretative ancora aperte.

Preliminarmente, può essere utile sottolineare, in una prospettiva di carattere generale, un tratto che accumuna tutti i corollari riferibili al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e che la Corte costituzionale, in alcune importanti pronunce²⁶, non ha esitato a registrare²⁷: pur avendo ciascuno una propria autonomia concettuale, infatti, per essere apprezzati nella loro complessiva potenzialità garantista, essi devono essere analizzati in un'ottica sistematica, alla luce cioè delle loro interazioni reciproche²⁸.

Sullo sfondo di queste considerazioni, l'idea che l'esigenza di limitare la potestà punitiva dello Stato – per mettere il “cittadino al sicuro dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario”²⁹ – possa rappresentare, anche in chiave storica, il denominatore comune a tutti i corollari riconducibili al principio di legalità penale³⁰. Come non ricordare, in questa prospettiva: la convergenza che caratterizza il principio della riserva di legge e il principio di determinatezza rispetto alla fondamentale esigenza di distinguere nettamente, in omaggio al connesso principio della separazione dei poteri, il ruolo e l'area di competenza della *legis-latio*, da una parte, e della *giuris-dictio*, dall'altra³¹; oppure, questa volta ragionando degli intrecci tra il principio di determinatezza e il principio di irretroattività *in malam partem*, come la garanzia della libertà di autodeterminazione individuale (compendiata, come visto³², nella formula della “calcolabilità delle conseguenze giuridico-penali” della propria condotta) possa, in effetti,

²⁶ Così per esempio anche nella sentenza n. 21 del 2009, con cui la Corte ha ragionato congiuntamente della riserva di legge e del principio di determinatezza, ricordando come quest'ultimo corollario risponda a due fondamentali obiettivi: “per un verso, quello di 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; e, per altro verso, quello di garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norme penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta”.

²⁷ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

²⁸ Già F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Zanichelli, 1981, p. 227, sottolineava come “chi si accinga ad una lettura critica delle norme che la Costituzione italiana dedica al settore penale (sostanziale), non deve anzitutto perdere di vista i nessi che intercorrono tra queste norme (...) e tra gli articoli in esse contenuti. Una lettura atomistica e frazionata delle medesime ha sempre, infatti, costituito l'asse portante della tendenza a neutralizzare o affievolire la carica innovativa di questo settore della Carta costituzionale”.

²⁹ Precisamente G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 41.

³⁰ Ancora, sul punto, per, F. BRICOLA, *Art. 25, secondo comma, Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, cit., p. 233 ss., “riserva assoluta di legge, tassatività e irretroattività della legge penale, principi sorretti ciascuno da una propria esigenza specifica, hanno un denominatore comune rappresentato dalla garanzia del cittadino di fronte agli arbitri normativi dell'esecutivo, delle interpretazioni del potere giudiziario e dell'applicazione retroattiva delle leggi”.

³¹ Sul tema, per tutti, v. N. ZANON, *Su alcuni attuali problemi della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 317 ss.

³² Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 4.1.

rappresentare il nucleo essenziale di entrambi i corollari citati; e, da ultimo, lungo una direttrice ancora più ampia, come un valido rimprovero di colpevolezza (a sua volta, presupposto necessario per l'operatività del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost) richiede, indefettibilmente, che le norme penali siano configurate dal legislatore in modo chiaro e che non siano applicate in via retroattiva, in questo modo agganciando la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem*, da un lato, alla colpevolezza e alla finalità rieducativa della pena, dall'altro.

Insomma, tenendo a mente questi brevi rilievi, è possibile ribadire che l'edificio della cd. *Costituzione penale* poggia, ancora, da un punto di vista teorico e nella prospettiva del Giudice costituzionale, su solide fondamenta, frutto della combinazione tra tutti i corollari riconducibili, in via più o meno diretta, al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

2.1. Brevi riflessioni sulla crisi della riserva di legge

Nell'esaminare i principali fattori di *crisi* della riserva di legge, si è osservato, sulla scorta della prevalente dottrina (costituzionalistica e penalistica³³), che l'uso generalizzato e spesso distorto delle fonti governative nella materia penale ha finito per escludere il Parlamento dalla definizione delle più importanti linee di politica criminale, in questo modo mettendo in discussione la tenuta della *ratio* democratica sottesa al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Nel valutare questo fenomeno, lo si è detto, larga parte della dottrina³⁴ e, soprattutto, il consolidato orientamento della Corte costituzionale hanno *preso atto* delle trasformazioni in corso, ammettendo, senza particolari incertezze, l'incursione nella materia penale degli atti aventi forza di legge.

Nel corso del terzo capitolo dello studio, si è però, sul punto, volutamente enfatizzato un recente e significativo cambio di rotta del Giudice delle leggi, benché non del tutto radicale, con cui, in occasione di alcune importanti pronunce del 2014³⁵, sono state sanzionate le più gravi storture nel ricorso agli strumenti di cui agli art. 76 e 77 Cost., proprio nella materia penale: pur non arrivando ad escludere in astratto la possibilità che il Governo intervenga direttamente nella materia *de qua*, la Corte costituzionale ha fornito precise indicazioni sulle *regole* da rispettare quante volte si decida di ricorrere agli atti aventi forza di

³³ Su cui, in particolare, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, 2015; e, tra i penalisti, G. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, 1999; e, più di recente, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Ed. Sc., 2012.

³⁴ Cfr., tra gli altri, G. VASSALLI, (voce) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 310 ss.; M. TRAPANI, (voce) *Legge penale*, cit., p. 5 ss.; G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, 1996, p. 36; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale.*, cit., p. 64; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale.*, 3° ed., 1992, p. 90 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5° ed., 1999, p. 22 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2003, p. 41 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., I, *sub. Art. 1*, p. 34.

³⁵ Si tratta, come ampiamente visto, delle sent. n. 5 e n. 32 del 2014.

legge per introdurre o modificare fattispecie penali, valorizzando ampiamente, in questo senso, il ruolo ricoperto dall'istituzione parlamentare nelle scelte di criminalizzazione.

Tali pronunce, come è stato rilevato³⁶, hanno determinato una significativa estensione del contenuto di garanzia del principio di legalità penale, contribuendo al superamento di una visione della riserva di legge orientata esclusivamente (e forse “riduttivamente”³⁷) al *favor rei* e alla tutela del cittadino rispetto agli abusi repressivi dello strumento penale; con esse, in particolare, è stata ribadita l'importanza che, a prescindere dal tipo di procedimento seguito, la scelta di politica criminale che precede o conferma l'introduzione del precetto e della sanzione penale possa ricondursi, in modo più o meno diretto, alla volontà del Parlamento rappresentativo.

Ciò, ovviamente, non implica che il governo non possa più servirsi, per innovare l'ordinamento penale, degli strumenti normativi che la Costituzione gli attribuisce, del resto la più recente prassi offre chiari riscontri di come le tendenze delle precedenti legislature si stiano riproponendo ancora oggi in modo analogo³⁸; sembra però possibile rilevare, alla luce delle prese di posizione della Corte costituzionale, che l'attività normativa del Governo, quando incidente proprio nella materia penale, dovrà in futuro necessariamente fare i conti con un orientamento del Giudice delle leggi ben più rigoroso rispetto al passato. In questo stesso senso, infatti, andrebbero lette e valorizzate le affermazioni con cui la Corte costituzionale ha precisato che lo scrutinio sulla correttezza delle procedure seguite per l'adozione dell'atto avente forza di legge si traduce, *in subiecta materia*, in uno strumento di garanzia della riserva di legge sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost.³⁹, “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”⁴⁰.

Ora, in questo contesto, un problema tuttora aperto – di straordinario interesse dogmatico⁴¹ – riguarda l'ipotesi del mancato esercizio della delega legislativa, da parte del governo, a fronte di una precisa scelta del Parlamento finalizzata ad escludere la rilevanza

³⁶ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, §§ 2.1, 2.2 e 2.3.

³⁷ In particolare, 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 *penalecontemporaneo.it*, 3 febbraio 2014.

³⁸ Una conferma di quanto precisato nel testo è rinvenibile nel recentissimo d.l. n. 113 del 2018, recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, con cui il Governo ha inciso su diverse fattispecie penali.

³⁹ Precisamente, per la Corte, “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” – cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto n. 5.1*; ed ancora “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” – cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto n. 4.2*.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 127 del 2017, *Considerato in diritto n. 4.2*.

⁴¹ Sul tema, v., tra i molti, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, edizione rivista da G. Silvestri, Milano, 2010, p. 378 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976 Tomo II, p. 754 ss.; e G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, Torino, 1990, p. 167 ss., che sottolinea il carattere non obbligatorio della legge di delega in caso di non attuazione, tuttavia argomentando in via di fatto e sul solo piano politico “che la doverosità dell'attività governativa può affermarsi solo sul piano astratto, poiché le deleghe inevase possono determinare reazioni politiche da parte delle camere (...). Ma si tratta di reazioni possibili in astratto che non si sono date in concreto”.

penale di una o più fattispecie criminose. L'occasione che ha recentemente sollecitato in dottrina questa riflessione è stata offerta dall'art. 2, III comma, lett. a) e b) della legge n. 67 del 2014⁴², con cui le Camere avevano delegato il Governo ad *“abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'art. 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia”*. Ci si è infatti interrogati, una volta scaduto infruttuosamente il termine per l'esercizio della delega, su come considerare la fattispecie di cui all'art. 10-bis: non più meritevole della protezione garantita dal presidio penale, ad avviso del Parlamento, e, ciò nondimeno, ancora cogente nell'ordinamento, in conseguenza di una discrezionale scelta del Governo, assunta in difformità dalle chiare ed inequivoche indicazioni contenute nella legge di delega⁴³.

Il tema, come è facile intuire, richiederebbe un'approfondita analisi, intercettando complesse questioni teoriche (come, ad esempio, quella che attiene al valore della legge delega nel sistema delle fonti⁴⁴); in relazione ad esso, quindi, in questa sede è possibile soltanto proporre alcune rapide e cursorie riflessioni.

Anzitutto, se è vero, in una prospettiva di carattere generale⁴⁵, che la discrezionalità del Governo non è completamente azzerata e che l'art. 76 Cost non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante (dovendosi *“escludere che la funzione del primo sia limitata ad una mera scansione linguistica di previsione stabilite dal secondo”*⁴⁶), è vero anche che l'ampiezza della discrezionalità in parola dipende dal carattere più o meno puntuale della delega e che, pertanto, nei casi in cui il Parlamento abbia operato una scelta precisa, nel senso di sostituire, in relazione ad una fattispecie individuata in modo espresso,

⁴² Su cui, in modo puntuale, D. DE LUNGO, *L'efficacia normativa delle deleghe inattuata*, in *Osservatorio costituzionale*, Marzo 2015, p. 1 ss.; e A. ALBERTI, *I principi e i criteri direttivi della legge di delega come disposizioni d'immediata applicazione?*, 24 dicembre 2015.

⁴³ Per C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato? L'efficacia abrogatrice della legge delega inattuata nelle ipotesi dell'art. 3, terzo comma, lettere a) e b) della legge n. 67 del 2014*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 novembre 2015, *“in caso di non attuazione, le norme di una legge di delega che individuano nominalmente i reati a cui si riferiscono ed affermano espressamente l'abrogazione, sono provviste di diretta efficacia. Tale abrogazione, questa è la tesi che esporrò, scatta ‘in automatico’, qualora, alla scadenza del termine concesso al legislatore delegato, la delega non fosse stata attuata”*; sul punto, V. BOVE, P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura. Commento ai d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e 8*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016, *“non vi è traccia nella relazione del perché di questa scelta: la ragione potrebbe implicitamente desumersi dal fatto che nel decreto legislativo in esame, che ha ad oggetto l'abrogazione di reati che non sono trasformati in illeciti amministrativi, ma che sono tutti procedibili a querela (e l'art. 10 bis menzionato non lo è), non avrebbe potuto trovare spazio l'esercizio della delega in ordine ad un reato che avrebbe dovuto essere abrogato e trasformato in illecito amministrativo; certamente ed in ogni caso, l'esclusione di questa fattispecie anche dal novero dei reati oggetto della depenalizzazione attuata con il d.lgs. 15.01.2016, n. 8, porta fondatamente a ritenere che la scelta di non esercitare sul punto la delega sia stata essenzialmente politica”*.

⁴⁴ Sul tema, può essere utile richiamare anche la posizione della Corte costituzionale che, in occasione della sentenza n. 224 del 1990, ha precisato che *“la legge delega è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia erga omnes, norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l'efficacia proprie dei ‘principi’ e dei ‘criteri direttivi’, ma che, per ciò stesso, non cessano di possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative”*.

⁴⁵ V., per tutti, M. D'AMICO, G. ARCONZO, S. LEONE, *Lezioni di diritto costituzionale*, FrancoAngeli, 2018.

⁴⁶ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 194 del 2015, con cui la Corte ha anche chiarito che *“in capo al legislatore delegato va riconosciuta una fisiologia attività normative di completamento e sviluppo delle scelte del delegante”* e che, però, *“deve svolgersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, nel pieno rispetto della ratio di quest'ultima e in coerenza con il complessivo quadro normativo”* – cfr. Corte cost., sent. n. 59 del 2016.

la sanzione penale con uno strumento meno invasivo – in omaggio a quel fondamentale canone di sussidiarietà che la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto come precipitato del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.⁴⁷ – il Governo non potrebbe legittimamente godere di significativi spazi di discrezionalità. Anche perché l'affermazione della Corte costituzione per cui la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost. preclude al Governo qualsiasi “autonoma scelta di criminalizzazione” – essendo quest'ultimo sempre vincolato alle indicazioni ricevute dal Parlamento e non potendo in nessun caso assumere determinazioni “contrastanti con quelle del legislatore delegante”⁴⁸ – dovrebbe, a stretto rigore, valere a prescindere dalla direzione dell'intervento normativo richiesto al legislatore delegato, se rivolto cioè all'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice (come la Corte ha chiarito nella sentenza n. 5 del 2014⁴⁹) ovvero all'eliminazione di una già esistente (con contestuale introduzione di un illecito amministrativo). E si potrebbe quindi concludere che, in simili casi, la scelta del Governo di non abrogare la fattispecie indicata nominalmente nella legge di delega esprime una valutazione di natura politica che contrasta frontalmente con le indicazioni fornite dal legislatore delegante, e, come tale, posta in violazione del combinato disposto di cui agli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost, così riproponendo, *mutatis mutandis*, l'argomento proposto dalla Corte a partire dalla sentenza n. 5 del 2014.

Questi rilievi si scontrano però con dato di ordine pratico, forse insuperabile: il nostro ordinamento non conosce strumenti con cui sanzionare il mancato esercizio della delega da parte del Governo, al di fuori dell'ipotesi dell'attivazione della responsabilità politica, per il tramite di una mozione di sfiducia motivata proprio dall'omessa adozione di uno o più decreti legislativi⁵⁰.

A ben vedere, comunque, la questione appare particolarmente complessa quando il Governo omette del tutto di esercitare la delega, non essendo possibile in questi casi ricostruire una base normativa (un decreto legislativo che non c'è, per l'appunto) su cui eventualmente innestare il dubbio di legittimità costituzionale, secondo lo schema sopra proposto. Nel caso, invece, in cui il Governo abbia esercitato in modo parziale la delega, abrogando soltanto alcune delle fattispecie indicate dal Parlamento (ed è questo propriamente il caso del delitto di cui all'art. 10-*bis* di cui al d.lgs. n. 286 del 1998⁵¹), non sembrerebbe così peregrino ipotizzare una impugnazione, davanti alla Corte costituzionale, del decreto legislativo adottato dal Governo “nella parte in cui non prevede l'abrogazione” anche del reato in questione, per ritenuto contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 76 Cost.

⁴⁷ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* n. 6.1.

⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2014, *Considerato in diritto* n. 5.2.

⁴⁹ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 2.1.1.

⁵⁰ “E' indubbio che il decreto legislativo sia un atto la cui responsabilità ricade integralmente sul Governo. Ed è dunque nei confronti del Governo che può farsi valere anche l'eventuale inerzia, per l'ipotesi in cui alla delega da parte del Parlamento non abbia fatto seguito un suo esercizio. La responsabilità di cui trattasi è, tuttavia, esclusivamente politica: non è infatti configurabile, sub specie juris, un obbligo per il Governo di esercitare la delega, di talché l'eventuale inerzia potrà essere fatta valere nella misura in cui essa abbia incrinato il rapporto fiduciario tra legislativo ed esecutivo. La circostanza che, nell'esperienza repubblicana, non si diano casi di tal genere è indicativa della natura puramente teorica dell'ipotesi di una sfiducia motivata dalla mancata emanazione di uno o più decreti legislativi” – *Delega legislativa*, (a cura di) M. Bellocci, T. Giovannetti, L. Iannuccilli, in *cortecostituzionale.it*, 2008.

⁵¹ Avendo, infatti, con i d.lgs. n. 7 e 8 del 2016, il Governo esercitato in parte la delega ricevuta; sul tema, v., tra i molti, G. L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016.

Certo è che a voler seguire fino in fondo questa soluzione si dovrebbe poi ammettere una decisione della Corte costituzionale che determini, in luogo del Governo, l'effetto abrogativo a suo tempo prefigurato dal Parlamento, con un intervento che potrebbe esporsi, non implausibilmente, a critiche ancora maggiori, viepiù quando la delega non contenga precise indicazioni sul *quantum* della sanzione amministrativa chiamata a sostituire quella penale (profilo che sarebbe, in effetti, a quel punto rimesso alla valutazione discrezionale della Corte). In definitiva, non sembrerebbe possibile invocare il rispetto dalla riserva di legge penale sollecitando un intervento della Corte costituzionale a sua volta invasivo della sfera di discrezionalità del legislatore, precluso da quella stessa riserva di cui si chiede la tutela.

Questa breve riflessione consente di richiamare un'ulteriore parte dell'indagine condotta in ordine ai fattori di crisi *endogeni* della riserva di legge: non di rado, si è visto, con le proprie pronunce, specie se manipolative, è la stessa Corte costituzionale che incide negativamente sulla tenuta della ratio *democratica* del principio di legalità, compiendo autonome valutazioni di politica criminale, sull'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della sanzione penale, e ciò, come si è detto⁵², indipendentemente dagli effetti – *in bonam* o *in malam partem* – dell'intervento posto in essere.

Senza riproporre le articolate riflessioni proposte sul tema nel corso del terzo capitolo, ci si limita qui a rilevare che la più attenta dottrina costituzionalistica ha affrontato il tema del rapporto tra la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e il sindacato di costituzionalità, prospettando in modo originale alcune soluzioni, al fine di meglio contemperare, da un lato, le irrinunciabili esigenze sottese all'accertamento dell'illegittimità di una norma, ritenuta in contrasto con la Costituzione e, dall'altro, le garanzie dell'intangibilità della sfera di discrezionalità del legislatore, rafforzata nella materia criminale proprio dalla presenza della riserva di legge più volte citata⁵³. Potendo soltanto abbozzare alcuni brevi rilievi sul punto, può rilevarsi come in dottrina si è detto, in proposito, che la Corte potrebbe sperimentare nuovi paradigmi decisorii (già noti ad altri ordinamenti, e non ancora sufficientemente esplorati nel nostro⁵⁴), per elaborare e definire strumenti di raccordo con il legislatore: in questa prospettiva, le cd. "*sentenze meccanismo*" – con cui si accerta l'incostituzionalità della norma impugnata e, ad un tempo, viene delegato al legislatore il compito di intervenire per determinare il contenuto delle fattispecie applicabili⁵⁵ –

⁵² Cfr. Cap. III, Sez. I, § 3.

⁵³ Sulla cui comunque difficile tenuta, tra i molti contributi a disposizione, si rinvia in questa sede a N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss., e G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

⁵⁴ Il riferimento è, in particolare, al sistema di giustizia costituzionale tedesco; sul tema, si v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 17 novembre 2016, p. 21 ss, e la dottrina (anche straniera) dall'A. richiamata nelle note 50 e 51; si v., inoltre, per una panoramica sugli strumenti a disposizione del Tribunale costituzionale tedesco per la modulazione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, N. FIANO, *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, cit., p. 507 ss.

⁵⁵ Propone, in questi esatti termini, questa soluzione per consentire alla Corte "*di uscire dalla strettoia in cui si trova, e quindi dichiarare l'incostituzionalità della norma penale, ma allo stesso tempo fermarsi prima di sostituire la propria scelta ad una tra le tante legittime, rispettando lo spazio riservato al legislatore*", M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 21; si v., sul medesimo tema, anche E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto*

potrebbero rappresentare una valida opzione a disposizione della Corte per superare lo scoglio della discrezionalità legislativa e, allo stesso tempo, per prendere posizione in via definitiva sulla illegittimità costituzionale della fattispecie penale sottoposta a scrutinio⁵⁶. La recente vicenda *Cappato*⁵⁷, su cui è intervenuta la Corte con l'ordinanza n. 207 del 2018⁵⁸, ha confermato la bontà di queste letture dottrinali, avendo il Giudice costituzionale esplicitamente ammesso di voler “far leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”⁵⁹ per coinvolgere, in una chiave di “leale e dialettica collaborazione istituzionale”, il legislatore, che è stato così “messo in mora” dalla stessa Corte⁶⁰, in quanto obbligato ad introdurre, entro il termine del 24 settembre 2019, una disciplina che regoli compiutamente la materia del fine vita⁶¹ alla luce delle esigenze di tutela segnalate nella decisione⁶².

Ora, non ci si sbaglia se si afferma che la zona più impervia del *labirinto* evocato in apertura di capitolo è senza dubbio quella che riguarda l'incidenza, sulla riserva di legge, del cd. *diritto penale europeo*: nel corso dell'indagine, si è sottolineato, a tal riguardo, che, pur non essendo titolari di competenze penali dirette, le Istituzioni dell'Unione incidono in maniera profonda sulla determinazione delle politiche criminali dello Stato e che, nello stesso senso, la Corte di giustizia è capace, anche nella materia penale, di esercitare un potere assai pervasivo, attraverso l'imposizione di un obbligo di non-applicazione al giudice nazionale.

Al fondo delle questioni controverse di cui si è dato conto⁶³, un dibattito ancora aperto tra coloro che ritengono definitivamente superato, in ragione delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, il problema del *deficit* democratico delle procedure legislative previste a livello europeo e quanti, valorizzando le istanze di democraticità sottese al principio di legalità

tra Corte costituzionale e Parlamento. *Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 148 ss.

⁵⁶ Per C. E. PALIERO, *Conclusioni*, in *Il principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali* (a cura di I. Pellizzone), Giuffrè, 2017, p. 280, “questa opzione avrebbe ... il duplice merito di coniugare gli inputs razionalizzanti provenienti dalla Corte costituzionale con il rispetto del compito costituzionalmente riservato al legislatore; di introdurre, al contempo, uno strumento dialogico che consente la collaborazione virtuosa fra Poteri e la responsabilizzazione del Parlamento”; nello stesso senso, per M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) G. Vassalli, 2006, p. 48, per cui “quello dei vuoti di tutela indotti dalle decisioni della Corte è un aspetto ben noto e non privo di rischi, ai quali potrebbe forse rimediare in futuro una riforma costituzionale che introduca un più ravvicinato raccordo tra le pronunce della Corte e il potere legislativo”.

⁵⁷ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. I, § 4.

⁵⁸ Piuttosto interessante, dal punto di vista degli strumenti di raccordo con il legislatore, il confronto con l'esperienza del Tribunale costituzionale tedesco: su cui, da ultimo, v. N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 ottobre 2018.

⁵⁹ Cfr. Corte cost., ord. n. 207 del 2018, *Considerato in diritto* n. 11.

⁶⁰ Secondo una felice espressione utilizzata da E. CATELANI, *Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento. Spunti in margine alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di meccanismo*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 148 ss.

⁶¹ Sul tema la letteratura (non solo costituzionalistica) è sterminata: v., per tutti, F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, 2008; e U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, Cedam, 2018.

⁶² Quali le possibili conseguenze del mancato intervento del legislatore entro il termine fissato dalla Corte? Intorno a questo interrogativo, la dottrina già si è confrontata e i possibili scenari sono davvero molteplici e, allo stato, non tutti prefigurabili con certezza. Sul punto, v., in particolare, A. RUGGERI, *Venuta alla luce alla Consulta l'invocato costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III/2018; e M. BIGNAMI, *Il caso cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 2018.

⁶³ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 6, 6.1 e 6.2.

di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ne continuano per converso a sottolineare le criticità: i primi, solitamente, si fanno scudo dietro l'idea che le fonti europee in materia penale sono oramai inserite in un *clima costituzionale* sostanzialmente equivalente rispetto a quello in cui, negli ordinamenti nazionali che lo ammettono, il corollario della riserva di legge tende a preservare⁶⁴; i secondi, invece, rilevano criticamente, facendo valere un argomento fedele alla *ratio* storica del principio di legalità penale, che *“il problema non deriva solo dalla partecipazione dell'organo democraticamente eletto alla formazione della fonte, ma anche dal modo in cui i cittadini europei formano il loro consenso e sono chiamati a votare e scegliere i loro rappresentanti”*⁶⁵.

2.2. Il principio di determinatezza e il principio di irretroattività in malam partem

Per ragionare delle vicende attuali che investono il principio di determinatezza, è necessario fare riferimento alla giurisprudenza costituzionale che ne ha interessato la recente evoluzione, per ricordare, anzitutto, che, con l'ordinanza n. 24 del 2017 e con la successiva sentenza n. 115 del 2018, la Corte ha riconosciuto il carattere *“supremo”* del principio in parola, annoverandolo tra i principi che qualificano l'identità costituzionale del nostro ordinamento⁶⁶. Questa fondamentale statuizione del Giudice delle leggi, come visto⁶⁷, rappresenta il punto di approdo di un lungo percorso che ha registrato anche stagioni in cui, attraverso una lettura minimizzante del principio di determinatezza, sono state ritenute conformi all'art. 25, secondo comma, Cost. fattispecie penali formulate in modo vago e generico⁶⁸.

Un importante contributo alla definizione dell'attuale statuto costituzionale del principio che impone al legislatore di costruire le fattispecie penali in modo chiaro e preciso è stato inoltre apportato dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha sempre condotto lo scrutinio sull'art. 7 CEDU, ragionando in termini di *prevedibilità* (ed *accessibilità*), valorizzando profondamente le esigenze di calcolabilità che la Corte costituzionale ha, in modo sempre più convincente, ricavato dall'art. 25, secondo comma, Cost. Nello stesso senso, anche la

⁶⁴ Per tutti, v. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010; e F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 maggio 2016, p. 16 ss., per cui *“se la norma in questione forma parte del diritto primario dell'Unione, nulla queatio: il Parlamento italiano ha fatto proprio tale diritto primario, mediante l'approvazione della legge di esecuzione dei trattati nel nostro paese. Se invece la norma appartiene al diritto derivato, occorrerebbe allora chiedersi se il procedimento di formazione della norma medesima rispetti quei requisiti di democraticità (garantendo in particolare la partecipazione al procedimento delle minoranze) e di trasparenza che stanno alla base della riserva di lex parlamentaria. E la risposta – verosimilmente negativa per ciò che concerne le vecchie decisioni quadro adottate nell'ambito del terzo pilastro, imperniato attorno all'idea guida di una mera cooperazione intergovernativa – non potrà, invece, che suonare positiva per quanto riguarda regolamenti e direttive, da tempo adottati in esito a una procedura di codecisione (oggi: procedimento legislativo ordinario), che prevede una partecipazione paritetica del Consiglio (espressione dei governi degli Stati membri) e Parlamento (formato dai rappresentanti, democraticamente eletti, dei popoli europei), che si svolge in maniera in larga misura trasparente e aperta al controllo della pubblica opinione, e che – per ciò che concerne specificamente le direttive in materia penale, ai sensi degli artt. 82 e 83 TFUE – prevede altresì la partecipazione degli stessi parlamenti nazionali”*.

⁶⁵ Così precisamente per I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, p. 67 ss.

⁶⁶ 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*, Jovene, 2017, p. 97 ss.

⁶⁷ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 3.

⁶⁸ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, §§ 2, 2.1, 2.2 e 2.3.

Corte di Giustizia ha di recente ricordato 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”*⁶⁹.

Al netto delle criticità di cui si è detto nel corso dello studio⁷⁰, l'analisi del contesto giurisprudenziale offre alcune garanzie a tal riguardo, posto che, ciascuna con le specificità del proprio angolo visuale, sia la Corte costituzionale che la Corte EDU e la Corte di giustizia hanno posto le basi per intraprendere un cammino autenticamente rispettoso del contenuto del principio in parola.

Riflessioni in parte diverse devono invece essere proposte con riferimento al piano normativo, in riferimento al quale va detto, anzitutto, che la presa d'atto di una legislazione, ad oggi, incapace di mettere mano ad una riforma organica del codice del 1930 non ha fatto sopire del tutto le istanze di una nuova codificazione, rimanendo vivissima – quantomeno nella percezione della dottrina⁷¹ – *“l'esigenza di un corpo normativo coerente, nel quale trovino piena espressione i valori e i principi che ispirano lo Stato democratico delineato dalla Costituzione”*.

Volgendo lo sguardo verso le singole scelte di criminalizzazione operate dal legislatore negli ultimi tempi, può sicuramente registrarsi un'attenzione maggiore rispetto al passato, specie per quel che riguarda la valorizzazione del vincolo che lega la determinatezza delle fattispecie penali, da una parte, e la libertà di autodeterminazione, dall'altra: la previsione di una cd. *riserva di codice* introdotta dal d.lgs. n. 21 del 2018 si inserisce coerentemente in questo solco, attestando una mutata sensibilità del legislatore rispetto all'esigenza di rendere più chiaro ed organico l'intero sistema penale, sì da renderlo realisticamente uno strumento capace di orientare le scelte di azione dei consociati.

È però possibile registrare alcuni segnali di segno contrario, sui quali può essere interessante soffermarsi brevemente per ribadire, una volta di più, la portata garantistica del principio di determinatezza.

⁶⁹ Cfr. C.G., *M.A.S. e M.B.*, C-42/17, § 51.

⁷⁰ Che riguardano, più che altro, lo scarto di fondo tra la prospettiva nazionale e quella convenzionale, che si rende evidente quante volte si ragiona intorno al principio di prevedibilità della decisione giudiziale (cui la Corte EDU ricorre di frequente per ricostruire il contenuto di garanzia del principio di determinatezza): nell'ottica convenzionale, infatti, per le ragioni di cui già si è dato ampiamente conto, al giudice è riconosciuto un ruolo fondamentale, equiparabile a quello della fonte legislativa, nella precisazione del confine di illiceità penale della condotta incriminata. Un ruolo che, come rilevato dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza n. 230 del 2012, è irrimediabilmente incompatibile con l'idea, di cui si fa portavoce la riserva di legge scolpita nell'art. 25, secondo comma, Cost., che, pur esistendo spazi di discrezionalità interpretativa in sede applicativa, *“il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – [sia rimesso] all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (...), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione”* – cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto* n. 7.

⁷¹ Così, in particolare, per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, p. 33.

Nella scorsa legislatura, la Camera dei deputati ha approvato, in prima lettura⁷², una importante e controversa riforma in materia di legittima difesa⁷³, introducendo rilevanti modifiche all'art. 52 c.p., nel senso di prevedere che “*si considera legittima difesa, nei casi di cui all'art. 614, primo e secondo comma, la reazione a un'aggressione commessa in tempo di notte ovvero la reazione a seguito dell'introduzione nei luoghi ivi indicati con violenza alle persone o sulle cose ovvero con minaccia o con inganno*”. In disparte le questioni politiche, legate all'opportunità di introdurre una siffatta presunzione di legittimità⁷⁴, ai nostri fini interessa brevemente ragionare sulla scelta del legislatore di condizionare l'operatività della scriminante *de qua*, dai contorni applicativi di per sé già piuttosto confusi, al ricorrere di una condizione assai sfuggente, quale è quella legislativamente compendiata nella formula “*in tempo di notte*”.

Alla luce della premessa per cui la previsione in parola, pur non essendo inquadrabile nella categoria delle disposizioni incriminatrici, è nondimeno assoggettata, al pari di queste ultime, alla regola costituzionale della determinatezza (in quanto direttamente incidente sulla punibilità), sembrerebbe possibile individuare alcuni profili di contrasto tra la formulazione testuale proposta dal legislatore e, appunto, il principio che impone di confezionare o incidere sulle fattispecie penali in modo inequivoco, senza lasciare margini di discrezionalità eccessivamente ampi all'interprete.

Il legislatore, in effetti, non ha fornito alcun elemento per precisare l'espressione “*in tempo di notte*”, la quale sembra così, fatalmente, destinata a trovare applicazioni giurisprudenziali non univoche, perché rimessa, nella sua esatta definizione, alla discrezionale valutazione dell'interprete, finendo così per frustrare in radice quelle fondamentali esigenze di prevedibilità e calcolabilità che il principio di determinatezza è chiamato a presidiare: da una parte, infatti, potrebbe ritenersi, con il sentire comune, che il “*tempo di notte*” va determinato, quanto al suo inizio, con il sopraggiungere del tramonto e, nella sua fine, con l'approssimarsi dell'alba; dall'altra parte, però, che l'interprete potrebbe ragionevolmente considerare realizzata “*in tempo di notte*” una condotta posta in essere, anche prima del tramonto ovvero anche dopo l'alba, in un contesto di totale oscurità (come una stanza completamente buia o un anfratto privo di qualsiasi illuminazione), e ciò al fine di valorizzare la scelta di politica-criminale sottesa all'introduzione della presunzione qui in discussione⁷⁵,

⁷² Il provvedimento, poi passato all'esame del Senato, non ha completato l'iter legislativo e, nella legislatura in corso, il testo unificato adottato, in data 3 ottobre 2018, dalla Commissione Giustizia del Senato prevede una formulazione in parte diversa, che non fa riferimento al “*tempo di notte*”, per cui “*agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone*”. La riflessione condotta nel testo conserva, in ogni caso, un suo pregio, in quanto strumentale ad una ulteriore e conclusiva sottolineatura dei rischi connessi ad una legislazione poco rispettosa del canone costituzionale della determinatezza.

⁷³ Sul tema, v., anche, M. LADU, *Qualche osservazione sulle recenti proposte di riforma in tema di legittima difesa domiciliare*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 luglio 2018; e M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)*, in *penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2018.

⁷⁴ Ci si limita qui a rilevare che il Consiglio direttivo dell'associazione italiana dei professori di diritto penale

⁷⁵ Così, per esempio, per T. TRINCHERA, *Approvata dalla Camera una proposta di riforma in materia di legittima difesa*, in *penalecontemporaneo.it*, 5 maggio 2017, p. 316, per il quale “*novella appare poi difficilmente compatibile con il canone della necessaria precisione di una norma che – per quanto non inquadrabile tra le disposizioni incriminatrici – incide così profondamente nella determinazione del confine tra condotte punibili e non punibili, stante la difficoltà – in assenza di un'indicazione legislativa che stabilisca, ad es., che le ore notturne sono quelle tra le 22 di sera e le 6 del mattino – di stabilire con nettezza quando inizi e quando si concluda il «tempo di notte», in relazione alle differenti condizioni stagionali, meteorologiche, etc. Con il risultato che, ai problemi probatori sempre associati a situazioni di allegata legittima difesa, si aggiungeranno ora anche le difficoltà di stabilire, con*

coincidente con l'esigenza di accordare un trattamento di favore a chi si trovi costretto a difendersi in condizioni di particolare vulnerabilità. Non v'è chi non veda, comunque, come nell'una e nell'altra eventualità, i margini di apprezzamento giudiziale sarebbero assai ampi e, soprattutto, svincolati da qualsiasi precisa indicazione legislativa⁷⁶. E non è senza significato ricordare, in proposito che, in senso opposto, il legislatore si era mosso, con la legge n. 94 del 2009, modificando gli artt. 186 e 187 del Codice della strada, proprio nel senso di riscrivere l'aggravante dell'aver commesso il fatto di guida sotto l'influenza dell'alcool o di sostanze stupefacenti nelle "ore notturne", con la precisazione della cornice temporale – "dopo le ore 22 e prima delle ore 7" – in cui considerare operante la fattispecie⁷⁷.

Venendo, da ultimo, all'esame del corollario che rileva nel momento applicativo della fattispecie penale - il principio di irretroattività *in malam partem*, come detto⁷⁸ – mette conto rilevare che, a fronte di una giurisprudenza costituzionale consolidata (*blindata*, verrebbe da dire, alla luce delle sentenze pronunciate dalla Corte nell'ambito della vicenda *Taricco*), che ne riconosce lo statuto di assoluta inderogabilità, i problemi interpretativi riguardano più che altro la definizione dell'ambito in cui il principio è chiamato ad operare. Ed è, infatti, su questo specifico aspetto che la Corte costituzionale si è pronunciata, nella recentissima sentenza n. 223 del 2018, con cui, discostandosi dai suoi precedenti in materia, ha messo in discussione l'idea che il divieto sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. possa operare solo con riferimento ai reati e alle sanzioni qualificati come penali dal legislatore domestico⁷⁹.

3. Conclusivamente: da Schmitt a Taricco... "la boucle est bouclée"

Poche parole ancora per una conclusiva riflessione, utile per proporre una chiave di lettura finale dell'intero percorso di studio qui presentato.

I primi passi dell'indagine sono stati posti, come si è visto, muovendo da quell'originale spunto di Carl Schmitt che, nel suo "Un giurista davanti a se stesso", aveva ragionato degli intrecci tra il diritto penale e il diritto costituzionale, interrogandosi sulla possibilità di considerare anche il primo come parte del secondo. Tutti i successivi approfondimenti – dall'esame delle origini storico-filosofiche del principio di legalità, alla sua recente integrazione con le Carte sovranazionali, passando per la sua complessa evoluzione nel sistema domestico – sono stati condotti, con l'esplicitato intento di incamminarsi proprio sul

L'aiuto dei testimoni, se al momento del fatto... fossero o meno già calate le tenebre (dovrà ritenersi, ad es., che un fatto realizzato alle cinque e mezza di un uggioso pomeriggio di gennaio sia stato commesso «in tempo di notte»?).

⁷⁶ In questo senso, anche per E. MAZZANTI, *Il legislatore, il giudice e l'allodola. Qualche parola (di troppo?) sulla proposta di riforma della legittima difesa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, p. 5 ss., "l'elemento più bizzarro, dal punto di vista formale, è certamente quell'«in tempo di notte», locuzione ai confini dell'onirico, sospesa tra suggestioni letterarie e reminiscenze arboriane di metà anni Ottanta. Locuzione, a ragionare in termini giuridicamente più stringenti, in palese contrasto col principio di determinatezza, che richiede la formulazione precisa e intelligibile delle norme penali; anche di quelle che, pur non introducendo nuovi reati, incidano sull'area di applicabilità di un reato già esistente (in questo caso, tanto più 'si estende' la norma sulla difesa legittima, tanto più, simmetricamente, 'si riduce' quella sull'omicidio o sulle lesioni personali). È evidente che una scriminante ancorata al vaghissimo requisito del «tempo di notte» darebbe vita ad un eccentrico 'diritto penale orario', dal perimetro soggetto a costante - giornaliero! - mutamento.

⁷⁷ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 1.1.

⁷⁸ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 4.

⁷⁹ Cfr. *supra* Cap. III, Sez. II, § 4.2.

terreno delle interazioni tra la materia criminale e i principi dettati dalla Costituzione, per proporre una analisi in chiave costituzionale delle regole che governano il magistero punitivo statale⁸⁰.

Si è cercato, in altre parole, di approcciare l'art. 25, secondo comma, Cost., tenendo a mente che, lungi dall'essere un principio che spiega effetti nella sola *insula penalistica*⁸¹, esso esprime un “*principio supremo dell'ordine costituzionale, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo*”⁸² e, in quanto tale, in ragione della sua eccezionale rilevanza sistematica, intercetta questioni di primario interesse proprio nella prospettiva costituzionalistica.

Peraltro, si potrebbe suggestivamente ricordare che intorno all'idea che esista un “*diritto penale-costituzionale*” è sembrata convincersi anche la Corte costituzionale che, utilizzando questa stessa locuzione, in alcune tra le sue più importanti decisioni sul principio di legalità in materia penale⁸³, ha ragionato degli effetti temporali del proprio intervento sulle cd. *norme penali di favore*, escludendone la retroattività (sfavorevole) nei confronti degli imputati dei rispettivi procedimenti *a quibus*.

La recente vicenda *Taricco*, su questa stessa linea, consente di rimarcare quanto sia importante interrogarsi, sulle problematiche derivanti dall'applicazione delle fattispecie penali e dalla conseguente evoluzione del principio del *nullum crimen*, (anche) nella prospettiva del diritto costituzionale⁸⁴: proprio con l'ordinanza n. 24 del 2017 e con la sentenza n. 115 del 2018, sbarrando definitivamente la strada all'ingresso nel nostro ordinamento della *regola Taricco*, la Corte ha ampiamente valorizzato il portato della tradizione illuministica nella materia penale, ribadendo il principio per cui l'attività giurisdizionale è assoggettata alla legge e, allo stesso tempo, ripudiando frontalmente l'idea che i “*tribunali penali possa[no] essere incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire*”⁸⁵. E non deve quindi sorprendere, in questo senso, che i Giudici costituzionali si siano esplicitamente riferiti, nell'ultima pronuncia citata, al contributo fornito dalla “*comunità dei giuristi nel vasto dibattito dottrinale seguito alla sentenza*”⁸⁶ della Corte di giustizia, con ciò attestando autorevolmente la proficua attività di confronto e sinergia che ha

⁸⁰ In uno scritto dedicato al ricordo del Prof. Giorgio Marinucci, il Prof. Valerio Onida sottolineava l'importanza di approcciare il diritto penale richiamando “*il senso e le ragioni dei principi costituzionali che reggono il diritto penale, e che affondano le loro radici nei presupposti filosofici e politici dello Stato costituzionale democratico e della politica criminale che ne deriva*” – in *Ricordando Giorgio Marinucci, Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2014, p. 32.

⁸¹ Qui richiamando una felice espressione più volte utilizzata da F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quad. Fior.*, II, 2007, p. 1286.

⁸² Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 2 e 4*.

⁸³ Ampiamente esaminate nel corso dello studio: Corte cost., sent. n. 148 del 1983, n. 28 del 2010 e n. 5 del 2014.

⁸⁴ Tra le molte sentenze della Corte costituzionale richiamate nel corso dello studio, è possibile in conclusione e nella prospettiva segnalata nel testo, ricordare la sentenza n. 236 del 2016, con cui la Corte, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 567, II comma, c.p., ha dimostrato una attenzione particolare alle esigenze costituzionali racchiuse nell'art. 27, primo e terzo comma, Cost. (come autorevolmente osservato da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Corte sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017).

⁸⁵ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 9*.

⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, *Considerato in diritto n. 12*.

contraddistinto le riflessioni dottrinali, tra costituzionalisti e penalisti⁸⁷, sulle problematiche emerse nella vicenda originata dalla sentenza della Corte europea del settembre 2015.

In definitiva, allora, parafrasando *Schmitt* e tenendo a mente *Taricco*, sembra possibile concludere che “*la boucle est bouclée*” e che il diritto penale è senz’altro – a questo punto, senza incertezze o cautele di sorta – diritto costituzionale.

⁸⁷ Su questo tema, si vedano le acute riflessioni di M. D’AMICO, *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, p. 254 ss.

Bibliografia

- AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, (a cura di) C. Amalfitano, Giuffrè, Milano, 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, Torino, 2017.
- AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 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, Ed. Sc., 2016.
- AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali* (a cura di) A. Barbera e T. Giupponi, Bologna, 2008.
- AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) M. Donini e M. Papa, Milano, 2007.
- 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., *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.*, 2014, II.
- ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957, I.
- 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*, 20 marzo 2018.
- ALBERTI A., *La legge di conversione: un nuovo tipo costituzionale?*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 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, Ist. Enc. It., 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.*, 2014, I.
- ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007.
- ALLEGREZZA S., *Commento all'art. 4 del Protocollo n. 7*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagreblesky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012.
- 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 *www.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, Torino, 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 *penalecontemporaneo.it*, 19 luglio 2018.
- 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*, 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 *Cass. Pen.*, 2017.
- ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995.
- 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 *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013.
- ARCONZO G., *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 2/2013.
- 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*, 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, Milano, 1990.
- BARGIS M., *Appendice di aggiornamento al compendio di procedura penale*, in *shop.wki.it*, 2017.
- BASILE E., *Brevi note sulla nuova direttiva PIF*, in *penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2017.
- BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018.
- BASILE F., *La prescrizione che verrà*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 maggio 2017.
- BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, n. 1/2016.
- BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924.
- BENUSSI C., *La riforma Severino e il nuovo volto della corruzione*, in *Corr. Merito*, 4/2013.
- 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. e 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, Padova 2001.

- 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2018.
- BERNARDI S., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 8 maggio 2017
- BERTOLINO M., *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, Milano, 2018.
- BESTAGNO F., *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015.
- BIGNAMI M., *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2014.
- BILANCIA F., *La legge e l'interesse generale: un paradigma di etica costituzionale?*, in *costituzionalismo.it*, 2005.
- BIN L., *La prima sentenza "post Taricco" della Cassazione*, in *archiviopenale.it*, gennaio 2016.
- 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, Torino, 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 *penalecontemporaneo.it*, 30 ottobre 2017.
- 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 *Osservatoriodellefonti.it*, fasc. 3/2010.
- BIONDI F. – ZANON N., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, 2014.
- BIONDI F. – LEONE S., *Il Governo "in" Parlamento. Evoluzione storica e problematiche attuali*, in *Rivista AIC*, 1/2012.
- 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., *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 "Cappato"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 luglio 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 *cortedicassazione.it*, febbraio 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*, 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*, 13 luglio 2015.
- BOLOGNA C., *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione* (a cura di) S. Bartole, R. Bin, Padova, Cedam, 2008.
- BOSCARELLI 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., *Legittima la nuova formulazione dell'art. 73, co. 5, t.u.stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016.
- BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, I, 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, Bologna 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, Milano, 1975.
- BRICOLA F., (voce) *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, XIX, 1974.
- 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. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale – Parte generale*, 6a ed., Padova, 2015.
- CAIANIELLO M., *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).
- 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*, Milano, 1911.
- CAMON A., *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016.
- CANESTRARI S., FOFFANI L., (a cura di) *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 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.
- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970.
- 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, 1990.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARNEVALE P., *Il vizio di 'evidente mancanza' dei presupposti al debutto quale causa declaratoria di incostituzionalità di un decreto legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007*, in *Giur. It.*, 2007.
- CARTABIA M., *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 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, Torino, 2011.
- CASSETTA E., *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1982.
- CASSIBBA F., *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola "Diaz- Pertini"*, in *penalecontemporaneo.it*, 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.*, n. 14/2014.
- 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"*, Ed. 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 *Quad. cost.*, 1994.
- CATELANI E., *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*, Giuffrè, Milano, 1993.
- CAVALIERE A., *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 2015*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 'cogenti 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. trecc.*, 1998.
- CELOTTO A., *L'"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997.

- CELOTTO A. e DI BENEDETTO E., *Art. 77*, in *Commentario alla Costituzione*, II, Torino, 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.
- CERESA GASTALDO M., *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015.
- 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.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018.
- CHIBELLI A., *La Cassazione e i confini di tipicità del 'nuovo' reato di atti osceni*, in *penalecontemporaneo.it*, 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. Carabia*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2016.
- 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*, maggio 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.
- CIVELLO G., *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in *www.archiviopenale.it*, gennaio 2016.
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso primissime osservazioni sul caso Contrada*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 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*, n. 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.
- 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, Milano 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, Padova, 2015.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Proc. Pen.*, 1997.
- CORTESI M. F., *Le misure di prevenzione*, in *Il sistema della prevenzione penale* (a cura di) L. Filippi – M. F. Cortesi, Torino, 2011.

- COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. Fior.*, I, 2007.
- COSTANZO P., TRUCCO L., *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta Online*, 2015, fasc. III.
- 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*, Padova, 1984
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, 6° ed., II, pt. 1, 1993.
- CUPELLI C., *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità dell’autodeterminazione alla morte*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018.
- CUPELLI C., *Reviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 1/2018.
- CUPELLI C., *La disciplina dei reati tributari ancora davanti alla Corte di Giustizia: il caso Scialdone e le soglie di punibilità*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2013.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Ed. sc., 2012.
- CURRERI S., *Il voto segreto su Berlusconi: un precedente grave e preoccupante*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 gennaio 2014.
- DAL CANTO F., *La responsabilità disciplinare del magistrato nella giurisprudenza costituzionale*, in *La responsabilità dei magistrati* (a cura di) M. Volpi, Napoli, 2008.
- D’ALESSANDRO F., *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014.
- D’ALESSANDRO G., *Una mera parvenza di legge regionale al giudizio della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010.
- 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 M. D’AMICO e F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Ed. Sc., 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, Milano, 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, Torino, 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*, Napoli, 2006.
- D'AMICO M., *Relazione introduttiva. Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, Giappichelli, 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, Napoli, 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, Bologna 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 *Quad. Cost.*, 2000, fasc. 3.
- 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., *Sulla 'costituzionalità' delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV.
- DE BLASIS S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2017.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 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, p. 1631.
- DE GASPERIS C., *Il 'nuovo' reato di atti osceni tra giurisprudenza creativa e recessività del dato letterale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 2/2015.
- 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*, 1 dicembre 2017;
- DE LIA A., *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archiviopenale.it*, fasc. 1/2017.
- DE MARCHI E., *L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p. nel processo a Marco Cappato: motivazioni e possibili scenari*, in *Giurisprudenza Penale Web*, maggio 2017.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 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, Torino, 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, Torino, 2001.
- 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*, 2017, 7-8,
- DELITALA G., (voce) *Diritto penale*, in *Enc. Giur.*, XII, Giuffrè, 1964.
- DELITALA G., *Raccolta degli scritti*, 1976, II.
- DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1964.
- DELITALA G., *Effetti penali della dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955.
- DELLA BELLA A., *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017.
- DELLA CASA F., *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta della centralità del carcere*, in *penalecontemporaneo.it*, 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., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, 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.
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *penalecontemporaneo.it*, 12 giugno 2015.
- DI GIOVINE O., *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 5 luglio 2018.
- DOGLIANI M., *Le norme prodotte dalla sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 2012.
- DOLCINI E., *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 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.*, fasc. 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*, n. 1/2018.
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e le sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 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 *penalecontemporaneo.it*, 11 dicembre 2014;
- ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 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*, Milano, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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., *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*, Padova, 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, Milano, 2011.
- FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, (a cura di) M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009.
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, 2007, II.
- 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, Enc. Giur., 2018.
- FIDELBO M., *La cooperazione rafforzata come modalità d’istituzione della Procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 21 novembre 2016.
- FIDELBO M., *Il principio del ne bis in idem e la sentenza ‘Grande Stevens’: pronuncia europea e riflessi nazionali*, in *dirittopenaleeuropeo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 8 febbraio 2017.
- FINOCCHIARO S., *Gli effetti dell’abolitio criminis e della dichiarazione di incostituzionalità sul giudicato e sulla confisca*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2017.
- FINOCCHIARO S., *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 12 dicembre 2014.
- FIORE C., *Diritto penale. Parte generale.*, Utet, 2016.
- FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale – Parte generale*, 5a ed., Torino, 2016.
- FIORELLA A., (voce) *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987.
- FIORENTIN F., *Parla il “Gindice 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2014.
- FLICK G. M., *Decreto legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 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., 2007.
- FOIS S., *La riserva di legge*, Milano, 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.
- GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 2014.
- GALGANI B., *Le vicende dell'incandidabilità nella dialettica tra garanzie costituzionali: distingue frequenter*, in *Archiviopenale.it*, 2014.
- GALLO D., *La Corte costituzionale chiude la ‘saga Taricco’: tra riserva di legge, opposizione de facto del controlimite 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 *penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018.
- GALLO M., *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, I, Torino, 2014.
- GALLO M., *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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.*, fasc. 2/2017.
- GAMBARDELLA M., *“Legge Severino” in materia di incandidabilità sopravvenuto e divieto di retroattività convenzionale (art. 7 C.e.d.u.)*, in *Archiviopenale.it*, 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.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 7 maggio 2018.

- GATTA G. L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016.
- GATTA G. L., *Il diritto e la giustizia penale davanti al dramma dell'amianto: riflettendo sull'epilogo del caso Eternit*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015.
- 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 *Archiviopenale.it*, 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 costituzionale*, 2017.
- GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della 'legge quadro' n. 234 del 2012*, in *penalecontemporaneo.it*, 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*, Milano, 1989.
- GRASSO G., *Controllo sulla rispondenza della realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. Cost.*, 1981, I.
- GRASSO G., GIUFFRIDA F., *L'incidenza sul giudicato interno delle decisioni della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2015.
- GRIGLIO E., *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005.
- GROPPI T., *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in *Federalismi.it*, 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.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1992.
- GUIDO E., *Condizioni di applicabilità della custodia cautelare in carcere e retroattività dello ius superveniens di favore*, in *penalecontemporaneo.it*, 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.

- 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*, Ed. Scientifica, 2015.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.
- KELSEN H., *La garantie jurisdictionnelle 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. – VIGANÒ F., *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *forumcostituzionale.it*, 17 marzo 2016.
- LASALVIA F. P., *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Archiviopenale.it*, 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.
- 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., *Concorso esterno nei reati associativi – Voce per il libro dell'anno Treccani 2017*, Enc. 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 2015.
- LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017.
- LIBERALI B., *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017.
- LIPPOLIS V., *Art. 66*, in *Commentario della Costituzione*, (diretto da) G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1986.
- LO MONTE E., *Il commiato della legalità: dall'anarchia legislativa al 'piroettismo' giurisprudenziale*, in *Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2013.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 30 giugno 2016.

- LUCIANI M., *Diritto penale e Costituzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 ottobre 2018.
- LUCIANI M., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 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.it*, 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.
- 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, Roma, 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 giurisdizionale 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, Torino, 2015.
- 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.it*, 25 giugno 2018.
- MANCUSO A. M. – VIGANÒ F., *Art. 4 Prot. n. 7 – Diritto a non essere giudicato o punite due volte*, in (a cura di) F. Viganò – G. Ubertis, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016.
- MANES V., *Dalla 'fattispecie' al 'precedente': appunti di 'deontologia ermeneutica'*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. It. Dir. e 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 controllimiti. 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015.
- MANES V., *Il ruolo 'poliedrico' del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. Pen.*, fasc. 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 giurisdizionale" 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 *penalecontemporaneo.it*, 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, Padova 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. e ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge cd. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 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.

MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2016.

MANNA A., *L'incandidabilità sopravvenuta nel corso del mandato parlamentare e l'irretroattività della norma penale*, in *Archiviopenale.it*, 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.it*, 25 ottobre 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., Padova, 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, Bologna, 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, Milano, 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 *penalecontemporaneo.it*, 11 ottobre 2017.

MARCENÒ V., *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, 28 marzo 2018.

MARCENÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 gennaio 2018.

MARCENÒ V., *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 2014, I.

MARCENÒ V., *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Giappichelli, 2013.

MARCENÒ V., *L'eterogeneità delle disposizioni come 'male' da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2012.

MARCENÒ V., *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Jovene, 2009.

- MARINI F. S., *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, 6 febbraio 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 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 *forumcostituzionale.it*, 30 gennaio 2016.
- MARTUFI A., *La minaccia dei controlli e la promessa del dialogo: note all’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2017.
- 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 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3/2017.
- 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *www.archiviopenale.it*, ottobre 2016.
- MAZZA O., *L’insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 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., *La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 febbraio 2016.
- 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2015.

- 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 *penalecontemporaneo.it*, 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, Torino, 2011.
- MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2017.
- 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.
- 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 *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2017.
- MOCCIA S., *La lotta alla criminalità organizzata*, in *La difficile antimafia* (a cura di) M. Vallefucio, 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., *Decreazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. Una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11 luglio 2014.
- MODUGNO F., (voce) *Fonti del diritto*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 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*, Milano, 1971.
- MONTALENTI P., *Abusi di mercato e procedimento Consob: il caso Grande Stevens e la sentenza CEDU*, in *Giur. comm.*, 2015, I.
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970.
- 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, Milano 2015.
- MOSCATA M., *La riserva di legge in materia penale... un principio tiranno?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2011.
- MUCCIARELLI F., *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la Corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e proporzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 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, Milano, 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 23 giugno 2017.
- NARDOCCI C., *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in *Federalismi.it*, 13 settembre 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*, 2015.
- 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 precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in *penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2016.
- 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 *Archiviopenale.it*, 2014.
- 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, Milano, 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, Padova, 1982.
- NUVOLONE P., *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e 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, 1985.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, 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., *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Lalegislazionepenale.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 *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3/2016.
- PALAZZO F., *Il principio di legalità. Tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *LalegislaZIONEpenale.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 *penalecontemporaneo.it*, 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 costituzionale italiana*, (a cura di) N. Zanon, Napoli, 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.*, Torino, 1993.
- PALAZZO F., *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, 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, Milano, 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: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2010.
- PALIERO C. E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. e 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 chiarite e questioni aperte a dieci anni dalle sentenze "gemelle"*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 1/2018.
- PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4/2016.
- PAPA M., *Dal Codice penale 'scheumorfico' alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 maggio 2018.
- PATRONI GRIFFI F., *Prefazione*, in I. Nicotra (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 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, Torino, 1990.
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1975,

- PEDRAZZI C., *Sentenze 'manipolative' in materia penale?*, in *Riv. it. Dir. e Proc. Pen.*, 1974.
- PEDRAZZI E., *Lo sciopero nella legge penale*, in *Atti del convegno nazionale di studi di diritto e procedura civile*, Milano, 1964.
- 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., *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, Napoli, 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 *penalecontemporaneo.it*, 2017.
- PELLIZZONE I., *Absenza 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.
- 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 *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2016.
- PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.
- PICCIRILLI G., *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 16 marzo 2017.
- PICOTTI L., *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, Milano, 2011.
- PIERANDREI F., (voce) *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 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., *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 *ConsultaOnline.it*, 1/2015.
- 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.
- 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*, Milano, Giuffrè, 2008.
- PIZZETTI F. G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2004.
- PONTI B., *La incandidabilità e gli effetti della estinzione del reato*, in *Giornale Dir. amm.*, 4/2014.
- PUGIOTTO A., *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, CEDU e Costituzione)*, in *Rivista AIC*, 2013.
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994.
- PULITANO' D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 luglio 2018.
- PULITANO' D., *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenzapenale.it*, 2017.
- PULITANO' D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017.
- PULITANO' 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.
- PULITANO' D., *Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016
- PULITANO' 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.
- PULITANO' 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
- PULITANO' D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2015.
- PULITANO' D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2015.
- PULITANO' D., *Il nodo della prescrizione*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2014.
- PULITANO' D., *Diritto penale*, V ed., 2013.
- PULITANO' D., *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013.
- PULITANO' D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011.
- PULITANO' D., *Principio d'eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007.
- PULITANO' D., *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2006.
- PULITANO' D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983.
- PULITANO' D., *La 'non punibilità' davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro.it*, 1983.
- PULITANO' D., *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1982, IV.
- 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.
- RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2011.

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.

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 *penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2014.

REDENTI R., *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 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 *penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015, p. 11.

RIVELLO P., *Su una pronuncia della Corte costituzionale in materia di diritto penale militare*, in *penalecontemporaneo.it*, 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., *Fiducia parlamentare (voce)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, aggiornam.*, Utet, Torino, 2008.

RIVOSECCHI G., *Art. 65*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di) R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, UTET, 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 it.*, 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 it.*, 2007, I.

ROMEO G., *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta; note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014.

ROMEO G., *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena 'incostituzionale'*, in *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2014.

ROMEO G., *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *penalecontemporaneo.it*, 16 aprile 2012.

ROMEO G., *Le Sezioni Unite sul regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare: un revirement giurisprudenziale*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 giugno 2011.

RONCO M., *L'istigazione o l'aiuto al suicidio*, in *Centrostudiliviatino.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 *quotidianogiuridico.it*, 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 *www.penalecontemporaneo.it*, 7 febbraio 2014.
- 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*, 19 luglio 2016.
- RUGGERI A., *Venuta alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III/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 controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 24 febbraio 2017.
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 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*, 29 novembre 2014.
- RUGGERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata 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.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2014.
- SALAZAR L., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura Europea (EPPD)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 ottobre 2017.
- SALERNO G. M., *Art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, (a cura di) V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, 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 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.
- SCACCIANOCE C., *La Riforma 'Orlando' e la semplificazione del sistema delle impugnazioni. Dalla 'specificità' dei motivi alla struttura 'mutevole' dell'appello*, in *Archiviopenale*, 3/2017.
- SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra le Corti in materia penale*, in *Cass. Pen.*, 2015.

- 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *Forum di Quaderni costituzionali*, 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.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2011.
- SCOLETTA M., *L’irragionevole insindacabilità dell’arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. Cost.*, 2009.
- 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 *Giur. it.*, 2012.
- SERRAINO M., *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.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 25 luglio 2011.
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell’Unione europea*, Milano, 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*, n. 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 *penalecontemporaneo.it*, 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*, Milano, 2007.
- 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, Torino, 2011.
- SPANGHER G., *Parere pro veritate depositato presso la Giunta per le elezioni e le immunità del Senato il 30 agosto 2013*, in *Federalismi.it*, 2013.
- SQUILLACI E., *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *Archiviopenale.it*, 2014.

- STAIANO S., *Trasformazioni dei partiti e forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 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*, 28 febbraio 2018
- 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.
- TORRETTA P., “Legge Severino”. La Corte conferma la sua legittimità costituzionale”, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2017.
- TORRETTA P., *L’incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Ed. Sc., 2015.
- TRAPANI M., (voce) *Legge penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990.
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983.
- TRINCHERA T., SASSAROLI G., MODUGNO F., *Manipolazione del mercato e giudizio di accertamento del pericolo concreto: il caso FLAT*, in *penalecontemporaneo.it*, 24 settembre 2013
- TRINTI G., *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell’imputato. Possibili prospettive di mitigazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 marzo 2014.
- TROISI P., *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2015.
- VALSECCHI A., *La Corte costituzionale fornisce alcune importanti coordinate per un’interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di stalking*, in *penalecontemporaneo.it*, 23 giugno 2014.
- VAN DIJK P., VAN HOOFF 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*, Milano, 1996.
- VASSALLI G., (voce) *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994.
- VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, 1972.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 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.
- VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 ottobre 2017.
- VIGANÒ F., *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *penalecontemporaneo*, 23 ottobre 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 *penalecontemporaneo.it*, 13 settembre 2017.
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Riv. It. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 3/2017.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Corte sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2017.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 31 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), Bologna 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., *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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, fasc. 9/2017.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 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, Torino, 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 *penalecontemporaneo.it*, 22 febbraio 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 *penalecontemporaneo.it*, 16 maggio 2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppi binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia id abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 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 *penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2016.

- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani. Riflessioni de lege lata e ferenda sull'impatto della sentenza Grande Stevens nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1/2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 9 aprile 2015.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem: la sentenza Grande Stevens è ora definitiva*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1/2014.
- VIGANÒ F., *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Il libro dell'anno Treccani*, (diretto da R. Garofoli e T. Treu), Ist. Enc. It., 2014.
- VIGANÒ F., *Riserva di legge in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Enc. Treccani, 2014.
- VIGANÒ F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3/2013.
- 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 *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile 2012.
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *penalecontemporaneo.it*, 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 *penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011.
- VINCIGUERRA C., *Il principio del ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte Edu*, in *Dir. prat. trib.*, 2015.
- 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, 1988.
- ZAGREBELSKY G. – MARCENO' V., *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, 2018.
- ZAGREBELSKY G. – MARCENO' V., *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, 2018.
- ZAGREBELSKY 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 costituzionale*, maggio 2015.
- ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 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*, Torino, 1924.
- 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., *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., *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, (a cura di) L. Zilletti, F. Oliva, Pisa, 2007.

ZIRULIA S., *Riforma Orlando: la "nuova" prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017.

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 *penalecontemporaneo.it*, 21 aprile 2017.

Ringraziamenti

Non posso che partire ringraziando la Prof.ssa Marilisa D'Amico e la Prof.ssa Francesca Biondi, che mi hanno guidato sapientemente lungo i mesi del dottorato, ciascuna con il proprio ruolo e con il proprio stile: nel raccogliere i loro consigli mi sono spesso trovato a dover seguire *“due soli”*, come direbbe il *Poeta*, con la consapevolezza quindi di trovarmi in una posizione di indubbio privilegio, che mi ha fatto crescere, come studioso e come persona, ben oltre le mie iniziali aspettative.

Un grazie sincero lo devo poi alle colleghe e ai colleghi con cui ho condiviso i locali del dipartimento di diritto pubblico dell'Università Statale, che mi hanno accolto con affetto e disponibilità: a chi, come Irene e Stefania più di tutti, mi ha trattato da fratello minore (anche da figlio in alcune occasioni), avendo sempre parole di supporto, non solo per questioni lavorative, mi sento di rivolgere un grazie carico di emozioni, circondato da mille sorrisi.

A Cecilia e Nannerel, poi, che sono amiche prima che colleghe, voglio rivolgere un pensiero particolare: con loro ho scherzato, discusso, studiato (ogni tanto), brindato (spesso), attraversato imperscrutabili *“pedestrian areas”* in Germania, anche sognato nei momenti più dolci... con loro due, in altre parole, ho costruito, mese dopo mese, *“sola dopo sola”*, un rapporto che durerà senz'altro a lungo e che saprà coprire le distanze che le nostre scelte di vita inevitabilmente creeranno tra di noi.

Ai miei fratelli e ai miei genitori vorrei dire tante cose, mi limito qui ad una brevissima riflessione, che mi viene dal cuore mentre scrivo guardando la foto che il papà tiene sulla sua scrivania in ufficio: tutti noi sette, sorridenti, con lo sguardo rivolto verso l'alto. Il tempo passa e la vita sembra aver tracciato per ciascuno di noi un percorso ben preciso, che ci porta ad essere vicini e lontani, lungo le stagioni, forse anche oltre le nostre volontà... quello *“sguardo verso l'alto”* è stato e continuerà ad essere un formidabile strumento per pensare al futuro, vedendoci insieme, felici per le occasioni di gioia e uniti nei momenti di difficoltà.

Concludo, infine, con i pensieri più importanti: alla mia coinquilina, che ha sopportato, con elegante pazienza, le mie anomale e spesso discutibili abitudini domestiche; alla mia migliore amica, che tanto mi ha consigliato, riuscendo ad accompagnarmi in territori dello spirito profondi, prima inesplorati; alla mia compagna, cui mi legano forze ed emozioni vigorose, forse ineffabili ma incommensurabili nella loro consistenza e resistenza... a Gionni, insomma, che è tutte queste tre persone insieme, la cui umile e ostinata tenacia fa risuonare in me le parole di quell'antico brocardo latino per cui *“gutta cavat lapidem, non vi sed saepe cadendo”*...

