

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTI E ISTITUZIONI
CICLO XXXII



**LA «MATERIA PENALE» NEI RAPPORTI FRA DIRITTO
LEGISLATIVO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE NAZIONALE,
CONVENZIONALE ED EUROPEO.**

Tutor

Chiar.mo Prof. Enrico Grosso

Candidato

Ruggero Rudoni

Coordinatrice del dottorato

Chiar.ma Prof.ssa Gabriella Margherita Racca

ANNI ACCADEMICI 2016-2019

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE:
IUS 08 – DIRITTO COSTITUZIONALE

INDICE

PREMESSA	<i>pag.</i> I
----------------	------------------

CAPITOLO INTRODUTTIVO

IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE CONVENZIONALE ED EUROPEO NELLA DINAMICA DEI RAPPORTI FRA LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE	1
1. L'interesse costituzionalistico di uno studio sui rapporti fra diritto <i>legislativo</i> e diritto <i>giurisprudenziale</i> in «materia penale»	2
2. Contestualizzazione dello studio: il concetto di <i>crisi della legalità nazionale</i> e le sue diverse accezioni.....	3
2.1. La crisi della legalità come crisi della <i>legge</i>	4
2.2. ... come crisi del <i>Legislativo</i> (potere).....	5
2.3. ... come crisi della <i>legislazione</i>	7
2.4. ... come crisi della <i>qualità legislativa</i>	8
2.5. ... come crisi dell' <i>ordine</i> del sistema delle fonti del diritto fondato sulla <i>legalità</i>	9
2.6. ... come causa del sorgere di nuove esigenze di cd. <i>governance</i> del diritto.....	10
2.7. ... come elemento concorrente alla ridefinizione del ruolo ricoperto dalla <i>giurisdizione</i> rispetto alla <i>legislazione</i> (rinvio).....	11
3. Il significato della <i>crisi del principio di legalità penale</i>	12
3.1. I fattori di crisi connessi all'attività normativa del Governo.....	13
3.2. I fattori di crisi connessi all'esercizio di potestà giurisdizionali.....	14
3.2.1. Legalità penale e giurisdizione costituzionale.	15
3.2.2. Legalità penale e giurisdizione comune.....	18
4. Giurisprudenza sovranazionale e «rafforzamento» delle giurisdizioni nazionali.	21
4.1. La <i>posizione</i> del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo nell'ordinamento nazionale.	22
4.1.1. La <i>posizione</i> del diritto giurisprudenziale convenzionale.....	22

4.1.2. La <i>posizione</i> del diritto giurisprudenziale europeo.	24
4.2. Il <i>rilievo</i> del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo nell'esercizio della funzione giurisdizionale.	25
4.2.1. Il rafforzamento della <i>giurisdizione comune</i> : pluralismo delle fonti, strumenti interpretativi e tecniche decisorie.	26
4.2.1.1. I nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare violazioni delle garanzie convenzionali.	27
4.2.1.2. I nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare violazioni del diritto europeo.	28
4.2.1.3. In particolare, i nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare incisioni a diritti fondamentali riconosciuti nella CDFUE.	29
4.2.1.4. (Segue.) Il sistema delineato nella più recente giurisprudenza costituzionale per le ipotesi di concomitante contrasto del diritto interno con la Costituzione e con la CDFUE.	30
4.2.2. Il rafforzamento della <i>giurisdizione costituzionale</i> : sindacato di costituzionalità, discrezionalità legislativa e tutela dei diritti fondamentali.	31
4.2.2.1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale parametro «esplicito» o «implicito» di costituzionalità.	32
4.2.2.2. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale concausa del crescente attivismo della Corte costituzionale.	33
4.2.3. Rafforzamento delle giurisdizioni nazionali e separazione dei poteri dello Stato (cenni).	34
5. Precisazione sull'oggetto dello studio: l'incidenza della giurisprudenza delle Corti europee sul sindacato di costituzionalità nella materia del diritto punitivo.	36

CAPITOLO PRIMO

DIRITTO PUNITIVO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.	39
1. Premessa: l'elaborazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di un proprio linguaggio giuridico.	40
1.1. La <i>sussidiarietà</i> del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali.	42
1.2. L'opera giurisprudenziale di definizione dell'ambito applicativo e del contenuto delle garanzie riconosciute nella Convenzione e nei relativi Protocolli.	44
1.2.1. I criteri ermeneutici adottati.	44
1.2.2. L'utilizzo di nozioni cd. autonome.	45
1.2.3. La definizione del contenuto delle garanzie convenzionali.	46

1.2.4. <i>Excursus</i> : il «margine di apprezzamento» quale strumento di <i>judicial restraint</i> (cenni).	47
2. La nozione di «materia penale» e l'estensione delle garanzie penalistiche al diritto sostanzialmente punitivo.	48
2.1. L'approccio sostanzialistico e l'elaborazione dei cd. <i>Engel criteria</i> .	50
2.1.1. Il primo criterio: la <i>qualificazione formale</i> negli ordinamenti giuridici nazionali.	50
2.1.2. Il secondo criterio: la <i>natura</i> dell'infrazione.	51
2.1.3. Il terzo criterio e la sua duplice natura.	51
2.1.3.1. Il sotto-criterio della <i>gravità</i> della sanzione.	52
2.1.3.2. Il sotto-criterio della <i>natura</i> della sanzione.	52
2.1.4. I rapporti fra secondo e terzo criterio.	53
2.1.5. Il <i>leading case Engel e altri c. Paesi Bassi</i> .	54
2.2. L'estensione giurisprudenziale dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche al diritto sanzionatorio extra-penale.	55
2.2.1. Illeciti e sanzioni amministrativi.	55
2.2.1.1. Alle «origini» dell'estensione: il caso <i>Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca</i> e gli illeciti relativi a violazioni del codice della strada.	56
2.2.1.2. Ipotesi ulteriori di «espansione» della <i>materia penale</i> : in particolare, diritto amministrativo sanzionatorio e <i>authorities</i> .	57
2.2.1.3. Un primo esempio: gli illeciti e le sanzioni per la violazione di norme in materia di concorrenza e il caso <i>Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia</i> .	58
2.2.1.4. Un secondo esempio: gli illeciti e le sanzioni per le condotte di <i>market abuse</i> .	60
2.2.1.5. (Segue.) Il caso <i>Grande Stevens e altri c. Italia</i> .	61
2.2.2. Gli illeciti e le sanzioni tributari.	63
2.2.2.1. Premessa: l'esclusione della natura risarcitoria delle cd. sovrattasse e il riconoscimento della loro natura sanzionatoria.	65
2.2.2.2. La contraddittoria evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di sovrattasse.	65
2.2.2.3. I chiarimenti forniti dalla <i>Grande Chambre</i> nel caso <i>Jussila c. Svezia</i> e il relativo seguito giurisprudenziale.	66
2.2.3. Le sanzioni disciplinari.	67
2.2.4. Le <i>diverse</i> ipotesi di confisca.	69
2.2.4.1. La confisca urbanistica e i contrasti sorti rispetto alla sua qualificazione giuridica.	69
2.2.4.2. (Segue.) L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale.	70
2.2.5. Le misure di prevenzione.	71

2.2.5.1. Il sistema delle misure di prevenzione previsto nell'ordinamento italiano.....	72
2.2.5.2. L'esclusione della natura penale delle misure di prevenzione nella costante giurisprudenza convenzionale.....	73
2.3. L'estensione giurisprudenziale dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche a istituti appartenenti (solo) formalmente al diritto processuale penale (cenni).	74
2.4. Alcune considerazioni d'insieme sull'elaborazione giurisprudenziale in tema di materia penale.	75
3. La nozione di «base legale» e il divieto di applicazione retroattiva di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli.....	76
3.1. La <i>base legale</i> convenzionale: i necessari caratteri di <i>accessibilità e prevedibilità</i>	77
3.1.1. Una <i>prima direttrice</i> di estensione contenutistica: <i>base legale</i> come <i>diritto scritto sublegislativo</i>	78
3.1.2. Una <i>seconda direttrice</i> di estensione contenutistica: <i>base legale</i> come <i>diritto giurisprudenziale</i>	79
3.2. Le ricadute di questa prospettiva nella «materia penale» e, in particolare, sulla garanzia del <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>	80
3.2.1. L'operatività della garanzia nelle ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo.....	81
3.2.2. La ricorrente giurisprudenza della Corte EDU: il mutamento giurisprudenziale sfavorevole incidente sulla <i>norma sanzionatoria</i> nel caso <i>Del Rio Prada c. Spagna</i>	82
3.2.3. Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole incidente sulla <i>norma incriminatrice</i> nel caso <i>Contrada c. Italia (n. 3)</i>	84
4. Il contenuto del <i>ne bis in idem</i> convenzionale e i sistemi punitivi di cd. doppio binario.....	86
4.1. Il riconoscimento della garanzia del <i>ne bis in idem</i> nel sistema del Consiglio d'Europa.	86
4.2. L'originaria natura eminentemente processuale della garanzia.	87
4.3. Il contenuto della garanzia.	89
4.3.1. L'applicabilità <i>ratione materiae</i> : la nozione di <i>procedimento penale</i>	90
4.3.2. Il concetto di <i>stessi fatti: idem factum v. idem legale</i>	91
4.3.2.1. I tre diversi orientamenti giurisprudenziali elaborati in origine dalla Corte EDU.	92
4.3.2.2. Il <i>leading case Zolotukhin c. Russia</i> : la Corte EDU si «conforma» alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea	94
4.3.3. Il concetto di <i>sentenza definitiva</i>	96
4.3.4. Il concetto di <i>duplicità</i> di procedimenti (rinvio).	97
4.3.5. La riapertura del processo quale eccezione all'operare della garanzia.	98
4.4. La giurisprudenza convenzionale nei casi di cd. doppio binario sanzionatorio: l'emersione del <i>criterio della connessione sufficientemente stretta fra procedimenti sanzionatori</i>	99

4.4.1. L'«origine» del criterio.	101
4.4.2. L'omessa considerazione della <i>connessione</i> fra procedimenti nella sentenza <i>Grande Stevens c. Italia</i>	103
4.4.3. Il mancato riconoscimento della <i>connessione</i> fra procedimenti in talune ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.	104
4.4.4. La valorizzazione del <i>criterio della connessione</i> operata nella sentenza <i>A e B c. Norvegia</i>	104
4.4.4.1. Gli indici della <i>connessione</i> individuati (per la prima volta) dalla Corte EDU.	106
4.4.4.2. Le peculiarità del caso di specie ai fini della valutazione in ordine alla <i>connessione</i>	108
4.4.5. La (in)coerenza degli indici della <i>connessione</i> rispetto alla <i>ratio</i> del principio del <i>ne bis in idem</i>	109
4.4.6. Il principio del <i>ne bis in idem</i> piegato ad esigenze di proporzionalità del «complessivo» trattamento sanzionatorio e di adeguatezza del coordinamento procedimentale.	112
5. Le ricadute della giurisprudenza convenzionale sul diritto punitivo interno.	115
5.1. L'interpretazione di una giurisprudenza convenzionale ai fini dell' <i>applicazione interna</i> della CEDU.	115
5.2. Giurisdizioni nazionali e <i>applicazione interna</i> della CEDU.	117
5.2.1. Il canone dell'interpretazione conforme alla CEDU.	118
5.2.2. Il sindacato di costituzionalità su norme punitive interne per violazione di garanzie convenzionali (rinvio).	119

CAPITOLO SECONDO

DIRITTO PUNITIVO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.	122
1. Premessa: i profili di interazione fra diritto europeo e sistemi punitivi nazionali e la progressiva incidenza della giurisprudenza europea.	123
1.1. Gli obblighi punitivi derivanti dalla normativa comunitaria nel sistema antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.	123
1.2. Gli obblighi punitivi di matrice europea a séguito del Trattato di Lisbona.	126
1.3. (Segue.) La particolare tutela degli interessi finanziari dell'UE e i dubbi (superati) circa la sussistenza di una competenza penale «diretta» delle istituzioni europee.	128
1.4. L'espressa riconduzione della CDFUE al diritto europeo primario e il rilievo delle relative garanzie di stampo penalistico.	129
1.5. La progressiva espansione degli ambiti di incidenza della giurisprudenza europea nella	

materia del diritto sanzionatorio.....	131
2. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto secondario.....	132
2.1. Giurisprudenza europea interpretativa e conseguenti effetti riduttivi o espansivi dell'operatività delle norme punitive nazionali.....	132
2.2. Contrasti <i>apparenti e reali</i> fra diritto punitivo nazionale e diritto europeo.	133
2.2.1. La (possibile) disapplicazione di norme interne con effetti <i>in bonam partem</i> per il reo.	134
2.2.2. La (problematica) disapplicazione di norme interne con effetti <i>in malam partem</i> per il reo.	137
2.2.3. (Segue.) La necessaria sollevazione di una questione di costituzionalità e i limiti all'intervento del Giudice costituzionale.	138
3. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto primario contenute nei Trattati istitutivi.	139
3.1. Le peculiarità del contrasto fra norme interne ed europee all'origine del caso <i>Taricco</i>	141
3.1.1. I problemi connessi alla «disapplicazione» di norme interne impeditive al raggiungimento di un risultato imposto da norme europee.....	142
3.1.2. I problemi connessi alla «disapplicazione» delle norme interne in tema di prescrizione.	143
3.2. L' <i>iter</i> motivazionale e il <i>decisum</i> della sentenza <i>Taricco</i>	144
3.2.1. Il riconoscimento di un potere di «disapplicazione» delle norme penali interne con effetti <i>in malam partem</i> e gli effetti nel tempo della pronuncia.....	145
3.2.2. L'indeterminatezza della «regola» giurisprudenziale e il rispetto dei principi di precisione e tassatività delle fattispecie incriminatrici.....	147
3.3. Il séguito giurisprudenziale interno: le questioni di costituzionalità sulla «regola <i>Taricco</i> » e il nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo ad opera del Giudice costituzionale.....	148
3.4. Le precisazioni e le correzioni apportate dalla sentenza <i>M.A.S. e M.B.</i> (cd. sentenza <i>Taricco II</i>).....	150
3.5. Le questioni rimaste inevase: il trattamento penalistico dei fatti commessi successivamente alla pronuncia della sentenza <i>Taricco</i>	152
4. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto primario contenute nella CDFUE.	153
4.1. La peculiare fisionomia delle ipotesi di contrasto fra diritto interno e norme europee recanti garanzie fondamentali penalistiche.	153
4.2. Le «dilematiche» conseguenze del contrasto: la giurisdizione comune fra disapplicazione del diritto interno e promovimento del giudizio di costituzionalità.	154
4.3. La giurisprudenza europea sulla garanzia del <i>ne bis in idem</i> quale «primo» esempio delle problematiche derivanti da un'ipotesi di contrasto fra norme interne e garanzie fondamentali europee.	154

4.3.1. <i>Excursus</i> storico: la garanzia del <i>ne bis in idem</i> nel contesto comunitario ed europeo.	155
4.3.1.1. Il riconoscimento del <i>ne bis in idem</i> transnazionale nella Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS).	155
4.3.1.2. L'incorporazione dell' <i>acquis</i> di Schengen nel diritto dell'Unione europea.	157
4.3.2. Il riconoscimento del <i>ne bis in idem</i> nazionale e transnazionale nella CDFUE.....	158
4.3.2.1. I dubbi (irrisolti) circa il rapporto fra l'art. 50 CDFUE e gli artt. 54-55 CAAS.	158
4.3.2.2. Le questioni preliminari dell'ambito di applicazione della Carta e della competenza della Corte di Giustizia in relazione ai diritti fondamentali.	159
4.3.2.3. Il contenuto del <i>ne bis in idem</i> europeo e i relativi rapporti con la corrispondente garanzia convenzionale.	161
4.3.3. La giurisprudenza europea sul <i>ne bis in idem</i> nelle ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio.	163
4.3.3.1. Il caso <i>Åkerberg Fransson</i> e alcune equivoche affermazioni del Giudice europeo.	163
4.3.3.2. I casi <i>Di Puma</i> , <i>Garlsson Real Estate</i> e <i>Menci</i> : convergenze e divergenze rispetto alla giurisprudenza convenzionale.	164
4.3.3.3. La conferma dello «slittamento» del principio del <i>ne bis in idem</i> verso esigenze di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.	167
5. Le ricadute delle pronunce della Corte di Giustizia sul diritto punitivo nazionale.	169
5.1. Giurisdizione comune e <i>nuove</i> possibilità di «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto europeo.	170
5.2. (Segue.) Regole giurisprudenziali e «disapplicazione» con effetti <i>in malam partem</i> : le problematiche aperte.	172
5.3. Rapporti fra diritto interno e diritto europeo dotato di effetti diretti: tendenze <i>accentratrici</i> nella più recente giurisprudenza costituzionale.	173

CAPITOLO TERZO

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SU NORME PUNITIVE NAZIONALI.	175
1. Diritto giurisprudenziale sovranazionale ed evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto punitivo.	176
1.1. Il controllo di costituzionalità su norme punitive quale espressione del progressivo rafforzamento della <i>giurisdizione</i> (e del <i>diritto giurisprudenziale</i>) rispetto alla <i>legislazione</i> (e al <i>diritto legislativo</i>).	178

1.2. L'esercizio della giurisdizione costituzionale nella materia del diritto sanzionatorio fra <i>obblighi sovranzionali e discrezionalità legislativa</i>	180
1.3. Sindacato di costituzionalità e <i>istanze di tutela</i> provenienti dal diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo.	182
2. Diritto punitivo in senso ampio e principio di legalità.	184
2.1. Diritto <i>punitivo</i> e principio costituzionale di <i>irretroattività</i>	189
2.1.1. Il <i>cambiamento di paradigma</i> nella giurisprudenza costituzionale in tema di confische <i>sostanzialmente punitive</i>	190
2.1.1.1. I <i>segnali</i> del mutamento giurisprudenziale in due ordinanze di manifesta infondatezza in tema di confisca per equivalente nei reati tributari.....	192
2.1.1.2. La <i>svolta</i> giurisprudenziale nel contesto di una pronuncia di incostituzionalità <i>che manipola la qualificazione sostanziale</i> di un'ipotesi di confisca prevista dal Codice della Strada.	195
2.1.1.3. <i>Excursus</i> : il necessario <i>accertamento della colpevolezza</i> quale conseguenza del riconoscimento della natura sanzionatoria di un'ipotesi di confisca.	198
2.1.2. Diritto punitivo <i>extra-penale</i> e divieto di retroattività <i>in peius</i>	202
2.1.2.1. La <i>prima</i> applicazione del principio costituzionale di irretroattività, nel rinnovato ambito applicativo, a sanzioni amministrative pecuniarie.	202
2.1.2.2. Effetti <i>riflessi</i> della condanna penale e divieto costituzionale di retroattività <i>in peius</i>	204
2.1.2.3. L'irretroattività quale <i>contenuto essenziale</i> dello <i>statuto garantistico</i> di qualunque tipologia di sanzione.....	208
2.1.2.4. L'incerto <i>rilievo</i> della <i>criteriologia Engel</i> nella definizione del perimetro della garanzia costituzionale interna.....	210
2.1.2.5. Successione nel tempo di <i>leggi punitive eterogenee</i> e garanzia costituzionale dell'irretroattività.	215
2.1.3. Esecuzione penale e divieto di retroattività <i>in peius</i>	219
2.1.3.1. La portata del nuovo orientamento giurisprudenziale.....	220
2.1.3.2. L'emersione <i>in nuce</i> di una <i>criteriologia sostanzialistica</i> autonoma per l'applicazione della garanzia costituzionale interna.	222
2.1.4. Diritto punitivo e irretroattività, fra garanzia costituzionale <i>interna</i> e garanzie <i>sovranzionali</i>	223
2.2. Diritto <i>punitivo</i> e principio costituzionale di <i>determinatezza</i>	228
2.3. Diritto <i>punitivo</i> e riserva di legge.....	230
2.4. L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. nella più recente giurisprudenza costituzionale: considerazioni conclusive.	232
3. Diritto punitivo giurisprudenziale e principio di legalità.	236
3.1. Diritto <i>giurisprudenziale</i> e portata delle garanzie fondamentali penalistiche.....	237

3.1.1. Mutamento giurisprudenziale <i>favorevole</i> , retroattività <i>in mitius</i> e giudicato penale di condanna: in particolare, la <i>sentenza n. 230 del 2012</i> della Corte costituzionale.....	238
3.1.1.1. Le ragioni dell'infondatezza delle questioni di costituzionalità riguardanti la disciplina della revoca del giudicato penale di condanna.	239
3.1.1.2. L' <i>obiter dictum</i> sullo «scarto di tutela» fra <i>legalità interna</i> e <i>legalità convenzionale</i> : osservazioni critiche.....	240
3.1.2. Mutamento giurisprudenziale <i>sfavorevole</i> , irretroattività <i>in peius</i> e prevedibilità <i>in concreto</i> delle contestazioni.....	241
3.1.2.1. L'articolato séguito giurisprudenziale interno della sentenza <i>Contrada c. Italia (n. 3)</i> : fra il riconoscimento di effetti di carattere <i>particolare</i>	242
3.1.2.2. (Segue.) ...e l'esclusione di ricadute di carattere <i>generale</i>	243
3.1.2.3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che valorizzano il canone della prevedibilità delle conseguenze penali.	245
3.1.2.4. Il divieto di applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole nell'ordinamento nazionale.	246
3.1.2.5. (Segue.) Una possibile soluzione: la valorizzazione della disciplina penalistica dell'errore inescusabile.	247
3.2. Diritto <i>giurisprudenziale</i> punitivo e incompatibilità con il diritto europeo di norme interne (direttamente o indirettamente) punitive.	248
3.2.1. Il contrasto con il diritto europeo di norme interne incidenti sulla portata di una norma incriminatrice o sanzionatoria quale nuova ipotesi di pronunce di incostituzionalità con effetti <i>in malam partem</i>	249
3.2.2. Giurisprudenza <i>comune</i> in ambito punitivo ed effetti delle pronunce della Corte di Giustizia UE.....	250
4. Diritto punitivo e principio di proporzionalità dei trattamenti sanzionatori.....	252
4.1. Proporzionalità e trattamenti sanzionatori <i>extra-penali</i>	254
4.1.1. Lo <i>statuto costituzionale</i> del principio di proporzionalità delle sanzioni extra-penali.	254
4.1.2. Il rilievo dei <i>complessivi</i> risultati sanzionatori derivanti da un cumulo punitivo ai fini della valutazione circa la proporzionalità di un <i>singolo</i> istituto.....	256
4.1.3. Le <i>nuove</i> prospettive dell'utilizzo di decisioni manipolative nella materia sanzionatoria in senso lato considerata.	257
4.2. Proporzionalità e <i>cumuli sanzionatori eterogenei</i>	259
4.2.1. La giurisprudenza costituzionale sul cd. doppio binario punitivo per la repressione degli abusi di mercato.	261
4.2.1.1. Le questioni sollevate dalla Quinta Sezione penale della Corte di cassazione. L'irrelevanza della questione formulata in via principale e comunque il carattere costituzionalmente non obbligato dell'intervento manipolativo richiesto.	262

4.2.1.2. (Segue.) La natura perplessa della questione sollevata in via subordinata e le ricadute sul piano <i>sistemico</i> di una <i>manipolazione</i> dell'art. 649 c.p.p.....	264
4.2.1.3. La questione sollevata dalla Sezione tributaria della Corte di cassazione: la perplessità della motivazione e l'oscurità del <i>petitum</i>	268
4.2.1.4. La perdurante assenza di interventi nella materia degli abusi di mercato.....	270
4.2.2. La giurisprudenza costituzionale sul cd. doppio binario punitivo in materia tributaria.	271
4.2.2.1. Le <i>precisazioni</i> di merito contenute nella <i>sentenza n. 43 del 2018</i> di restituzione degli atti al giudice <i>a quo</i>	271
4.2.2.2. Gli ulteriori <i>chiarimenti</i> (anche rispetto all'art. 50 CDFUE) nella giurisprudenza costituzionale successiva.	274
4.2.3. La giurisprudenza costituzionale sul (possibile) cumulo sanzionatorio previsto per l'inadempimento da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli.	276
4.2.3.1. I profili di attrito con la garanzia del <i>ne bis in idem</i> convenzionale evidenziati dal giudice remittente.....	277
4.2.3.2. Il riconoscimento della convergenza degli approdi della giurisprudenza sovranazionale e della giurisprudenza costituzionale in tema di cd. doppi binari punitivi.	278
4.2.3.3. L'incompatibilità con la garanzia convenzionale dell'interpretazione accolta dal giudice remittente della norma sanzionatoria extra-penale.....	279
4.2.3.4. La necessaria adozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sanzionatoria extra-penale tesa a «neutralizzare» il cumulo punitivo.	280
4.2.4. Le soluzioni elaborate dalla giurisdizione comune.	281
4.2.4.1. La definizione del <i>perimetro</i> applicativo della garanzia.	282
4.2.4.2. La verifica del <i>coordinamento</i> fra i procedimenti sanzionatori.	283
4.2.5. Problemi nell'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi convenzionali ed europei.....	286
4.2.5.1. <i>Excursus</i> : la giurisprudenza del <i>Conseil constitutionnel</i> sui cd. doppi binari punitivi.	286
4.2.5.2. Le difficoltà di un intervento da parte della Corte costituzionale.	290
4.2.6. La configurazione e l'operatività di sistemi di cd. doppio binario sanzionatorio fra <i>diritto legislativo</i> , <i>diritto giurisprudenziale</i> e <i>diritti fondamentali</i>	293
CONCLUSIONI.....	297
BIBLIOGRAFIA.....	307

PREMESSA

Il diritto penale, e più in generale il diritto *punitivo*, è stato senza dubbio uno degli ambiti maggiormente interessati, nell'ultimo decennio, dall'intervento della giurisprudenza delle Corti sovranazionali – vale a dire, ai fini che qui vengono in rilievo, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia dell'Unione europea – e dalla crescente incidenza che, sotto diversi punti di vista, la stessa ha avuto e conserva nell'ordinamento nazionale¹.

Sin dalla presente sede introduttiva occorre chiarire che, nel prosieguo, si farà riferimento alla nozione, certamente equivoca e dalle molteplici sfumature di significato, nella prassi giudiziaria così come nella dottrina, di diritto *punitivo* (o *sanzionatorio*) nella particolare accezione stipulativa di settore dell'ordinamento nazionale concernente la previsione di illeciti cui consegua l'applicazione di sanzioni aventi un contenuto definibile come punitivo-afflittivo. L'espressione, cioè, sarà utilizzata nel significato di *materia* ricomprensiva sia i reati e le pene propriamente dette, il diritto penale *stricto sensu*, sia gli illeciti e le sanzioni che a quest'ultimo ambito non sono riconducibili, e che sono variamente qualificati dal legislatore, il diritto sanzionatorio extra-penale².

¹ Sulla tematica, in generale, cfr., *ex multis*, UBERTIS G.-VIGANÒ F. (cur.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016; PALIERO C.E.- VIGANÒ F. (cur.), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013; MANES V.-ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011; SALCUNI E., *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011; NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

² Il problema della individuazione dei confini degli illeciti extra-penali è stato affrontato, in letteratura, in stretta connessione con il tema delle garanzie cui essi sono, o dovrebbero essere, assoggettati: cfr., da ultimo, fra gli altri, MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017, e MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss..

L'accoglimento di una siffatta, estesa, nozione di diritto punitivo si rivela, in effetti, opportuna anche in ragione della sempre più significativa tendenza, in atto nei sistemi giuridici europei, alla previsione di schemi procedurali sanzionatori «esterni» al diritto penale in ampi e rilevanti settori ordinamentali, fra i quali possono riconoscersi gli illeciti e le sanzioni amministrativi³, tributari⁴, disciplinari⁵ e, da ultimo, anche civili⁶.

Nel contesto della materia sanzionatoria così definita, di notevole rilievo sono le conseguenze che sono derivate, e che derivano, dall'*ingresso* nel nostro ordinamento, secondo diversi schemi e differenti costruzioni teoriche⁷, del diritto giurisprudenziale convenzionale e di quello europeo⁸. Si tratta di conseguenze che hanno investito questioni

³ La disciplina generale dell'illecito sanzionatorio amministrativo è recata, nell'ordinamento italiano, dalla legge 4 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*). Fra i numerosi studi sul tema, cfr. DELMAS-MARTY M.-TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, Parigi, 1992; PALIERO C.E.-TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Encicl. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983; CASSETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.; nella dottrina più risalente, cfr. TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1924.

⁴ Gli illeciti e le sanzioni tributarie sono previsti dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (*Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*), su cui, fra gli altri, TABET G., *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Torino, 2000.

⁵ Con l'espressione si fa riferimento a una molteplicità di sistemi sanzionatori operanti in ambiti assai differenti ed eterogenei, che non sono, invero, assimilabili né riconducibili sotto una medesima categoria: basti pensare al fatto che può parlarsi di responsabilità disciplinare sia in riferimento ad attività professionali (forense, notarile, sanitaria, ecc.) o di pubblici impiegati, sia rispetto a condotte tenute da soggetti detenuti in istituti penitenziari.

⁶ Questa nuova categoria di illeciti extra-penali si è venuta a creare a séguito della depenalizzazione realizzata dal d.lgs. 15 gennaio 2016, 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 dal «gemello» d.lgs. 15 gennaio 2018, n. 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*): cfr. GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁷ Sul tema si tornerà più approfonditamente nel prosieguo: si veda *infra*, Cap. introduttivo, § 4.

⁸ Nel presente lavoro con l'espressione *diritto giurisprudenziale convenzionale* si intende far riferimento al complesso delle pronunce della Corte europea dei diritti umani rese nell'attività di accertamento di specifiche violazioni delle garanzie recate dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CEDU, su cui, cfr. più ampiamente *infra*, Cap. primo); con *diritto giurisprudenziale europeo* si intende rimandare, invece, all'insieme delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea (si farà perlopiù riferimento a decisioni rese in sede di interpretazione del diritto europeo nell'ambito di giudizi pregiudiziali: cfr. più ampiamente *infra*, Cap. secondo); allorché si vorrà

interpretative e applicative assai complesse rispetto a istituti fondanti tale materia e aspetti centrali attinenti all'applicazione delle garanzie fondamentali che alla medesima materia storicamente sono associate⁹.

Il *topos* della perdurante tensione fra *diritto giurisprudenziale* e *diritto legislativo* nell'ambito del diritto penale in senso stretto, ovvero, detto altrimenti, fra giurisprudenza e legalità penale, costituisce un tema già analizzato in riferimento al concorso e al reciproco rapporto di legge e giurisprudenza nazionali in relazione all'operatività dei principi e delle tutele costituzionali interne, quali la riserva di legge circa le scelte incriminatrici e sanzionatorie, i principi di precisione, determinatezza e tassatività degli illeciti, il divieto di irretroattività *in malam partem*¹⁰, la retroattività *in bonam partem*¹¹, i principi di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza¹², la necessaria

rimandare genericamente a entrambi siffatti insiemi di pronunce si farà utilizzo della più ampia espressione *diritto giurisprudenziale sovranzionale*.

⁹ Per un approfondimento, anche in chiave comparatistica, si vedano i contributi apparsi nella sezione monografica, a cura di GROSSO E., del fascicolo n. 4/2019 della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*: ID., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, *ivi*, 1003-1014; RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria*. Ne bis in idem, *coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, *ivi*, 1015-1048; BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, *ivi*, 1049-1072; PROCACCINO A., *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, *ivi*, 1073-1112; PETTERUTI C., *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, *ivi*, 1113-1138; OROFINO M., *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, *ivi*, 1139-1174; CECCHERINI E.-RODRIGUEZ S., *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, *ivi*, 1175-1220; BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, *ivi*, 1221-1238.

¹⁰ Si tratta di garanzie pacificamente ricondotte dalla dottrina penalistica all'art. 25, secondo comma, Cost.: cfr., fra gli altri, GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017², 43-144; MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019, 43-123; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, 3-138.

¹¹ La Corte costituzionale ha ricorrentemente escluso che il principio di retroattività *in bonam partem* trovi copertura costituzionale nell'art. 25, secondo comma, Cost., discendendo esso dal divieto di irragionevoli discriminazioni fra situazioni eguali, e quindi in ultima analisi da un'esigenza di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*: in questo senso, Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 263; 18 luglio 2013, n. 210; e, da ultimo, sent. 21 marzo 2019, n. 63.

¹² Tali principi sono dotati di rango costituzionale in virtù dell'art. 27, primo comma, Cost.: nella giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364; sent. 13 dicembre 1988, n. 1085; sent. 10 gennaio 1991, n. 2.

funzione rieducativa della pena e il principio di proporzionalità¹³, nonché le garanzie del giusto processo¹⁴.

Ora, però, con l'intervento della giurisprudenza *sovranazionale*, il medesimo tema si ripropone in una veste affatto nuova, dal momento che, sempre più spesso, l'operatività di norme punitive nazionali non può prescindere dalla considerazione di pronunce giurisdizionali rese da Corti che interpretano e applicano Carte dei diritti, quali la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), recanti garanzie fondamentali di stampo penalistico (principio di legalità, divieto di retroattività dei reati e delle pene e retroattività della *lex mitior*¹⁵; diritto a un processo equo¹⁶; divieto di *bis in idem*¹⁷) solo apparentemente (*recte*, solo testualmente) corrispondenti a quelle previste dalla Costituzione italiana.

La natura dei compiti assegnati alle Corti sovranazionali, oltre che le peculiarità dei giudizi nel cui ambito esse sono chiamate a prestare la propria opera¹⁸, ha portato queste ultime a crearsi, nel corso del tempo, un proprio linguaggio e a implementare propri criteri ermeneutici, idonei a dare soddisfazione alle esigenze di giustizia emergenti nei singoli e precipi casi concreti oggetto di considerazione. Nell'interpretare i confini e la portata delle garanzie penalistiche contenute nei relativi testi normativi, la Corte europea dei diritti umani e la Corte di Giustizia hanno elaborato e adottato nozioni cd. autonome di

¹³ Il principio di proporzionalità delle pene trova tutela sul piano costituzionale per il congiunto operare degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., rappresentando esso, in effetti, un *prius* logico al principio della necessaria finalità rieducativa del trattamento sanzionatorio espressamente enunciato al medesimo art. 27, terzo comma, Cost.: cfr. Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 343; sent. 10 novembre 2016, n. 236; sent. 5 dicembre 2018, n. 222; sent. 8 marzo 2019, n. 40.

¹⁴ Siffatte garanzie hanno trovato esplicito riconoscimento nel testo costituzionale con le modifiche apportate all'art. 111 Cost. dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che ha tratto ispirazione dalle corrispondenti tutele già previste dall'art. 6 CEDU.

¹⁵ Cfr. art. 7 CEDU e art. 49 CDFUE.

¹⁶ Cfr. art. 6 CEDU e art. 47 CDFUE.

¹⁷ Cfr. art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU e art. 50 CDFUE.

¹⁸ Come si avrà modo di approfondire *infra*, rispettivamente, nel Capitolo primo e nel Capitolo secondo, la Corte europea dei diritti umani si occupa dell'accertamento di presunte violazioni delle garanzie recate dalla CEDU e dai relativi Protocolli annessi da parte degli Stati appartenenti al sistema del Consiglio d'Europa, mentre la Corte di Giustizia dell'Unione europea, fra i diversi compiti attribuiti, ha quello di interpretare il diritto europeo, nell'ambito di giudizi pregiudiziali promossi da autorità giurisdizionali di Stati appartenenti all'Unione europea.

determinati concetti e istituti giuridici: ossia, nozioni indipendenti da quelle corrispondenti adottate, nella legislazione e nella prassi giudiziaria, nei diversi ordinamenti nazionali degli Stati appartenenti alle organizzazioni internazionali nel cui contesto i predetti organi giurisdizionali sono stati istituiti¹⁹. Senza voler anticipare temi e problemi che saranno partitamente esaminati, si può però sin da ora segnalare che gli schemi interpretativi seguiti nel contesto sovranazionale, rispondendo a prospettive eminentemente sostanzialistiche, sovente collidono con le logiche prevalentemente formalistiche e, per così dire, processualistiche che reggevano, e che ancora reggono, l'ordinamento sanzionatorio nazionale.

Sotto questo profilo, il significato di taluni elementi costitutivi delle garanzie, convenzionali ed europee, penalistiche – così definite in quanto sorte ed elaborate nel campo ordinamentale tradizionalmente interessato dall'esercizio di poteri punitivi statali, vale a dire il diritto penale – e, di conseguenza, la portata delle stesse hanno assunto una «fisionomia» (*i.e.* un ambito applicativo e un contenuto) solo parzialmente coincidente, o comunque non *in toto* sovrapponibile, alle corrispettive tutele operanti sul piano interno. Proprio la necessità di ricomporre, rispetto a un determinato caso concreto, le diverse prospettive, quella formalistica-nazionale e quella sostanzialistica-sovrannazionale, ha dato origine a confusioni e attriti, talvolta persino ad aperti contrasti²⁰.

In proposito, possono menzionarsi, ma in via solo esemplificativa, le interferenze venutesi a creare rispetto alla definizione di alcune nozioni essenziali, quali quelle: (i) di *materia penale*, definente il perimetro oggettivo entro cui dovrebbero operare le garanzie penalistiche, sostanziali e processuali, estese – come si vedrà – dal diritto giurisprudenziale sovranazionale anche al diritto sanzionatorio extra-penale²¹; (ii) di *legge penale*, oggetto giuridico tenuto a individuare gli esatti contorni della fattispecie di

¹⁹ In particolare, sull'elaborazione, da parte della Corte europea dei diritti, di nozioni autonome degli istituti e dei beni giuridici previsti dai testi convenzionali rispetto ai corrispondenti istituti e beni di cui agli ordinamenti nazionali, e sulla creazione di un linguaggio giuridico proprio, cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012, 28-29, e, per una ricostruzione in chiave anche filosofica, LETSAS G., *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁰ Ciò si è verificato, ad esempio, in quella che è stata definita come «saga Taricco», sulla quale si tornerà *infra*, Cap. secondo, § 3, e Cap. terzo, § 3.

²¹ Si veda *infra*, Cap. primo, § 2; Cap. secondo, § 4; Cap. terzo, §§ 2 e 4.

illecito e le relative sanzioni in modo accessibile e prevedibile per i consociati, atto a ricomprendere, nella dimensione europea e convenzionale, non soltanto il diritto di formazione legislativa, bensì anche quello di matrice giurisprudenziale²²; (iii) di *legge penale sostanziale*, rispetto alla quale il generale principio di irretroattività trova una più rigorosa tutela qualora il *novum* normativo sia produttivo di effetti punitivo-afflittivi deteriori rispetto a quelli previsti dalla legge concomitante al fatto illecito (e/o alle altre leggi eventualmente *medio tempore* succedutesi)²³; (iv) di *sanzione penale*, che assume rilievo sotto diversi aspetti, per la necessaria prevedibilità delle conseguenze punitive derivanti dalla commissione di un illecito, per la necessaria adeguatezza alla gravità dell'illecito cui una certa sanzione è connessa, per la individuazione di un possibile cumulo sanzionatorio e altresì per la conseguente esigenza di compiere una valutazione sulla ragionevolezza di detto cumulo (cd. *test* di proporzionalità) rispetto alla fattispecie in considerazione²⁴.

Questi cenni introduttivi evidenziano, seppure sinteticamente, come le modalità attraverso cui il diritto giurisprudenziale sovranazionale sia suscettibile di produrre effetti all'interno dell'ordinamento nazionale nel campo del diritto sanzionatorio siano di particolare significato, non solamente per la scienza penalistica e processualpenalistica, ma anche, e forse soprattutto, per quella costituzionalistica, alla quale l'approfondimento di quegli effetti interessa quale esempio, per così dire, estremo della progressiva evoluzione dell'assetto costituzionale, sotto diversi e concorrenti aspetti, e specificamente sul piano delle fonti del diritto, per il rilievo del diritto di produzione giurisprudenziale ai fini dell'interpretazione e applicazione dei sistemi punitivi nazionali e, quindi, per la sua crescente interferenza con il diritto di matrice legislativa, così come sotto il profilo dei rapporti fra poteri dello Stato, in particolare Legislativo e Giudiziario, e fra le funzioni (legislazione e giurisdizione) che ai medesimi poteri sono tradizionalmente connesse.

²² Si veda *infra*, Cap. primo, § 3; Cap. secondo, § 3; Cap. terzo, § 3.

²³ Si veda *infra*, Cap. primo, § 2; Cap. secondo, § 3; Cap. terzo, § 2.

²⁴ Si veda *infra*, Cap. primo, § 4; Cap. secondo, § 4; Cap. terzo, § 4.

CAPITOLO INTRODUTTIVO

IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE CONVENZIONALE ED EUROPEO NELLA DINAMICA DEI RAPPORTI FRA LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE

SOMMARIO: 1. L'interesse costituzionalistico di uno studio sui rapporti fra diritto *legislativo* e diritto *giurisprudenziale* in «materia penale». - 2. Contestualizzazione dello studio: il concetto di *crisi della legalità nazionale* e le sue diverse accezioni. - 3. Il significato della *crisi del principio di legalità penale*. - 4. Giurisprudenza sovranazionale e «rafforzamento» delle giurisdizioni nazionali. - 5. Precisazione sull'oggetto dello studio: l'incidenza della giurisprudenza delle Corti europee sul sindacato di costituzionalità nella materia del diritto punitivo.

Affrontare secondo una prospettiva strettamente costituzionalistica lo studio dell'evoluzione dei rapporti, nella materia del diritto sanzionatorio, fra *diritto giurisprudenziale*, sovranazionale e nazionale, e *diritto legislativo* – e, quindi, fra *giurisdizioni* e *legislazione* – impone di compiere alcune precisazioni preliminari, necessarie per chiarire l'oggetto dell'analisi, per evitare fraintendimenti sulle relative finalità, e altresì per definirne il perimetro rispetto ad approfondimenti del medesimo tema condotti in una diversa chiave penalistica¹.

¹ Quali, ad esempio, quelli contenuti in PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (cur.), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8- novembre 2014*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

1. L'INTERESSE COSTITUZIONALISTICO DI UNO STUDIO SUI RAPPORTI FRA DIRITTO LEGISLATIVO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE IN «MATERIA PENALE».

Sul piano del diritto costituzionale, l'incidenza e l'influenza delle pronunce delle Corti europee assumono pregnanza, all'interno dell'ordinamento nazionale, sotto una moltitudine di aspetti: sia sotto il profilo del sistema delle fonti, stante la *posizione* attribuita a tali pronunce, nel quadro interno, dalle ricostruzioni attualmente dominanti nella giurisprudenza costituzionale; sia quanto ai caratteri e al *proprium* della funzione giurisdizionale comune, per i nuovi «spazi» interpretativi e decisorii che si aprono in considerazione di siffatta posizione; sia per i riflessi, diretti e indiretti, sull'esercizio della giurisdizione costituzionale; sia, infine, e in generale, per il ruolo, sempre più significativo, assunto, per tali ragioni, dalle giurisdizioni nazionali, comune e costituzionale, in rapporto alla legislazione, e dunque per le possibili ricadute sul concreto atteggiarsi del principio di separazione dei poteri dello Stato².

Prima di entrare *in medias res*, si rende quindi opportuno contestualizzare da un punto di vista metodologico la ricerca in oggetto in relazione alle problematiche costituzionalistiche che si sono appena richiamate, in modo da soddisfare le esigenze, inevitabilmente congiunte, da un lato, di definire il *quid* e il *quo* dell'analisi che si intende compiere e, da un altro lato, di tenere in considerazione gli orizzonti di più ampio respiro in cui quest'ultima si inserisce.

Si muoverà, quindi, da un inquadramento dello studio nell'ambito del fenomeno genericamente definito come *crisi della legalità*, di cui saranno sinteticamente valutate le diverse sfumature di significato³, allo scopo di evidenziare le particolarità che detto fenomeno acquisisce nella materia del diritto penale, e del diritto punitivo in senso ampio, e, in particolare, di chiarire in quali termini possa affermarsi che l'ingresso nell'ordinamento nazionale della giurisprudenza convenzionale ed europea operi, anche

² Le possibili prospettive di analisi, per ora solo tratteggiate, saranno meglio precisate oltre, ove si avrà modo di chiarire altresì la precipua prospettiva caratterizzante il presente lavoro: si veda *infra*, §§ 4-5.

³ L'analisi non ha ovviamente alcuna pretesa di completezza, incrociando e toccando questioni che non possono né potrebbero, di certo, essere adeguatamente istruite negli spazi necessariamente limitati che questa sede introduttiva consente, meritando di essere compiutamente sviluppate in singoli lavori monografici.

in tale precipua materia, quale fattore di rafforzamento delle giurisdizioni nazionali (e del diritto giurisprudenziale) rispetto alla legislazione (e al diritto legislativo)⁴.

2. CONTESTUALIZZAZIONE DELLO STUDIO: IL CONCETTO DI *CRISI DELLA LEGALITÀ NAZIONALE* E LE SUE DIVERSE ACCEZIONI.

Uno studio che abbia l'intenzione di analizzare il crescente rilievo assunto, sotto diversi aspetti, dal diritto giurisprudenziale in un determinato settore ordinamentale – e che abbia sullo sfondo l'evoluzione dei modi con i quali le diverse fonti di produzione del diritto, e i diversi poteri a queste correlati o da queste interessati, agiscono (*recte*, concorrono ad agire) – si intreccia, inevitabilmente, con il macrotema del fenomeno della crisi della legalità, già ampiamente approfondito nella letteratura scientifica a partire dai decenni conclusivi del secolo scorso fino ai giorni nostri⁵.

Come noto, a essere oggetto delle diverse letture e posizioni dottrinali sull'argomento, con valutazioni diverse, positive⁶ ovvero negative⁷, non è tanto l'*an*, vale a dire l'esistenza del fenomeno, ciò che quasi nessuno ormai mette in discussione, quanto semmai il *quomodo*, ovverosia le caratteristiche, talvolta anche significativamente differenti, con cui esso si presenta tanto su di un piano generale, quanto, più in particolare, nelle varie aree del diritto, ciascuna di per sé considerata. Entro un'area di significato

⁴ La tematica sarà approfondita specificamente *infra*, §§ 4-5.

⁵ Invero, come ricorda GROSSI P., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, in Id., *Ritorno al diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2015, 9, alcuni aspetti connotanti tale crisi furono anticipati da Santi Romano già nel discorso inaugurale dell'anno accademico tenuto nel 1909 presso la Regia Università di Pisa, ove quest'ultimo era docente di diritto pubblico, discorso ora raccolto in ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁶ In tal senso, ad esempio, GROSSI P., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, in Id., *Ritorno al diritto*, cit., VII ss., ove l'A. illustra sinteticamente il proprio giudizio sostanzialmente positivo, da un punto di vista storico, sulla crisi di cui si discorre, la quale costituirebbe «un processo liberatorio da pesanti ipoteche culturali ancora pressoché intatte nell'intelletto e nel cuore [...] di parecchi giuristi italiani», le quali possono essere riassunte in «un atteggiamento statalistico e legalistico di remote ascendenze illuministico-giacobine»: di qui il *ritorno*, appunto, nell'attuale tempo giuridico (secoli XX e XXI) – definito dallo stesso A. «pos-moderno» – *al vero diritto*, inteso come ritorno a una visione di esso diversa da quella che ha caratterizzato l'epoca moderna (secoli XVIII e XIX), segnata dall'«onnipotenza» del legislatore e della legge, e dunque dalla predominanza del potere politico sul diritto.

⁷ In termini sostanzialmente critici, sempre esemplificativamente, IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; ID., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.

comune, è possibile individuare diverse accezioni di crisi della legalità, le quali, di fatto, ne restituiscono la complessità, rivelando l'interagire di differenti componenti: declinazioni e specificazioni, dunque, di un poliedrico oggetto unitario⁸.

2.1. La crisi della legalità come crisi della legge.

Un primo significato enucleabile dal concetto di crisi della legalità corrisponde a quello di *declino della legge* in quanto forma giuridica di regolazione della convivenza e di composizione degli interessi emergenti nella comunità sociale⁹, per l'incisione della posizione che essa occupava nell'Europa continentale del XIX secolo, e che ancora manteneva nei primi decenni del XX secolo.

Si è osservato, dapprima, il sopravvento di Costituzioni cd. rigide – sovraordinate e non modificabili né dalla legge né da altri atti giuridici, se non per il tramite di complessi e articolati procedimenti aggravati – le quali hanno istituito sistemi di giustizia costituzionale volti a consentire il controllo di legittimità della legge medesima, non più suprema né insindacabile, bensì annullabile¹⁰. In un secondo momento, il ruolo della legge statale è stato oscurato altresì dalla concorrenza di altre forme di manifestazione del dato giuridico, aventi origine sia all'interno sia all'esterno dei singoli ordinamenti nazionali, le quali, per ragioni diverse, sono ritenute, o comunque sono state ritenute, maggiormente idonee a soddisfare gli interessi di volta in volta oggetto di

⁸ La scelta di contestualizzare la ricerca per il tramite di una declinazione del concetto di *crisi della legalità* si spiega con il fatto che tale espressione, in sé polisemica, è capace di intercettare e di contenere *in nuce* le diverse tendenze in atto nel mondo giuridico, e, fra queste, anche quelle determinate dalla penetrazione del dato giurisprudenziale convenzionale ed europeo all'interno dell'ordinamento nazionale: ciò che, a parere di chi scrive, consente di rispondere alle concorrenti esigenze di precisazione dei contenuti della ricerca e di inquadramento generale della stessa.

⁹ Cfr., fra gli altri, MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in Id. (cur.), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, 2, secondo cui il primo significato di *crisi della legge* corrisponde alla «crisi di quello che fu – nella società omogenea dello Stato liberale borghese o monoclasse – l'atto normativo primario per eccellenza o per antonomasia, generalmente accettato, produttore – come si dice – di regole generali e astratte, limiti esterni dell'attività fondamentalmente libera dei consociati».

¹⁰ Come descrive ZAGREBELSKY G. nel Capitolo secondo de *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 20 ss., si tratta del passaggio dallo «Stato liberale di diritto», uno *Stato legislativo* «che affermava se stesso attraverso il *principio di legalità*», allo «Stato costituzionale», la cui novità risiede proprio nella posizione ricoperta dalla legge, la quale, «per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione».

considerazione¹¹.

2.2. ... come crisi del *Legislativo* (potere).

La crisi della legalità, se osservata da tale angolo prospettico, è divenuta (o, meglio, può essere intesa anche come) crisi del *potere legislativo nazionale*, ben raffigurata dal venir meno della centralità dei Parlamenti nazionali quali luoghi della discussione e della decisione politica: un esito, questo, che è il risultato dell'operare di diverse forze convergenti.

Certamente, i Parlamenti nazionali hanno subito la scelta di trasferire, integralmente o parzialmente, ambiti di competenza legislativa ad altri organi rappresentativi di comunità soggettivamente e territorialmente diverse da quella nazionale, sia più ampie (si pensi all'istituzione del Parlamento europeo, le cui funzioni e il cui rilievo sono notevolmente accresciuti a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹²) sia più ristrette (ci si riferisce qui agli organi rappresentativi delle autonomie territoriali), ovvero a organi tecnici (le cd. autorità indipendenti), che sono proliferate sia in ambito nazionale sia in quello sovranazionale¹³. Ma il potere legislativo ha ceduto terreno anche nei confronti degli altri poteri dello Stato in cui si estrinseca la classica divisione tripartita

¹¹ È accaduto, così, che in certi ambiti materiali la legge statale abbia dovuto cedere il passo a fonti del diritto prodotte *ab interno* da enti territoriali autonomi (è il caso delle leggi regionali, o comunque di fonti delle autonomie locali) e, soprattutto, *ab externo* da istituzioni internazionali (è il caso, fra l'altro, del diritto già comunitario, e oggi dell'Unione europea). Ma anche ove non si è verificato direttamente il prevalere di altre fonti, e la legge è rimasta la fonte regolatrice di una determinata materia, l'indebolimento è stato indiretto, atteso che, comunque, il contenuto della stessa ha risentito, in modo sempre più pervasivo, della necessità di rispettare vincoli e obblighi derivanti da trattati internazionali, sottoscritti dagli Stati medesimi.

¹² Si tratta del *Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi*, sottoscritto in data 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore in data 1° dicembre 2009, ratificato e reso esecutivo dall'Italia con la legge 2 agosto 2008, n. 130 (*Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*).

¹³ A tali *authorities* è affidato anche il compito di regolare – o, quanto meno, di disciplinare in modo dettagliato – settori ampi e significativi, centrali nella società attuale. Sul tema, cfr. MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, 34 ss.; NICCOLAI S., *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, Pisa, 1996, 101 ss.; RUOTOLO M., *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 162 ss..

dell'età liberale, il potere esecutivo e quello giudiziario¹⁴: soffermandosi, per un istante sui rapporti con l'Esecutivo – e rinviando oltre per l'esame dell'evoluzione dei rapporti con il Giudiziario¹⁵ – deve evidenziarsi come l'indebolimento sia, di fatto, riconducibile a due differenti ordini di ragioni.

Su un versante, la perdita di rilevanza del potere legislativo è dovuta allo spazio, sempre maggiore, che esso ha lasciato all'attività normativa del Governo (o che quest'ultimo comunque non ha esitato a prendersi). Il riferimento non è ovviamente all'esercizio, per così dire, fisiologico di attività di normazione di carattere secondario, quanto all'ampio ricorso alla normazione di provenienza governativa di carattere primario¹⁶, il cui abuso è con vigore denunciato da almeno tre decenni¹⁷. Invero, anche allorchè sia effettivamente seguita la via dell'ordinario procedimento legislativo parlamentare, sovente è sempre il Governo a incidere fortemente sui contenuti del risultato normativo per il tramite di strumenti giuridici messi a disposizione dal diritto parlamentare, o comunque affinatissimi nel corso del tempo nella prassi parlamentare stessa, utilizzati con frequenza non indifferente¹⁸.

¹⁴ Sul modello liberale di divisione dei poteri e sul relativo ruolo storico, cfr., *ex multis*, BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, 20-54.

¹⁵ Si approfondirà la tematica del rafforzamento del potere giudiziario *infra*, § 4.

¹⁶ Il che ha avuto come conseguenza la «recessività del ruolo primario della legge formale ordinaria»: in proposito, cfr. MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit., 33-36.

¹⁷ Nell'ampia letteratura si vedano, fra gli altri, in riferimento ai decreti legislativi delegati, ANZON DEMMIG A., *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in AA.VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, 5 ss.; RUOTOLO M., *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, *ivi*, 41 ss. e spec. 82-91; TARLI BARBIERI G., *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, *ivi*, 93 ss.; DUILIO L., *Tendenze recenti nella delegazione legislativa*, in Zaccaria R. (cur.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo edizioni, Brescia, 2011, 117 ss.; PERTICI A., *La delegazione legislativa: dalle distorsioni (con particolare riferimento ai rapporti con i decreti-legge) alle ipotesi di riforma*, *ivi*, 150 ss; e, quanto ai decreti-legge, PIZZORUSSO A., *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996, 7 ss. e spec. 24-25; PACE A., *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, *ivi*, 27 ss. e spec. 36-37; CICONETTI S.M., *La reiterazione dei decreti-legge*, *ivi*, 61 ss.; SILVESTRI G., *Sulla conversione in legge dei decreti legge iterati e reiterati*, *ivi*, 161 ss.; ELIA L., *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, *ivi*, 187 ss.; CARROZZA P., *Uso e abuso della decretazione d'urgenza: certezza dei tempi dei lavori parlamentari e programma di governo*, in Zaccaria R. (cur.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, cit., 101 ss..

¹⁸ Ne è un esempio la pratica della posizione della questione di fiducia su un maxi-emendamento parzialmente, o addirittura integralmente, sostitutivo del testo di un progetto di legge. In tal guisa, l'attività

Su un altro versante, viene in rilievo il ruolo di particolare pregnanza ricoperto dal Governo nel suo complesso, e in rappresentanza di esso dai singoli Ministri, nelle istituzioni delle organizzazioni di diritto internazionale cui lo Stato italiano aderisce – in modo particolare, nelle istituzioni dell’Unione europea – dotate di competenze a vario titolo incidenti sulla formazione di atti giuridici recanti norme suscettibili di produrre effetti nel contesto nazionale¹⁹.

2.3. ... come crisi della *legislazione*.

Strettamente connessa a quanto si è appena illustrato, anzi quasi una diversa faccia della stessa medaglia, è poi la problematica della crisi della legislazione intesa come *funzione*. La ragione dominante di tale tendenza è da ravvisarsi nel *tramonto della statualità*, considerata come capacità degli Stati nazionali di regolare alcuni dei fenomeni sociali attualmente in atto, i quali si rivelano sempre più complessi e, al contempo, sempre meno inclini a restare confinati entro il ristretto territorio nazionale, in ragione dell’operare di processi, come la globalizzazione, caratterizzanti gli ultimi decenni²⁰.

Un *tramonto* che – lo ricorda LUCIANI – è stato il frutto non tanto di meccanismi ineluttabili e inarrestabili, quanto di scelte politiche, e talvolta anche di mancate scelte

di normazione primaria, per quanto formalmente di origine parlamentare, è invero spesso ampiamente dipendente da scelte politiche compiute dall’Esecutivo, rispetto alle quali il dibattito parlamentare raramente riesce a incidere. Ciò è accaduto, per esempio, in occasione dell’approvazione della legge di bilancio per l’anno 2019 (legge 30 dicembre 2018, n. 145) quando, proprio in relazione alle concrete modalità seguite dall’*iter* di approvazione di tale legge, è stato proposto ricorso per conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato da parte di un gruppo di parlamentari di minoranza. Il ricorso è stato deciso dalla Corte costituzionale con l’ordinanza 8 febbraio 2019, n. 17 con cui si è dichiarata l’inammissibilità dello stesso: cfr., fra i molti contributi dottrinali apparsi sulla pronuncia, RUGGERI A., *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Riv. AIC*, 2, 2019, 597 ss.; ONIDA V., *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l’ordinanza n. 17 del 2019*, in *federalismi.it*, 3 (numero speciale), 2019, 271 ss.; MORRONE A., *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *federalismi.it*, 4, 2019; SORRENTINO F., *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, *ivi*.

¹⁹ Basti pensare, in proposito, al fatto che il Governo partecipa, in persona del Ministro competente *pro materia*, alle riunioni del Consiglio dell’Unione europea, vero e proprio organo *co-legislatore*, assieme al Parlamento europeo, nel sistema eurolunitario, e indica il nome del candidato per l’Italia alla posizione di componente della Commissione europea, cui spetta, fra l’altro, l’iniziativa legislativa nel medesimo sistema.

²⁰ In questo senso, IRTI N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., 151 ss. e spec. 154-155.

politiche, che hanno determinato l'arretramento della legislazione rispetto a nuovi centri di potere esterni²¹. Evidenzia infatti, l'Autore, come l'inserimento in organizzazioni di carattere sovranazionale non abbia privato, di certo, gli Stati nazionali della relativa posizione di centralità rispetto alle scelte di fondo che in tali sedi debbono essere prese: nell'ambito dell'Unione europea, in particolare, rispetto alla direzione da imprimersi al percorso di integrazione europea, restando essi i «signori dei Trattati». E, anche volgendo lo sguardo al contesto internazionale in senso più ampio, capisaldi come la libertà di movimento di capitali e investimenti, aspetti cioè connotanti il capitalismo globale, rappresentano il nucleo essenziale di precipue scelte di politica economica²².

A fianco di tale ragione, senza dubbio prevalente, se ne possono, però, osservare di ulteriori, fra cui la scelta, consapevole, di non affrontare questioni fondamentali attinenti a diritti inviolabili della persona (quali la libertà religiosa, il fine-vita e la bioetica). Il carattere divisivo di tali questioni non solo nell'opinione pubblica, ma anche all'interno delle stesse forze politiche che trovano rappresentanza in Parlamento, ha suggerito prudenza di intervento: ciò che ha condotto, spesso, all'inerzia del legislatore e, di conseguenza, alla supplenza da parte del potere giudiziario quanto all'individuazione delle soluzioni da adottarsi nei singoli casi in cui esse abbiano trovato concretizzazione.

2.4. ... come crisi della *qualità legislativa*.

Sotto un diverso profilo, la crisi della legge è sinonimo di abbassamento della sua *qualità*, spiegabile – ma, forse, solamente in parte – con l'oggettiva difficoltà di disciplinare tempestivamente ed adeguatamente accadimenti, eventi e processi manifestantisi con caratteri di gravità ed eccezionalità, e capaci di determinare un permanente susseguirsi di situazioni emergenziali, o comunque di situazioni avvertite come tali²³. La necessità di rispondere a bisogni sorgenti nella realtà sociale, cui

²¹ Cfr. LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2012, 2-3, e oggi anche in *Riv. AIC*, 3, 2012, 2-3.

²² *Ibidem*.

²³ Ne sono un esempio le difficoltà evidenziate dalle recenti vicende legate all'esigenza di intervenire con tempestività al fine di affrontare e contenere l'emergenza epidemiologica da Covid-19 della scorsa primavera: cfr. in proposito, fra i molti, LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020; ALGOSTINO A., *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel*

corrispondono richieste anche urgenti della collettività, conduce sovente, infatti, alla produzione di leggi non sempre ispirate da una visione complessiva di temperamento delle esigenze generali, bensì rispondenti ad interessi particolari²⁴.

Siffatta carenza qualitativa è osservabile sul piano della *qualità intrinseca* dei singoli testi legislativi in sé considerati, non di rado linguisticamente oscuri, tecnicamente imprecisi o privi di coerenza, come segnalato da autorevole dottrina²⁵. Prova ne è, del resto, quanto accade annualmente in occasione dell'approvazione della legge di bilancio, ove vengono inseriti i provvedimenti più eterogenei ed estranei rispetto alla *ratio* di tale legge: e ciò, si afferma anche in dottrina, perché il Parlamento non sarebbe in grado di affrontarli, discuterli e approvarli separatamente²⁶.

Ma una carenza qualitativa può riscontrarsi anche, in un'ottica relazionale, per il venir meno di un'adeguata *qualità estrinseca*, derivante, cioè, dai modi con cui la singola disposizione o il singolo provvedimento si rapportano alle altre disposizioni o agli altri provvedimenti. Il che si verifica a causa della pleoricità dell'attività legislativa e del sovrapporsi di una moltitudine di norme disciplinanti, o concorrenti a disciplinare, la medesima fattispecie: con il risultato di rendere estremamente difficoltosa la conoscibilità stessa del dato legislativo rilevante e decisivo ai fini che interessano.

2.5. ... come crisi dell'*ordine* del sistema delle fonti del diritto fondato sulla legalità.

Una diversa ragione della difficile conoscibilità del diritto, che dal singolo cittadino è avvertita come imprevedibilità delle relative applicazioni, è da rintracciarsi nel concorso assieme alla legge, e a volte nel combinarsi con quest'ultima, di una molteplicità di fonti giuridiche *altre* «stratificatesi» nel tempo. Emerge, così, quello che potrebbe definirsi il

nome della Costituzione, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020.

²⁴ È lo «stato di eccezione» che diviene, dunque, «paradigma di governo», per usare un'espressione di AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, 9 ss..

²⁵ Cfr. LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 4; CARNEVALE P., *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa tra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in Cocco G. (cur.), *L'economia e la legge. Atti del Convegno. Milano, 4 dicembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, 105 ss..

²⁶ In questo senso, GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2003, 95.

contenuto attuale e focale della crisi in atto: crisi della legalità come crisi di un *sistema delle fonti fondato (in misura predominante) sul principio di legalità*, e quindi, ora che tale principio ha perduto la sua centralità, come *crisi di ordine* del sistema stesso.

È chiaro che il congiunto operare delle tendenze esaminate e precisate nei paragrafi precedenti – declino della legge quale fonte, un tempo, collocata al vertice della scala gerarchica, del legislatore quale unico facitore del diritto e dello Stato nazionale quale esclusivo produttore dello stesso – ha condotto a una situazione nella quale, pacificamente, la legge non rappresenta altro che uno dei molteplici canali di produzione del diritto all'interno di un sistema delle fonti del diritto, caratterizzantesi per l'accresciuta complessità.

Dunque, un sistema divenuto *complesso* in ragione del crescente pluralismo giuridico, che trova concretizzazione, per un verso, in fonti del diritto (la Costituzione e leggi costituzionali, il diritto europeo, il diritto internazionale e, in quest'ultimo ambito, le Carte dei diritti) risultanti da processi giuridici realizzatisi nel corso del Novecento, vale a dire il costituzionalismo, l'integrazione comunitaria (oggi europea) e la globalizzazione del diritto²⁷, e, per un altro verso, in fonti «altre», che invece non sono direttamente dipendenti da detti processi, ma che non per questo rivestono uno scarso significato. Nel rinnovato quadro di insieme possono infatti distinguersi, al fianco di fonti, per così dire, «tipiche», cioè formantisì secondo procedimenti formalizzati, e quindi vincolanti in quanto rispondenti al canone della validità, anche fonti «atipiche», per il loro progressivo emergere nella realtà giuridica su di un piano fattuale, e il cui rilievo giuridico non segue la logica della vincolatività bensì della effettività (ne sono un esempio gli strumenti di *soft law*²⁸).

2.6. ... come causa del sorgere di nuove esigenze di cd. *governance* del diritto.

Un sistema delle fonti siffatto rifugge evidentemente da un inquadramento secondo

²⁷ Si tratta, secondo GROSSI P., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, cit., X, dei «tre grossi filoni di pensiero e di azione nei quali si esprime più compiutamente una visione pluralista del diritto».

²⁸ Secondo la definizione data da MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, 8, infatti il *proprium* degli strumenti di *soft law* è rappresentato dall'«assenza di reazione al mancato adempimento delle norme da esso poste», non essendo queste ultime «assistite, per lo meno in via diretta, né da sanzione né da coazione, intesa in senso specifico».

logiche ordinarie di tipo esclusivamente gerarchico²⁹. Anzi, l'immagine odierna del diritto non può che essere assai lontana dalla costruzione teorica, pura, che di questo ne fece KELSEN ancora nella prima metà del XX secolo³⁰. Non più, quindi, il diritto come insieme ordinato – rappresentabile icasticamente con forme piramidali – di norme, le quali siano riconducibili *ad unum*, in quanto date da uno stesso potere legittimo e poggianti, in ultimo, su di un medesimo fondamento di validità³¹; bensì il diritto come un insieme disordinato – raffigurabile, semmai, come un complesso reticolare – di norme le quali si relazionano in base a schemi nuovi e traggono la propria origine da forze motrici diverse³².

La trasformazione delle fonti di produzione del diritto e del loro interagire esige, senza dubbio, l'elaborazione di criteri capaci di gestire il nuovo *disordine* – o, meglio, in grado di governare un *ordine disordinato*, per usare una felice espressione ossimorica³³ – attraverso la predisposizione di strumenti idonei a consentire agli interpreti, e *in primis* ai giudici, di rinvenire, nell'eventuale coacervo delle diverse norme giuridiche astrattamente applicabili, la *regola* atta a costituire la base della propria decisione e adeguata ai singoli casi in relazione ai quali essi siano chiamati a esercitare in concreto la propria attività. In breve, tale trasformazione pone un problema qualificabile come di *governance* del diritto.

2.7. ... come elemento concorrente alla ridefinizione del ruolo ricoperto dalla giurisdizione rispetto alla legislazione (rinvio).

Per questa via possono scorgersi gli ampi «spazi» che le incertezze connesse all'evoluzione del sistema delle fonti hanno aperto alle giurisdizioni nazionali, le quali godono di un'accresciuta discrezionalità rispetto a diversi momenti in cui si estrinseca la

²⁹ Come sostiene MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, cit., 38-58, si è in presenza di un fenomeno di «de-strutturazione del sistema delle fonti».

³⁰ KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Vienna, 1934 (traduzione italiana edita da Einaudi, Torino, 1952).

³¹ Offre questa lettura ANDRONICO A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli, Torino, 2012, 134-135.

³² Cfr. ALGOSTINO A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, 119 ss..

³³ L'espressione è di ANDRONICO A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, cit., 140.

relativa attività: nella ricostruzione del quadro normativo rilevante – cioè, delle fonti giuridiche decisive ai fini della fattispecie di volta in volta in esame – nonché nell’interpretazione e nell’applicazione dello stesso, data la molteplicità di tecniche ermeneutiche e di strumenti decisorii a loro disposizione.

In tal guisa, trova conferma, pur se da questo limitato angolo prospettico, la posizione sempre più significativa che si riconosce sia oggi occupata nel quadro costituzionale dai giudici, non riconducibile – neppure idealmente – all’illuministico ruolo di «bocca della legge»³⁴, bensì tale da giustificare, secondo talune ricostruzioni, la definizione di essi come soggetti che cooperano alla formazione del diritto³⁵, e la qualificazione del risultato del loro operato – le pronunce che nel loro complesso danno vita al *diritto giurisprudenziale* – come fonte del diritto³⁶: ma sul punto si tornerà in séguito, quando si esaminerà il tema del rafforzamento delle giurisdizioni nazionali quale conseguenza del rilievo assunto, nell’ordinamento interno, dal diritto giurisprudenziale sovranazionale³⁷.

3. IL SIGNIFICATO DELLA *CRISI DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE*.

Nella materia del diritto punitivo il fenomeno della crisi della legalità assume particolare pregnanza in considerazione della rigorosa tutela che i sistemi di *civil law*, e fra questi l’ordinamento italiano, accordano al principio di *legalità penale*, garanzia riassumibile nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege* e sancita, sul piano

³⁴ Sul tema, cfr. già CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

³⁵ Sul dibattito circa possibilità, nel nostro ordinamento, di riconoscere alla giurisprudenza una funzione in qualche misura creativa ovvero soltanto dichiarativa, si vedano, fra gli altri, gli scritti raccolti nel fascicolo n. 4 del 2016 della rivista trimestrale *Questione giustizia* (reperibile in *questionegiustizia.it*), intitolato *Il giudice e la legge*, tra cui in particolare quelli di FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, *ivi*, 13 ss., LIPARI N., *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, *ivi*, 33 ss.; LAMORGESE A., *L’interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, *ivi*, 115 ss..

³⁶ In tal senso, PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, in Galgano F. (cur.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2011², 724-725; ID., *Fonti di disposizioni e fonti senza disposizione. I principi generali del diritto*, in D’Amico M.-Randazzo B. (cur.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1461 ss., nt. 1, ove l’Autore chiarisce come, nell’ambito della distinzione fra le «fonti di disposizioni» e le «fonti senza disposizione» (*i.e.* le fonti-fatto), il precedente giudiziario e il diritto giurisprudenziale possono essere inseriti nella seconda categoria.

³⁷ Si veda *infra*, §§ 5 e 6.

interno, dall'art. 25, secondo comma, della Carta costituzionale.

A partire dallo svilupparsi del pensiero illuministico, dal principio si sono ricavati in via interpretativa una serie di corollari che ne testimoniano e rivelano un duplice fondamento. Esso, infatti, soddisfa una precisa separazione di ambiti fra i vari poteri dello Stato, attribuendo le scelte punitive al monopolio legislativo, in tal guisa escludendo abusi del potere esecutivo e del potere giudiziario³⁸. Al contempo, lo stesso istituisce una protezione da incriminazioni arbitrarie e imprevedibili per i consociati, i quali debbono essere messi in condizione di conoscere, con chiarezza e in via preventiva, i comportamenti vietati³⁹, e risponde così essenzialmente a un'esigenza di certezza del diritto, intesa in un'accezione individualistica⁴⁰. Attualmente, entrambi gli aspetti contenutistici della garanzia paiono essere messi in discussione dalla dinamica evolutiva dei rapporti fra i poteri dello Stato, fra le rispettive funzioni, e fra i risultati delle relative attività: dinamica che richiede, a questo punto, di essere sia pur sinteticamente tratteggiata⁴¹.

3.1. I fattori di crisi connessi all'attività normativa del Governo.

Il principio di legalità penale ha certamente subito una prima significativa incisione sul piano dei rapporti fra potere legislativo e potere esecutivo, in virtù dell'operare di taluni fattori già in precedenza illustrati (il declino del Parlamento nazionale, l'uso abnorme delle fonti normative di provenienza governativa, l'influenza dell'Esecutivo

³⁸ Cfr. MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 955 ss. e spec. 957-958.

³⁹ Cfr. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 10-11.

⁴⁰ Per usare le parole della Corte costituzionale, il principio di legalità penale, sotto questo aspetto, garantisce ai cittadini che «lo Stato [...] non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato»: così, Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cit..

⁴¹ La dottrina sul tema è amplissima: cfr., *ex multis*, GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 63 ss.; FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002; PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; PALAZZO C.F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.; PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (cur.), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8- novembre 2014*, cit..

sullo stesso procedimento legislativo parlamentare) che, per quanto comuni a differenti settori ordinamentali, nell'ambito del diritto penale vengono illuminati da una luce particolare. In tale sede, infatti, detti elementi si inseriscono in un quadro caratterizzato dalla previsione costituzionale di una riserva di legge (*ex art. 25, secondo comma, Cost.*) interpretata, da parte di una certa dottrina costituzionalistica e penalistica, in termini assoluti⁴² o tendenzialmente assoluti⁴³ (con esclusione di fonti di carattere secondario⁴⁴) come riserva di legge formale⁴⁵: una garanzia ben più forte rispetto ad altri campi ordinamentali, anche a confronto con la riserva di legge operante in riferimento a sanzioni extra-penali (*ex artt. 23 e 97 Cost.*), che si ritiene essere soltanto relativa⁴⁶.

In questo senso, quindi, i fattori di crisi che si sono descritti non costituiscono soltanto una generale espressione dei mutamenti in corso di svolgimento nell'assetto costituzionale delle fonti del diritto e dei poteri dello Stato, ma, in un'ottica particolare, divengono altresì indici di una prassi concretizzantesi in una palese frustrazione del principio di legalità in relazione alla sua componente democratica⁴⁷. Essi, più precisamente, rappresentano una pratica normativa determinante un sostanziale svuotamento della garanzia nel significato proprio di attribuire in via esclusiva al potere legislativo, e segnatamente alla istituzione parlamentare in quanto rappresentativa dell'intera collettività, il compito di selezionare i fatti da incriminare e di graduarne il relativo trattamento sanzionatorio⁴⁸.

3.2. I fattori di crisi connessi all'esercizio di potestà giurisdizionali.

È, però, soprattutto sul diverso versante dei rapporti con l'esercizio di funzioni giurisdizionali che il fenomeno della crisi della legalità nella materia penale ha mostrato,

⁴² Cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 52-53.

⁴³ Cfr. MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale*, cit., 66-69.

⁴⁴ Salvo che si tratti di discipline regolanti aspetti «tecnici».

⁴⁵ In questo senso, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 53; MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale*, cit., 45-47.

⁴⁶ Sul perimetro applicativo della riserva di legge prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost. si tornerà nel prosieguo: si veda *infra*, Cap. terzo, § 2, e spec. 2.3.

⁴⁷ Cfr. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 25.

⁴⁸ Significative sono le affermazioni rinvenibili in Corte cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5: cfr. n. 5.2. *Cons. dir.*.

e mostra, caratteri peculiari, tali da mantenere ancora oggi, nonostante le numerose trattazioni del tema, un perdurante interesse da un punto di vista scientifico. Siffatti caratteri di specificità, in effetti, trovano espressione, non già nell'affermarsi di fonti del diritto «nuove», e cioè di quelle fonti in precedenza definite come «atipiche» (ciò che non si verifica in questo settore ordinamentale), né nell'appena descritto largo intervento di fonti normative governative (ciò che, comunque, accade nella materia penale come in altri ambiti), bensì nella crescente incidenza, sotto molteplici aspetti, del diritto di matrice giurisprudenziale, manifestatasi in tutta la sua problematicità proprio a séguito dell'ingresso, nell'ordinamento nazionale, del diritto giurisprudenziale sovranazionale.

3.2.1. Legalità penale e giurisdizione costituzionale.

Con riguardo ai rapporti fra legalità penale e giurisdizione costituzionale, sono evidenti i profili di attrito determinati dallo svolgersi di quest'ultima rispetto alla necessità di riservare alla discrezionalità del legislatore le scelte punitive e sanzionatorie⁴⁹. La problematica, del resto, dell'individuazione dei limiti entro cui sia consentito, alla Corte costituzionale, esercitare il sindacato sulla legittimità della legge penale costituisce una questione di giustizia costituzionale assai risalente nel tempo⁵⁰.

Si pensi, in proposito, all'ampio dibattito sull'ammissibilità di pronunce d'incostituzionalità con effetti *cd. in malam partem*, e cioè tali per cui la norma applicabile a séguito del giudizio di costituzionalità risulti essere più sfavorevole di quella

⁴⁹ Sul problema della «ingerenza» dell'attività della Corte costituzionale negli spazi del potere legislativo, si veda MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile P.-Cheli E.-Grassi S. (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, 44-52. Secondo l'autorevole A., quando Essa, esercitando il proprio potere di interpretazione e di applicazione delle norme costituzionali, adotta sentenze interpretative di accoglimento, additive, sostitutive, e in genere manipolative (*i.e.* decisioni che non si limitano a una eliminazione pura e semplice di una o più disposizioni di legge) finisce «per conferire un significato talvolta completamente diverso alla normativa sopravvissuta, per innovare nell'ordinamento, per affiancarsi cioè, nell'opera creativa del diritto, al potere legislativo»: in definitiva, dunque, si pone «il problema [...] del possibile sconfinamento di un organo privo, come si dice, di legittimazione democratica, nell'ambito proprio del legislator rappresentativo» [corsivi dell'Autore].

⁵⁰ Per un ultimo lavoro sul tema si veda MANES V.-NAPOLEONI V. (cur.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019, cui si rinvia altresì per la letteratura scientifica di carattere generale *ivi* citata.

dichiarata invalida⁵¹; o ancora sulla possibilità di adottare sentenze cd. manipolative, ossia decisioni attraverso cui, al fine eliminare i vizi di incostituzionalità che affliggono

⁵¹ Si dubitava della ammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme penali di favore anzitutto su di un piano processuale, osservandosi che, pur a seguito di una eventuale pronuncia di accoglimento, il giudice rimettente avrebbe dovuto applicare, in ogni caso, la norma dichiarata incostituzionale, onde evitare incisioni al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.: alla problematica è stata data risposta positiva, dapprima, in dottrina da ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Economia e Commercio di Verona*, 1966, 353 ss. e, in séguito, nella giurisprudenza, da Corte cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148 (con le note di LATTANZI G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1909 ss., e di PULITANÒ D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1800 ss.), ove si è riconosciuto che la sollevazione di questioni di costituzionalità su norme penali di favore è comunque suscettibile di influire sul giudizio *a quo*. Sul problema cfr., *ex multis*, CRISAFULLI V., *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974, 2789 ss.; D'ALESSIO R., *Sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1979, 679 ss.; D'AMICO-BIONDI F., *Sub Art. 134, 1° alinea*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 2575-2576; DOGLIANI M., *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, 585 ss.; GROSSO E., *Norme «penali» regionali di privilegio e denegata giustizia costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, 588 ss.; LOLLO A., *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in www.federalismi.it, 2009; ID., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Cedam, Padova, 2017, 1-52; ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 1004-1007; SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem*, Monbosco, Pavia, 2012, 24-107; ID., *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 117 ss.; ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 192 ss. e spec. 200-201; ID., *La rilevanza: un carattere normale, ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.

In secondo luogo, si dubitava altresì dell'ammissibilità del sindacato di costituzionalità su norme penali di favore, in quanto la riserva di legge prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., riservando al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e del relativo trattamento sanzionatorio, sembrava costituire una preclusione insuperabile ai fini dell'adozione di pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem*, e cioè di decisioni implicanti la creazione di nuove fattispecie criminose, l'estensione di fattispecie precedenti a casi non previsti, l'incisione in senso sfavorevole sulla risposta punitiva ovvero, in ogni caso, su aspetti concernenti la punibilità. In proposito, *ex multis*, BRANCA M., *Norme penali di favore: dall'irrelevanza alla sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss.; D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in Bin R.-Brunelli G.-Pugiotto A.-Veronesi P. (cur.), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005, 12-22; ID., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in Zanon N. (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Edizioni scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2006, 153 ss. e spec. 167-186; ID., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016; PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Franco Angeli, Milano, 2015, 49 ss.; PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.; SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità*, cit., 108 ss.. Nella giurisprudenza il riferimento fondamentale è Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394.

una determinata disposizione, venga inciso il testo di quest'ultima con l'eliminazione o la sostituzione di una parte prima esistente, ovvero con l'aggiunta di una parte nuova, in precedenza mancante⁵².

Il tema è, per così dire, classico, ma ha scoperto non secondari profili di novità per gli approdi cui è di recente giunto il Giudice costituzionale, che si è spinto a vagliare l'implementazione del diritto punitivo non soltanto sul piano della regolarità del procedimento di formazione della legge penale con pronunce dichiarative di vizi formali⁵³, bensì anche sul diverso piano «contenutistico», con lo scopo di assicurare tutela alle esigenze di carattere sostanziale di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità⁵⁴.

Il crescente *interventismo* della giurisprudenza costituzionale è testimoniato da quelle pronunce mediante le quali si è proceduto a sostituire un minimo edittale⁵⁵, un'intera cornice edittale⁵⁶, ovvero anche la fissità della durata di una pena accessoria⁵⁷, traendo la soluzione sostitutiva da un'altra norma, non perché disciplinante una fattispecie analoga qualificabile come *tertium comparationis*, ma solo perché recante un riferimento ritenuto adeguato a eliminare, o anche solo a ridurre, l'irragionevolezza intrinseca palesata dalla norma oggetto del giudizio di costituzionalità⁵⁸. Il che, dunque, evidenzia un superamento, di fatto, del limite delle cd. rime obbligate⁵⁹, ossia dell'argine – già

⁵² Sul problema, cfr. PEDRAZZI C., *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss.; ID., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 646 ss.; BONOMI A., *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, 891 ss.; D'AMICO M., *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 254 ss..

⁵³ Cfr. Corte cost., n. 5 del 2014, cit., con la nota redazionale di GAY P., in *Giur. cost.*, 2014, 118 ss., e i commenti di CARUSO C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, *ivi*, 122 ss., e di CARNEVALE P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, *ivi*, 3587 ss.; Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, con nota di CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505 ss..

⁵⁴ Cfr. LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, *Quest. giust.*, 4, 2016, 164.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 40 del 2019, cit..

⁵⁶ Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit..

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 222 del 2018, cit..

⁵⁸ *Ivi*, Cons. dir. n. 4.4. Sul tema, *ex multis*, MANES V., *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss..

⁵⁹ Cfr. CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Occhiocupo N. (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna,

comunque non privo di elementi di criticità⁶⁰ – cui il medesimo Giudice costituzionale, nel fluire della propria giurisprudenza, aveva da sempre assoggettato, anche nella materia penale, l'utilizzo di pronunce di tipo manipolativo, onde evitare invasioni nel campo spettante al legislatore⁶¹.

3.2.2. Legalità penale e giurisdizione comune.

Quanto agli elementi di crisi del principio di legalità penale derivanti dall'esercizio della giurisdizione comune, si deve osservare che essi non derivano di per sé dalla fisiologica attività di interpretazione volta a chiarire il contenuto di testi normativi in vista della loro applicazione nei singoli casi concreti: e cioè quella attività autorevolmente descritta come di ascrizione di significato ad enunciati legislativi destinati, in quanto tali, a una generalità di situazioni⁶².

In effetti, una volta superata l'idealistica teorizzazione illuministica del giudiziario come potere neutro e della giurisdizione come mera sillogistica applicazione della legge, siffatta attività non può che essere considerata come inevitabilmente insita nella funzione giurisdizionale, come un momento ineludibile verso l'individuazione della *regula iuris* applicabile al caso concreto. Tale funzione, pur implicando scelte discrezionali, connesse anche alla possibilità di adottare criteri ermeneutici diversi – fra cui quello dell'interpretazione conforme a Costituzione nonché, come si dirà, al diritto europeo e alle garanzie convenzionali – non può dirsi per ciò solo creatrice di diritto, soprattutto nella misura in cui non travalichi i limiti segnati dalla lettera della disposizione, ossia da quei limiti che, se si vuole, IRTI qualificava come «*i cancelli delle parole*»⁶³.

Diversamente, un problema di rapporto fra esercizio della funzione giurisdizionale e

1978, 84 ss..

⁶⁰ Cfr. ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna, 2018, 236-237.

⁶¹ Cfr., *ex multis*, LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020). Si tornerà sul punto nel prosieguo: si veda *infra*, Cap. terzo, § 4.

⁶² Cfr. LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss..

⁶³ Si veda IRTI N., *I "cancelli" delle parole*, in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, cit., 57-88.

legalità penale può porsi, e anzi si pone, allorché i risultati del procedimento ermeneutico cui pervengano le autorità giurisdizionali siano tali da trasfigurare la lettera della legge, e quindi la stessa struttura legislativa di una fattispecie incriminatrice, dando luogo a ipotesi che si sono definite come di *creazione giudiziale di reati*⁶⁴.

Si è trattato di situazioni, invero non così infrequenti, talvolta dovute all'affermarsi nella prassi giudiziaria di interpretazioni frontalmente contrastanti con la legge penale: ad esempio, al fine di estendere, in una logica repressiva, l'ambito di applicazione di una certa figura di reato, si è assistito all'aggiunta in via ermeneutica di elementi oggettivi in alcun modo emergenti dalla lettera della disposizione, ciononostante ritenuti impliciti nella stessa; ovvero si è attribuito a un determinato elemento oggettivo, espressamente previsto, un significato affatto esterno ai confini del dato letterale⁶⁵.

Ma in altre occasioni siffatte ipotesi si sono verificate per l'elaborazione in via giudiziaria di interpretazioni che, pur formalmente conformi alla legge sul piano delle affermazioni generali, si sono tradotte, su di un piano concreto, in una sostanziale violazione della stessa. Sempre esemplificativamente, viene qui in rilievo lo scarso rigore con cui è ricostruito l'elemento soggettivo (in particolare, doloso) richiesto da talune figure di reato, con il risultato di rendere meno gravoso lo *standard* probatorio che è necessario soddisfare ai fini della configurabilità dell'illecito⁶⁶.

Ne consegue che, quando tali interpretazioni – apertamente o silenziosamente «modificative» del disposto normativo – si assestino e si affermino quale *diritto vivente*⁶⁷, viene a configurarsi una tensione fra il diritto legislativo e il diritto giurisprudenziale, e

⁶⁴ Cfr. CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, 95 ss..

⁶⁵ Si pensi all'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione al delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-ter c.p., commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, che di fatto inserisce fra gli elementi oggettivi della fattispecie il cd. sviamento di potere: si veda Cass. pen., Sez. Un., sent. 18 maggio 2017 (dep. 8 settembre 2017), n. 41210, Savarese, in *C.E.D.* n. 271061, con la nota di BERTOLESI R., *Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁶⁶ Sulla necessità di evitare il ricorso a schemi presuntivi di accertamento dell'elemento soggettivo, anche in riferimento a fattispecie legali cd. soggettivamente pregnanti (quale, ad esempio, il delitto di bancarotta fraudolenta), cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 387.

⁶⁷ Sulla nozione cfr. ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, cit., 217-220.

conferma, in questi casi, l'affermazione secondo cui la *vera* norma giuridica non sarebbe tanto quella scritta nell'enunciato normativo della fonte legale, ma quella desumibile dall'interpretazione e dall'applicazione della disposizione⁶⁸.

In tal guisa, può comprendersi come il formarsi di un nuovo orientamento giurisprudenziale in relazione al contenuto di una certa disposizione, cui la prassi giudiziaria aveva in precedenza attribuito un diverso e consolidato significato, determini il sorgere di una questione di prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali derivanti dalla commissione di una determinata condotta, la quale, a seconda del filone interpretativo prescelto, anteriore ovvero successivo rispetto alla commissione del fatto, potrebbe ritenersi *sussumibile*, ovvero non *sussumibile*, sotto la fattispecie descritta dalla medesima disposizione⁶⁹. In simili circostanze sorge, infatti, un'esigenza di certezza del diritto per il sopravvenire di un mutamento giurisprudenziale che, fermo il disposto legislativo, abbia ristretto ovvero – ciò che più rileva – esteso l'area della punibilità.

Proprio tale esigenza, stanti gli attuali presidi esistenti nella materia penale sul piano interno, solleva un problema ulteriore, ossia quello della possibile estensione al diritto giurisprudenziale dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche, e soprattutto del divieto di retroattività *in malam partem*, quando il mutamento giurisprudenziale sia per il reo sfavorevole, là dove dette garanzie sono oggi operanti, quanto al sistema italiano, solamente in relazione al diritto legislativo⁷⁰. Una conclusione, questa, che certamente si scontrerebbe, quanto meno apparentemente, con l'assenza nel nostro ordinamento di vincolatività del cd. precedente giudiziario e con la tradizionale esclusione, poggiante sulla riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost., del diritto giurisprudenziale dal novero delle fonti del diritto penale⁷¹.

⁶⁸ In questo senso, DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 52.

⁶⁹ Tali problematiche sono sorte, ad esempio, rispetto alla fattispecie di reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, elaborata per via giurisprudenziale a partire dagli artt. 110 e 416-*bis* c.p., in relazione alla quale è intervenuta C. Edu, *Contrada c. Italia (n. 3)*, ric. n. 66655/13, 14 aprile 2015: per un approfondimento su quest'ultima pronuncia, si veda *infra*, Cap. primo, § 3.2.3, e Cap. terzo, § 3.

⁷⁰ Sul problema, cfr. MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 972-973.

⁷¹ Sul tema si tornerà più avanti: si veda *infra*, Cap. primo, § 3; Cap. secondo, § 3; Cap. terzo, § 3.

4. GIURISPRUDENZA SOVRANAZIONALE E «RAFFORZAMENTO» DELLE GIURISDIZIONI NAZIONALI.

È in questo contesto che debbono, quindi, essere esaminate le problematiche ricadute delle pronunce delle Corti sovranazionali sull'ordinamento nazionale, e specificamente sulla interpretazione e applicazione di *norme punitive* interne. Occorre, anzitutto, precisare, in proposito, che la valutazione di dette ricadute implica inevitabilmente un ampliamento dell'oggetto dell'analisi al di fuori dei confini della materia propriamente penale, in modo da ricomprendere anche il diritto punitivo in senso ampio considerato.

La giurisprudenza convenzionale ed europea formatasi sulle garanzie di stampo penalistico riconosciute nelle rispettive Carte dei diritti, CEDU e CDFUE, è infatti produttiva di conseguenze sul piano interno, non solo nell'ambito della *species* del diritto penale *stricto sensu* inteso, bensì nel più ampio *genus* del diritto sanzionatorio, entro cui la prima è ricompresa. L'ampia nozione di *materia penale* accolta nel contesto sovranazionale ricomprende – facendo opera di sintesi, e solo tratteggiando temi che saranno *infra* esaminati *funditus*⁷² – ogni settore ordinamentale caratterizzato dalla previsione di sanzioni afflittivo-punitive, capaci di integrare i criteri a tal fine elaborati dalle medesime Corti sovranazionali⁷³.

Nell'ambito materiale così definito, l'incontro fra le *logiche formalistiche* connotanti l'ordinamento nazionale e l'*anima sostanzialistica* propria della giurisprudenza convenzionale ed europea ha determinato il sorgere di profili di attrito, talvolta anche significativi⁷⁴. Siffatte frizioni sono di particolare pregnanza, in quanto rivelano come l'*ingresso* nel nostro ordinamento della giurisprudenza sovranazionale abbia influito, e influisca, sul rapporto fra diritto di formazione legislativa e diritto di formazione giurisprudenziale. In quest'ottica, il tema si presta, quindi, ad essere esaminato in una *duplice prospettiva*.

⁷² Si veda *infra*, Cap. primo, § 2.

⁷³ In effetti, è proprio in ragione di siffatta estensione dei confini della materia penale, operata dal diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo, che si giustifica la scelta di definire l'oggetto del presente lavoro in riferimento a tale più esteso *genus*.

⁷⁴ Cfr. LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 161 ss..

4.1. La *posizione* del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo nell'ordinamento nazionale.

Secondo una prima prospettiva, i rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale debbono essere problematizzati avendo riguardo della peculiare *posizione* che le singole pronunce e, nel complesso, la giurisprudenza delle Corti sovranazionali ricoprono nell'ordinamento nazionale. Tale giurisprudenza viene a costituire un *diritto*, a tutti gli effetti, di provenienza giudiziale, che assume rilievo nel sistema nazionale delle fonti del diritto, e che, per questa ragione, gioca un ruolo decisivo nell'esercizio da parte delle giurisdizioni nazionali delle relative funzioni, assumendo significato, più in generale, sul piano interno, nelle relazioni fra differenti organi costituzionali⁷⁵.

4.1.1. La *posizione* del diritto giurisprudenziale convenzionale.

Così, per quanto concerne la giurisprudenza convenzionale, la Corte costituzionale, a partire dalle *sentenze* cd. gemelle nn. 348 e 349 del 2007⁷⁶, ha ricostruito il sistema dei rapporti fra il sistema giuridico nazionale e quello del Consiglio d'Europa, chiarendo, per la prima volta, la portata del vincolo del rispetto degli «obblighi internazionali» che grava sul legislatore statale e regionale ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.⁷⁷, riconoscendo che le norme della CEDU e dei Protocolli ad essa annessi integrano, in veste

⁷⁵ Con specifico riferimento alle problematiche concernenti gli effetti del diritto giurisprudenziale convenzionale sul principio di separazione dei poteri (nazionali), cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, in Saul M.-Føllesdal A.-Ulfstein G. (cur.), *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Opportunities and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 21 ss..

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, su cui, fra i molti, cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 155-160; CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, 2009, 195 ss.; CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, 25 ss.; e, in senso critico rispetto alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale, CONFORTI B., *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 581 ss..

⁷⁷ Nella versione introdotta dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sulla cui portata notevole è stato il dibattito dottrinale circa l'esatta definizione della portata della disposizione costituzionale, riportato da RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 142, nt. 4.

di norme interposte, il predetto parametro costituzionale⁷⁸, nel precipuo significato da esse assunto nelle pronunce della Corte europea dei diritti umani⁷⁹. Tanto che una precisazione del contenuto delle garanzie previste dalla CEDU ad opera di una sentenza sopravvenuta alla sollevazione di una questione di legittimità costituzionale potrebbe configurare, ai fini del sindacato di costituzionalità, un'ipotesi di *ius superveniens* suscettibile di dare luogo a un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice remittente⁸⁰.

Tale costruzione è stata, in seguito, precisata con la *sentenza n. 49 del 2015*, in cui si è specificato che sono idonee a costituire siffatto parametro interposto di costituzionalità solo quelle decisioni della medesima Corte EDU che siano espressive di un orientamento definibile come «consolidato», alla luce dei criteri posti dal Giudice costituzionale stesso nella predetta sentenza⁸¹. Di tal che, le garanzie della CEDU e dei relativi Protocolli assumono rilievo sul piano interno nel contenuto ad esse attribuito nella giurisprudenza convenzionale, la quale deve essere tenuta in considerazione, non solo, com'è evidente, da parte della Corte costituzionale ai fini del sindacato di costituzionalità, bensì, si

⁷⁸ L'intervento della Corte costituzionale del 2007 è stato anticipato, o forse suggerito, dalla dottrina, nel cui ambito v'era chi già sosteneva che con la riforma costituzionale del 2001 le norme convenzionali avrebbero potuto fungere in via generale come parametro interposto (operante per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.) nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi: in questo senso, RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in Zanon N. (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, cit., 320 ss..

⁷⁹ Precedentemente la Corte costituzionale, pur talvolta valorizzando le disposizioni della CEDU e la relativa giurisprudenza convenzionale a fini ermeneutici, aveva escluso la costituzionalizzazione di dette disposizioni, dando per così spazio a particolari soluzioni elaborate dalla giurisprudenza comune, in qualche caso giunta a ad affermare la disapplicazione della norma interna contrastante con una norma della CEDU dotata di immediata precettività, estendendo alla Convenzione lo schema elaborato dalla Corte costituzionale in riferimento al diritto europeo direttamente applicabile nella sentenza 5 giugno 1984, n. 170. Tali pronunce sono state esaminate da RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, 357 ss.; ID., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, cit., 323 ss..

⁸⁰ Cfr. Corte cost. ord. 7 giugno 2012, n. 150; e sent. 2 marzo 2018, n. 43, cui si veda *infra*, Cap. terzo, § 4.2.

⁸¹ Cfr. Corte cost., sentenza 26 marzo 2015, n. 49, su cui, fra i molti, in chiave anche critica, 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 *Riv. AIC*, 2, 2015; e, in una prospettiva adesiva, BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 luglio 2020).

potrebbe dire, prioritariamente anche da parte della giurisdizione comune, chiamata a interpretare il diritto nazionale in modo conforme a dette garanzie (obbligo di interpretazione conforme alla CEDU) e, nel caso di insanabile contrasto fra diritto nazionale e garanzie convenzionali, a sollevare la relativa questione di costituzionalità (obbligo di promuovere il giudizio di costituzionalità sul diritto interno contrastante con il diritto convenzionale)⁸².

4.1.2. La *posizione* del diritto giurisprudenziale europeo.

Quanto alla *posizione* della giurisprudenza europea, la sistematizzazione nel tempo compiuta dalla Corte costituzionale, in modo particolare con le *sentenze n. 113 del 1985*⁸³ e *n. 389 del 1989*⁸⁴, ha chiarito che la precisazione e l'integrazione del significato di una norma di diritto europeo effettuate dalla Corte di Giustizia, in quanto interprete qualificato di tale diritto, acquisisce la stessa efficacia delle disposizioni interpretate. Con la conseguenza che, quando ad essere oggetto di precisazione e integrazione siano norme immediatamente applicabili o dotate di effetti diretti, siffatte caratteristiche debbano intendersi riferite anche alle relative pronunce del Giudice europeo.

È dunque nel senso individuato dalla Corte di Giustizia che le norme di diritto europeo assumono rilievo sul piano interno, in primo luogo, ai fini dell'esercizio della giurisdizione comune, quando esse debbano essere considerate per l'interpretazione del diritto nazionale (obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo) ovvero anche quando – in presenza dei necessari presupposti – le stesse debbano essere direttamente applicate in luogo del diritto nazionale (diretta applicazione del diritto europeo e obbligo di non-applicazione del diritto nazionale con il primo contrastante). E, ancora, sempre nel senso precisato da tale Giudice, esse assumono valenza, in seconda battuta, nello svolgersi della giurisdizione costituzionale, quando, per il tramite dei parametri costituzionali rappresentati dagli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., divengano a loro

⁸² Sul tema, cfr. MALFATTI E., *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 116 ss..

⁸³ Cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, sulla quale cfr. BELLOCCIM., *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, parte I, sez. I, 30 ss..

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389.

volta parametri sulla cui base valutare la legittimità costituzionale del diritto interno.

4.2. Il rilievo del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

La dinamica dei rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale può dirsi influenzata dall'irrompere della giurisprudenza sovranazionale anche in una seconda e diversa chiave di lettura, e cioè per il rilievo che essa assume nel quadro del sistema delle fonti del diritto: rilievo che fa sorgere la necessità, per le giurisdizioni nazionali, di tenerla in considerazione in vista dell'interpretazione e applicazione di norme interne⁸⁵, e che finisce per contribuire alla tendenza di rafforzamento delle stesse giurisdizioni nei riguardi della legislazione⁸⁶.

Ora, si tratta certamente di un contributo non esclusivo, posto che siffatto rafforzamento rappresenta una linea evolutiva assai più generale, il cui manifestarsi è dovuto al concorso di una molteplicità di altri fattori. In effetti, come è stato autorevolmente notato, il rinnovato ruolo ricoperto dalle giurisdizioni nazionali si è rivelato sotto una pluralità di aspetti, solo alcuni dei quali riconducibili all'inserimento dell'attività giurisdizionale in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

Tali aspetti, nella ricostruzione di CARTABIA, sono infatti suscettibili di essere enucleati in quattro differenti processi⁸⁷, apparsi e sviluppatasi già nel secolo scorso sino

⁸⁵ Cfr. G. ULFSTEIN, *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 22.

⁸⁶ Cfr. LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 4-11 e spec. 9, che indica la posizione assunta, sul piano interno, dalla giurisprudenza della Corte EDU come esempio dell'affermarsi e della diffusione di una visione del diritto come «fenomeno riconducibile, in sostanza, alle pronunce giurisdizionali»; e ANGIOLINI V., *Notarelle su giurisdizione e politica*, in D'Amico M.-Randazzo B. (cur.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, cit., 31-32, secondo cui, nella tendenza evolutiva dei rapporti fra il «legislatore politico» e la giurisdizione, un impulso è venuto «dalla giustizia internazionale e sovranazionale, collaborante con le giurisdizioni statali e ad esse affiancata», atteso che le modalità con cui le Corti sovranazionali, in particolare Corte EDU e Corte di Giustizia, «confermano non solo la sindacabilità di deliberazioni politiche e democratiche, ma anche la possibilità di impiantare il giudizio sul metro di regole e principi preformati solo grossolanamente e destinati a essere rimessi agli sviluppi della giurisprudenza».

⁸⁷ La prospettiva è stata illustrata da CARTABIA M. nella propria relazione dal titolo *Separation of Power and Judicial Independence: Current Challenges* al Seminario tenutosi a Strasburgo presso la Corte europea dei diritti dell'uomo in data 26 gennaio 2018: il testo dell'intervento è rinvenibile al sito cortecostituzionale.it (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

ai giorni nostri, e precisamente: (i) nell'affermarsi e nell'articolarsi di sistemi di giustizia costituzionale (*judicial review of legislation*) che non fungono più soltanto da legislatori in negativo; (ii) nello sviluppo della cultura dei diritti umani e nel conseguente tentativo di tutelare le nuove esigenze emergenti nella vita sociale sul piano dei diritti fondamentali, in una logica di diretta giustiziabilità⁸⁸; (iii) ancora, nel tentativo di affrontare e risolvere sul piano giudiziario problemi prima riservati alle sedi politiche; (iv) e, infine, nel numero sempre crescente di questioni aventi portata sovranazionale per l'oggetto della causa, per gli interessi coinvolti o per la rilevanza di fonti del diritto internazionale.

Solo tenendo in considerazione il descritto quadro di riferimento è possibile istruire il tema in esame, vale a dire l'incidenza del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo quale precipuo elemento di rafforzamento delle giurisdizioni nazionali, costituzionale e comune.

4.2.1. Il rafforzamento della *giurisdizione comune*: pluralismo delle fonti, strumenti interpretativi e tecniche decisorie.

Il ruolo ormai assunto, nell'assetto costituzionale dei poteri dello Stato, dalla giurisdizione comune è dovuto anche ai nuovi «spazi» scaturenti dalla necessità di rapportarsi e confrontarsi, nell'esercizio della relativa attività, con il diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo.

L'ingresso di queste ultime nell'ordinamento nazionale dà luogo a contrasti, apparenti o reali, con norme di diritto interno, la cui composizione spetta, in prima battuta, proprio alla giurisdizione comune. In vista della risoluzione di tali antinomie, quest'ultima può intervenire secondo criteri differenti in base alla diversa norma oggetto di considerazione, e quindi alle diverse caratteristiche da questa presentate⁸⁹: criteri che,

⁸⁸ Sul punto cfr. ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.

⁸⁹ Cfr. nella materia penale, NAPOLEONI V., *L'onere di interpretazione conforme*, in Manes V.-Napoleoni V. (cur.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 49 ss., spec. 129 ss.; MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1, 2012; in generale, GUAZZAROTTI A., *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, reperibile in *osservatorio sulle fonti.it* (ultimo accesso: 20 maggio 2020).

pur diversi nell'operare, finiscono per giungere a un risultato comune, ossia quello di offrire ai giudici nazionali nuovi *strumenti ermeneutici* e nuove *opzioni decisorie*, ampliando i confini entro cui possa svolgersi la relativa discrezionalità⁹⁰.

4.2.1.1. I nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare violazioni delle garanzie convenzionali.

Nello specifico, alla giurisdizione comune, in quanto autorità riconducibile allo Stato italiano, è affidato il compito di impedire, tramite l'esercizio dell'attività giurisdizionale, il verificarsi di violazioni delle garanzie recate dalla CEDU e dai Protocolli ad essa annessi, evitando in tal modo la proposizione di ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo o comunque l'accertamento di violazioni nei confronti del medesimo Stato italiano⁹¹. Ciò è tanto più significativo se si considera la logica di sussidiarietà che regge il sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, secondo cui prima di accedere al giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti umani occorre previamente esperire tutti i rimedi interni: è proprio in questa sede, infatti, che eventuali violazioni delle garanzie fondamentali recate dalla Convenzione possono essere scongiurate, eventualmente anche tramite la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale, quando tali violazioni siano suscettibili di derivare da un testo legislativo⁹².

Ne discende che il compito affidato ai giudici comuni implica anzitutto il dovere di interpretare il diritto nazionale, di cui essi debbano fare applicazione nell'ambito dei giudizi sottoposti alla loro attenzione, in modo conforme alle garanzie convenzionali, per come esse sono interpretate nella giurisprudenza del Giudice dei diritti umani⁹³. È

⁹⁰ In proposito, cfr. MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012; e, più in generale, BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 99 ss. e spec. 126-141.

⁹¹ Gli studi sul tema risalgono già al periodo antecedente alle sentenze cd. gemelle del 2007: cfr. RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, 1303 ss..

⁹² Cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 29, ove l'Autore collega il rafforzamento delle giurisdizioni comuni alla necessità di esaurire tutti i mezzi di ricorso nazionali, indicata dall'art. 35 CEDU quale condizione di ricevibilità dei ricorsi alla Corte EDU.

⁹³ In proposito, cfr. ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2018.

richiesta, a tal fine, la piena padronanza di strumenti adeguati a governare un diritto di origine giurisprudenziale, per certi versi operante secondo logiche avvicinabili – come si vedrà – a quelle proprie dei sistemi di *common law*⁹⁴. E, dunque, si impone l'adozione di tecniche interpretative adeguate, diverse da quelle solitamente utilizzate rispetto al diritto interno: su tutte, la tecnica del cd. *distinguishing*⁹⁵, che postula anzitutto l'accertamento dell'identità o della similitudine (per i profili che interessano ai fini della decisione) fra la situazione di fatto cui il precedente giudiziario si riferisce e la situazione in esame⁹⁶.

Allorquando, però, sia impossibile ricomporre sul piano interpretativo il contrasto fra la norma nazionale, decisiva ai fini della risoluzione del giudizio in corso di svolgimento, e la garanzia convenzionale⁹⁷, il giudice è tenuto a sollevare la relativa questione di costituzionalità sulla norma interna, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento alla conferente disposizione convenzionale, intesa quest'ultima nel significato emergente nei precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo.

4.2.1.2. I nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare violazioni del diritto europeo.

Altri compiti e altri doveri discendono, poi, per i giudici nazionali dalla loro qualità di autorità giurisdizionali tenute ad applicare, in ipotesi anche direttamente, il diritto europeo e, al contempo, ad impedire che l'applicazione del diritto nazionale possa condurre a violazioni del primo⁹⁸. In tale prospettiva, quando si rientri in una materia riconducibile a pieno titolo nell'ambito europeo, i medesimi giudici sono obbligati ad adottare, fra i diversi significati ascrivibili a un testo legislativo nazionale, quello conforme alle norme europee rilevanti, siano esse di carattere primario (Trattati, CDFUE

⁹⁴ Si tornerà sul tema *infra*, Cap. primo, § 1.

⁹⁵ In questo senso, già RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 161.

⁹⁶ Cfr. RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 9, 2006, V, 279 ss..

⁹⁷ Siffatto obbligo ha, quale conseguenza, il fatto che qualora giudice sollevi questione di costituzionalità (anche o soltanto) in riferimento alle norme convenzionali interposte, senza aver esperito il tentativo di interpretazione conforme alla CEDU e alla relativa giurisprudenza, la Corte costituzionale non potrebbe che dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata: cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 161.

⁹⁸ Cfr. SALCUNI E., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., 165-234.

e principi generali) o di carattere derivato (regolamenti, direttive e decisioni).

Qualora, però, si riveli insuperabile il contrasto tra norma nazionale e norma europea, debbono distinguersi due differenti ipotesi, a seconda della diversa tipologia e dei diversi caratteri della stessa norma europea, alla luce del modo con cui la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia hanno ricostruito i rapporti dei rispettivi ordinamenti, nazionale ed europeo. Così, il giudice nazionale è tenuto anzitutto a valutare, eventualmente anche a seguito del rinvio alla Corte di Giustizia di un quesito pregiudiziale interpretativo, quale sia la natura della norma europea, se immediatamente applicabile o dotata di effetti diretti ovvero se priva di tali caratteri: nel primo caso, egli applicherà direttamente il diritto europeo, disapplicando (*recte*, non applicando) il diritto nazionale con esso contrastante; nel secondo caso, dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., sulla disposizione o sulle disposizioni nazionali contrastanti con la norma europea⁹⁹.

4.2.1.3. In particolare, i nuovi «spazi» giurisdizionali derivanti dall'esigenza di evitare incisioni a diritti fondamentali riconosciuti nella CDFUE.

Una trattazione separata merita, data la relativa particolare problematicità, l'ipotesi in cui le norme di diritto europeo incise dal diritto nazionale siano rappresentate da disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dotate del carattere della diretta applicabilità. In base alla sistematizzazione dei rapporti fra ordinamento interno ed europeo, da siffatto carattere dovrebbe discendere, come si è detto, il potere del giudice nazionale di non applicare le disposizioni interne contrastanti con le garanzie recate dalla CDFUE, e di applicare direttamente le norme recanti queste ultime.

L'accoglimento di tale prospettiva sembra determinare, però, il sorgere di difficoltà affatto peculiari: in una simile ipotesi non si è, infatti, in presenza di un'antinomia fra due norme (quella di diritto interno e quella di diritto europeo) entrambe disciplinatrici della materia, il cui riconoscimento consenta al giudice comune di decidere il caso sottoposto alla sua attenzione in base all'applicazione della norma europea, «scartando» (*i.e.* non

⁹⁹ Per approfondimenti sulla risoluzione di antinomie fra diritto interno e diritto europeo, da cui siano suscettibili di derivare effetti punitivi *in malam partem*, si veda *infra*, Cap. secondo.

applicando) la norma interna. Si ha, diversamente, un contrasto fra una norma nazionale, recante una determinata disciplina rispetto al caso in esame, e una norma europea che sancisce un diritto fondamentale immediatamente applicabile, di per sé insufficiente a fornire al giudice la regola del decidere sulla fattispecie di cui questi sia investito¹⁰⁰.

In tale situazione, la valutazione circa la compatibilità del diritto nazionale con il diritto europeo si presenta particolarmente complessa, trattandosi di stabilire se l'applicazione di norme interne, le uniche riferibili espressamente alla fattispecie oggetto di esame, determini, nel caso concreto, incisioni della garanzia fondamentale. E, nell'eventualità di ritenuto contrasto, la non-applicazione, anche solo parziale, della norma interna imporrebbe al giudice di rinvenire altre norme suscettibili di disciplinare la stessa materia, con il (mero) vincolo finalistico di assicurare il rispetto della medesima garanzia¹⁰¹.

4.2.1.4. (Segue.) Il sistema delineato nella più recente giurisprudenza costituzionale per le ipotesi di concomitante contrasto del diritto interno con la Costituzione e con la CDFUE.

Il quadro delle attività spettanti ai giudici nazionali nelle ipotesi predette si complica ulteriormente, se si considera che, atteso il contenuto tipicamente costituzionale della CDFUE, è assai frequente che una violazione di un diritto fondamentale infranga tanto le norme recate da quest'ultima quanto le corrispondenti tutele interne previste dalla Costituzione, in tal guisa aprendosi una duplice via per gli stessi giudici nazionali: applicare direttamente il diritto fondamentale in quanto riconosciuto a livello europeo, eventualmente a séguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo, ovvero, in alternativa, sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma interna per violazione della garanzia costituzionale.

¹⁰⁰ Già in questo senso, sulla ipotesi per certi versi analoga di contrasto fra norme nazionali e principi del diritto dell'Unione europea, ONIDA V., *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 2015, 29 ss., spec. 42-43 (oggi in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 1575 ss.).

¹⁰¹ Sul punto si tornerà *passim* nei Capitoli secondo e terzo.

È proprio in relazione a queste specifiche, e peculiari, situazioni di cd. doppia pregiudizialità che la Corte costituzionale, in un ormai celebre *obiter dictum* contenuto nella *sentenza n. 269 del 2017*, ha chiarito che le autorità giurisdizionali nazionali debbono procedere in via prioritaria alla promozione del giudizio di legittimità costituzionale, salvo restando l'eventuale successivo ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto europeo¹⁰², dando vita a un nuovo sistema di rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo dotato di effetti diretti, affinati con le precisazioni fornite nella giurisprudenza successiva¹⁰³.

4.2.2. Il rafforzamento della giurisdizione costituzionale: sindacato di costituzionalità, discrezionalità legislativa e tutela dei diritti fondamentali.

Ma il rilievo assunto, all'interno dell'ordinamento nazionale, dal diritto giurisprudenziale europeo e convenzionale ha per certi versi concorso al rafforzamento della posizione della giurisdizione costituzionale¹⁰⁴. Nel corso del tempo, infatti, tale giurisdizione, nel compiere il sindacato di legittimità costituzionale su atti legislativi

¹⁰² Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, n. 5.2. *Cons. dir.*, su cui, fra i molti, CONTI R., *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2017; AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'“obiter dictum” della sentenza n. 269/2017*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2, 2019; MARCENÒ V., *Quando il giudice deve (o doveva?) “fare da sè”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Diritto e società*, 4, 2018, 633 ss.; MARINI F.S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, 4, 2018; REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.; ROMBOLI R., *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice 'a quo' in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861 ss.; SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 ss..

¹⁰³ Cfr. Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, n. 2 *Cons. dir.*; sent. n. 63 del 2019, n. 4.3 *Cons. dir.*; sent. 10 maggio 2019, n. 112, n. 7 *Cons. dir.*; ord. 10 maggio 2019, n. 117, n. 2 *Cons. dir.*. Sul tema, in una prospettiva generale, LOSANA M., *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305 ss..

¹⁰⁴ D'altra parte, come nota MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile P.-Cheli E.-Grassi S. (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 19, è proprio «la relazione fra Corte e Parlamento, come titolare del potere legislativo, la primaria o privilegiata a definire la posizione di essa nell'ordinamento, e i modi del concreto atteggiarsi di tale relazione sono quindi i più idonei a consentire la individuazione del “ruolo” che la Corte svolge effettivamente nel sistema complessivo».

interni, è arrivata ad occupare nuovi «spazi» in precedenza considerati inaccessibili, in quanto ritenuti di esclusiva spettanza del legislatore, talvolta superando proprio quei limiti che essa stessa si era data in un'opera di autolimitazione dei propri poteri¹⁰⁵: è un fenomeno ampio e generale, al cui manifestarsi l'incidenza, diretta o indiretta, della giurisprudenza sovranazionale ha certamente contribuito, seppure non in via esclusiva¹⁰⁶.

D'altra parte, al pari delle altre giurisdizioni nazionali, anche quella costituzionale rappresenta un organo dello Stato chiamato a evitare, nell'esercizio delle proprie funzioni, il verificarsi di violazioni del diritto convenzionale ed europeo, e quindi, a considerare e valutare detto diritto», come interpretato dalle relative Corti, ai fini dell'esercizio del controllo di costituzionalità di norme interne. In tal modo, il diritto giurisprudenziale sovranazionale ha finito per interessare le modalità di esercizio del sindacato di legittimità costituzionale, sia con riguardo al momento dell'*interpretazione* delle norme costituenti parametro di legittimità costituzionale, sia in riferimento al momento della *decisione* sulla questione d'incostituzionalità sollevata¹⁰⁷.

4.2.2.1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale parametro «esplicito» o «implicito» di costituzionalità.

Sotto un primo aspetto, l'influenza del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo ha riguardato l'interpretazione delle disposizioni costituzionali sulla cui base debbano valutarsi i presunti profili di incostituzionalità dei testi legislativi nazionali, e ha in particolare determinato un «arricchimento contenutistico» delle norme atte a costituire parametro di costituzionalità, in tal modo aprendo nuove possibilità di intervento.

Per un verso, infatti, le pronunce delle Corti sovranazionali hanno acquisito valenza giuridica interna in quanto concorrenti alla definizione della portata delle disposizioni contenute negli atti normativi che le stesse Corti sono chiamate ad applicare. Ed è proprio

¹⁰⁵ Per uno studio generale sul tema, cfr. PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, Milano, 1991, ove l'A., nello specifico, intende verificare l'applicabilità del modello nordamericano della *political question doctrine* alla produzione giurisprudenziale della Corte costituzionale.

¹⁰⁶ Cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 25.

¹⁰⁷ Il tema sarà approfondito *infra* nel Capitolo terzo.

in tale veste che dette pronunce integrano il parametro interposto di costituzionalità rilevante ai fini del relativo sindacato, secondo le – poc’anzi illustrate – costruzioni elaborate nella giurisprudenza costituzionale. In questo caso l’influenza si è concretizzata, quindi, secondo una logica di «aggiunta» delle garanzie convenzionali ed europee alle tutele già previste dalla Carta costituzionale.

Per un altro verso, e forse ancor più significativamente, le conclusioni raggiunte nella stessa giurisprudenza sovranazionale rispetto al contenuto di certe garanzie convenzionali ed europee hanno talvolta indotto il Giudice costituzionale a rivedere i propri orientamenti consolidati in relazione alla portata delle corrispondenti garanzie costituzionali interne, attribuendo ad esse una portata nuova o comunque rinnovata. Emerge qui, dunque, una logica diversa, in base alla quale il diritto giurisprudenziale europeo e convenzionale assume rilievo, non già soltanto esplicitamente tramite le consuete «porte d’ingresso» rappresentate dall’art. 117, primo comma, Cost. (sia per il diritto convenzionale che per quello europeo) e dall’art. 11 Cost. (per il solo diritto europeo), bensì anche implicitamente, tramite una ridefinizione – o, se si preferisce, una precisazione – del contenuto delle garanzie costituzionali nazionali.

4.2.2.2. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale concausa del crescente attivismo della Corte costituzionale.

Quanto alla seconda direttrice di influenza del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo, essa concerne i «modi» di intervento della Corte costituzionale nelle ipotesi di contrasto di norme interne con le garanzie convenzionali e con il diritto europeo.

In queste ipotesi si pone, per la giurisdizione costituzionale, l’inevitabile esigenza di coniugare le istanze di tutela dei diritti fondamentali emergenti in concreto nelle pronunce sovranazionali con i limiti della propria attività, la quale è destinata ad operare su atti normativi generali e a confrontarsi problematicamente, e più da vicino, con il potere legislativo nazionale. Sorge, in altre parole, la necessità di garantire, tramite il sindacato di costituzionalità, che il diritto legislativo nazionale non sia preclusivo al pieno godimento dei diritti e delle posizioni soggettive tutelate dal diritto giurisprudenziale

europeo e convenzionale.

Siffatta esigenza di comporre la concretezza dei diritti fondamentali con il carattere generale e astratto della legge, o degli atti normativi aventi la medesima forza, risulta invero affatto complessa da soddisfare, attesa l'oggettiva difficoltà, in certi casi, non solo di adottare una decisione rispettosa delle prerogative del potere legislativo, ma anche di elaborare una «risposta» che si articoli in modo tale da assicurare adeguatamente le istanze di tutela provenienti dal diritto sovranazionale¹⁰⁸.

Come si avrà modo di osservare, la Corte costituzionale ha reagito in modo diverso alle sollecitazioni appena descritte: se in taluni casi si è limitata a riconoscere l'inammissibilità del proprio intervento, ritenendo che tale compito di composizione di contrapposti interessi si apra a scelte politiche spettanti al legislatore; in altri casi, si è mostrata invece decisa nell'intervenire onde eliminare i profili di incostituzionalità presentati dal diritto interno per incompatibilità con le garanzie convenzionali e con il diritto europeo, utilizzando tipologie decisorie (*in primis*, le sentenze cd. manipolative) che si pongono in rapporto affatto critico con il potere legislativo; e, in altri casi ancora, Essa non ha esitato a riproporre strumenti processuali in precedenza scarsamente utilizzati, per porre un argine all'*ingresso* dello stesso diritto sovranazionale (*recte*, del diritto europeo), allorquando abbia ritenuto quest'ultimo suscettibile di presentare profili di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale.

4.2.3. Rafforzamento delle giurisdizioni nazionali e separazione dei poteri dello Stato (cenni).

Dalle considerazioni fin qui svolte è chiaro che l'incidenza, sul piano interno, del diritto giurisprudenziale sovranazionale contribuisce al rafforzamento della posizione delle giurisdizioni nazionali, e quindi, in ultima analisi, concorre a evidenziare un'esigenza di ridefinizione, o quanto meno di ripensamento, del principio di separazione dei poteri dello Stato, per come esso è stato tradizionalmente pensato e teorizzato¹⁰⁹.

Formule classiche, quali quelle secondo cui la magistratura nel suo complesso

¹⁰⁸ Si veda *infra*, Cap. primo, § 5; Cap. secondo, § 5; e, in generale, il Cap. terzo.

¹⁰⁹ Cfr. BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, cit., 19 ss..

costituisce un «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»¹¹⁰ e i giudici sono «soggetti soltanto alla legge»¹¹¹, hanno un'origine storica assai lontana, e trovano il proprio fondamento nell'idea che gli attori del diritto – e i giudici, *in primis* – siano meri esecutori della legge, il cui unico scopo sarebbe quello di «far parlare» la legge stessa: di tal che, autonomia e indipendenza equivarrebbero a soggezione esclusiva alla legge. Siffatta costruzione è messa in crisi oggi, assieme ad altri fattori, anche dai nuovi «spazi» aperti alle giurisdizioni nazionali dall'intervento del diritto sovranazionale, concretizzandosi in una molteplicità di momenti – per così dire, di fasi – dell'attività giurisdizionale, sia costituzionale sia comune, in cui può trovare estrinsecazione la discrezionalità giudiziaria.

La giurisprudenza, intesa come attività dei giudici, è ormai solo in parte legata alla legge, nel senso che quest'ultima non rappresenta che il punto di partenza di un'attività giurisdizionale assai più articolata di quella in relazione alla quale le formule di indipendenza e autonomia della magistratura e dei giudici avevano avuto origine¹¹². Le giurisdizioni sono oggi chiamate a compiere un'attività affatto complessa: oltre a dover tener conto della legge, sono obbligate a considerare una molteplicità di fonti ulteriori variamente coordinate (o addirittura non coordinate fra di loro); ad aver riguardo del significato attribuito a tali fonti nelle pronunce rese da altre Corti (titolari di un ruolo di interpreti qualificati delle stesse); a procedere alla interpretazione di esse secondo differenti criteri (tra l'altro, interpretazioni conformi alla Costituzione, alla CEDU e al diritto europeo); a giungere, in tal modo, all'individuazione della regola da utilizzarsi ai fini della risoluzione del caso oggetto di considerazione o, nel caso della giurisdizione costituzionale, all'individuazione della norma atta a costituire parametro di costituzionalità; e infine a prendere la decisione¹¹³.

Orbene, se l'autonomia e l'indipendenza da ogni altro potere aveva una spiegazione

¹¹⁰ Cfr. art. 104 Cost..

¹¹¹ Cfr. art. 101, secondo comma, Cost..

¹¹² In questo senso, pur se su di un piano generale, ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit., 205-206.

¹¹³ La progressiva estensione degli ambiti interessati da esigenze di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali rappresenta uno dei fenomeni che hanno accresciuto la «complessità della realtà» in cui deve svolgersi l'attività giurisdizionale: in proposito, ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, 2015, fasc. 2276, 86-88.

chiarissima quando si poteva dire – pur se, già all’epoca, si trattava di un’idealizzazione – che il giudice applicasse soltanto la legge, ora si pone il problema di rinvenire una «nuova» legittimazione alle predette formule. Più precisamente, a fronte della moltiplicazione di momenti di discrezionalità del giudicante, cui la penetrazione del diritto giurisprudenziale sovranazionale all’interno dell’ordinamento nazionale ha certamente contribuito, sorge l’esigenza di giustificare l’indipendenza e l’autonomia in maniera nuova rispetto alla tradizione¹¹⁴.

5. PRECISAZIONE SULL’OGGETTO DELLO STUDIO: L’INCIDENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE SUL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ NELLA MATERIA DEL DIRITTO PUNITIVO.

Così chiariti gli *orizzonti* di contesto, può comprendersi quanto si era precedentemente anticipato, ossia che il tema delle ricadute della giurisprudenza convenzionale ed europea sull’ordinamento interno è suscettibile di essere esaminato secondo diverse prospettive: sul piano del sistema delle fonti, sul piano del rafforzamento delle giurisdizioni nazionali rispetto alla legislazione, e, infine, sul piano della separazione dei poteri.

Nel presente lavoro, stante l’impossibilità di approfondire adeguatamente il tema secondo ciascuna di siffatte prospettive, si è compiuta la scelta di concentrare l’indagine sulla problematica dell’incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale sull’esercizio della giurisdizione costituzionale nella materia del *diritto punitivo*, la quale rappresenta un angolo prospettico privilegiato per osservare e valutare la progressiva evoluzione dei rapporti fra legislazione e giurisdizione costituzionale, e più in generale fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. Lo studio insisterà sulla giurisprudenza convenzionale, europea e nazionale sviluppatasi in relazione alle garanzie *sostanziali* che afferiscono alla predetta materia, per tali intendendosi sia quelle garanzie

¹¹⁴ In proposito, cfr. MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.; BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 757 ss.; PRETEROSSIG., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 77 ss.; ZANCHETTA P.G., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, *ivi*, 82 ss..

tradizionalmente definite come sostanziali sia quelle che, in virtù di una peculiare e innovativa interpretazione giudiziale, di fatto rispondano anche a istanze di tutela sostanziali¹¹⁵.

L'analisi sarà condotta nella consapevolezza che l'obiettivo, invero ambizioso, di elaborare una nuova sistematica capace di ricostruire i rapporti fra le fonti del diritto «tradizionali» (*recte*, tradizionalmente ritenute tali) e il diritto giurisprudenziale, oltre che fra *legislazione* e *giurisdizioni* non potrà essere raggiunto in questa sede. Più limitatamente, invece, lo scopo è di istruire le problematiche determinate dall'incidenza delle pronunce delle Corti europee sull'attività delle giurisdizioni nazionali, e sulla giurisdizione costituzionale in particolare, nel contesto del diritto punitivo, e quindi di approfondire le conseguenti questioni concernenti il «riposizionamento» del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto legislativo.

D'altra parte, le interferenze sorte rispetto all'interpretazione e all'applicazione di siffatte garanzie *penalistiche*, oltre ad essere espressione delle diverse logiche che muovono il diritto interno e il diritto sovranazionale, rappresentano un nuovo punto di espressione della coesistenza fra esigenze di certezza del diritto e di giustizia nel caso concreto, toccando, in ultima analisi, la tematica delle tutele da assicurarsi ai singoli di fronte all'esercizio da parte dello Stato di un potere *lato sensu* punitivo nel quadro di un mutato sistema delle fonti, e di un sistema di rapporti fra legislazione e giurisdizione in corso di trasformazione.

Considerati i fini che si sono enunciati, si muoverà da una disamina della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani¹¹⁶ e della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹¹⁷, approfondendo gli approdi che palesano significativi profili di criticità rispetto a norme e istituti interni di carattere punitivo, e in particolar modo soffermandosi su casi giurisprudenziali che hanno dato luogo ad attriti o addirittura contrasti con lo stesso ordinamento interno. L'analisi sarà utile per procedere, in séguito, allo studio nello specifico dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale rispetto a specifiche problematiche sorte, in riferimento al diritto punitivo nazionale, con l'*ingresso*

¹¹⁵ Il riferimento, da questo punto di vista, è alla garanzia del *ne bis in idem*.

¹¹⁶ Si veda *infra*, Cap. primo.

¹¹⁷ Si veda *infra*, Cap. secondo.

sul piano interno del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo, evidenziando come, in detta evoluzione, possano riscontrarsi tanto momenti di positiva convergenza – financo, virtuose contaminazioni – quanto marcati disallineamenti fra le diverse logiche, nazionale e sovranazionale¹¹⁸.

¹¹⁸ Si veda *infra*, Cap. terzo.

CAPITOLO PRIMO

DIRITTO PUNITIVO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Premessa: l'elaborazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo di un proprio linguaggio giuridico. - 2. La nozione di «materia penale» e l'estensione delle garanzie penalistiche al diritto sostanzialmente punitivo. - 3. La nozione di «base legale» e il divieto di applicazione retroattiva di mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. - 4. Il contenuto del *ne bis in idem* convenzionale e i sistemi punitivi di cd. doppio binario. 5. Le ricadute della giurisprudenza convenzionale sul diritto punitivo interno.

Dopo aver contestualizzato, nel Capitolo introduttivo, il senso e la direzione del presente lavoro, è giunto, a questo punto, il momento di entrare nel merito dell'analisi, cominciando con l'esaminare quali approdi della giurisprudenza sovranazionale – della Corte europea dei diritti umani e della Corte di Giustizia – abbiano problematicamente interessato la materia del diritto sanzionatorio, ovverosia ambiti ordinamentali in cui venga in rilievo l'esercizio di una potestà punitiva da parte di autorità, direttamente o indirettamente, pubbliche.

Si è scelto di muovere dallo studio della giurisprudenza convenzionale, che per prima, rispetto – si intende – alla giurisprudenza europea, ha inciso sulle garanzie tipicamente penalistiche. L'obiettivo è di mettere in rilievo come nel quadro di una giurisprudenza casistica, quale è in effetti quella convenzionale, siano stati sviluppati concetti e siano state elaborate nozioni che non sempre coincidono con i corrispondenti concetti e con le corrispondenti nozioni tradizionalmente fatti propri ed utilizzati dal

legislatore e dai giudici nazionali, oltre che tematizzati nella relativa letteratura scientifica. Il Giudice di Strasburgo, infatti, pur dovendo fare applicazione di disposizioni che sul piano testuale paiono rispondere, nella loro genericità, ad istanze di tutela analoghe alle corrispettive disposizioni costituzionali nazionali, è giunto, anche per esigenze di carattere pratico, ad una propria, autonoma, interpretazione della portata dei diritti e delle libertà tutelati nel sistema convenzionale.

A tale processo non si sono sottratte le predette garanzie penalistiche, rispetto alle quali sono emersi in modo particolarmente marcato profili di attrito derivanti dall'«incontro» fra la prospettiva convenzionale, eminentemente volta a fornire una risposta alle domande di giustizia sostanziale che sorgono nei singoli casi concreti in cui si sospetta il verificarsi di una violazione della Convenzione, e la diversa prospettiva nazionale, fondata su di una sistematica di tipo ordinamentale e su concetti e nozioni poggianti su una rigida qualificazione formale e processualistica. L'influenza delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, come sarà evidente, ha inciso nel profondo sulla fisionomia delle garanzie penalistiche, «arricchite» di contenuti nuovi, e di fatto estese – lo si afferma, per ora, con un poco di approssimazione, riservandosi di effettuare, nel prosieguo, le dovute precisazioni¹ – al diritto sanzionatorio.

Per meglio apprezzare le problematiche appena tratteggiate, le quali saranno partitamente approfondite nei paragrafi centrali del presente Capitolo, si muoverà, nel paragrafo iniziale, da una brevissima illustrazione, per quanto di interesse, dei caratteri essenziali della giurisdizione esercitata dalla Corte EDU, premessa fondamentale per comprenderne l'operato della, e quindi anche gli schemi ermeneutici e decisorii da Essa utilizzati, implementati ed applicati.

1. PREMESSA: L'ELABORAZIONE DA PARTE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO DI UN PROPRIO LINGUAGGIO GIURIDICO.

La Corte europea dei diritti dell'uomo², operante in quattro diverse formazioni

¹ Sul punto si tornerà *infra*, al § 2.

² La Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce un organo giurisdizionale operante nell'ambito del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale fondata all'indomani del secondo conflitto mondiale, allo scopo di favorire l'integrazione e di prevenire la guerra nel contesto europeo, da parte di alcuni Stati

giudicanti³, ha il compito di accertare e, nel caso, dichiarare il verificarsi di violazioni delle garanzie riconosciute dal testo della Convenzione e dei relativi Protocolli ad essa annessi (segnalate da un'Alta Parte contraente⁴ ovvero) lamentate da un singolo individuo, in relazione ad una specifica situazione in concreto realizzatasi: come si avrà modo di illustrare, si tratta di una giurisprudenza casistica o, se si vuole, «del caso concreto»⁵.

L'accesso al Giudice di Strasburgo è sottoposto all'avverarsi di precise condizioni di ricevibilità dei ricorsi, le quali ne restituiscono la natura di organo giurisdizionale

europei, con l'approvazione del relativo Statuto a Londra il 5 maggio 1949, che individuò la sede dell'organizzazione medesima in Strasburgo. Ad essa hanno aderito, nel corso del tempo, tutti i Paesi dell'Europa occidentale e, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, anche i Paesi dell'ex blocco sovietico e della ex Jugoslavia, fino ad arrivare all'attuale composizione di quarantasette Paesi membri: ragion per cui ci si riferisce al sistema del Consiglio d'Europa come alla cd. Grande Europa, così distinguendolo dal diverso, e più ristretto, sistema dell'Unione europea.

L'istituzione della Corte si deve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, principale testo di riferimento nell'ambito dell'organizzazione, cui si sono medio tempore aggiunti altri strumenti di «integrazione» adottati sempre in seno al Consiglio d'Europa. Tale Convenzione, pur ispirandosi largamente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, di cui costituisce un'applicazione regionale, ebbe cura di prevedere, a differenza della seconda, un particolare e innovativo sistema di tutela giurisdizionale idoneo a garantire l'effettività dei diritti da essa riconosciuti.

³ Nello specifico, giudice unico, Comitati di tre giudici, Camere di sette giudici e Grande Camera di diciassette giudici, che rappresenta la più ampia composizione per l'esercizio di funzioni giurisdizionali. Sulle peculiarità del ruolo della Grande Camera e sui criteri di ammissibilità del rinvio ad essa *ex art.* 43 CEDU, cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 73-75.

⁴ Non ci si soffermerà sulla pur significativa attività della Corte rispetto ai ricorsi interstatuali.

⁵ Il perno di detto sistema era rappresentato, in origine, dalla Commissione e dalla stessa Corte EDU, chiamata a intervenire rispetto a ricorsi interstatuali o a ricorsi individuali; in quest'ultimo caso Essa, però, poteva essere adita non già in via diretta, bensì per il tramite della medesima Commissione, restando in tal modo salvaguardato il principio, cardine nel diritto internazionale, dell'esclusivo riconoscimento della soggettività giuridica agli Stati nazionali. A seguito della «riforma» realizzata, nel 1998, con l'entrata in vigore Protocollo n. 11, è venuta meno, rispetto ai ricorsi individuali, la funzione di «filtro» demandata alla Commissione, così concretizzandosi il sostanziale riconoscimento di un diritto di azione in capo al singolo in relazione a presunte violazioni della Convenzione commesse da un'Alta Parte contraente. La svolta è stata di portata significativa, tanto che può parlarsi di una «sostituzione», di fatto, di una cd. *nouvelle Cour* al vecchio sistema fondato sul binomio Corte-Commissione. L'innovazione, associata all'interpretazione evolutiva che ha guidato la Corte nell'applicazione delle garanzie recate dalla Convenzione, oltre che ad un'accresciuta sensibilità alla cultura e al rispetto dei diritti fondamentali nei diversi ordinamenti nazionali, ha portato a una crescita esponenziale del numero dei ricorsi individuali, e alla conseguente necessità di adeguamenti nella struttura del meccanismo sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali. Dato il consistente incremento del carico di lavoro, si è discusso anche dell'opportunità di integrare la composizione della Corte stessa, attualmente di quarantasette giudici, scelti dall'Assemblea parlamentare nella misura di uno per Stato membro nella rosa di tre candidati proposti dal governo nazionale.

sovrana di tutela dei diritti fondamentali e, al contempo, ne definiscono la posizione rispetto agli strumenti processuali degli ordinamenti nazionali. Per quanto ciascuna di tali condizioni, espressamente fissate dall'art. 35 CEDU, presenti aspetti di rilievo⁶, ci si soffermerà solamente sul previo esaurimento dei rimedi interni e sulla compatibilità del ricorso con le disposizioni convenzionali, stante la loro maggiore significatività rispetto alle finalità descritte *in limine* al presente Capitolo, e quindi la loro funzionalità al ragionamento che si sta conducendo.

1.1. La sussidiarietà del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali.

Venendo alla prima condizione di ricevibilità, il previo esaurimento dei rimedi nazionali, è evidente come essa derivi dall'alterità degli ordinamenti cui appartengono i diversi rimedi, quelli interni attivabili dinanzi ai giudici, o comunque dinanzi alle autorità nazionali⁷, e quello sovranazionale attivabile dinanzi alla Corte di Strasburgo, costituendo, la stessa condizione, espressione diretta del principio di sussidiarietà, elemento precipuo fondante l'intero sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali.

Il requisito in esame è stato interpretato nella giurisprudenza convenzionale sovente, pur se con un certo margine di flessibilità, in connessione con la garanzia dell'effettività dei rimedi interni *ex art. 13 CEDU*, nel senso che, in tanto può dirsi che sia mancato l'avverarsi della condizione di ricevibilità, in quanto il singolo avesse a sua disposizione

⁶ Ai sensi dell'art. 35 CEDU, le condizioni di ricevibilità sono rappresentate (i) dal previo esaurimento dei rimedi interni e il decorso di un termine decadenziale non superiore ai sei mesi dalla definitività dell'ultima decisione nazionale; (ii) la compatibilità del ricorso con le disposizioni convenzionali; (iii) la sua non manifesta infondatezza; (iv) la sua non abusività; (v) la sua nominatività e la sua originalità; (vi) la sussistenza di un pregiudizio importante.

⁷ Si fa riferimento ai rimedi azionabili dinanzi non solo ad autorità giurisdizionali, bensì anche a qualsiasi altra autorità riconducibile allo Stato italiano.

rimedi nazionali accessibili, efficaci e sufficienti⁸, che non ha concretamente esperito⁹.

Dunque, la giustiziabilità delle garanzie convenzionali si basa su di un meccanismo azionabile direttamente dal singolo, ma solo in un secondo momento, solo dopo, cioè, che lo Stato, pur messo in condizione di rimediare alla violazione degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione della Convenzione e dei relativi Protocolli occorsa all'interno del proprio ordinamento giuridico, non vi sia riuscito, in coerenza, del resto, con principi generalmente riconosciuti in tema di responsabilità internazionale degli Stati nazionali¹⁰.

È proprio la previsione di questo filtro procedimentale che porta la Corte europea dei diritti ad interessarsi di casi concreti dopo che su di essi si siano già pronunciate le diverse autorità giurisdizionali competenti, facendo sorgere, a un esame poco attento, il dubbio che Essa possa configurare una sorta di ultima istanza di giudizio, ulteriore rispetto a quelle nazionali. Si tratterebbe, invero, di una qualificazione impropria, non essendo tale Corte competente a pronunciarsi su eventuali errori di fatto o di diritti emergenti nelle decisioni nazionali, salvo che nell'ipotesi in cui detti errori, per così dire, ridondino in una violazione di taluna garanzia convenzionale¹¹.

⁸ Cfr. C. Edu, *Costa e Pavan c. Italia*, ric. n. 54270/10, 11 febbraio 2013, § 37. Sul tema si veda CONFORTI B., *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 42 ss.; ORSI BATTAGLINI A., *Il giudice interno "primo" organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in Carlassare L. (cur.) *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, 190 ss.; PITEA C., *Sub Art. 35*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.

⁹ Quanto all'ordinamento italiano, ad esempio, non costituisce un rimedio interno effettivo, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, l'istanza rivolta al giudice nazionale al fine di promuovere una questione di legittimità costituzionale su una disposizione legislativa da cui sia suscettibile di derivare, in tesi, la violazione delle garanzie convenzionali, in ragione della mancata previsione di un ricorso diretto del singolo alla Corte costituzionale, come accade invece in altri ordinamenti: in proposito, cfr. C. Edu, *Cofferati e altri c. Italia*, ric. n. 46967/07, 24 febbraio 2009, § 48; *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/11, 27 agosto 2015, §§ 87-105. In dottrina, cfr., fra gli altri, RANDAZZO B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti*. *Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2015, 617 ss..

¹⁰ Cfr. COHEN-JONATHAN G.-FLAUSS J.-F.-LAMBERT-ABDELGAWAD E., *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2006.

¹¹ Così, icasticamente, RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 54.

1.2. L'opera giurisprudenziale di definizione dell'ambito applicativo e del contenuto delle garanzie riconosciute nella Convenzione e nei relativi Protocolli.

La seconda condizione di ricevibilità meritevole di attenzione è la compatibilità dell'oggetto del ricorso (*recte*, delle doglianze fatte valere dai ricorrenti) con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, la quale non costituisce altro che un diverso punto di osservazione da cui guardare al problema della definizione dell'ambito di competenza in cui può estendersi la giurisdizione della Corte. Detta competenza è, per solito, circoscritta secondo quattro diverse traiettorie: quanto ai soggetti legittimati attivi alla presentazione di ricorsi (competenza *ratione personae*), quanto al luogo (competenza *ratione loci*) e al momento in cui si è realizzata la presunta violazione (competenza *ratione temporis*), nonché quanto all'oggetto dei ricorsi (competenza *ratione materiae*).

È quest'ultima direttrice a presentare i maggiori profili di interesse: proprio il carattere vago, indefinito e indeterminato del tenore letterale delle disposizioni convenzionali, le quali garantiscono diritti e libertà, ha portato alla progressiva emersione dell'attività ermeneutica del Giudice di Strasburgo, pervenuta ad adottare interpretazioni significativamente estensive delle garanzie convenzionali, anche per il tramite dell'elaborazione di un linguaggio giuridico autonomo rispetto a quello proprio dei diversi ordinamenti nazionali¹².

1.2.1. I criteri ermeneutici adottati.

Nella sua opera interpretativa, sin dal caso *Golder c. Regno Unito*¹³, la Corte di Strasburgo ha chiarito, stante la natura di trattato internazionale propria della Convenzione, di poter attingere ai criteri ermeneutici ricavabili dal diritto internazionale consuetudinario in materia di interpretazione dei trattati internazionali, in séguito codificati agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969¹⁴.

¹² Si è manifestato qui in modo piuttosto evidente un fenomeno invero fisiologico per ogni processo che possa dirsi riconducibile all'attività giurisdizionale, ossia quello secondo cui ogni giudice ha la responsabilità di «far parlare» le norme che applica, traducendole nelle loro conseguenze pratiche.

¹³ C. Edu, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, § 29.

¹⁴ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, approvata dall'Assemblea federale il 15 dicembre 1989.

Specificamente, secondo questa prospettiva, è a essa consentito l'utilizzo dei canoni ermeneutici indicati dall'art. 31 della Convenzione, ossia l'interpretazione di tipo letterale (il trattato deve essere interpretato *secondo buona fede*, seguendo il *significato ordinario* da attribuire ai *termini*), l'interpretazione sistematica (secondo il *contesto* in cui il trattato si inserisce) e l'interpretazione teleologica (alla luce dell'*oggetto* e dello *scopo* del trattato medesimo); e altresì dei criteri complementari di cui all'art. 32, fra cui spicca per importanza il canone dell'interpretazione storica (tramite ricorso ai *lavori preparatori*).

Pur in assenza di una vera e propria gerarchia fra tali canoni, un rilievo senza dubbio significativo, se non prevalente, è stato assunto dall'interpretazione teleologica, tecnica ermeneutica attraverso cui la Corte è pervenuta a definire il significato di una certa disposizione avendo particolare riguardo agli scopi di tutela perseguiti dalla Convenzione, la quale, per usare le parole della Corte stessa, deve essere interpretata e applicata in guisa tale che le garanzie da essa riconosciute possano dirsi concrete ed effettive e non teoriche ed illusorie, escludendosi così interpretazioni restrittive della portata delle stesse.

A siffatto risultato si è arrivati, altresì, per il tramite di un cospicuo utilizzo del convergente canone dell'interpretazione cd. evolutiva o dinamica, alla cui stregua – secondo un filone giurisprudenziale inaugurato nel caso *Tyrer c. Regno Unito*¹⁵, e poi confermato in molteplici occasioni, come nei casi *Christine Goodwin c. Regno Unito*¹⁶ e *Scoppola (n. 2) c. Italia*¹⁷ – la Convenzione è assunta dalla Corte quale «strumento vivente» adattabile all'evoluzione delle condizioni della realtà sociale e giuridica rispetto alla quale essa deve essere applicata.

1.2.2. L'utilizzo di nozioni cd. autonome.

La congiunta implementazione di siffatti canoni ermeneutici ha condotto all'elaborazione di criteri definatori delle garanzie fondamentali riconosciute dai testi convenzionali diversi rispetto a quelli utilizzati nei vari ordinamenti interni in relazione

¹⁵ C. Edu, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 25 aprile 1978.

¹⁶ Tali affermazioni sono rinvenibili, *ex plurimis*, in C. Edu, [GC], *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/95, 11 luglio 2002, §§ 74-75 e 92-93.

¹⁷ C. Edu, [GC], *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ric. n. 10249/03, 17 settembre 2009.

alle garanzie corrispondenti o analoghe.

Ai fini di un'applicazione uniforme della Convenzione, la Corte EDU ha, infatti, messo a punto un linguaggio giuridico proprio¹⁸, per il tramite di un'interpretazione delle espressioni presenti nelle disposizioni convenzionali del tutto indipendente dalle categorie giuridiche nazionali, con la creazione di – già menzionate – nozioni cd. autonome di istituti e termini contenuti nelle disposizioni medesime, sovente in una logica di ampliamento della portata delle garanzie fondamentali.

Un approdo spiegabile con la volontà di estendere l'area applicativa dei diritti e delle libertà della Convenzione – quando invece la natura pattizia della Convenzione avrebbe suggerito un'interpretazione restrittiva –, in uno con la necessità, di carattere pratico, di creare strumenti capaci di intervenire coerentemente nei riguardi di tutti e quarantasette gli Stati contraenti.

Sotto quest'ultimo aspetto può, così, scorgersi il carattere funzionale delle predette nozioni autonome¹⁹, nella misura in cui esse sono suscettibili di ampliamenti, più spesso, ovvero di restringimenti, più raramente, in ragione delle diverse conseguenze che, nel singolo caso concreto, possano derivare. Il che denota l'adozione di un approccio, da parte della Corte europea dei diritti umani, antiformalistico²⁰, pragmatico ed attento alle circostanze del caso di specie²¹, adeguato alla «creazione» di strumenti argomentativi congruenti all'esigenza di reperire soluzioni adattabili ai diversi ordinamenti nazionali che compongono il sistema del Consiglio d'Europa: e dunque, di fondo, coerente con una giurisprudenza che si è poc'anzi qualificata come casistica.

1.2.3. La definizione del contenuto delle garanzie convenzionali.

Ma le peculiarità dell'apporto giurisprudenziale rispetto all'interpretazione e

¹⁸ Cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 78.

¹⁹ NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, 55.

²⁰ MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in Manes V.-Zagrebelsky V. (cur.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, 34-35.

²¹ MANES V., *Sub art. 7*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 260.

applicazione delle tutele previste dalla Convenzione e dai relativi Protocolli non si sono certo limitate al piano dell'individuazione dei confini applicativi delle stesse tutele (del relativo *campo di applicabilità*) in termini di fatto estensivi, riguardando anche l'opera di definizione del *contenuto* di esse.

È infatti accaduto che, sempre per il tramite dell'utilizzo di nozioni autonome rispetto a taluni elementi costitutivi delle garanzie (su tutti, vi è l'esempio del concetto di «base legale», su cui si tornerà *infra*²²), si sia pervenuti a delimitare l'oggetto di una determinata garanzia in modo diverso rispetto alle corrispondenti garanzie nazionali. Con la conseguenza che, anche allorquando le due garanzie, quella interna e quella sovranazionale, operino nel medesimo ambito materiale, comunque il significato di tali garanzie, pur se identificate sotto uno stesso *nomen iuris*, non può dirsi sovrapponibile.

Siffatto ampliamento contenutistico è avvenuto, anche a prescindere dall'implementazione di nozioni autonome, per il tramite di peculiari percorsi ermeneutici attraverso cui si sono ricondotti sotto talune garanzie convenzionali principi e tutele – non espressamente previsti in alcuna disposizione della Convenzione o dei Protocolli annessi – non del tutto congruenti rispetto alla *ratio* e alla tutela storicamente e tipicamente caratterizzanti dette garanzie, così piegate alla salvaguardia di beni giuridici per solito presidiati negli ordinamenti nazionali da altre garanzie (*recte*, da garanzie che non corrispondono a quelle individuate dalla Corte EDU come fondamento giuridico).

1.2.4. *Excursus*: il «margine di apprezzamento» quale strumento di *judicial restraint* (cenni).

Se, quindi, i canoni dell'interpretazione teleologica ed evolutiva spingono verso un ampliamento dell'ambito di operatività delle garanzie convenzionali, essendo quindi funzionali ad un atteggiamento di *judicial activism* da parte della Corte, si deve però altresì rilevare che un ruolo cruciale nell'interpretazione convenzionale è giocato dalla cd. dottrina del margine di apprezzamento²³, la quale rappresenta lo strumento con cui la Corte delimita la propria area di intervento rispetto a quella degli Stati, ed è quindi

²² Si veda *infra*, § 3.

²³ Così, RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 85.

utilizzata in una diversa logica di *judicial restraint*²⁴.

Siffatta dottrina, di fatto fondantesi sul criterio della sussidiarietà informante il sistema del Consiglio d'Europa, postula il necessario riconoscimento in capo agli Stati contraenti di un certo potere discrezionale nell'articolazione del proprio ordinamento giuridico, che emerge in tre diversi momenti dell'attività della Corte: (i) quando Essa compie il tradizionale scrutinio su misure limitative delle garanzie convenzionali (verifica della sussistenza di una base legale accessibile, prevedibile e sufficiente; di uno scopo legittimo; e di una proporzionalità fra misura e scopo perseguito); (ii) quando, nell'implementare un'interpretazione restrittiva ovvero estensiva di dette garanzie, ha riguardo del *consensus* a livello internazionale ed europeo²⁵; (iii) quando, onde assicurare un certo *standard* di tutela, decide se dichiarare l'esistenza di una obbligazione positiva gravante sullo Stato contraente.

L'analisi della casistica giurisprudenziale evidenzia che lo strumento, stante il suo carattere intrinsecamente indefinito, è fatto oggetto di un utilizzo piuttosto elastico²⁶ e dipendente in larga misura dal caso singolo preso in considerazione, variando a seconda dei diritti e del contesto in cui esso potrebbe trovare applicazione²⁷.

2. LA NOZIONE DI «MATERIA PENALE» E L'ESTENSIONE DELLE GARANZIE PENALISTICHE AL DIRITTO SOSTANZIALMENTE PUNITIVO.

Chiariti i caratteri essenziali del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, può quindi – più consapevolmente – approcciarsi l'esame della prima

²⁴ Cfr. DONATI F.-MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (cur.), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 74

²⁵ Cioè di quale sia il livello di tutela garantito dalla generalità degli Stati contraenti rispetto a una certa garanzie.

²⁶ RANDAZZO B., cit., 87-89, rileva che nella propria giurisprudenza la Corte EDU ha sottolineato come diversi siano i fattori oggetto di considerazione, di tal che il margine di apprezzamento è più ampio quando «non c'è consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'importanza relativa dell'interesse in gioco o sui mezzi più adatti a proteggerlo, e in particolare quando il caso pone questioni di ordine etico e morale delicate» ovvero «quando lo Stato deve bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti o differenti diritti protetti dalla Convenzione».

²⁷ Cfr. GREER S., *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 223.

nozione autonoma che ha problematicamente inciso sul diritto sanzionatorio nazionale, vale a dire quella di *materia penale*, dalla cui individuazione dipende la delimitazione dell'ambito applicativo delle garanzie di stampo penalistico recate dalla CEDU (giusto processo; principio di legalità, divieto di retroattività dei reati e delle pene, retroattività della *lex mitior*) e dai Protocolli ad essa connessi (divieto di *bis in idem*)²⁸.

L'esigenza di risolvere tale questione definitoria è essenzialmente, e forse potrebbe dirsi primariamente, pratica. La CEDU e gli annessi Protocolli, infatti, pur facendo spesso riferimento, direttamente o indirettamente, a concetti come *reato*, *pena*, o *procedimento penale*, non forniscono una definizione *expressis verbis* dei concetti medesimi.

Questi ultimi, ove interpretati esclusivamente alla stregua del diritto interno (*recte*, dei molteplici *diritti interni*), assumerebbero un contenuto differente a seconda del diverso Stato contraente interessato, data la non coincidenza dei criteri assunti dai vari ordinamenti nazionali per la delimitazione del campo applicativo del diritto penale in senso proprio: un risultato in contrasto con lo scopo della Convenzione di assicurare uno *standard* minimo comune e l'eguaglianza nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali.

Non solo: l'esigenza di adottare un significato autonomo di tali concetti è emersa, oltre che per le appena descritte esigenze pratiche, anche per finalità garantistiche. Si vuole, cioè, evitare che la mera qualificazione legislativa di un istituto, come non appartenente al diritto penale, sia suscettibile di pregiudicare l'applicazione delle garanzie fondamentali solitamente riconducibili all'ambito penalistico, qualora tali istituti *nella sostanza* presentino caratteri comuni agli strumenti penalistici in senso stretto.

Così, la convergenza di esigenze di armonizzazione, ai fini di un'applicazione uniforme della Convenzione, e di esigenze antielusive²⁹ ha condotto la Corte all'elaborazione di una nozione di *materia penale* (nella versione inglese, di *criminal*

²⁸ Per approfonditi studi sulla nozione di *materia penale* nella giurisprudenza della Corte EDU, si vedano MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit.; MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018, 25-110.

²⁹ Cfr. 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 *Riv. AIC*, 3, 2014.

matter e, in quella francese, di *matière pénale*) in senso ampio e sostanzialistico, rifuggendo dall'adozione di rigidi schemi formalistici, come del resto è accaduto in relazione a molti altri termini e concetti cui i testi convenzionali fanno riferimento.

2.1. L'approccio sostanzialistico e l'elaborazione dei cd. *Engel criteria*.

È qui emersa in tutte le sue potenzialità l'opera di definizione per via ermeneutica dei limiti esterni della *materia penale*, con l'affermarsi – sia pur in una giurisprudenza di tipo casistico – di un orientamento costante, che si basa sulla elaborazione e sulla applicazione di tre criteri fondamentali, divenuti ormai celebri con la formula di *Engel criteria*, dal nome del primo ricorrente del caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* risalente al 1976³⁰, vero e proprio *leading case* a questo riguardo.

2.1.1. Il primo criterio: la *qualificazione formale* negli ordinamenti giuridici nazionali.

Il primo di tali criteri è rappresentato dalla qualificazione fornita dall'ordinamento interno, che impone di verificare anzitutto se l'*illecito*, la *sanzione* e il *procedimento* – a seconda della diversa norma convenzionale interessata – siano formalmente definiti come penali.

La qualificazione formale fornita dal legislatore nazionale, però, non costituisce altro che il punto di partenza per la valutazione della Corte, ed assume rilievo decisivo solo laddove consenta un'estensione delle garanzie convenzionali.

Di tal che, se l'ordinamento interno qualifica un illecito o una sanzione come penale, non è necessario che la Corte proceda all'analisi della *sostanza* dell'illecito, della sanzione o del procedimento, dovendosi ritenere applicabili le garanzie convenzionali di stampo penalistico, la cui violazione è lamentata dai singoli ricorrenti.

Nell'ipotesi inversa, e cioè quando il legislatore abbia qualificato l'illecito come non penale, invece, siffatta qualificazione formale nell'ordinamento nazionale non è

³⁰ C. Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/718, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 giugno 1976.

dirimente per escludere l'applicabilità delle garanzie penalistiche convenzionali³¹: così, per dirlo con le parole della Corte europea, «the “autonomy” of the concept of “criminal” operates, as it were, one way only»³².

2.1.2. Il secondo criterio: la natura dell'infrazione.

È proprio in quest'ultima ipotesi che vengono in rilievo il secondo ed il terzo criterio, entrambi di carattere sostanziale: il secondo criterio attiene alla natura dell'infrazione, mentre il terzo fa riferimento alla natura e alla gravità della sanzione.

Con il secondo criterio, in particolare, vengono valorizzati il carattere e la struttura della norma trasgredita, la cui natura *penale* può derivare da diversi fattori. Un ruolo preponderante, nella valutazione, è assunto dagli interessi che sono oggetto di tutela della norma, specialmente laddove si tratti di interessi generali, di particolare interesse, normalmente tutelati dal diritto penale. Oltre ad essi sono considerati anche gli scopi, dissuasivi e repressivi, perseguiti dalle norme la cui violazione è contestata. Una certa attenzione è, inoltre, rivolta alla *generalità* del precetto e ai modi con cui è definito l'ambito dei destinatari del precetto: il fatto che un illecito sia previsto da una norma indirizzata alla *generalità* dei cittadini piuttosto che ad un gruppo in particolare può giocare un ruolo importante nello scrutinio dei Giudici di Strasburgo³³.

2.1.3. Il terzo criterio e la sua duplice natura.

Quanto al terzo criterio, si tratta di un criterio, per così dire, «bicefalo»: da un lato, la *gravità* della sanzione indirizza l'analisi verso gli aspetti contenutistici della misura oggetto di esame; dall'altro, la *natura* della sanzione impone di rivolgere l'attenzione ad altri aspetti, quali la sua pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato e lo scopo, deterrente e punitivo, dalla stessa perseguito³⁴.

³¹ Cfr. GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, 4.

³² C. Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 81.

³³ FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001, 128.

³⁴ MANES V., *Sub art. 7*, cit., 260.

Merita anzitutto segnalarsi che siffatte caratteristiche devono essere valutate in relazione al massimo edittale della sanzione prevista dal diritto nazionale: se è vero, infatti, che la sanzione concretamente applicata rientra fra gli elementi presi in considerazione dalla Corte nel suo accertamento, un'importanza primaria è accordata alla sanzione in astratto comminata dalla legge.

2.1.3.1. Il sotto-criterio della *gravità* della sanzione.

Il sotto-criterio della *gravità* richiede di effettuare, preliminarmente, una distinzione fra contenuto detentivo o meramente patrimoniale della sanzione, seppure non possano trarsi da tale operazione conclusioni dirimenti in un senso o nell'altro.

Una sanzione privativa della libertà personale fonda, si potrebbe dire, una presunzione di gravità della sanzione³⁵, e quindi una presunzione di appartenenza alla *materia penale*, ma non è possibile a priori escludere eccezioni, ossia privazioni della libertà personale che per durata, natura o modalità di esecuzione non siano suscettibili di arrecare un apprezzabile nocimento³⁶.

All'inverso, l'assenza di incisioni dirette alla libertà personale, come nel caso di sanzioni pecuniarie, non esclude l'integrazione del canone della *gravità*, ben potendo assumere rilievo, da questo punto di vista, altri elementi, quali, ad esempio, la possibile conversione della sanzione pecuniaria in una sanzione privativa della libertà personale ovvero, anche in assenza di un simile meccanismo, l'ammontare considerevole della sanzione stessa, indicativo di una natura afflittivo punitiva.

2.1.3.2. Il sotto-criterio della *natura* della sanzione.

Di rilievo ancor maggiore è il sotto-criterio della natura della sanzione, applicato soprattutto in relazione allo scopo della stessa: la finalità repressiva della sanzione ha acquisito, infatti, una posizione centrale – come è stato notato, un ruolo indubbiamente

³⁵ *Ivi*, 265.

³⁶ C. Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 82: la Corte EDU afferma che non rientrano nella nozione di materia penale quelle sanzioni privative della libertà personale che, per la loro natura, durata o modalità di esecuzione, non causino alcun serio pregiudizio.

primario³⁷ – nella definizione dei confini della *materia penale*.

A conferma di ciò può citarsi il caso *Lauko c. Slovacchia*³⁸ in cui la Corte EDU, nonostante la scarsa gravità della sanzione inflitta, è comunque giunta a riconoscere la riconducibilità alla *materia penale*, proprio valorizzando tale finalità repressiva³⁹.

2.1.4. I rapporti fra secondo e terzo criterio.

Quanto ai rapporti fra i due criteri sostanzialistici, il secondo e il terzo, la Corte ha avuto modo di chiarire, in più occasioni, che essi sono da considerarsi alternativi e non necessariamente cumulativi, essendo sufficiente il ricorrere anche di uno soltanto per ritenere applicabili le garanzie convenzionali al caso concreto. Nel caso *Lutz c. Germania*⁴⁰ si è infatti chiarito che:

«the second and third criteria adopted in the judgments in the Engel and Others case and the Öztürk case are alternative and not cumulative ones: for Article 6 (art. 6) to apply in virtue of the words “criminal charge”, it suffices that the offence in question should by its nature be “criminal” from the point of view of the Convention, as in the instant case, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of severity, belongs in general to the “criminal” sphere”»⁴¹.

Un approccio cumulativo non è però escluso allorquando un’analisi separata di ciascun criterio non conduca ad una conclusione certa circa la riconducibilità alla *materia penale*. Come è stato riconosciuto dalla stessa *Grande Chambre* nella sentenza *Jussila c. Finlandia* del 2006⁴², la possibilità di applicare congiuntamente i criteri è ammessa,

³⁷ MANES V., *Sub art. 7*, cit., 263.

³⁸ C. Edu, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95, 2 settembre 1998; la Corte EDU – chiamata a valutare la ricevibilità del ricorso – ha ritenuto che né la mancata previsione di una sanzione privativa della libertà né la mancata iscrizione della condanna nel casellario giudiziale fossero elementi decisivi per escludere l’applicabilità dell’art. 6 par. 1 CEDU.

³⁹ C. Edu, *Lauko c. Slovacchia*, cit, § 58.

⁴⁰ C. Edu, *Lutz c. Germania*, ric. n. 9912/82, 25 agosto 1987, in cui il ricorrente lamentava la violazione dell’art. 6 par. 2 CEDU, atteso che la decisione in materia di spese intervenuta dopo l’interruzione del procedimento a suo carico si sarebbe basata su una presunzione di colpevolezza. [La Corte EDU, pur ritenendo applicabile la garanzia asseritamente violata, ha comunque ritenuto che non vi fosse violazione dell’art. 6 par. 2 CEDU.]

⁴¹ *Ivi*, § 55.

⁴² C. Edu, *Jussila c. Finlandia*, [GC], ric. n. 73053/01, 23 novembre 2006, § 31.

quindi, solo in una logica di ampliamento delle tutele previste dalla Convenzione.

2.1.5. Il *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi*.

A questo punto dell'analisi, illustrati in termini generali i profili essenziali della elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, e prima di esaminare partitamente i diversi orientamenti sviluppatisi nel tempo rispetto a singole categorie di illeciti e di sanzioni, sembra opportuno illustrare, sia pur sinteticamente, il contenuto della sentenza resa nel già menzionato *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi*, anche al fine di comprendere come i criteri poc'anzi descritti operino in concreto.

Ad adire la Corte erano alcuni militari olandesi nei cui confronti erano stati contestati diversi illeciti disciplinari, ed erano state quindi applicate sanzioni formalmente non penali, ma incidenti sulla loro libertà personale. La questione fondamentale che il Giudice dei diritti si è trovato ad affrontare consisteva, quindi, nello stabilire se i procedimenti disciplinari previsti dall'ordinamento olandese, al cui esito erano state applicate siffatte sanzioni ai ricorrenti, potessero considerarsi riconducibili alla nozione di *criminal charge*, e quindi se agli stessi dovessero applicarsi le garanzie endoprocedimentali riconosciute all'art. 6 CEDU.

Posta di fronte a tale quesito, la Corte ha per la prima volta affermato la necessità di assumere un approccio sostanzialistico nella definizione dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche, a tal fine indicando i tre criteri (qualificazione formale, natura dell'illecito, natura e gravità della sanzione) poi affinati nella giurisprudenza successiva.

Così, facendo uso del terzo criterio e, in modo particolare, del sotto-criterio della gravità della sanzione disciplinare in quel caso applicata, consistente nel deferimento ad un'unità disciplinare per un periodo di dodici giorni (in astratto la durata avrebbe potuto raggiungere anche i sei mesi), ha concluso per l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, ritenendo che i procedimenti disciplinari avessero, ai fini convenzionali, carattere sostanzialmente penale⁴³.

⁴³ La questione della riconducibilità dei procedimenti disciplinari alla nozione di accusa in materia penale rilevava, infatti, ai fini della ricevibilità del ricorso riguardando la questione della applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6 CEDU.

2.2. L'estensione giurisprudenziale dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche al diritto sanzionatorio extra-penale.

L'approccio ermeneutico che si è descritto su di un piano generale ha portato a ritenere applicabili le garanzie convenzionali penalistiche a specifici illeciti, sanzioni e relativi procedimenti, che, pur non formalmente penali sulla base del diritto nazionale, devono considerarsi tali su di un piano sostanziale, finendo per interessare gli strumenti processuali e sostanziali propri del diritto sanzionatorio extra-penale.

Sulla nozione di *criminal matter* la «produzione» giurisprudenziale della Corte EDU è stata copiosa e tale per cui sono individuabili veri e propri filoni in relazione ai diversi ambiti ordinamentali ove si configuri l'esercizio di potestà punitive da parte di autorità, direttamente o indirettamente, pubbliche.

Nei paragrafi seguenti si procederà, quindi, all'illustrazione dei temi e delle problematiche fondamentali affrontate dalla Corte per ciascuno di tali ambiti, soffermandosi più da vicino su alcuni casi che hanno interessato specificamente l'ordinamento italiano.

2.2.1. Illeciti e sanzioni amministrativi.

Il diritto amministrativo sanzionatorio è, senza dubbio alcuno, l'ambito in cui maggiormente incisiva è stata la giurisprudenza convenzionale.

La riconducibilità di particolari illeciti e sanzioni amministrativi alla nozione di *materia penale* è stata, infatti, affermata in molteplici occasioni, prestandosi essi a tale operazione di (ri)qualificazione svolta dalla Corte per più di una ragione: *in primis*, per la precipua struttura delle figure di illecito amministrativo, spesso in tutto analoghe a fattispecie di reato, per la portata generale delle disposizioni ove siano descritti gli illeciti amministrativi e comminate le relative sanzioni e per il carattere intrinsecamente punitivo di queste ultime.

In generale, accade spesso che i legislatori nazionali scelgano di riservare la tutela di particolari interessi generali al diritto amministrativo sanzionatorio, anziché a quello penale, per le esigenze più svariate: per l'esigenza di depenalizzazione, data la ritenuta scarsa gravità delle condotte illecite; per l'esigenza di efficienza della risposta

sanzionatoria, contandosi, in questo caso, sulla particolare celerità del procedimento amministrativo sanzionatorio rispetto alla lentezza del processo penale; per l'esigenza di attribuire l'istruzione del procedimento e la relativa decisione a organi in possesso delle necessarie competenze tecniche (affidamento alle c.d. *authorities* della fase investigativa e decisoria del procedimento amministrativo sanzionatorio).

A tale «trasferimento» sul piano interno, dal diritto penale al diritto amministrativo sanzionatorio, della tutela di taluni beni giuridici non corrisponde alcuna conseguenza nel sistema convenzionale: le sanzioni amministrative – spesso pecuniarie e, in taluni casi, anche interdittive – previste «in luogo» di sanzioni penali conservano, da un punto di vista contenutistico, la medesima afflittività, o comunque un'analoga afflittività, e, da un punto vista teleologico, il medesimo carattere deterrente e punitivo.

2.2.1.1. Alle «origini» dell'estensione: il caso *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca* e gli illeciti relativi a violazioni del codice della strada.

Circa l'estensione dei confini della *materia penale* al diritto amministrativo sanzionatorio, il *leading case*⁴⁴ è rappresentato dal caso *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*⁴⁵, in cui la Corte si è occupata di infrazioni al codice della strada, originariamente previste dal legislatore tedesco come reati, poi depenalizzati e trasformati in illeciti amministrativi.

In tale pronuncia i giudici di Strasburgo hanno affermato il carattere sostanzialmente penale di detti illeciti, facendo applicazione del secondo criterio (la natura dell'illecito), e in particolare evidenziando sia il carattere repressivo e dissuasivo della norma violata dal ricorrente sia la portata generale di essa, destinata ad operare rispetto a tutti coloro che utilizzavano, e utilizzano, pubbliche vie. Dato l'esito positivo dello scrutinio condotto

⁴⁴ In questo senso: MANES V., *Sub art. 7*, cit., 267; NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 48.

⁴⁵ C. Edu, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79, 21 febbraio 1984; la Corte EDU ha ritenuto la violazione dell'art. 6 par. 3 CEDU in quanto nel procedimento amministrativo sanzionatorio cui era stato sottoposto il ricorrente per un'infrazione al codice della strada non era stato garantito il diritto di ricevere assistenza gratuita di un interprete. Sul problema, PALIERO, C.E., «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss..

sulla base del secondo criterio, la Corte ha reputato superfluo esaminare la natura *sostanzialmente* penale di siffatti illeciti alla luce del terzo criterio, vale a dire avendo riguardo della natura e gravità delle sanzioni applicate al ricorrente⁴⁶.

La sentenza è di particolare significato, atteso che in essa la Corte ha avuto modo di affrontare, incidentalmente, la problematica dei rapporti fra depenalizzazione e rispetto dei diritti fondamentali afferenti all'ambito penalistico.

In proposito, Essa, pur riconoscendo come la tendenza alla depenalizzazione all'epoca comune a molti ordinamenti europei dovesse essere vista con favore, dati gli obiettivi perseguiti (sottrarre ai tribunali la competenza in materia di illeciti minori e attribuirli ad autorità amministrative, al fine di rendere più efficiente l'intero sistema giudiziario; escludere conseguenze stigmatizzanti proprie dell'apparato sanzionatorio penalistico rispetto a illeciti di minore gravità o di minore allarme sociale), ha affermato che tali processi di depenalizzazione non potrebbero condurre ad escludere l'operatività delle garanzie penalistiche, sostanziali e processuali, previste dal sistema convenzionale.

Successivamente alla sentenza *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, la riconducibilità di infrazioni al codice della strada e delle relative sanzioni alla *materia penale* è stata in più occasioni ribadita. Ad esempio, nella recente sentenza *Boman c. Finlandia*⁴⁷, la Corte ha ritenuto che il procedimento amministrativo, culminato con l'applicazione di un *driving ban* per il periodo di due mesi, fosse da considerarsi penale in ragione della particolare gravità della sanzione.

2.2.1.2. Ipotesi ulteriori di «espansione» della *materia penale*: in particolare, diritto amministrativo sanzionatorio e *authorities*.

La natura afflittivo punitiva spesso presentata dagli illeciti e dalle sanzioni qualificati come amministrativi è stata più volte affermata dalla Corte EDU anche in ambiti diversi

⁴⁶ C. Edu, *Öztürk c. Germania*, cit., §§ 53-54.

⁴⁷ C. Edu, *Boman c. Finlandia*, ric. n. 41604/11, 17 febbraio 2015: la Corte EDU ha escluso che nel caso di specie vi fosse una violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU. Pur avendo riconosciuto che differenti sanzioni sostanzialmente penali erano state applicate da differenti autorità giudicanti in differenti procedimenti, la Corte EDU ha, tuttavia, ritenuto che vi fosse una stretta connessione nella sostanza e nel tempo tra gli stessi: non era possibile, dunque, affermare che il ricorrente era stato sottoposto a due distinti ed autonomi procedimenti penali.

da quello della circolazione stradale.

Viene in rilievo, in particolare, il fenomeno – cui si è solamente fatto cenno incidentalmente nel corso del Capitolo introduttivo⁴⁸ – della proliferazione di autorità tecniche (cd. *authorithies*) competenti a regolare un determinato settore dell'ordinamento, e, in caso di presunte violazioni, altresì ad istruire procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni, definite come amministrative, ma particolarmente incisive sia per l'importo che esse sono suscettibili di raggiungere (sanzioni pecuniarie) sia per l'invasività dei divieti dalle medesime derivanti (sanzioni interdittive)⁴⁹.

2.2.1.3. Un primo esempio: gli illeciti e le sanzioni per la violazione di norme in materia di concorrenza e il caso *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

Il primo settore interessato è quello degli illeciti e delle sanzioni previste in relazione alla normativa cd. *antitrust*, che trae origine nel contesto del diritto comunitario, e oggi dell'Unione europea. I vari Stati membri dell'UE hanno proceduto ad istituire sistemi di tutela interni di efficienza analoga a quelli operativi dinanzi alle istituzioni europee, allorché il comportamento o l'atto contrario alle regole in tema di libertà di concorrenza abbia rilievo solo nazionale.

A ciò non si è sottratta l'Italia, che con la legge 10 ottobre 1990, n. 287⁵⁰ ha istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), ha tipizzato le ipotesi di illecito e ha altresì regolato in generale il procedimento dinanzi all'Autorità medesima⁵¹ ed i poteri sanzionatori di quest'ultima⁵².

⁴⁸ Si veda *supra* Cap. Introduttivo, § 2.3.

⁴⁹ Oltre alle sentenze che hanno riguardato autorità indipendenti italiane, esaminate nei paragrafi seguenti, cfr. altresì C. Edu, *Dubus c. Francia*, ric. n. 5242/04, 11 giugno 2009; *Messier c. Francia*, ric. n. 25041/07, 30 giugno 2011; *Nodet c. Francia*, ric. n. 47342/14, 6 settembre 2019.

⁵⁰ Recante *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*.

⁵¹ La disciplina è integrata dagli artt. 6-14 del d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (*Regolamento in materia di procedura istruttorie di competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*).

⁵² Il contenuto del provvedimento sanzionatorio finale è indicato solo in termini essenziali dagli artt. 15 e 19 legge n. 287/1990. Lo scarno contenuto di tali disposizioni è integrato, anzitutto, dalla disciplina generale di cui al Capo I, Sezioni I e II (artt. 1-31) della legge n. 689/1981, che, in virtù del richiamo operato dall'art. 31 legge n. 387/1990, si osserva in quanto applicabile anche per gli illeciti e le sanzioni amministrative irrogate dall'AGCM; e, in secondo luogo, dalla delibera n. 25152 del 22 ottobre 2014 adottata dalla medesima Autorità, recante *Linee Guida sulle modalità di applicazione dei criteri di*

Orbene, per quanto nel nostro ordinamento detto procedimento e detti poteri siano stati ricondotti, sul piano formale, al diritto amministrativo sanzionatorio, non può certo omettersi di considerare, da un lato, che il procedimento inteso a verificare eventuali condotte illecite da parte delle imprese sotto il profilo della loro conformità agli obiettivi della disciplina, europea oltre che interna, di tutela della concorrenza è suscettibile di sfociare nella applicazione di sanzioni pecuniarie assai gravi⁵³.

Da un altro lato, va osservato che le sanzioni sono applicate dall'Autorità *antitrust* a seguito e in esito ad un procedimento articolato, nel cui ambito debbono intervenire accertamenti di fatti e di circostanze non semplici che richiedono apprezzamenti tecnici complessi, valutazioni più o meno ampiamente discrezionali in rapporto agli interessi pubblici perseguiti e ai diritti e interessi dei soggetti coinvolti, qualificazioni giuridiche dei fatti, e della loro eventuale liceità e delle responsabilità, formulazione di precise accuse, apprezzamenti di adeguatezza delle sanzioni ai fatti, e da ultimo irrogazione di sanzioni immediatamente esecutive (ancorché suscettibili di impugnazione in una successiva fase propriamente giurisdizionale).

Siffatte caratteristiche dello sviluppo procedimentale e dell'esercizio da parte dell'Autorità dei relativi compiti e poteri, soprattutto di quelli sanzionatori – compiti e poteri, lo si segnala incidentalmente, evidentemente di carattere para-giurisdizionale – depongono chiaramente nel senso della riconducibilità della materia in questione all'ambito *lato sensu* penalistico, come del resto è stato riconosciuto dalla Corte EDU nel caso *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*⁵⁴, quando Essa si è per la prima volta occupata di un procedimento sanzionatorio dinanzi a un'autorità indipendente italiana⁵⁵.

In tale occasione, si è affermato che gli illeciti amministrativi e le relative sanzioni concernenti intese restrittive della concorrenza ovvero ipotesi di abuso di posizione dominante debbono considerarsi penali ai fini convenzionali, chiarendosi che, quanto alla natura dell'infrazione, l'AGCM esercita la sorveglianza sulle intese restrittive della

quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'art. 15, comma 1, della legge n. 287/90.

⁵³ Cfr. art. 15 legge n. 287 del 1990.

⁵⁴ C. Edu, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011.

⁵⁵ BASILICO A.E., *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Riv. AIC*, 4, 2011, 1.

concorrenza e sull'abuso di posizione dominante, salvaguardando interessi generali normalmente protetti dal diritto penale; e, con riguardo alla natura e alla gravità della sanzione, che le sanzioni previste mirano a «punire» al fine di impedire la reiterazione delle condotte addebitate, perseguendo in tal guisa uno scopo sia preventivo che repressivo⁵⁶ (sottolineandosi, in particolare, come l'AGCM abbia la possibilità di applicare, rispetto alle infrazioni gravi⁵⁷, sanzioni pecuniarie particolarmente consistenti corrispondenti al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio⁵⁸).

2.2.1.4. Un secondo esempio: gli illeciti e le sanzioni per le condotte di *market abuse*.

Un secondo ampio e rilevante settore interessato dall'estensione, per via giurisprudenziale, dell'ambito applicativo delle garanzie convenzionali penalistiche è quello degli illeciti e delle sanzioni amministrativi previsti dai diversi Stati contraenti per la repressione di condotte di abuso del mercato.

D'altra parte, con riguardo agli Stati che appartengono all'Unione europea, è la stessa disciplina europea a sancire obblighi di tutela omogenei per gli interessi degli investitori nello spazio finanziario continentale: un'esigenza primaria da perseguirsi nel contesto attuale della globalizzazione dell'economia, dell'internazionalizzazione degli scambi e della tendenziale unificazione dei mercati. Detti obblighi determinano la necessità di adottare un quadro sanzionatorio proporzionato, efficace e dissuasivo, lasciando ai legislatori nazionali una certa discrezionalità quanto alla configurazione del sistema sanzionatorio interno, e in particolare quanto alla opportunità di affiancare a figure di reato e pene propriamente dette altresì fattispecie di illecito e sanzioni di tipo amministrativo.

In questo senso, si sono ad esempio orientati tanto il legislatore francese⁵⁹ quanto –

⁵⁶ C. Edu, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., §40

⁵⁷ Si veda, di nuovo, l'art. 15 legge n. 287 del 1990.

⁵⁸ Nel caso portato all'attenzione della Corte europea dei diritti umani la sanzione ammontava ad euro sei milioni.

⁵⁹ Su cui cfr. C. Edu, *Messier c. Francia*, cit., e *Nodet c. Francia*, cit..

ciò che rileva ai nostri fini – quello italiano, il quale ultimo con la legge 18 aprile 2005, n. 62⁶⁰ ha dato luogo a un sistema procedimentale e sanzionatorio caratterizzato da un evidente eccesso repressivo⁶¹, che in dottrina è stato, condivisibilmente, qualificato come «ipermuscolare» ed «efficientista»⁶², essendosi affiancate alle fattispecie di reato – previste dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58⁶³ – di abuso di informazioni privilegiate⁶⁴ e di manipolazione di mercato⁶⁵ due figure di illecito amministrativo che presentano identico *nomen iuris* e soprattutto contenuto sostanzialmente sovrapponibile⁶⁶.

2.2.1.5. (Segue.) Il caso *Grande Stevens e altri c. Italia*.

Proprio tale sistema procedimentale e sanzionatorio predisposto dal legislatore italiano è stato messo in discussione dalla sentenza resa nel 2014 dalla Corte EDU nell'ormai celeberrimo caso *Grande Stevens e altri c. Italia* in cui veniva in rilievo un problema di cumulo di procedimenti e di sanzioni di diversa natura, penali e amministrativi.

Rinviando oltre per l'esame dei ritenuti profili di violazione della garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU⁶⁷, ci si sofferma qui sul ragionamento condotto dal Giudice di Strasburgo rispetto al problema della riconducibilità degli illeciti e delle sanzioni amministrativi – e quindi del relativo procedimento volto all'applicazione di queste ultime, celebratosi in prima battuta dinanzi alla CONSOB – previsti in materia di abusi di mercato.

In proposito, la Corte EDU, in coerenza con i propri precedenti, una volta constatato

⁶⁰ Recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

⁶¹ 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, 855 ss..

⁶² FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 1.

⁶³ Cd. Testo Unico Finanziario (d'ora in poi anche: "t.u.f").

⁶⁴ Cfr. art. 184 del t.u.f..

⁶⁵ Cfr. art. 185 del t.u.f..

⁶⁶ Sul tema, fra gli altri, BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte EDU*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁶⁷ Si veda *infra*, § 4.

che l'illecito amministrativo di manipolazione di mercato previsto dall'art. 187-ter del t.u.f., addebitato ai ricorrenti da parte delle autorità nazionali, non costituisce un reato in senso proprio, così come formalmente amministrativi sono il relativo procedimento e le relative sanzioni, ha ribadito che la qualificazione fornita dal legislatore nazionale rappresenta, secondo il suo approccio sostanzialistico, solamente il punto di partenza per la propria valutazione. Essa, di conseguenza, ha proceduto ad applicare il secondo ed il terzo degli *Engel criteria* al caso di specie.

Con riguardo al secondo criterio, (natura dell'illecito), nella pronuncia si è evidenziato, innanzitutto, l'interesse generale tutelato dalle fattispecie di illecito amministrativo contestate ai ricorrenti, vale dire la garanzia dell'integrità dei mercati finanziari e il mantenimento della fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni⁶⁸. Sotto il medesimo profilo, si è, in secondo luogo, rilevato che parimenti di carattere generale sono i beni giuridici alla cui tutela è diretta l'azione della CONSOB, e cioè, tra gli altri, la tutela degli investitori e dell'efficacia, della trasparenza e dello sviluppo dei mercati borsistici.

Quanto al terzo criterio, deve osservarsi che, rispetto al sotto-criterio della natura della sanzione, si è ritenuto che le sanzioni amministrative pecuniarie previste dalla fattispecie di illecito in questione perseguissero una finalità essenzialmente punitiva, essendo volte non soltanto a una finalità reintegrativa-riparatoria, bensì soprattutto preventiva (dissuasiva) e repressiva.

Rispetto al sotto-criterio della gravità della sanzione, pur rilevandosi l'insuscettibilità delle sanzioni amministrative pecuniarie a convertirsi, in caso di mancato pagamento, in misure privative della libertà personale, nondimeno si è valorizzata la circostanza che esse potessero raggiungere importi di un certo rilievo, considerato che il massimo edittale, invero già considerevole⁶⁹, ben avrebbe potuto, al ricorrere di particolari ipotesi, essere triplicato, ovvero anche aumentato fino a dieci volte il valore del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito.

Non solo, ma la gravità del quadro sanzionatorio era accentuata dalla previsione, a

⁶⁸ C. Edu, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 96.

⁶⁹ All'epoca dell'importo di euro 5 milioni.

fianco della sanzione pecuniaria, di sanzioni amministrative ulteriori definite come *accessorie*, quali la perdita dei requisiti di onorabilità e l'incapacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa per un periodo dai due mesi ai tre anni, il divieto rivolto alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi – nell'esercizio della propria attività e per un periodo non superiore ai tre anni – dell'autore della violazione, e infine la confisca del prodotto o profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Peraltro, anche prescindendo dai massimi edittali, e in generale dal grado di severità in astratto del trattamento sanzionatorio previsto, in relazione al quale, come si è detto, la Corte EDU è solita condurre il proprio esame, in ogni caso, nel caso oggetto di considerazione, le sanzioni applicate in concreto ai ricorrenti si connotavano per una particolare severità.

Sulla base di siffatte considerazioni, si è riconosciuta la natura sostanzialmente penale dell'illecito e delle sanzioni amministrative previste per l'illecito di manipolazione di mercato di cui all'art. 187-*ter* t.u.f., oltre che del relativo procedimento condotto dalla CONSOB, e quindi l'applicabilità rispetto ad essi delle garanzie penalistiche convenzionali.

2.2.2. Gli illeciti e le sanzioni tributari.

Meritevole di attenzione è indubbiamente anche la materia tributaria, che, a differenza di altre solo di recente toccate dall'implementazione di modelli punitivi «esterni» al diritto penale, tradizionalmente si contraddistingue per la previsione di un apparato sanzionatorio diverso e ulteriore rispetto a quello penalistico, cui il primo si aggiunge ed è in vario modo coordinato: la conformazione del sistema di repressione secondo due diversi «binari» suscettibili di operare in modo congiunto – da un lato, illeciti e sanzioni formalmente amministrativi e, dall'altro, reati e pene in senso proprio – corrisponde infatti, su di un piano storico, a una scelta risalente nel tempo, e non connessa a recenti esigenze di efficienza repressiva⁷⁰.

⁷⁰ Specificamente sui profili di attrito col principio del *ne bis in idem* presentati dal sistema di doppio binario in ambito tributario previsto nel nostro ordinamento, si vedano FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); BONTEMPELLI M.,

Il settore tributario ha rappresentato il terreno «elettivo» per la previsione di coesistenti schemi sanzionatori di diversa natura⁷¹, il cui concorso⁷² è stato da sempre giustificato in virtù della diversa qualificazione formale ad essi attribuita dal diritto nazionale, della sovrapposizione solo parziale dei relativi campi di applicazione nonché delle profonde differenze strutturali e operative sussistenti fra gli stessi.

L'evoluzione normativa comune a vari Stati europei dimostra come l'impianto punitivo definito come tributario – e appartenente formalmente al diritto amministrativo sanzionatorio – trovi applicazione in presenza di condotte di mero inadempimento del debito tributario ovvero di ipotesi meno gravi di inosservanza di obblighi ad esso correlati. Il tratto caratteristico di questo apparato sanzionatorio è certamente rappresentato dalla stretta connessione con l'obbligazione pecuniaria tributaria⁷³, aspetto che emerge con evidenza sotto un triplice profilo: sia nelle modalità seguite per la individuazione delle specifiche fattispecie di illecito tributario, che si risolvono nella semplice omissione integrale o parziale, anche solamente colposa, di un comportamento dovuto in base alle leggi tributarie; sia nel soggetto competente ad accertare l'integrazione delle figure di illecito e ad irrogare le relative sanzioni, che è, in prima battuta, l'Amministrazione finanziaria; sia nei criteri di commisurazione delle medesime sanzioni, che si riferiscono ad una percentuale dell'importo non versato a titolo di imposta, tributo o tassa rimasto insoddisfatto⁷⁴.

Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale), in *Arch. pen.*, 2015, 153 ss.; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017, 1; RIVELLO P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 101 ss.; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, 1033 ss.; PISTOLESI F., *Crisi e prospettive del principio del "doppio binario" nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1, 29 ss..

⁷¹ Così, FLICK G.M.- NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., 10.

⁷² Esamina il problema BENAZZI A., *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (dir.), *Diritto penale dell'economia*, I, *Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Torino, 2017, 1291 ss..

⁷³ Sul tema DI PIETRO A., *Presentazione*, in Di Pietro A. (cur.), *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Milano, 2001, XI ss..

⁷⁴ CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, 13-14, evidenza come tale

2.2.2.1. Premessa: l'esclusione della natura risarcitoria delle cd. sovrattasse e il riconoscimento della loro natura sanzionatoria.

Il riconoscimento della finalità afflittivo punitiva perseguita dalle sanzioni tributarie e il corrispondente definitivo superamento dei dubbi circa una loro presunta natura risarcitoria rappresentano un risultato acquisito nell'esperienza europea, anche anteriormente alla introduzione delle più recenti discipline positive⁷⁵.

La sicura qualificazione delle sanzioni tributarie come sanzioni amministrative, anche se con talune distinzioni, cui è conseguita la loro riconduzione al diritto punitivo in senso ampio, ha posto il problema – largamente dibattuto in letteratura, e oggetto di diverse considerazioni nella giurisprudenza delle Corti nazionali ed europee – dell'eventuale applicazione ad esse delle tutele di stampo penalistico, sia processuali che sostanziali⁷⁶. È, dunque, in questo contesto che si sono inseriti gli sviluppi giurisprudenziali della Corte europea dei diritti in tema di *materia penale*, qui oggetto di esame.

2.2.2.2. La contraddittoria evoluzione giurisprudenziale della Corte EDU in tema di sovrattasse.

L'approccio sostanzialistico adottato dalla Corte ha portato, infine, a ritenere applicabili le garanzie penalistiche convenzionali anche in rapporto agli strumenti processuali e sostanziali propri del diritto tributario sanzionatorio. A tale conclusione si è, però, pervenuti attraverso un percorso giurisprudenziale non privo di incertezze e di contraddizioni.

La prima pronuncia rilevante sul punto è stata resa, nel 1994, nel caso *Bendenoun c. Francia*⁷⁷, ove la Corte EDU, nel valutare la natura di un illecito di evasione fiscale, non

meccanismo di commisurazione abbia contribuito, in passato, a far sorgere dubbi sull'inquadramento giuridico di questi strumenti, e costituisca, oggi, un aspetto di «strutturale difformità» delle sanzioni tributarie rispetto al modello di sanzione amministrativa.

⁷⁵ Cfr. DI PIETRO A., *Presentazione*, cit., XIII-XVI; CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, cit., 13-14.

⁷⁶ Sulle varie ricostruzioni dottrinali circa i confini applicativi delle garanzie costituzionali penalistiche, si rinvia all'ampio studio di MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 145-192.

⁷⁷ C. Edu, *Bendenoun c. Francia*, ric. n. 12547/86, 24 febbraio 1994, in cui il ricorrente lamentava

ha fatto alcun espresso riferimento agli *Engel criteria*, indicando invece quattro diversi elementi ritenuti rilevanti al fine di valutare il carattere *penale* del predetto illecito e quindi delle relative sanzioni, e specificamente: (i) il fatto che la norma sanzionatoria, nel caso di specie, si rivolgeva a tutti i cittadini nella loro qualità di contribuenti; (ii) che la sanzione non mirava a compensare il pregiudizio, bensì a punire per impedire la reiterazione del fatto; (iii) che essa aveva uno scopo insieme deterrente e punitivo; (iv) che le maggiorazioni previste dalla medesima norma erano di ammontare consistente e, inoltre, convertibili in una misura privativa della libertà personale.

Questo primo filone interpretativo, da cui poteva trarsi la conclusione che la natura penale degli illeciti e delle sanzioni tributari avrebbe dovuto essere valutata con criteri, in una certa misura, autonomi e differenti da quelli operanti rispetto alle altre categorie di illeciti e di sanzioni (gli *Engel criteria*), ha trovato conferma nel caso *Morel c. Francia*⁷⁸, in cui si è esclusa la natura penale di una sovrattassa in ragione della sua scarsa entità⁷⁹.

Senonché, appena un anno prima, nel 2002, nel caso *Janosevic c. Svezia*⁸⁰ la stessa Corte EDU aveva seguito un diverso schema ermeneutico, valutando la presunta natura sostanzialmente penale delle sovrattasse applicate al ricorrente sulla base degli *Engel criteria*: un'interpretazione evidentemente non in linea con quanto affermato nel citato caso *Bendenoun c. Francia*, che non veniva in alcun modo richiamato nella pronuncia.

2.2.2.3. I chiarimenti forniti dalla *Grande Chambre* nel caso *Jussila c. Svezia* e il relativo seguito giurisprudenziale.

Opportuno, per non dire necessario⁸¹, è stato quindi l'intervento della *Grande*

una violazione del principio del contraddittorio nel procedimento fiscale sanzionatorio in quanto non aveva avuto accesso a tutti i documenti concernenti l'illecito contestatogli. La Corte EDU non ha però ritenuto che vi fosse stata violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU, in quanto il ricorrente stesso non aveva formulato nel procedimento alcuna richiesta di accesso a tali documenti.

⁷⁸ C. Edu (dec.), *Morel c. Francia*, ric. n. 54559/00, 3 giugno 2003: la Corte EDU ha escluso l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 6 par. 1 CEDU dichiarando il ricorso irricevibile.

⁷⁹ L'importo era commisurato nel dieci per cento delle somme illegittimamente non versate.

⁸⁰ C. Edu, *Janosevic c. Svezia*, ric. n. 34619/97, 23 luglio 2002, in cui la Corte EDU ha accertato nell'ambito del procedimento fiscale sanzionatorio che ha coinvolto il ricorrente la violazione dell'art. 6 par. 1, CEDU sotto un duplice profilo: il diritto di accesso a un *tribunale e ragionevole durata* del processo.

⁸¹ MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 269.

Chambre nel caso *Jussila c. Finlandia*⁸² del 2006, con cui si è definitivamente affermato l'approccio seguito nel caso *Janosevic c. Svezia*, riconoscendosi la necessità di valutare la natura penale delle sanzioni fiscali alla luce degli *Engel criteria*.

La Corte ha, così, ritenuto la natura penale della sanzione fiscale che veniva in rilievo nella specie, nonostante il suo esiguo ammontare⁸³, e quindi a prescindere dalla sua gravità, valorizzando il carattere generale del precetto, destinato a rivolgersi a tutti i contribuenti, e la finalità deterrente e punitiva delle sanzioni. Così facendo, Essa ha altresì chiarito il carattere alternativo dei diversi criteri adottati, con la conseguenza che l'indagine sulla finalità delle sanzioni e quella sulla gravità delle stesse assumono almeno pari valore⁸⁴.

Siffatta impostazione può ormai considerarsi, nel linguaggio della Convenzione, una *wellestablished case-law*, atteso che copiose e univoche sono, da questo punto di vista, le pronunce rese dalla Corte nei confronti di numerosi Stati contraenti, fra cui in particolare i Paesi dell'Europa settentrionale⁸⁵.

2.2.3. Le sanzioni disciplinari.

Come già si è anticipato richiamando il caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*, la Corte EDU si è occupata anche di illeciti qualificati dagli ordinamenti nazionali come disciplinari, riconoscendone in taluni casi la natura sostanzialmente penale⁸⁶.

Ora, è bene chiarire che le espressioni *illeciti disciplinari e sanzioni disciplinari* sono invero alquanto generiche, riferendosi a differenti ambiti ordinamentali, anche tra di loro significativamente differenti, derivandone, quindi, l'esigenza di verificare quali siano

⁸² Nel caso relativo a C. Edu, *Jussila c. Finlandia*, cit., il ricorrente si doleva del fatto che il procedimento sanzionatorio fiscale diretto all'applicazione della sovrattassa non fosse stato equo essendo mancata, in particolare, una pubblica udienza (art. 6 CEDU).

⁸³ Anche qui ammontante al dieci per cento dell'importo illegittimamente non versato a titolo di IVA.

⁸⁴ Segnalano la crescente centralità, nella giurisprudenza convenzionale, dell'analisi della funzione (*purpose*) della sanzione, MANES V., *Profili e confini*, cit., 994-995; e 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.*, 2013, 1899 ss..

⁸⁵ Corte Edu, *Nykänen c. Finlandia*, ric. n. 11828/11, 20 maggio 2014; *Glantz c. Finlandia*, ric. n. 37394/11, 20 maggio 2014; *Lucky Dev c. Svezia*, ric. n. 7356/10, 27 novembre 2014; *Rinas c. Finlandia*, ric. n. 17039/13, 27 gennaio 2015; *Österlund c. Finlandia*, ric. n. 53197/13, 10 febbraio 2015.

⁸⁶ NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 44.

stati gli approdi giurisprudenziali rispetto a ciascuno dei predetti ambiti.

Quel che può in questa sede osservarsi è che l'estensione dei confini applicativi delle garanzie convenzionali penalistiche è avvenuta, in primo luogo, rispetto a quegli illeciti disciplinari suscettibili di condurre all'applicazione di una sanzione privativa della libertà personale, ovvero ad aggravamenti quantitativi o qualitativi di una siffatta sanzione.

Con riguardo alla prima categoria di casi, vengono in rilievo alcuni illeciti commessi da soggetti appartenenti alle forze armate⁸⁷, in relazione ai quali la Corte fa applicazione del terzo criterio, *sub specie* di gravità della sanzione⁸⁸.

Quanto al secondo ordine di ipotesi, deve aversi riguardo di alcuni illeciti compiuti dai detenuti all'interno del carcere, i quali determinino aggravamenti nell'esecuzione della pena detentiva. In proposito, può ad esempio citarsi il caso *Campbell e Fell c. Regno Unito*⁸⁹, in cui la Corte EDU ha ritenuto come vera e propria sanzione penale la perdita di benefici carcerari applicata, a seguito di gravi infrazioni disciplinari poste in essere da un detenuto: più precisamente, tale sanzione si caratterizzava per la perdita della possibilità di ottenere sconti di pena e comportava, di conseguenza, il prolungarsi del periodo di detenzione. Elemento centrale ai fini del riconoscimento della natura penale è stato, dunque, l'«allungamento sostanziale» del periodo di privazione della libertà personale dei ricorrenti, per effetto della mancata riduzione di esso.

Al contrario, maggiori ostacoli sono da sempre stati frapposti all'estensione dell'applicabilità delle garanzie penalistiche agli illeciti disciplinari professionali e alle relative sanzioni, stante il carattere particolaristico degli ordinamenti professionali, e quindi l'assenza di generalità a portata non generale della norma⁹⁰.

⁸⁷ Come nel citato *leading case Engel e altri c. Paesi Bassi*.

⁸⁸ Nel caso *Yanasik c. Turchia*⁸⁸ è stata infatti negata natura sostanzialmente penale alla sanzione dell'allontanamento di un allievo dall'accademia militare per avere aderito a movimenti religiosi integralisti.

⁸⁹ C. Edu, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77, 7878/77, 28 giugno 1984, § 72; la Corte EDU ha ritenuto applicabile nel caso di specie la garanzia dell'art. 6 – giungendo poi ad accertare varie violazioni dello stesso articolo –: «By causing detention to continue for substantially longer than would otherwise have been the case, the sanction came close to, even if it did not technically constitute, deprivation of liberty and the object and purpose of the Convention require that the imposition of a measure of such gravity should be accompanied by the guarantees of Article 6 (art. 6)».

⁹⁰ Ciò non toglie che comunque l'applicazione di sanzioni disciplinari relative ad attività professionali non possa essere scrutinata dalla Corte EDU rispetto ad altre garanzie convenzionali, quali l'art. 8 CEDU

2.2.4. Le diverse ipotesi di confisca.

La confisca è, come noto, un istituto che per le sue peculiari caratteristiche presenta tuttora notevoli difficoltà di collocazione sistematica in diversi ordinamenti europei, tra cui anche quello italiano. Ciò è dovuto, in modo particolare, alla compresenza di finalità preventive e ripristinatorie accanto a finalità spiccatamente dissuasive e repressive, che hanno dato luogo già sul piano interno a contrasti giurisprudenziali e a diverse posizioni dottrinali⁹¹.

In questo contesto, di per sé problematico, è intervenuta la giurisprudenza della Corte EDU, che, in ossequio all'approccio sostanzialistico e casistico di cui si è ampiamente detto, ha talvolta ricondotto specifiche ipotesi di confisca sotto la nozione di *sanzione*, e quindi nell'ambito della *materia penale*, valorizzando elementi da esse presentati tali da rivelarne la finalità primariamente punitivo afflittiva.

In materia, di particolare significato è stato un primo filone giurisprudenziale che ha interessato l'ipotesi di confisca, prevista dall'ordinamento britannico, operante su beni di *presunta provenienza illecita* nei confronti di soggetti condannati per traffico di droga. A questi fini si rileva il caso *Welch c. Regno Unito*⁹², nella cui sentenza si è affermata la natura sostanzialmente penale di tale misura, in quanto diretta conseguenza di una condanna penale e suscettibile di conversione in pena detentiva (riconoscendosi, peraltro, il contrasto con l'art. 7 CEDU in ragione dell'applicazione retroattiva che di essa era stata effettuata nei riguardi del ricorrente).

2.2.4.1. La confisca urbanistica e i contrasti sorti rispetto alla sua qualificazione giuridica.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, merita di essere ricordata l'evoluzione giurisprudenziale in relazione all'ipotesi di confisca urbanistica, ora prevista dall'art. 44 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380⁹³ rubricato «*Sanzioni penali*» – e, in precedenza, dall'art.

e l'art. 1 Protocollo n. 1 annesso alla CEDU.

⁹¹ Si veda *infra*, Cap. terzo, § 2.

⁹² C. Edu, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90, 9 febbraio 1995.

⁹³ Recante *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*.

19 legge 28 febbraio 1985, n. 47 del 1985⁹⁴ – incidente sui terreni abusivamente lottizzati e sulle opere abusivamente costruite, a seguito di «*sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva*»⁹⁵.

Sulla disposizione si era originato, già sul piano interno, un contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità: un più risalente orientamento riteneva tale confisca alla stregua di una sanzione penale vera e propria, mentre un orientamento più recente ne affermava la natura di sanzione amministrativa obbligatoria la cui applicazione era indipendente da una condanna in sede penale.

Secondo quest'ultima lettura, infatti, la confisca era suscettibile di trovare applicazione, non solo in conseguenza dell'emissione da parte del giudice penale di una sentenza di condanna, bensì anche allorquando intervenisse una pronuncia di assoluzione con la formula «perché il fatto non costituisce reato» in ragione dell'insussistenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie incriminatrice, ovvero una pronuncia di proscioglimento per intervenuto decorso del periodo di prescrizione del reato⁹⁶.

2.2.4.2. (Segue.) L'evoluzione della giurisprudenza convenzionale.

In costanza delle incertezze qualificatorie interne, un contributo decisivo è giunto dalla Corte europea dei diritti che si è occupata della natura della predetta ipotesi di confisca urbanistica prevista dall'ordinamento italiano nel caso *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*⁹⁷, riconoscendone la natura sostanziale di sanzione penale, cui è applicabile lo

⁹⁴ Recante *Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie*.

⁹⁵ Cfr. art. 44, comma 2, d.lgs. n. 380/2001.

⁹⁶ In questi termini DIOTALLEVI G., *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale (art. 7 CEDU)*, in Di Stasi A. (cur.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2016, 591 ss..

⁹⁷ Cfr. C. Edu, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, 20 gennaio 2009. I giudici di Strasburgo, affermata la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, ritenevano che la sua applicazione nel caso concreto avesse costituito una violazione dell'art. 7 CEDU, dal momento che, innanzitutto, la base legale dell'infrazione non rispondeva ai requisiti di accessibilità e prevedibilità per il destinatario della norma; in secondo luogo, era mancato un accertamento di quel legame di natura intellettuale da ritenersi presupposto indefettibile di ogni sanzione intrinsecamente penale. Essi rinvenivano, inoltre, per le medesime ragioni, altresì, una violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla CEDU, in quanto l'ingerenza nel diritto di proprietà dei ricorrenti doveva ritenersi priva di una base legale conforme

«statuto» garantistico di cui all'art. 7 CEDU.

Tale conclusione si è fondata sulla valorizzazione di taluni aspetti specifici propri di tale confisca, quali la stretta connessione operativa con il reato di lottizzazione abusiva⁹⁸, l'autorità competente alla sua applicazione (il giudice penale), la collocazione sistematica della misura sotto una disposizione che, come si è detto, reca la rubrica «*Sanzioni penali*», e infine il carattere afflittivo, e non ripristinatorio (né riparatorio) della stessa⁹⁹. La natura sostanzialmente penale della specifica ipotesi di confisca urbanistica è stata confermata nella sentenza *Varvara c. Italia*¹⁰⁰ e, da ultimo, nella sentenza *G.I.E.M. S.r.l. e altri c. Italia*¹⁰¹, discendendone la necessità che la sua applicazione presupponga un accertamento della responsabilità penale dei soggetti nei cui confronti essa è suscettibile di operare, effettuato nell'ambito di una sentenza di condanna ovvero anche in una sentenza di proscioglimento dichiarativa del decorso del termine prescrizione¹⁰².

2.2.5. Le misure di prevenzione.

L'atteggiamento della Corte di Strasburgo si è, invece, caratterizzato per un particolare *restraint* in relazione alle misure di prevenzione, tanto personali quanto patrimoniali, e cioè a misure a vario titolo limitative di talune libertà fondamentali operanti non in conseguenza di una condanna penale (e quindi dell'accertamento della sussistenza di una fattispecie di reato) né volte ad assicurare le esigenze di punizione nel corso della celebrazione del processo penale (come nel caso delle misure cautelari), bensì fondantesi sull'esistenza di altri presupposti atti ad attestare una particolare pericolosità sociale del soggetto destinatario delle misure medesime. Proprio per la caratteristica di prescindere dal collegamento ad una fattispecie di reato, esse sono definite anche come

ai requisiti convenzionali di accessibilità e prevedibilità.

⁹⁸ Art. 44, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380/2001.

⁹⁹ Si evidenziava come la confisca avesse ad oggetto l'ottantacinque per cento dei terreni non costruiti, in assenza di ogni indennizzo: per soddisfare lo scopo preventivo sarebbe stato sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare senza effetto il progetto di lottizzazione.

¹⁰⁰ C. Edu, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, 29 ottobre 2013, § 51.

¹⁰¹ C. Edu, [GC], *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia*, ric. nn. 1828/06 34163/07 19029/11, 28 giugno 2018, §§ 210-234.

¹⁰² Cfr. C. Edu, [GC], *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia*, cit., §§248-262

misure *ante* o *praeter delictum*.

Il Giudice sovranazionale ha sempre sottolineato come dette misure siano finalizzate a prevenire, piuttosto che a punire, e debbano, per tale ragione, ritenersi escluse dall'ambito di operatività della *materia penale*: ciò che, tuttavia non significa affatto che esse non siano state oggetto di considerazione rispetto ad altre garanzie convenzionali, le quali affermino diritti e libertà incisi dall'esecuzione delle misure¹⁰³.

La prima sentenza rilevante sul punto è stata resa nel caso *Lawless c. Irlanda*¹⁰⁴ nel 1961, in cui la misura consistente nell'internamento di un soggetto sospettato di appartenere all'organizzazione paramilitare nota come *Irish Republican Army* (IRA) è stata riconosciuta come di carattere esclusivamente preventivo. Per la stessa ragione, nel caso *Ibbotson c. Regno Unito*, è stata esclusa la natura penale alla misura dell'iscrizione in appositi registri dei nominativi degli autori di reati sessuali al termine dell'esecuzione della pena detentiva prevista per i reati stessi¹⁰⁵.

2.2.5.1. Il sistema delle misure di prevenzione previsto nell'ordinamento italiano.

Le misure di prevenzione previste nell'ordinamento italiano, che trovano i loro precedenti nella legislazione pre-repubblicana sulla sicurezza pubblica¹⁰⁶, sono state ridisciplinate, nell'attuale configurazione, con la legge 27 dicembre 1956, n. 1423¹⁰⁷ e successivamente hanno costituito, negli anni, l'oggetto di numerosi interventi legislativi che ne hanno profondamente modificato la disciplina e soprattutto ne hanno esteso

¹⁰³ Come, ad esempio, la libertà di circolazione sancita dall'art. 2 Protocollo n. 4 annesso alla CEDU.

¹⁰⁴ C. Edu, *Lawless c. Irlanda*, ric. n. 332/57, 1 luglio 1961; la Corte EDU ha ritenuto che nel caso di specie non vi sia stata alcuna violazione degli artt. 5, 6, 7 CEDU da parte dell'Irlanda in relazione all'internamento del ricorrente: a questo riguardo il Governo irlandese aveva correttamente esercitato il diritto di deroga previsto dall'art. 15 CEDU.

¹⁰⁵ Commissione Edu (dec.), *Ibbotson c. Regno Unito*, ric. n. 40146/98, 21 ottobre 1998: la Corte EDU ha così escluso l'applicabilità *ratione materiae* della garanzia dell'art. 7 CEDU di cui il ricorrente lamentava la violazione.

¹⁰⁶ Si tratta del *Testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza* approvato con R.D. 18 giugno 1931, il cui Titolo VI, contenente *Disposizioni relative alle persone pericolose per la società*, prevedeva fra l'altro il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, l'ammonizione, il confino di polizia.

¹⁰⁷ Recante *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*.

considerevolmente l'applicazione¹⁰⁸. Da ultimo, il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159¹⁰⁹ ha risistemato l'intera materia, abrogando e sostituendo le leggi preesistenti, ma riprendendone i contenuti.

Senza potersi qui approfondire l'evoluzione delle misure su di un piano storico, può osservarsi che oggi le categorie di destinatari delle misure di prevenzione personali sono menzionate negli articoli 1 e 4 del d.lgs. n. 159/2011, e coprono diverse ipotesi di presunta pericolosità, legate non soltanto al fenomeno delle organizzazioni criminali di tipo mafioso. Le misure applicate dall'autorità giudiziaria, che sono la sorveglianza speciale (con o senza divieto di soggiorno in determinati Comuni) e l'obbligo di soggiorno nel Comune di residenza, si applicano a tutte le categorie di destinatari, quando siano ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica. Ad esse si aggiungono le misure del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, che sono applicabili dal questore.

Allo stesso modo, le misure di prevenzione patrimoniali disciplinate dal medesimo testo legislativo – sequestro e confisca, cauzione e garanzie reali, amministrazione giudiziaria di beni personali, amministrazione giudiziaria dei beni personali, amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche, controllo giudiziario delle aziende – trovano applicazione in presenza di presupposti che, seppure parzialmente autonomi rispetto alle misure di prevenzione personali, attengono a situazioni di presunta illiceità non necessariamente riconducibili alla criminalità organizzata di tipo mafioso.

2.2.5.2. L'esclusione della natura penale delle misure di prevenzione nella costante giurisprudenza convenzionale.

Le misure di prevenzione appena descritte sono state oggetto di esame da parte della

¹⁰⁸ Vanno ricordate principalmente la legge 31 maggio 1965, n. 575 (*Disposizioni contro la mafia*, e successivamente intitolata *Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera*) e la legge 22 maggio 1975, n. 152 (*Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*). La legge 13 settembre 1982, n. 646 (*Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*) introdusse fra l'altro il reato di associazione di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.). La legge 3 agosto 1988, n. 327 (*Norme in materia di prevenzione personali*) recò numerose modifiche alle leggi preesistenti.

¹⁰⁹ Recante *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.*

Corte EDU, la quale ne ha sempre escluso la riconducibilità alla *materia penale*, sempre evidenziandone le finalità preventive.

La giurisprudenza convenzionale sul tema è costante – potendosi citare il caso *Comm. EDU, Raimondo c. Italia*¹¹⁰ per la sua significatività – ed è stata recentemente confermata nella sentenza *De Tommaso c. Italia*¹¹¹, nonostante l'utilizzo delle misure di prevenzione quale strumento ulteriore del diritto penale, e quindi il riconoscimento di una natura sostanzialmente penale, sia stato da sempre dibattuto in dottrina.

2.3. L'estensione giurisprudenziale dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche a istituti appartenenti (solo) formalmente al diritto processuale penale (cenni).

L'estensione del perimetro della *materia penale* è avvenuto anche in un'altra direzione, e cioè rispetto a istituti appartenenti, su di un piano formale, al diritto processuale penale. Anche in questo ambito la Corte europea ha assunto un approccio sostanzialistico, non attribuendo rilievo decisivo alla formale qualificazione ovvero alla collocazione ordinamentale di una certa disposizione, se appartenente al diritto punitivo sostanziale ovvero processuale.

La prospettiva ha trovato espressione significativamente nella sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*¹¹², in cui è stata riconosciuta l'applicabilità dell'art. 7 CEDU in un'ipotesi di successione di norme regolanti la commisurazione delle pene da irrogarsi in esito al giudizio abbreviato¹¹³, disciplina che, nell'ordinamento italiano, era, ed è, recata dal codice di procedura penale¹¹⁴. Nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*¹¹⁵ – che, sotto altro

¹¹⁰ C. Edu, *Commissione, Raimondo c. Italia*, ric. n. 12954/87, 22 febbraio 1994: in questa occasione la Corte EDU, pur procedendo ad accertare la violazione degli artt. 1 Protocollo n.1 alla CEDU e 2 Protocollo n. 4 alla CEDU, non ha ritenuto applicabile l'art. 6 CEDU.

¹¹¹ C. Edu, [GC], *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09, 23 febbraio 2017.

¹¹² C. Edu, [GC], *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit..

¹¹³ Peraltro, la pronuncia è ricordata anche perché, in essa, la Corte europea dei diritti riconduce, per la prima volta, la garanzia dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior* entro il perimetro applicativo dell'art. 7 CEDU.

¹¹⁴ C. Edu, [GC], *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit., §§ 110-113.

¹¹⁵ C. Edu, [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, 21 ottobre 2013.

profilo, sarà ulteriormente approfondito nel prosieguo¹¹⁶ – si è affermata invece l’operatività dello stesso art. 7 CEDU per il sopravvenire di una più sfavorevole modalità di calcolo delle riduzioni del periodo di carcerazione per lavoro intramurario, istituto che, per quanto formalmente afferente al diritto processuale penale, e nello specifico all’esecuzione della pena, finiva per incidere, di fatto, sulla sostanza (*i.e.*, sulla durata) di quest’ultima¹¹⁷.

2.4. Alcune considerazioni d’insieme sull’elaborazione giurisprudenziale in tema di materia penale.

L’analisi della casistica giurisprudenziale consente di rilevare come gli *Engel criteria* siano stati applicati in modo vario e in taluni casi con esiti contrastanti: sono, infatti, le specificità del caso concreto a portare la Corte a qualificare una misura come sostanzialmente penale e, di conseguenza, a ritenere ad essa applicabili le garanzie penalistiche.

D’altra parte, sebbene sia possibile evidenziare talune linee di tendenza nella giurisprudenza convenzionale, ciò che si è tentato di fare finora, occorre evitare facili e semplicistiche generalizzazioni. Stanti i descritti caratteri strutturali della giurisdizione esercitata dalla Corte EDU, cui spetta il compito – lo si è detto – di verificare che in un determinato caso concreto possano dirsi accertate le specifiche violazioni delle disposizioni convenzionali lamentate dai ricorrenti, è necessario fare riferimento alla specifica fattispecie concreta oggetto di giudizio, onde poter comprendere la portata delle affermazioni contenute in una certa decisione o sentenza del Giudice di Strasburgo¹¹⁸.

Pur se con queste imprescindibili precisazioni, è però comunque possibile individuarsi, nella giurisprudenza convenzionale, una certa propensione a riconoscere la natura penale a strumenti sanzionatori qualificati come amministrativi e fiscali dagli

¹¹⁶ Si veda *infra*, § 3.

¹¹⁷ C. Edu, [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., 104-110.

¹¹⁸ Cfr. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes V., Zagrebelsky V. (cur.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 73.

ordinamenti nazionali¹¹⁹, così come, in una certa qual misura, anche sanzioni disciplinari e ad ipotesi di confisca dalla natura «ibrida» (e cioè non solo preventiva). Si evidenzia, invece, una netta chiusura all'inclusione delle misure di prevenzione personali nella *materia penale*, tanto che l'ambito della prevenzione è stato autorevolmente definito come un vero e proprio «campo di non intervento»¹²⁰. Le pronunce della Corte EDU che si sono interessate a queste ultime misure non hanno infatti posto in discussione la qualificazione interna, né hanno approfondito o precisato gli elementi da cui ricavare il relativo carattere prevalentemente preventivo.

3. LA NOZIONE DI «BASE LEGALE» E IL DIVIETO DI APPLICAZIONE RETROATTIVA DI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI SFAVOREVOLI.

Un secondo concetto presente nella Convenzione, il cui significato è stato elaborato in modo autonomo rispetto agli ordinamenti nazionali, è quello di *base legale*. In assenza di indicazioni univoche offerte sul piano testuale dalle disposizioni che riconoscono i diritti e le garanzie fondamentali, è stata anche in questo la Corte europea dei diritti a costruire in via ermeneutica il contenuto di tale nozione, interpretando i molteplici rinvii alla *legge* contenuti nella Convenzione¹²¹.

Gli approdi cui è giunta, finora, la giurisprudenza convenzionale omettono di considerare in modo esclusivo il collegamento fra il comando giuridico e la sua produzione da parte dell'organo rappresentativo dei cittadini, incentrando la propria analisi sulla «qualità» del prodotto normativo¹²², come risultato del convergente operare di diverse fonti del diritto (o formanti) idoneo a consentire un'adeguata prevedibilità delle conseguenze giuridiche collegate, dall'ordinamento nazionale, al compimento di una certa condotta¹²³.

¹¹⁹ Cfr. NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 54.

¹²⁰ MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 269.

¹²¹ Si vedano, tra gli altri, art. 2, art. 5, art. 6, l'art. 8, art. 9, art. 10, art. 11, art. 57, art. 1 Protocollo n. 1, Protocollo n. 4, art. 1, commi 3 e 4, Protocollo n. 7, art. 1, art. 2, art. 3, art. 4; Protocollo n. 12, art. 1.

¹²² Cfr. PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2019, 212

¹²³ Per una rassegna giurisprudenziale cfr. LUPO N.-PICCIRILLI G., *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Sifting to a Substantial Concept of "Law"?*, in *Legisprudence*, 2012, 229

Le conseguenze di tale prospettiva sono meritevoli di attenzione proprio in relazione alle garanzie penalistiche, e in particolare all'interpretazione e all'applicazione della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, in quanto il principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, tradizionalmente correlato sul piano interno a un concetto formale di legge (o comunque di fonte primaria), si combina invece nel sistema convenzionale con il cennato significato sostanziale di *legge*¹²⁴, dando rilievo, oltre che alle fonti scritte non legislative, al diritto giurisprudenziale nazionale. Il che, come è evidente, rappresenta una conclusione affatto collidente con le categorie giuridiche storicamente sviluppatesi negli ordinamenti continentali, e, fra questi, nell'ordinamento italiano, dando luogo all'emergere di attriti, giunti anche all'attenzione della Corte costituzionale: ma sul punto si tornerà nel Capitolo terzo¹²⁵.

3.1. La base legale convenzionale: i necessari caratteri di *accessibilità* e *prevedibilità*.

La nozione di *legge*, come intesa negli ordinamenti nazionali, quanto meno in quelli continentali appena menzionati, ha subito un progressivo allargamento nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU, ai fini dell'applicazione delle garanzie recate dalla Convenzione e dai Protocolli annessi.

Rilevante in proposito è, anzitutto, il caso *The Sunday Times c. Regno Unito*¹²⁶, ove si è chiarito che il significato della parola *legge* (nel testo inglese della Convenzione, *law*) dovesse intendersi come riferito tanto alla legislazione parlamentare (*statutes*) quanto al diritto non scritto, comprensivo anche degli approdi giurisprudenziali.

Ora, per quanto tali affermazioni fossero compiute in un caso concernente un ordinamento di *common law*, e volte ad evitare che una colonna portante di detto ordinamento (il diritto giurisprudenziale, appunto) potesse venire esclusa dal perimetro

ss.

¹²⁴ In questo senso, VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017 101.

¹²⁵ Si veda *infra*, Cap. terzo, § 3.

¹²⁶ C. Edu, *The Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74, 26 aprile 1979, § 47.

applicativo della Convenzione, esse hanno nel corso del tempo assunto una portata più generale, trovando riconoscimento anche nei riguardi degli ordinamenti di *civil law*¹²⁷.

Si è giunti, così, a una definitiva lettura sostanzialistica del concetto di *legge*, o meglio di *base legale*, tenuta a presentare i necessari caratteri di *accessibilità*, intesa come possibilità per il singolo di avere di essa conoscenza (nel senso che la regola suscettibile di applicarsi nel caso concreto, sia essa contenuta in testi normativi ovvero affinata in decisioni giudiziarie, deve caratterizzarsi per un'adeguata pubblicità¹²⁸), e di *prevedibilità*, declinata come possibilità, sempre per il singolo, di aver contezza delle conseguenze giuridiche derivanti dalla commissione di una certa condotta.

3.1.1. Una prima direttrice di estensione contenutistica: base legale come diritto scritto sublegislativo.

Secondo una prima direttrice di estensione contenutistica, il concetto di legge è da intendersi come comprensivo non solo di fonti legislative o di fonti ad esse parificate, ma anche di atti normativi ulteriori collocati in vario modo nella scala gerarchica delle fonti del diritto. Sono, cioè, state ricondotte alla nozione di *base legale* anche atti di rango sublegislativo, come riconosciuto espressamente nel caso *Ekin Association c. Francia*¹²⁹, ove può leggersi:

«la notion de “loi” doit être entendue dans son acception “matérielle” et non “formelle”. En conséquence, elle y inclut l'ensemble constitué par le droit écrit, y compris des textes de rang infralégislatif ...»¹³⁰.

Nello specifico, quanto all'ordinamento italiano, non sono stati considerati insuscettibili di costituire un'adeguata base legale¹³¹, ad esempio, regolamenti e direttive

¹²⁷ Cfr. PICCIRILLI G., *La “riserva di legge”*. *Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, cit., 214-215.

¹²⁸ Si vedano C. Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, 25 maggio 1993, § 40; *G. c. Francia*, ric. n. 15312/89, 27 settembre 1995, § 25.

¹²⁹ C. Edu, *Ekin Association c. Francia*, ric. n. 39288/98, 10 luglio 2001.

¹³⁰ *Ivi*, § 46.

¹³¹ Lo segnala PICCIRILLI G., *La “riserva di legge”*. *Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, cit., 215-217.

interne al Consiglio Superiore della Magistratura¹³², regolamenti parlamentari cd. minori (il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti¹³³ e il Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti dell'amministrazione della Camera dei deputati non concernente i dipendenti¹³⁴, deliberati dall'Ufficio di Presidenza della Camera)¹³⁵.

3.1.2. Una seconda direttrice di estensione contenutistica: base legale come diritto giurisprudenziale.

Forse ancor più significativa è la seconda direttrice di estensione contenutistica, tracciata da un filone giurisprudenziale, ormai ampiamente ricorrente, che riconnette alla legge anche il diritto di produzione giurisprudenziale.

Più precisamente, la prospettiva pragmatica della Corte EDU muove dal presupposto che il tenore delle disposizioni recate dalle fonti scritte, siano esse di rango legislativo o di rango inferiore, è bensì suscettibile di essere chiarito e precisato nella prassi giudiziaria da parte dei giudici nazionali. Di tal che, quando gli orientamenti giurisprudenziali formati rispetto a una certa disposizione, o rispetto al combinato disposto di più norme, siano stabili e coerenti, ben può dirsi sussistente un'adeguata base legale: e ciò anche laddove il testo normativo rilevante sia oscuro, equivoco o contraddittorio.

In proposito, fondamentali sono le affermazioni che possono rinvenirsi nella sentenza concernente il caso *Cantoni c. Francia*¹³⁶ in tema di rapporti fra diritto scritto e diritto giurisprudenziale, ove si è spiegato come il secondo possa integrare il primo ai fini della valutazione sulla qualità del quadro normativo di riferimento¹³⁷, come emerge chiaramente là dove si chiarisce:

«La notion de “droit” (“law”) utilisée à l'article 7 (art. 7) correspond à celle de “loi” qui figure dans d'autres articles de la Convention; elle englobe le droit d'origine tant

¹³² Cfr. C. Edu, *N.F c. Italia*, ric. n. 37119/97, 2 agosto 2001; *Maestri c. Italia*, ric. n. 39748/98, 17 febbraio 2004.

¹³³ Approvato con Decreto del Presidente della Camera dei deputati del 28 aprile 1988 e modificato in seguito nel 1997.

¹³⁴ Approvato con Decreto del Presidente della Camera dei deputati del 22 giugno 1999.

¹³⁵ C. Edu, *Savino e altri c. Italia*, ric. nn. 17214/05, 42113/04 e 20329/05, 28 aprile 2009.

¹³⁶ C. Edu, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, 15 novembre 1996.

¹³⁷ In tale caso la questione concerneva la definizione di «prodotto medicinale» precisata ad opera delle Corti nazionali.

législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité...»¹³⁸.

Del resto, sono affermazioni ormai costanti nella giurisprudenza sovranazionale quelle secondo cui in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaramente sia formulata una certa disposizione, esiste inevitabilmente un margine di interpretazione giudiziaria. Ed è proprio questa ineliminabile componente ermeneutica a dover essere tenuta in considerazione allorché si debba verificare che interventi delle autorità nazionali concretizzatisi in limitazioni o incisioni dei diritti e delle libertà assicurate dalla Convenzione e dai Protocolli – la cui violazione sia lamentata dai singoli interessati dai medesimi interventi – siano assistiti da un'adeguata base legale di riferimento.

3.2. Le ricadute di questa prospettiva nella «materia penale» e, in particolare, sulla garanzia del *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La descritta nozione autonoma di *legge* è suscettiva di conseguenze di particolare rilievo allorché essa operi rispetto alle garanzie penalistiche e, fra di esse, in relazione al principio di «legalità» dei reati e delle pene sancito, nel sistema convenzionale, dall'art. 7 CEDU. Sebbene, infatti, tale disposizione, rubricata *nulla poena sine lege*¹³⁹, sembri testualmente riferibile, in un'accezione minima, al solo divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, nella letteratura scientifica e, soprattutto, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti è stata interpretata come espressiva del più generale principio di legalità dei reati e delle pene, assicurando l'esigenza che l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino fondamento in una norma esistente e vigente al momento del fatto incriminato¹⁴⁰.

Orbene, anche con riguardo a questa garanzia, il Giudice di Strasburgo ha avuto modo di confermare e implementare la nozione autonoma di *legge*, intesa come base

¹³⁸ C. Edu, *Cantoni c. Francia*, cit., § 29

¹³⁹ Sulla garanzia BERNARDI A., *Sub Art. 7*, in Bartole S., Conforti G., Raimondi G. (cur.), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2001, 251 ss.; ROLLAND P., *Article 7*, in Pettiti L.E., Decaux E., Imbert P.H. (cur.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Économica, Parigi, 1995, 293 ss.; MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 257 ss.

¹⁴⁰ Così, VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, cit., 98.

legale «complessiva» nel diritto nazionale, valorizzando peraltro anche il tenore letterale della disposizione convenzionale, che, nell'affermare il divieto di punire (o di punire più gravemente) per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato (o, pur se reato, era punito meno severamente), fa riferimento al *diritto* (*law* nella versione inglese e *droit* in quella francese) vigente in detto momento.

L'estensione contenutistica – come la si è poc'anzi definita – del concetto di *legge* determina profili di attrito rispetto al principio di legalità in materia penale, come affermato e riconosciuto sul piano interno sotto due differenti profili.

Da un lato, la prospettiva del sistema convenzionale, ammettendo il concorso di fonti di rango sublegislativo alla definizione della fattispecie di reato, e quindi della condotta oggetto di incriminazione, collide con i tradizionali approdi concernenti la garanzia prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., istitutiva di una riserva di legge avente – a seconda delle interpretazioni – natura assoluta o comunque tendenzialmente assoluta¹⁴¹, la quale esclude, in via generale, che fonti di carattere secondario possano integrare il disposto della fonte primaria, salvo che per apporti di natura tecnica.

Da un altro lato, la medesima prospettiva, riconoscendo che le norme incriminatrici possano subire una graduale chiarificazione mediante l'interpretazione giudiziaria (sempre che, però, il risultato ermeneutico possa considerarsi congruente alla sostanza del reato) e che quindi l'interpretazione giurisprudenziale, quando stabile e consolidata, possa contribuire a rendere prevedibile l'applicazione della medesima norma incriminatrice¹⁴², attribuisce evidentemente rilievo al diritto di formazione giurisprudenziale, che invece, sul piano interno, non è incluso tra le fonti del diritto, per così dire, classiche¹⁴³.

3.2.1. L'operatività della garanzia nelle ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo.

Affinché sia rispettato il principio di legalità convenzionale è, quindi, necessario che

¹⁴¹ C. Edu, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., § 52.

¹⁴² Cfr. C. Edu, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, [GC], ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 marzo 2001, spec. § 50.

¹⁴³ Cfr. NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 57.

la base legale fondante l'intervento punitivo, ossia il disposto delle norme incriminatrici e sanzionatorie come interpretate dalle autorità giudiziarie nazionali, possa dirsi accessibile e prevedibile, consentendo ai singoli di conoscere concretamente il carattere illecito di determinata condotta nonché il relativo trattamento sanzionatorio.

Siffatta impostazione implica, quale primo fondamentale corollario, il fatto che la garanzia del divieto di irretroattività si applichi anche al diritto giurisprudenziale, in quanto concorrente alla definizione della *base legale* pertinente, e, più precisamente, che essa operi sia nell'ipotesi di nuova interpretazione giurisprudenziale di un testo legislativo equivoco sia nella diversa ipotesi di mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo e imprevedibile, atteso che, ai fini della garanzia convenzionale, entrambe sono suscettibili di essere paragonate all'introduzione di nuova norma incriminatrice, o quanto meno di una nuova norma sanzionatoria¹⁴⁴.

3.2.2. La ricorrente giurisprudenza della Corte EDU: il mutamento giurisprudenziale sfavorevole incidente sulla norma sanzionatoria nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*.

A tale conclusione generale la Corte europea dei diritti è pervenuta, per la prima volta in termini espressi, nel caso *S.W. c. Regno Unito*¹⁴⁵, pur escludendosi, in tale occasione, la sussistenza della violazione del divieto di irretroattività in materia penale lamentata dal ricorrente, stante della prevedibilità dell'evoluzione giurisprudenziale intervenuta rispetto al reato di violenza sessuale, di cui questi era accusato.

Gli stessi principi generali hanno condotto nel successivo caso *Pessino c. Francia*¹⁴⁶ all'accertamento della violazione dell'art. 7 CEDU, proprio in ragione del fatto che l'accusa nei confronti del ricorrente si fondava, peraltro in quadro di incertezza interpretativa in materia urbanistica, su di una nuova interpretazione giurisprudenziale, resa in assenza di preve pronunce, sulla base solamente del mero riferimento ai lavori preparatori della normativa in questione. In tale occasione si è, infatti, precisato che:

¹⁴⁴ Cfr. MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 274.

¹⁴⁵ C. Edu, [GC] *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, 22 novembre 1995.

¹⁴⁶ C. Edu, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02, 10 ottobre 2006.

«35. ... Il en résulte que, faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard d'un accusé. Or le manque de jurisprudence préalable en ce qui concerne l'assimilation entre sursis à exécution du permis et interdiction de construire résulte en l'espèce de l'absence de précédents topiques fournis par le Gouvernement en ce sens.

36. Il résulte ainsi de tout ce qui précède que, même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale...»¹⁴⁷.

Nell'evoluzione giurisprudenziale l'esigenza del rispetto del divieto di irretroattività è stata affermata non soltanto in relazione a nuove interpretazioni o mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli al reo concernenti il contenuto della norma incriminatrice, bensì anche a nuove interpretazioni o mutamenti giurisprudenziali intervenienti sulla quantificazione della pena, vale a dire sulla norma sanzionatoria.

Ciò è accaduto nel caso *Camilleri c. Malta*¹⁴⁸, e poi ancor più significativamente nella pronuncia resa dalla *Grande Chambre* nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*¹⁴⁹, là dove la ricorrente, un'esponente del terrorismo separatista basco condannata per svariati reati, si lamentava dell'avvenuta applicazione di una più sfavorevole modalità di calcolo delle riduzioni del periodo di carcerazione per lavoro intramurario, sulla base di un nuovo orientamento giurisprudenziale, affermatosi, nel 2006, con una pronuncia del Tribunale Supremo spagnolo successivamente alla data di pronuncia della condanna penale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ *Ivi*, §§ 35-36.

¹⁴⁸ C. Edu, *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10, 22 gennaio 2013.

¹⁴⁹ C. Edu, [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit..

¹⁵⁰ In particolare, benché la pena complessiva fosse di più di tremila anni di carcerazione, il codice penale spagnolo prevedeva per le ipotesi di cumulo delle pene inflitte in procedimenti penale, pur se distinti, connessi (quale era il caso della ricorrente) il limite massimo di trent'anni: è proprio a detto limite massimo che, nell'interpretazione invalsa nella prassi, sin dal momento in cui ebbe inizio la reclusione della ricorrente, e per la gran parte del periodo stesso di reclusione, sarebbero dovute applicarsi le riduzioni per lavoro intramurario; ed è sulla base di tali presupposti che la ricorrente, nel 2008, richiese la liberazione anticipata. Senonché, due anni prima, nel 2006, una decisione del Tribunale Supremo spagnolo resa in un caso analogo, relativo al terrorista Parot, innovando rispetto al precedente orientamento, aveva statuito che le predette riduzioni dovesse operare, non già sul limite massimo del cumulo, bensì sulle singole pene inflitte per ogni imputazione. Applicando quest'ultima interpretazione (cd. *dottrina Parot*), la ricorrente avrebbe potuto accedere alla liberazione anticipata solo nove anni dopo, nel 2017.

La Corte EDU, chiamata a giudicare, tra l'altro, della violazione dell'art. 7 CEDU, ha ritenuto che la decisione del Tribunale Supremo, con cui si è innovato il regime di computo delle predette riduzioni, costituiva, nei riguardi della ricorrente, un *revirement* sfavorevole e imprevedibile al momento in cui la stessa aveva iniziato a scontare la pena inflittale, tanto che ella poteva credere validamente che le medesime riduzioni di pena sarebbero state computate sul limite massimo di trent'anni per le ipotesi di cumulo di pene in procedimenti connessi (come accadeva nella prassi prima del 2006) e non invece sull'entità della singola pena inflitta in relazione a ciascuna imputazione (come, invece, statuito nella decisione del Tribunale Supremo). Si è riconosciuto, infatti, che:

«... au moment où ont été prononcées les condamnations de la requérante et où celle-ci a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, rien n'indiquait l'existence d'une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence allant dans le sens de l'arrêt du Tribunal suprême du 28 février 2006. La requérante ne pouvait donc pas s'attendre au revirement opéré par le Tribunal suprême ni, en conséquence, à ce que l'Audiencia Nacional impute les remises de peine accordées non sur la peine maximale de trente ans, mais successivement sur chacune des peines prononcées. ... ce revirement de jurisprudence a eu pour effet de modifier au détriment de la requérante la portée de la peine infligée.»¹⁵¹

Si è, quindi, constatata la sussistenza della violazione lamentata, in virtù dell'imprevedibile operare di un *novum* giurisprudenziale sfavorevole rispetto all'entità della pena che la ricorrente avrebbe dovuto, in concreto, scontare.

3.2.3. Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole incidente sulla *norma incriminatrice* nel caso *Contrada c. Italia* (n. 3).

Del tutto coerente con gli illustrati approdi giurisprudenziali è quindi la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti nel caso *Contrada c. Italia* (n. 3)¹⁵², ove veniva in rilievo la questione dell'applicazione del reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso a fatti commessi anteriormente al consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale che ha elaborato tale fattispecie incriminatrice, muovendo dagli artt. 110 e 416-*bis* c.p.. Mentre, infatti, le condotte oggetto degli addebiti si riferivano agli

¹⁵¹ C. Edu, [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 117.

¹⁵² C. Edu, *Contrada c. Italia* (n. 3), cit..

anni dal 1979 al 1988, l'evoluzione giurisprudenziale si è consolidata solo nel 1994, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza *Demistry*¹⁵³.

Il problema su cui si incentrava la lamentata violazione dell'art. 7 CEDU era, cioè, quello di stabilire se al *tempus commissi delicti* la legge applicabile, come integrata – si intende – dalle pertinenti pronunce giudiziarie, definisse in termini chiari e precisi i contorni della figura di reato, e se quindi le conseguenze penali derivate con la sentenza definitiva di condanna potessero dirsi prevedibili da parte del ricorrente.

Nella sentenza – che ha dato luogo a un intricato seguito interno¹⁵⁴ – si è riconosciuto che il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso costituisca il risultato di un susseguirsi di decisioni giudiziarie consolidatosi solamente a partire dal 1994, non costituendo, pertanto, un'incriminazione sufficientemente prevedibile per il ricorrente. In tal guisa, si è accertata la sostanziale retroattività con cui erano stati applicati, nei riguardi del ricorrente medesimo, i principi chiariti e precisati nella menzionata sentenza *Demistry*, spiegando la Corte EDU che, sebbene talune pronunce anteriori avessero fatto riferimento a siffatta figura di reato:

«Ce n'est toutefois que dans l'arrêt *Demistry*, prononcé par la Cour de cassation en formation plénière le 5 octobre 1994, que celle-ci fournit pour la première fois une élaboration de la matière litigieuse, faisant état des orientations niant et de celles reconnaissant l'existence de l'infraction litigieuse et, dans l'esprit de mettre fin aux conflits de jurisprudence en la matière, admit finalement de manière explicite l'existence de l'infraction de concours externe en association de type mafieux dans l'ordre juridique interne.»¹⁵⁵

Si è, dunque, affermata la violazione della garanzia di cui all'art. 7 CEDU in un'ipotesi di «sopravvenuta chiarificazione» giurisprudenziale, sfavorevole al reo, del contenuto della norma incriminatrice.

¹⁵³ Cass. pen., Sez. Un, sent. 5 ottobre 1994 (dep. 28 dicembre 1994), n. 16, *Demistry*, in *C.E.D.* n. 199386.

¹⁵⁴ Su cui si tornerà *infra* nel Cap. terzo, § 3.

¹⁵⁵ C. Edu, *Contrada c. Italia* (n. 3), cit., §69

4. IL CONTENUTO DEL *NE BIS IN IDEM* CONVENZIONALE E I SISTEMI PUNITIVI DI CD. DOPPIO BINARIO.

Un'ulteriore garanzia incidente sulla configurazione del diritto sanzionatorio nazionale rispetto alla quale particolarmente incisivo è stato l'intervento della giurisprudenza convenzionale è senza dubbio quella del divieto di *bis in idem* in materia penale.

Negli ultimi anni siffatta garanzia ha suscitato nuovo e giustificato interesse in ragione delle ricadute, potenzialmente dirompenti per l'ordinamento di alcuni Stati contraenti, che sembravano poter discendere da alcune pronunce della Corte EDU in cui ne è stata dichiarata la violazione.

Alla stregua di quanto avvenuto in relazione ad altre garanzie contenute nella Convenzione e nei Protocolli ad essa annessi, il Giudice di Strasburgo, privilegiando un approccio pragmatico, ha adottato un'interpretazione sostanzialistica ed estensiva degli elementi costitutivi del divieto di *bis in idem* attraverso una articolata elaborazione in via giurisprudenziale di nozioni autonome, fino a ritenere l'applicabilità del principio anche nei rapporti fra processo penale e procedimenti sanzionatori di altra natura, cioè nelle ipotesi, non certo eccezionali nell'ordinamento di vari Paesi contraenti, di c.d. doppio binario sanzionatorio¹⁵⁶.

4.1. Il riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* nel sistema del Consiglio d'Europa.

Il riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* nel sistema del Consiglio d'Europa, originariamente non contemplata, è avvenuto soltanto con l'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla Convenzione¹⁵⁷, adottato nel novembre del 1984 e reso esecutivo nell'ordinamento italiano con l'approvazione della legge 9 aprile 1990, n. 98¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Il contenuto dei seguenti paragrafi da 4.1. a 4.4. riprende largamente, pur se con approfondimenti ed aggiornamenti, quanto già si è illustrato in RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, 825 ss..

¹⁵⁷ La garanzia del divieto di *bis in idem* era già contenuta in altri trattati internazionali, tra cui il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14 §7) e la Convenzione americana sui diritti umani (art. 8 §4).

¹⁵⁸ Legge 9 aprile 1990, n. 98 (*Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 7 alla convenzione per la*

Una delle ragioni di tale ritardo è sicuramente rinvenibile nella preoccupazione, avvertita da molti Stati contraenti, che l'inserimento della garanzia nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali potesse incidere sul margine di discrezionalità loro spettante in ordine alla configurazione del sistema punitivo inteso nella sua accezione più ampia, ossia ricomprensivo non soltanto le sanzioni propriamente penali ma anche tutte quelle sanzioni di altra natura, amministrativa o disciplinare, previste in differenti ambiti degli ordinamenti nazionali a tutela di svariati interessi. In questo senso sono significative la mancata ratifica, ad oggi, del Protocollo n. 7 da parte di tre Stati di non secondaria importanza, quali Regno Unito, Germania e Paesi Bassi¹⁵⁹, e le numerose riserve o dichiarazioni presentate da altri Stati – Francia, Austria, Portogallo e Italia –, che pure lo hanno ratificato, volte a limitare l'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai soli procedimenti cui la legge nazionale attribuisce natura penale¹⁶⁰.

4.2. L'originaria natura eminentemente processuale della garanzia.

L'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU reca una garanzia irrinunciabile per ogni ordinamento che voglia definirsi rispettoso dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini di fronte all'esercizio di poteri punitivi da parte di pubbliche autorità, e cioè che nessuno possa essere nuovamente processato o punito in ambito penale dalla giurisdizione di un medesimo Stato¹⁶¹ per un reato in relazione al quale sia stato assolto o condannato a

salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, concernente l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984).

¹⁵⁹ Risulta che la Turchia abbia provveduto alla ratifica in data 2 maggio 2016: cfr. sito ufficiale del Consiglio d'Europa (www.coe.int).

¹⁶⁰ La riserva formulata dall'Italia, secondo cui gli artt. 2-4 del Protocollo n. 7 si sarebbero dovuti applicare esclusivamente ad illeciti, procedimenti e sentenze che l'ordinamento italiano qualifica come penali, è stata dichiarata invalida dalla Corte europea: si veda *Grande Stevens e altri c. Italia*, sent. 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, §§204-211.

¹⁶¹ La garanzia del *ne bis in idem* convenzionale, che ha come modello l'art. 14 §7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, opera soltanto con riguardo alle giurisdizioni nazionali dello Stato contraente in cui è intervenuto il primo giudizio, a differenza delle corrispondenti garanzie recate, nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, dall'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) e dagli artt. 54 ss. della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen, le quali hanno – rispettivamente, anche e soltanto – portata sovranazionale: per approfondimenti cfr. VAN BOCKEL W.B. (cur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; VERVAELE, J.A.E.,

seguito di sentenza divenuta definitiva¹⁶².

Si tratta evidentemente di un principio avente duplice natura¹⁶³: da un lato, risponde ad esigenze di certezza del diritto, assicurando stabilità all'accertamento contenuto nella sentenza penale, di assoluzione o di condanna, che sia passata in giudicato, salve le ipotesi di revisione previste dall'ordinamento degli Stati contraenti¹⁶⁴; dall'altro, costituisce un diritto fondamentale teso a proteggere ogni individuo dal rischio di vedersi processato o punito due volte per uno stesso fatto illecito¹⁶⁵. A tal proposito deve, peraltro, precisarsi che il *ne bis in idem* convenzionale non è volto soltanto ad evitare una duplicazione di risposte sanzionatorie, trovando applicazione già nel momento in cui inizia o continua un nuovo processo avente ad oggetto fatti materiali contestati e valutati in altro processo penale definitivamente conclusosi con sentenza passata in giudicato: la garanzia è dunque primariamente di carattere processuale¹⁶⁶.

Benché ad una prima lettura la disposizione convenzionale sembri presentare una

Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 2013, 211 ss.; e MONTALDO S., *Ne bis in idem e sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2014, 669 ss.

¹⁶² La Corte costituzionale ha definito il principio del *ne bis in idem* come un «principio di civiltà giuridica» (così C. Cost., ord. 5 maggio 1995, n. 150), attraverso il quale «giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto» (C. cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, punto 6 del *Considerato in diritto*)

¹⁶³ ALLEGREZZA S., *Sub Art. 4 Protocollo n. 7*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 895; PALMIERI F., *Il divieto del bis in idem*, in Gianniti P. (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, Zanichelli, 2015, 1959

¹⁶⁴ La formulazione della disposizione convenzionale, peraltro, non preclude agli Stati contraenti la possibilità di prevedere ipotesi di revisione del giudicato penale, azionabili da parte dei competenti organi statali, anche avverso una sentenza di assoluzione, ciò comportando che la «la finalità di perseguire la giustizia, in tali casi, prevale sulla stabilità della garanzia processuale concernente la sottrazione alla pretesa punitiva»: così C. cost., sent. n. 200 del 2016, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁵ In questo senso anche VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE*, cit., 212-213, che rileva come il principio del *ne bis in idem* nazionale, tradizionalmente legato all'intangibilità della *res judicata*, negli ultimi secoli sia divenuto altresì strumento di garanzia per il singolo cittadino rispetto all'esercizio dello *ius puniendi* da parte dello Stato, assurgendo a diritto fondamentale.

¹⁶⁶ Si vedano, ad esempio, *Franz Fischer c. Austria*, sent. 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97, §29, e *Gradinger c. Austria*, sent. 23 ottobre 1995, ric. n. 15963/90, §53. Così anche ZAGREBELSKY V.-CHENAL R.-TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016, 223-224. La *ratio* di tutela anzitutto processuale è peraltro comune al principio del *ne bis in idem* riconosciuto nell'ordinamento italiano.

regola chiara, se non addirittura ovvia, molteplici sono invero le questioni emergenti ad un esame più approfondito. Significativi dubbi interpretativi sono sorti nella definizione degli elementi costitutivi del principio, interessando, così, i confini del suo ambito di applicazione – e, quindi, il quesito se esso debba ricomprendere anche procedimenti non propriamente penali –, la individuazione dei criteri da porre a fondamento della valutazione circa l'identità dei fatti oggetto di accertamento nei diversi procedimenti – nozione di *idem* –, e il concetto di «sentenza definitiva».

A fianco di tali aspetti, per così dire, classici, in quanto intrinsecamente legati alla natura del divieto di *bis in idem* in materia penale¹⁶⁷, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha portato alla individuazione e valorizzazione di un elemento ulteriore, e cioè la connessione fra procedimenti sanzionatori aventi diversa natura, un elemento elaborato allo scopo di escludere la violazione della garanzia convenzionale in quei casi particolari in cui i diversi procedimenti instaurati nei confronti di un medesimo soggetto dinanzi a differenti autorità pubbliche siano da ritenersi coordinati in modo tale da poter essere considerati quali parti di un unico sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento nazionale come reazione alla commissione di un fatto illecito.

Come è facilmente intuibile, gli indefiniti contorni del criterio della connessione fra procedimenti, in astratto, e le difficoltà nella sua applicazione, in concreto, hanno concorso a determinare l'attuale situazione di incertezza in ordine alla portata del principio del *ne bis in idem* convenzionale: è opportuno, quindi, analizzare l'origine di siffatto criterio ed il suo successivo sviluppo, tentando di evidenziarne talune criticità, anche e soprattutto alla luce delle più recenti sentenze.

4.3. Il contenuto della garanzia.

Sono quattro gli aspetti fondamentali della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale

¹⁶⁷ NEAGU N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, 955-977, evidenzia come analoghe problematiche siano state affrontate dalle diverse Corti supreme e sovranazionali chiamate ad interpretare le disposizioni nazionali ed internazionali che, pur con talune differenze nella formulazione letterale, prevedono il principio del *ne bis in idem*.

sui quali occorre soffermarsi approfonditamente. Ogni qual volta debba accertarsi una possibile violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU la Corte europea dei diritti dell'uomo procede, infatti, secondo uno schema, che può definirsi quadripartito: (i) valuta se i due *procedimenti* ai quali sia stato sottoposto il ricorrente siano da considerarsi *penali*; (ii) verifica che i *fatti* all'origine dei due procedimenti siano gli *stessi*; (iii) constata che sia stata pronunciata sentenza *definitiva* nell'ambito di uno dei due procedimenti; (iv) talvolta valuta se vi sia stata effettivamente una duplicazione di procedimenti, ossia se possa dirsi sussistente una *connessione* adeguata o sufficientemente stretta fra i due procedimenti sanzionatori avviati nei riguardi del medesimo soggetto.

4.3.1. L'applicabilità *ratione materiae*: la nozione di *procedimento penale*.

Il testo della disposizione convenzionale in questione afferma che la garanzia del *ne bis in idem* può trovare applicazione solo in *materia penale*. Chiara la scelta in tal senso: si utilizzano, infatti, nel testo convenzionale i termini *penalmente* e *procedura penale*, aspetto sottolineato peraltro anche dal Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU¹⁶⁸.

La Corte EDU, nel giudicare la ricevibilità di un ricorso mediante il quale si lamenti la violazione del divieto di *bis in idem*, deve anzitutto valutare se i due procedimenti ai quali il ricorrente sia stato sottoposto rientrino nella *materia penale* e siano, dunque, da considerarsi come *procedimenti penali*.

Tale verifica rientrerebbe, a rigor di logica, nella valutazione circa la ricevibilità di un ricorso, determinando, in caso di esito negativo, l'inapplicabilità della garanzia, così precludendo un esame nel merito della questione. Spesso, però, tale valutazione circa la condizione di ricevibilità è congiunta all'esame del merito del ricorso.

Quanto alla definizione della nozione di *procedimento penale* rilevante ai fini della delimitazione dell'ambito applicativo del *ne bis in idem* convenzionale, il Giudice di Strasburgo, già a partire dalla sentenza *Göktan c. Francia*¹⁶⁹, e nonostante qualche

¹⁶⁸ Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU, § 28.

¹⁶⁹ C. Edu, *Göktan c. Francia*, ric. n. 33402/96, 2 luglio 2002, §§ 44-48.

successiva pronuncia in un certo qual modo distonica¹⁷⁰, ha chiarito che la nozione autonoma di *materia penale* elaborata per l'applicazione delle altre garanzie convenzionali penalistiche, il diritto ad un equo processo e il principio di legalità ed irretroattività, rileva anche ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione del divieto di *bis in idem*¹⁷¹.

Ne deriva che detto divieto opera nei confronti di tutti quei procedimenti che debbano considerarsi penali alla luce degli *Engel criteria*, secondo cui la qualificazione di carattere formale attribuita dal legislatore nazionale non assume valore decisivo, dovendosi valutare altresì la natura dell'illecito al cui accertamento è predisposto il procedimento nonché la natura e la gravità della sanzione comminata in esito al medesimo. Con l'ulteriore precisazione – compiuta, come già si è detto, nella menzionata sentenza *Jussila c. Finlandia* – che, sebbene questi ultimi due criteri, di carattere sostanziale, siano alternativi e non necessariamente concorrenti, non può però escludersi che essi siano presi in considerazione congiuntamente qualora l'esame separato di ciascuno di essi non conduca ad una conclusione chiara¹⁷².

4.3.2. Il concetto di *stessi fatti: idem factum v. idem legale*.

Una volta ritenuta la natura sostanzialmente penale di entrambi i procedimenti cui il ricorrente sia stato sottoposto, la seconda valutazione che deve essere compiuta concerne la sussistenza di una *same offence*¹⁷³. Rispetto a questa valutazione, la Corte europea dei diritti si è trovata di fronte ad una scelta di campo, comune a tutti gli ordinamenti giuridici, in tema di *ne bis in idem*: ossia, definire la nozione di *idem* come *idem factum* ovvero come *idem legale*.

Secondo la prima interpretazione proposta, vengono, senza dubbio, valorizzati gli

¹⁷⁰ Ad esempio, in *Haarvig c. Norvegia* (dec.), ric. n. 11187/05, 11 dicembre 2007, la Corte EDU ha fatto uso di criteri ulteriori rispetto agli *Engel criteria*.

¹⁷¹ La giurisprudenza della Corte EDU relativa alla nozione autonoma di *materia penale* con specifico riguardo alla garanzia del *ne bis in idem* è stata oggetto delle riflessioni di WONG C., *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, in Galli F., Weyembergh A. (cur.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, Eclan, 2014.

¹⁷² C. Edu, [GC], *Jussila c. Finlandia*, cit., §31.

¹⁷³ Nella versione inglese della CEDU; nella versione francese si usa il termine *infraction*.

elementi materiali di fatto caratterizzanti le condotte illecite oggetto di accertamento nei due procedimenti, vale a dire le circostanze concrete inscindibilmente legate tra loro che compongono il fatto naturalisticamente inteso¹⁷⁴. Con la seconda opzione ermeneutica, invece, è la definizione legale degli illeciti a fungere da criterio-guida: il confronto è dunque condotto tra le fattispecie legali, e i rispettivi elementi costitutivi, dei due illeciti contestati allo stesso soggetto.

4.3.2.1. I tre diversi orientamenti giurisprudenziali elaborati in origine dalla Corte EDU.

Per quanto la lettera della disposizione *prima facie* non sembri sollevare particolari problematiche, indirizzando l'interpretazione verso una nozione di *idem legale*, stante l'utilizzo di termini quali *infractio* e *offence* (rispettivamente, nella versione francese e in quella inglese), la giurisprudenza convenzionale, tuttavia, fino al 2009 è stata piuttosto incerta sul punto, tanto da potersi individuare tre diversi filoni interpretativi, fino alla definitiva conclusione raggiunta nel caso *Zolotukhin c. Russia*¹⁷⁵.

Secondo un primo orientamento, la Corte concentrava l'attenzione sulla *same conduct* da parte del ricorrente, da intendersi in senso storico-naturalistico, a prescindere dalla qualificazione giuridica che l'ordinamento nazionale le attribuiva: *idem*, dunque, come *idem factum*¹⁷⁶.

Un secondo orientamento prendeva le mosse sempre dall'identità della condotta materiale all'origine dei procedimenti, ma ammetteva che il medesimo comportamento potesse fondare più illeciti (*concoure idéal d'infractions*) da accertarsi in procedimenti

¹⁷⁴ ALLEGREZZA S., *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 900.

¹⁷⁵ C. Edu, *Zolotukhin c. Russia*, cit.; il ricorrente era stato sottoposto sia a procedimento penale – per i reati di *disorderly acts*, *insulting a state official* e *threatening violence against a state official* – sia a procedimento amministrativo – per l'illecito amministrativo di *minor disorderly acts* –. Il ricorrente – prima e dopo essere stato portato in una stazione di polizia – aveva mantenuto un comportamento irrequieto e irrispettoso nei confronti dei pubblici ufficiali presenti.

¹⁷⁶ Questo primo approccio è ben rappresentato in C. Edu, *Gradinger c. Austria*, ric. n. 15963/90, 23 ottobre 1995, § 55, nel cui ambito il ricorrente era stato sia condannato penalmente per omicidio colposo dovuto a imprudenza sia sanzionato in ambito amministrativo per guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche. La Corte EDU, pur riconoscendo le differenze in relazione alla qualificazione formale, alla natura e allo scopo dei due illeciti, ha accertato la violazione dell'art. 4 protocollo n. 7 alla CEDU, in quanto entrambi i procedimenti si erano fondati sul medesimo comportamento.

separati¹⁷⁷.

Un terzo orientamento si incentrava, invece, sugli *elementi essenziali* delle due fattispecie (*idem legale*), rendendosi necessario valutare se le fattispecie legali dei due illeciti presentassero i medesimi elementi costitutivi. Non sarebbe stato compatibile, infatti, con la disposizione convenzionale *de qua* il fatto di essere processati o puniti due volte per infrazioni che sono solo nominalmente differenti, dovendosi escludere che si trattasse di una semplice differenza di *nomen iuris*, ovvero di un concorso apparente di norme¹⁷⁸.

Il riferimento alla nozione di *elementi essenziali* risulta particolarmente ricorrente nella giurisprudenza la quale vi ha fatto riferimento in relazione ad illeciti previsti in diversi ambiti degli ordinamenti nazionali¹⁷⁹. Nel settore fiscale, ad esempio, la Corte ha considerato l'intenzione criminosa o lo scopo perseguito quale elemento che differenzia i reati dagli illeciti fiscali (come nel caso *Rosenquist c. Svezia*¹⁸⁰). Un'altra applicazione

¹⁷⁷ Questo indirizzo è stato sviluppato in C. Edu, *Oliveira c. Svizzera*, ric. n. 25711/94, 30 luglio 1998, § 26: il ricorrente era stato condannato prima per guida imperita – illecito previsto dal codice della strada –, poi per il reato di lesioni personali colpose subite da altro conducente a causa del medesimo comportamento, ossia l'aver perduto il controllo del proprio veicolo urtando altri due veicoli. La Corte ha ritenuto che si trattasse di un tipico caso in cui un singolo comportamento avrebbe potuto integrare diverse infrazioni: un unico atto è stato «diviso» in due distinti illeciti – nel caso di specie, l'aver guidato in modo imperito e le lesioni colpose –; a conferma di ciò vi sarebbe anche la previsione che in questi casi la sanzione più gravosa debba assorbire la più lieve. Tale situazione non ha costituito – a dire della Corte – violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU. Lo stesso indirizzo giurisprudenziale ha trovato riconoscimento anche in C. Edu, *Göktan c. Francia*, cit., § 50, in cui la Corte EDU ha egualmente ritenuto l'insussistenza di una violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU, per quanto il medesimo comportamento fosse stato suscettibile dare origine sia ad un reato di contrabbando di sostanze stupefacenti sia ad un delitto doganale relativo al mancato pagamento del dazio doganale, realizzandosi in tal caso un concorso formale di illeciti.

¹⁷⁸ Viene in rilievo a questo riguardo il caso *Franz Fischer c. Austria* (sent. 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97): l'illecito amministrativo, previsto dall'ordinamento austriaco, di guida in stato di ebbrezza e il particolare reato di omicidio colposo presentavano gli stessi elementi essenziali. La Corte ha evidenziato come tutti gli elementi essenziali della fattispecie di guida in stato di ebbrezza fossero contenuti nel reato di omicidio colposo: si trattava, dunque, di un concorso apparente di norme. Il ricorrente era stato così illegittimamente sottoposto per il medesimo fatto ad un duplice procedimento.

¹⁷⁹ ALLEGREZZA S., *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 901.

¹⁸⁰ C. Edu (dec.), *Rosenquist c. Svezia*, ric. n. 60619/00, 14 settembre 2004; il ricorrente – che non aveva presentato la dichiarazione dei redditi nel 1992 e nei cui confronti era perciò stata applicata sia la pena della reclusione per due anni per il reato di frode fiscale aggravata sia una sovrattassa per l'illecito fiscale corrispondente – lamentava la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU. La Corte EDU – argomentando sulla base della nozione degli *essential elements* – ha dichiarato il ricorso *manifestly ill-founded*.

di questo filone si è avuta nel caso *Hauser-Sporn c. Austria*¹⁸¹ in cui la Corte EDU ha ritenuto che il reato di omissione di soccorso e l'illecito di omessa segnalazione alla polizia di un incidente previsto dal codice della strada austriaco riguardassero differenti azioni ed omissioni. Altre volte ancora, l'elemento di differenziazione tale da far ritenere che non vi sia stata violazione del *ne bis in idem* convenzionale è da riscontrarsi nel fatto che solo in uno dei due procedimenti sia stata contestata una particolare circostanza aggravante: così, ad esempio, il caso *Bachmaier c. Austria*¹⁸².

4.3.2.2. Il *leading case* *Zolotukhin c. Russia*: la Corte EDU si «conforma» alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Nel 2009, con la sentenza *Zolotukhin c. Russia*, la *Grande Chambre* ha inteso porre fine all'incertezza creata dall'esistenza di questi tre diversi orientamenti circa la nozione di *idem*. La compresenza di tali indirizzi giurisprudenziali è stata, infatti, ritenuta dalla fonte di insicurezza giuridica, per questo incompatibile con il diritto fondamentale in questione, incidendo sull'effettività del diritto stesso¹⁸³.

Nella pronuncia, oltre a dar conto dei propri contraddittori precedenti, ha altresì preso in considerazione la giurisprudenza in tema di *idem element*¹⁸⁴ elaborata dalla Corte di

¹⁸¹ C. Edu, *Hauser-Sporn c. Austria*, ric. n. 37301/03, 7 dicembre 2006, § 45; la Corte EDU in relazione alla lamentata violazione del *ne bis in idem* convenzionale ha ritenuto il ricorso *manifestly ill-founded*: il reato di omissione di soccorso richiede un'omissione *volontaria* – dolo –, mentre l'illecito amministrativo di omessa segnalazione alla polizia si accontenta della negligenza.

¹⁸² C. Edu (dec.), *Bachmaier c. Austria*, ric. n. 77413/01, 2 settembre 2004; la Corte EDU ha giudicato manifestamente infondato il ricorso in relazione alla lamentata violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU. Al ricorrente era stato contestato sia il reato di omicidio colposo aggravato dallo stato di ebbrezza sia l'illecito amministrativo di guida in stato di ebbrezza: egli era stato assolto in sede penale, mentre aveva subito l'infrazione di una sanzione pecuniaria in sede amministrativa. La Corte EDU ha evidenziato come solo nel procedimento amministrativo sia stato valutato l'elemento della guida in stato di ebbrezza, mentre nel processo penale l'accertamento si è arrestato prima: una volta giudicato il ricorrente innocente del reato ascrittogli, la Corte Regionale penale non aveva potuto accertare la sussistenza dell'aggravante in questione.

¹⁸³ C. Edu, *Zolotukhin c. Russia*, § 78 ss.

¹⁸⁴ Il principio del *ne bis in idem* è contenuto in vari trattati internazionali: in tali documenti diverse sono le espressioni utilizzate per indicare l'*idem element* del principio del *ne bis in idem*: se, infatti, l'art. 14 par. 7 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici e l'art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea fanno riferimento a una *same offence*, l'art. 8 della Convenzione Americana sui Diritti Umani parla di *same cause*. La *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen* utilizza l'espressione *same conduct*.

Giustizia delle Comunità Europee (oggi, Corte di Giustizia dell'Unione Europea) e dalla Corte Inter-Americana dei Diritti dell'Uomo. Da tale analisi è emerso come vi fosse, a livello internazionale, un certo favore verso una soluzione interpretativa che dia rilievo unicamente all'identità dei fatti materiali, senza aver riguardo della qualificazione giuridica degli stessi: una soluzione che, anche in una logica di tutela del singolo individuo, rigetta, in definitiva, il confronto in astratto fra le fattispecie legali.

Sulla base di tali elementi, e facendo utilizzo dei già descritti canoni ermeneutici dell'interpretazione teleologica ed evolutiva, la Corte EDU ha chiarito che la scelta di inserire il termine *offence* nel testo della disposizione convenzionale non giustifica affatto l'adozione di un orientamento restrittivo, quale è quello che si basa sul confronto in astratto fra gli *elementi essenziali* delle fattispecie legali degli illeciti. Tale opzione ermeneutica rischierebbe di indebolire la garanzia, in quanto sarebbe altrimenti possibile essere sottoposti a due distinti procedimenti per il solo fatto che i due illeciti addebitati abbiano una differente caratterizzazione dal punto di vista della fattispecie legale, o addirittura abbiano esclusivamente una diversa denominazione ed una diversa qualificazione secondo le categorie del diritto interno.

Si è, così, pervenuti alla conclusione che la garanzia deve essere interpretata come affermatrice il divieto di essere perseguiti o condannati due volte per illeciti che hanno origine da fatti identici o da fatti che siano sostanzialmente gli stessi, e che pertanto:

«The Court's inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings»¹⁸⁵.

Con questa fondamentale pronuncia la Corte EDU si è allineata, in generale, alla giurisprudenza sul punto delle altre Corti internazionali e, in particolare, a quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione all'art. 54 della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen¹⁸⁶.

¹⁸⁵ C. Edu, *Zolotukhin c. Russia*, cit., § 84.

¹⁸⁶ Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea circa la nozione di *idem*, si veda *infra* il Cap. secondo, § 4.

4.3.3. Il concetto di *sentenza definitiva*.

La sussistenza di una *sentenza definitiva* costituisce il terzo elemento di cui occorre verificare l'esistenza al fine di addivenire all'accertamento di una violazione del *ne bis in idem*. A tal proposito, un ruolo centrale è rivestito dal tenore letterale della disposizione, secondo cui una sentenza può essere considerata come *definitiva* ai fini convenzionali quando sia passata in giudicato secondo le regole di diritto interno¹⁸⁷.

Giova richiamare il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7¹⁸⁸ che rinvia, a sua volta, al Rapporto esplicativo della Convenzione europea sul valore dei giudizi repressivi, nel quale si afferma che una decisione è definitiva se ha acquisito l'autorità di cosa giudicata in base alle norme del singolo Stato contraente. Ciò avviene quando la decisione sia irrevocabile, ossia quando nessun rimedio ordinario sia ancora esperibile oppure quando le parti abbiano lasciato decorrere il termine previsto senza esperire tali rimedi.

L'affermazione che in costanza di sentenze avverso le quali siano ancora esperibili rimedi ordinari non operi la garanzia del *ne bis in idem* sono costanti nella giurisprudenza convenzionale (*ex plurimis*, si possono citare i casi *Nikitin c. Russia*¹⁸⁹ e *Horciag c. Romania*¹⁹⁰). Non rilevano, invece, ai fini della valutazione circa la definitività di una sentenza, i rimedi straordinari, quali la richiesta di riapertura del processo o la richiesta di rimessione in termini¹⁹¹, per quanto questi ultimi rappresentino sostanzialmente una

¹⁸⁷ Si parla di *sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura* dello Stato contraente: cfr, da ultimo, C. Edu, [GC], *Mihalache c. Romania*, ric. n. 54012/10, 8 luglio 2019, §§ 87-126.

¹⁸⁸ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7, § 29, che rinvia al § 22.

¹⁸⁹ C. Edu, *Nikitin c. Russia*, ric. n. 50178/99, 20 luglio 2004; con questa sentenza la Corte ha ricondotto la *special supervisory review* prevista dall'ordinamento russo alla nozione di *reopening of the case* di cui al secondo paragrafo dell'art. 4 Protocollo n. 7: di conseguenza non vi è stata la dichiarazione di alcuna violazione della garanzia convenzionale nel caso di specie in quanto la *supervisory review* non costituisce un nuovo e secondo procedimento sugli stessi fatti, bensì la continuazione del precedente.

¹⁹⁰ C. Edu (dec.), *Horciag c. Romania*, ric. n. 70982/01, 15 marzo 2005; la Corte EDU ha ritenuto che, nel caso di specie, né la sentenza di conferma dell'internamento psichiatrico né l'ordinanza di non luogo a procedere che avevano riguardato il ricorrente potessero considerarsi sentenze definitive ai sensi dell'art. 4 Protocollo n. 7 alla CEDU: la prima – riguardante una misura a carattere preventivo – in quanto non implicava alcun accertamento della colpevolezza, la seconda in quanto era sufficiente la volontà del procuratore gerarchicamente superiore a metterla in discussione. Il ricorso è stato per queste ragioni considerato irricevibile in relazione alla lamentata violazione del *ne bis in idem* convenzionale.

¹⁹¹ C. Edu (dec.), *Nikitin c. Russia*, cit, § 39.

continuazione del primo procedimento¹⁹².

4.3.4. Il concetto di *duplicità* di procedimenti (rinvio).

L'ultimo elemento costitutivo della garanzia è l'effettiva sussistenza di una duplicazione di procedimenti (*bis element*). Su questo punto si può dire, in un'ottica generale, che l'atteggiamento adottato dal Giudice di Strasburgo sia stato abbastanza restrittivo, almeno fino ai più recenti approdi che saranno in seguito illustrati per le ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio¹⁹³.

In precedenza, la garanzia recata dall'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU era stata sempre interpretata come avente una natura eminentemente processuale, e cioè nel senso che essa accorda non solo il diritto di non essere puniti due volte, ma anche quello di non essere sottoposti a procedimento due volte per i medesimi fatti¹⁹⁴, d'altra parte non spiegandosi altrimenti la compresenza, nel testo della disposizione, dell'espressione «*tried*» accanto a «*punished*». Di tal che, affinché tale garanzia operasse, era sufficiente che il primo o il secondo procedimento penale avviati nei confronti di uno stesso soggetto si fossero conclusi con una sentenza passata in giudicato, quale che fosse il relativo contenuto, di condanna ovvero di proscioglimento. Ciò che, al contrario, la stessa non proibiva era solamente che diversi procedimenti, penali ai fini convenzionali, potessero svolgersi in modo parallelo nei confronti di un unico soggetto, fintantoché nessuno di quei procedimenti si fosse concluso con sentenza da considerarsi *definitiva*.

Esclusa quest'ultima ipotesi, per il resto, l'elemento della *duplicità* dei procedimenti era stato oggetto sempre di un'interpretazione piuttosto stringente, escludendosi

¹⁹² Con riguardo all'ordinamento italiano - come segnala ALLEGREZZA S., *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 903 - non vi sono dubbi nel ricondurre all'interno del concetto di *sentenza definitiva* la sentenza pronunciata in giudizio contro la quale non sia ammesso rimedio diverso dalla revisione (artt. 629-647 c.p.p.) e dal ricorso straordinario per errore di fatto (625-*bis* c.p.p.). Rientrano in tale concetto anche il decreto penale irrevocabile (artt. 459-646 c.p.p.), l'applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444-448 c.p.p.), la sentenza pronunciata in esito al giudizio abbreviato (artt. 438-443 c.p.p.) ed il proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.); sono certamente da ritenersi esclusi dal novero delle decisioni definitive il decreto e l'ordinanza di archiviazione (artt. 408-411 c.p.p.); qualche dubbio permane invece sulla sentenza di non luogo a procedere (artt. 425-428 c.p.p.).

¹⁹³ Si veda *infra*, § 4.4.

¹⁹⁴ Si cita *ex plurimis*, C. Edu, *Franz Fischer c. Austria*, cit., § 29.

l'operatività del divieto di *bis in idem* solo in talune fattispecie particolari. Così, ad esempio, nel caso *Zigarella c. Italia*¹⁹⁵ si era avuto modo di precisare, interpretando la disposizione convenzionale alla luce del suo oggetto e del suo scopo, che la garanzia in esame non potesse ritenersi violata nell'ipotesi in cui il secondo procedimento venga instaurato per errore, ossia quando le autorità che procedono a contestare il secondo addebito non siano a conoscenza della sentenza definitiva già pronunciata. Si poteva, quindi, tracciare una distinzione tra nuovi procedimenti aperti, per così dire, "volontariamente" e nuovi procedimenti aperti "involontariamente"¹⁹⁶; e, in questa seconda eventualità, quando le autorità nazionali, non appena informate dell'erronea apertura o continuazione del secondo procedimento, riconoscano l'errore e provvedano all'interruzione di esso, non si sarebbe in presenza di alcuna violazione della garanzia convenzionale, difettando in capo al ricorrente la qualità di vittima¹⁹⁷.

Ora, il quadro appena ricostruito è stato oggetto di un'ampia revisione, sempre per via giurisprudenziale, da parte della Corte europea dei diritti, la quale, proprio valorizzando la necessità che i due procedimenti *penali* siano autonomi e indipendenti l'uno rispetto all'altro, è giunta a conclusioni affatto innovative in relazione alle ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio, per il tramite dell'elaborazione di un criterio nuovo, non emergente dal tenore letterale della disposizione convenzionale, ossia il criterio della *connessione sufficientemente stretta* fra procedimenti sanzionatori, penali ed extra-penali: ma sul punto si tornerà *funditus* nel prosieguo.

4.3.5. La riapertura del processo quale eccezione all'operare della garanzia.

Per chiudere l'analisi del contenuto della garanzia, non può non osservarsi che essa ammette espressamente un'eccezione¹⁹⁸.

Vi si prevede, infatti, che non determina una violazione del divieto di *bis in idem* la

¹⁹⁵ C. Edu (dec.), *Zigarella c. Italia*, ric. n. 48154/99, 3 ottobre 2010; per i medesimi fatti il ricorrente era stato sottoposto a due procedimenti penali, il secondo dei quali era stato iniziato per errore ed era stato concluso non appena l'autorità procedente aveva avuto contezza dell'errore.

¹⁹⁶ ALLEGREZZA S., *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 899.

¹⁹⁷ Nel caso *Zigarella c. Italia* il ricorso è stato rigettato in quanto *manifestly ill-founded* ai sensi dell'art. 35 par. 3 CEDU.

¹⁹⁸ Art. 4, § 2, Protocollo n. 7 annesso alla CEDU.

riapertura del processo in talune specifiche ipotesi, e cioè (i) se siano sopravvenuti fatti nuovi, (ii) se siano stati scoperti fatti nuovi rispetto a quelli accertati nel processo precedente e (iii) se vi sia stato un vizio fondamentale nella procedura antecedente. La riapertura del processo è altresì subordinata alla condizione che la previa conoscenza di tali situazioni potesse determinare un esito differente del processo già conclusosi.

Incidentalmente, si segnala che la riapertura del processo prevista dalla disposizione convenzionale è suscettibile di operare tanto in riferimento ai casi in cui la sentenza divenuta definitiva sia di condanna, quanto nei casi in cui siffatta sentenza sia di proscioglimento¹⁹⁹. Il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 alla CEDU precisa, infatti, come i *nova* possano influire sul risultato del processo sia in favore sia in danno del soggetto già sottoposto a procedimento²⁰⁰, risultando chiara la volontà espressa in tal senso da parte delle Alte Parti contraenti.

4.4. La giurisprudenza convenzionale nei casi di cd. doppio binario sanzionatorio: l'emersione del criterio della connessione sufficientemente stretta fra procedimenti sanzionatori.

Ricapitolando: l'ampliamento degli spazi applicativi della garanzia del *ne bis in idem*²⁰¹ convenzionale è avvenuto per il tramite di un'articolata opera giurisprudenziale di (ri)definizione dei relativi elementi costitutivi, che ha riguardato non soltanto la nozione di *materia penale*²⁰², ma anche quella di *stesso fatto illecito*: con riguardo alla prima, si è chiarito che essa coincide con quella elaborata in relazione alle altre garanzie convenzionali penalistiche, ricomprendendo tutti quei procedimenti che debbano considerarsi *penali* alla luce degli *Engel criteria*, quanto alla seconda, si è precisato che l'eventuale identità di oggetto dei procedimenti in tal senso penali è da valutarsi attraverso

¹⁹⁹ A differenza di quanto previsto nell'ordinamento italiano in cui le ipotesi di revisione sono previste dall'art. 630 c.p.p. solo per il caso di sentenza di condanna.

²⁰⁰ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 alla CEDU, § 30.

²⁰¹ KARACOSTA C., *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. Braum-A. Weyembergh (cur.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009, 111 ss..

²⁰² In chiave critica, sulla nozione autonoma di «materia penale» ai fini dell'applicazione della garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU, WONG C., *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, cit., 219 ss..

un raffronto, non già delle fattispecie legali relative agli illeciti contestati nei diversi procedimenti (*idem legale*), bensì delle concrete circostanze fattuali poste alla base degli addebiti (*idem factum*)²⁰³.

Di tal che, muovendo da questi presupposti, la Corte europea dei diritti ha in diverse occasioni dichiarato la violazione del divieto di *bis in idem* nelle ipotesi di cd. doppio binario punitivo, ossia allorquando nei confronti di un soggetto già sottoposto ad un procedimento *penale*, conclusosi con sentenza passata in giudicato, fosse iniziato ovvero proseguito, laddove già avviato, un secondo processo *penale* avente ad oggetto gli stessi fatti materiali considerati nell'ambito del primo procedimento, a nulla rilevando la differente qualificazione formale attribuita a tali procedimenti sanzionatori dal diritto nazionale, nonché i difformi scopi perseguiti e i diversi interessi oggetto di tutela da parte dei medesimi.

Sotto questo aspetto si segnalano, oltre alla già menzionata sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*²⁰⁴ concernente il sistema punitivo previsto dall'ordinamento italiano per la repressione degli abusi di mercato, le numerose pronunce rese in relazione al sistema sanzionatorio di doppio binario previsto, proprio in materia tributaria, da Finlandia, Svezia e Islanda²⁰⁵, il cui operare aveva comportato, nelle concrete situazioni oggetto dei

²⁰³ Sulla nozione di «fatto», si veda, per quanto concerne il nostro ordinamento, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200, con la nota di VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.; e, nella giurisprudenza comune, da ultimo, Cass. pen., Sez. II, sent. 6 dicembre 2018, n. 1144, *Delle Vergini*, in *C.E.D.* n. 175068-01; in letteratura, GALANTINI N., *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205 ss.; e LAVARINI B., *Il «fatto» ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 60 ss..

²⁰⁴ Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. Le problematiche ricadute sull'ordinamento interno delle affermazioni contenute nella pronuncia erano parse sin da subito evidenti in letteratura: fra i molti, DE AMICIS G., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss.; VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *ivi*, 219 ss.; GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» della sentenza*, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.; ZAGREBELSKY V., *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in Desana E.-Montalenti P.-Salvadori M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2016, 15 ss.

²⁰⁵ Corte EDU, sent. 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, cit., con la nota di DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*,

giudizi portati all'attenzione del Giudice di Strasburgo, l'instaurazione di un processo penale per frode fiscale, a seguito della (e nonostante la) definizione del parallelo procedimento tributario riguardante le presupposte omissioni dichiarative²⁰⁶.

Queste pronunce hanno sollevato con evidenza il problema di un eventuale superamento, o quanto meno di un ripensamento, dei sistemi punitivi di doppio binario, tanto che, nel dibattito dottrinale immediatamente successivo ad esse, ci si è anche interrogati su un'eventuale necessità di prevedere l'irrogazione di tutte le conseguenze sanzionatorie connesse a un determinato fatto illecito nel contesto di un unico procedimento sanzionatorio, onde evitare profili di attrito con la garanzia convenzionale²⁰⁷.

4.4.1. L'«origine» del criterio.

Sul punto deve segnalarsi un'evoluzione della giurisprudenza convenzionale, là

in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); sent. 20 maggio 2014, *Glantz c. Finlandia*, cit.; sent. 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia* cit., con la nota di DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); sent. 27 gennaio 2015, *Rinas c. Finlandia*, cit.; sent. 10 febbraio 2015, *Österlund c. Finlandia*, cit..

²⁰⁶ Tali pronunce, di poco successive alla sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, avevano portato certa dottrina a evidenziare taluni profili di attrito fra la garanzia convenzionale, nell'accezione sostanzialistica di cui si è detto, e il vigente sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia tributaria relativamente alle condotte illecite di omesso versamento di ritenute e di IVA (si veda *supra*, §4): cfr. DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari*, cit.; BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit.; FLICK G.M.- NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit.; PODDIGHE A., *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo interno*, in *Riv. dir. tribut.*, 2014, 4, 104 ss..

²⁰⁷ Si rinvia, *ex multis*, alle riflessioni di DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, cit., 515 ss.; VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 186 ss., 186 ss.; ZAGREBELSKY V., *La natura delle sanzioni CONSOB*, cit., 15 ss.; FLICK G.M.- NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, 3, 2015; LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2014, 82 ss.; nella dottrina francese, cfr. CHEVALLIER J.-Y., *Droit des peines - Cumul des sanctions pénales et administratives*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, gennaio-marzo 2015, n° 1, 107-108; PELTIER V., *L'avenir du principe non bis in idem et ses répercussions sur les cumuls de sanctions*, in *Droit pénal*, febbraio 2015, n° 2, 51-52, oltre agli scritti cui si farà riferimento *infra*, §10.

dove, ai fini del giudizio su presunte violazioni del divieto di *bis in idem*, ha assunto un rilievo sempre maggiore il criterio della *connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo* fra procedimenti sanzionatori.

Il criterio, solo di recente applicato rispetto a ipotesi di doppio binario sanzionatorio, era stato originariamente elaborato in relazione a situazioni in cui venivano in rilievo misure sanzionatorie amministrative applicate sul presupposto di una precedente, e definitiva, sentenza penale di condanna, o quanto meno sulla base dell'accertamento dei fatti da questa emergente.

La casistica aveva riguardato, perlopiù, ipotesi di revoca della patente di guida disposta, da parte dell'autorità amministrativa, in conseguenza della sentenza di condanna penale per guida in stato di ebbrezza²⁰⁸: pur riconoscendosi la natura *sostanzialmente penale* della misura amministrativa, e quindi anche del procedimento volto alla sua applicazione, si era negato che quest'ultimo costituisse un *bis in idem*, atteso che tra il processo penale e il medesimo procedimento amministrativo poteva ritenersi esistente una – invero non meglio precisata – *sufficiente connessione*²⁰⁹.

Nelle pronunce concernenti queste ipotesi erano mancate, però, indicazioni precise sui contenuti di detta connessione: al riguardo, si poteva, tutt'al più, osservare che un qualche rilievo era stato presumibilmente attribuito agli effetti spiegati, nel procedimento amministrativo, dall'accertamento di responsabilità compiuto nel processo penale, da cui l'esito del primo era sostanzialmente dipeso²¹⁰.

Il criterio della connessione fra procedimenti, dunque, nasceva come una formula dai confini indefiniti, utile a restringere, in considerazione delle specificità del caso concreto,

²⁰⁸ Corte Edu (dec.), *R.T. c. Svizzera*, ric. n. 31982/96, 30 maggio 2000; (dec.), *Nilsson c. Svezia*, ric. n. 73661/01, 13 dicembre 2005; (dec.), *Maszni c. Romania*, ric. n. 59892/00, 21 settembre 2006; *Boman c. Finlandia*, ric. n. 41604/14, 17 febbraio 2015; *Rivard c. Svizzera*, ric. n. 21563/12, 4 ottobre 2016.

²⁰⁹ Nella sentenza *Boman c. Finlandia*, cit., la Corte EDU ha spiegato che i due procedimenti, penale ed amministrativo, erano intrinsecamente connessi nella sostanza e nel tempo in guisa tale da dover essere considerati come un unico procedimento penale (§43).

²¹⁰ Non a caso nella sentenza *Rivard c. Svizzera*, cit., la Corte EDU ha ritenuto integrato un *principio di coordinamento* fra processo penale e procedimento amministrativo, proprio rilevando che l'ordinamento svizzero non consentiva all'autorità amministrativa di discostarsi dall'accertamento compiuto nel giudizio penale, se non al ricorrere di alcune limitate condizioni, sicché la misura amministrativa del ritiro della patente doveva essere considerata alla stregua di una pena accessoria conseguente alla condanna penale (§31).

l'esteso ambito di operatività della garanzia del *ne bis in idem*, onde evitare che un'interpretazione sostanzialistica di questa potesse condurre a esiti del tutto irragionevoli, come, appunto, quello di impedire l'applicazione di una misura amministrativa prevista dall'ordinamento nazionale quale conseguenza discendente da una condanna penale, ma non irrogata dal giudice penale²¹¹.

4.4.2. L'omessa considerazione della *connessione* fra procedimenti nella sentenza *Grande Stevens c. Italia*.

Fatta dunque eccezione per le poche pronunce appena descritte, una *connessione sufficientemente stretta* non era, però, mai stata ritenuta sussistente nel diverso e più ampio ambito di ipotesi in cui i procedimenti sanzionatori instaurati in relazione ad una medesima condotta materiale, suscettibile di costituire un illecito amministrativo e al contempo un reato, avessero seguito percorsi autonomi e la definizione di quello amministrativo avesse preceduto, e non seguito, la condanna penale: ciò che solitamente accade in presenza di un sistema fondato sul cd. doppio binario.

In alcune occasioni, non particolarmente numerose²¹², la Corte europea non aveva neppure effettuato alcuna valutazione in ordine alla esistenza di una *connessione* fra i vari procedimenti. Nella citata sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, ad esempio, in cui si era accertata la violazione da parte dello Stato italiano nei confronti dei ricorrenti, all'epoca ancora sottoposti ad un processo penale per manipolazione di mercato dopo essere stati sanzionati con sentenza passata in giudicato per la commissione del corrispondente illecito amministrativo, il Giudice sovranazionale non aveva mai fatto alcun riferimento, neppure indiretto, al criterio della *connessione sufficientemente stretta*, sebbene non fosse impossibile rinvenire qualche spunto in quella direzione dalle precipue circostanze fattuali che avevano riguardato i ricorrenti, anche in considerazione della disciplina nazionale rilevante²¹³.

²¹¹ Sull'origine del criterio della *connessione*, anche DE AMICIS G.- GAETA P., *Il confine di sabbia*, in *Cass. pen.*, 2017, 469 ss..

²¹² C. Edu, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit.; *Tomasović c. Croatia*, ric. n. 53785/09, 18 ottobre 2011; *Muslija c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 32042/11, 14 gennaio 2014.

²¹³ Cfr. il capo V del titolo I-bis del t.u.f., significativamente rubricato «*rapporti tra procedimenti*».

4.4.3. Il mancato riconoscimento della *connessione* fra procedimenti in talune ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria.

In altre occasioni, più di recente, la Corte europea, invece, pur prendendo in considerazione il criterio della connessione ed applicandolo in concreto, non aveva comunque riconosciuto la sussistenza di detta connessione. Il riferimento qui è alla sentenza *Nykänen c. Finlandia* e, più in generale, al gruppo di pronunce relative a casi concernenti il doppio binario sanzionatorio previsto in materia tributaria da Finlandia e Svezia, in cui la Corte ha bensì fornito qualche chiarimento circa gli elementi valutati per escludere nella specie la connessione fra i diversi procedimenti, prima di dichiarare accertata la violazione del *ne bis in idem*.

Vi si evidenziava, infatti, che le sanzioni tributarie per le omissioni nella dichiarazione dei redditi (sovrattasse commisurate ad una percentuale dell'importo evaso) e le pene per il reato di frode fiscale (pena detentiva e pena pecuniaria) erano state applicate da autorità differenti nell'ambito di separati procedimenti che non avevano seguito percorsi paralleli; che non vi era stata alcuna interazione fra le diverse autorità decidenti, neppure ai fini della commisurazione delle sanzioni; che, infine, l'accertamento della responsabilità del ricorrente sul piano tributario era stato del tutto indipendente rispetto all'accertamento compiuto in sede penale²¹⁴.

Poteva, dunque, trarsi la conclusione che, in questi casi, decisiva ai fini della dichiarazione della violazione era stata l'assenza di un qualsivoglia coordinamento sul piano sostanziale e processuale fra i diversi procedimenti sanzionatori.

4.4.4. La valorizzazione del *criterio della connessione* operata nella sentenza *A e B c. Norvegia*.

In questo quadro è intervenuta la sentenza *A e B c. Norvegia*²¹⁵, il cui caso presentava, quanto meno *prima facie*, non indifferenti analogie con quelli appena descritti: i ricorrenti, resisi autori di omissioni in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi, si dolevano, infatti, di aver subito una violazione del divieto di *bis in idem*, atteso

²¹⁴ C. Edu, *Nykänen c. Finlandia*, cit., §§47-52; *Lucky Dev c. Svezia*, cit., §§58-64.

²¹⁵ C. Edu, [GC], *A e B c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016.

che, successivamente al passaggio in giudicato della decisione dell'autorità fiscale con la quale era stata loro inflitta una sanzione pecuniaria nella misura di una percentuale dell'importo evaso, erano stati sottoposti ad un processo penale per il reato di frode fiscale aggravata, conclusosi peraltro con l'irrogazione di una pena di carattere detentivo.

Differentemente dai pur analoghi precedenti, in questo caso non è stata, però, dichiarata la violazione, in quanto la Corte ha ritenuto che il procedimento relativo all'accertamento dell'illecito tributario (penale ai fini convenzionali) ed il processo propriamente penale fossero connessi in modo tale da poter essere considerati quali parti di un unico sistema integrato di sanzioni²¹⁶.

Il profilo di maggiore interesse della decisione è senza dubbio rappresentato dal fatto che con essa la Corte europea dei diritti umani, dopo aver passato in rassegna la propria precedente giurisprudenza sulla garanzia del *ne bis in idem* relativa al criterio della *connessione sufficientemente stretta* fra procedimenti al fine di individuarne un filo conduttore²¹⁷, ha precisato il contenuto di tale sfuggente criterio e, per la prima volta, ne ha rinvenuto la sussistenza in un caso di doppio binario sanzionatorio in ragione del peculiare coordinamento realizzatosi, in concreto, fra le diverse autorità procedenti. La Corte, dunque, sembra aver inteso individuare limiti più stretti all'ambito di operatività della garanzia convenzionale, in particolare cercando di ridimensionarne i profili di attrito con quei sistemi sanzionatori fondati su uno schema di doppio binario, e ciò probabilmente anche in considerazione del più cauto approccio, all'epoca, assunto sul punto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione al corrispondente art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali²¹⁸.

Nella pronuncia, del resto, la stessa Corte ha sottolineato il ritardo che ha caratterizzato il riconoscimento della garanzia nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa e le diffidenze manifestate dagli Stati contraenti al momento della ratifica del

²¹⁶ Per una più analitica descrizione dei fatti del caso si rinvia alla nota di VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

²¹⁷ C. Edu, *A e B c. Norvegia*, cit., §§108-116.

²¹⁸ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, punti 32-37, sui cui cfr. *infra* Cap. secondo, § 4.

Protocollo n. 7, a dimostrazione del fatto che l'applicazione del principio al di fuori dell'ambito strettamente penale sia tematica particolarmente sensibile per gli Stati²¹⁹. Non solo, ma, facendo richiamo alle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Villalòn dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella causa *Fransson*²²⁰, il Giudice di Strasburgo ha anche ricordato come l'imposizione di sanzioni amministrative e penali per una stessa condotta illecita sia prassi assai diffusa fra gli Stati membri dell'Unione Europea, specialmente in materia tributaria²²¹.

Considerata dunque la rilevanza della questione, ben si comprendono le ragioni sottese alla rimessione del caso in esame alla Grande Camera²²² e trova altresì spiegazione il fatto che sei Stati contraenti abbiano presentato osservazioni scritte nel corso della procedura in qualità di terze parti intervenienti²²³.

4.4.4.1. Gli indici della *connessione* individuati (per la prima volta) dalla Corte EDU.

Venendo all'esame delle affermazioni contenute nella sentenza, la Corte europea, dopo aver ribadito che la natura penale di un procedimento deve essere valutata sulla base dei criteri già elaborati con riferimento alle altre garanzie convenzionali penalistiche²²⁴,

²¹⁹ C. Edu, *A e B c. Norvegia*, cit., §117.

²²⁰ *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Villalòn del 12 giugno 2012, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, punto 74. Il giudizio dinanzi al giudice penale svedese, nel cui ambito era stato effettuato rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, riguardava un soggetto, imputato per frode fiscale, nei confronti del quale già erano state applicate sanzioni fiscali in relazione alle medesime condotte illecite.

²²¹ C. Edu, *A e B c. Norvegia*, cit., §118.

²²² Ai sensi degli artt. 30 CEDU e 72 del Regolamento della Corte EDU.

²²³ Sono intervenute Bulgaria, Francia, Grecia, Moldavia, Repubblica Ceca e Svizzera, ai sensi degli artt. 36 §2 CEDU e 44 §3 del Regolamento della Corte EDU.

²²⁴ C. Edu, *A e B c. Norvegia*, cit., §§105-107. Nella sentenza la Corte EDU ha invero ammesso che nell'ambito della sua giurisprudenza sono rinvenibili pronunce in cui sono stati valorizzati criteri ulteriori rispetto agli *Engel criteria*, giungendo persino a riconoscere che diverse e concorrenti ragioni avrebbero potuto giustificare l'adozione di un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, tra queste la natura inderogabile della garanzia del *ne bis in idem*, le conseguenze di enorme portata discendenti da una sua applicazione al di fuori dell'ambito penale strettamente inteso e l'assenza di consenso sul punto fra gli Stati contraenti. Nondimeno, il Giudice europeo ha ritenuto di confermare le proprie ricorrenti affermazioni, secondo cui i procedimenti volti all'accertamento di illeciti tributari sono da considerarsi penali ai fini dell'applicazione di tutte le garanzie convenzionali penalistiche

ha però chiarito che l'irrogazione di sanzioni di diversa natura, ma penali ai fini convenzionali, da parte di differenti autorità in relazione ad una stessa condotta illecita non conduce necessariamente ad una violazione della Convenzione, rientrando nel margine di apprezzamento degli Stati contraenti la scelta in merito alla configurazione del proprio sistema punitivo. Gli ordinamenti nazionali possono, infatti, legittimamente prevedere l'operare di molteplici risposte sanzionatorie, tra loro complementari, irrogate attraverso più procedimenti, purché questi ultimi siano tali da rappresentare un insieme coerente e sempre che la convergenza di dette risposte non rappresenti per il soggetto coinvolto un onere eccessivo e sproporzionato da sopportare.

Il compito della Corte europea è dunque di verificare se, nel caso concreto, le specifiche misure applicate siano suscettibili di costituire un *bis in idem* o se, al contrario, possano dirsi parti di un unico sistema sanzionatorio integrato volto a colpire in modo prevedibile e proporzionato gli autori di talune condotte illecite: per gli Stati contraenti il modo più semplice di evitare violazioni della garanzia convenzionale sarebbe senza dubbio quello di prevedere che le diverse risposte sanzionatorie siano irrogate in esito ad un unico procedimento, nondimeno la Convenzione non preclude l'instaurazione di più procedimenti, anche paralleli, se tra di essi può dirsi sussistente una *connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo*²²⁵.

La Corte EDU ha così provveduto ad individuare analiticamente gli indici sulla cui base dovrebbe essere valutata tale connessione, con riguardo sia all'aspetto sostanziale che a quello temporale. Quanto alla connessione sostanziale sarebbe necessario valutare: (i) se i diversi procedimenti perseguano o meno finalità complementari ed aspirino così a sanzionare, non solo in astratto ma anche in concreto, differenti aspetti della condotta illecita; (ii) se la duplicazione dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile per l'autore della condotta; (iii) se la celebrazione dei procedimenti consenta di impedire, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove attraverso una «adeguata interazione» fra le diverse autorità procedenti, di tal che l'accertamento

– e ciò nonostante le richieste in senso contrario del Governo norvegese – per assicurare una maggiore coerenza nell'interpretazione della Convenzione considerata nel suo insieme, posto che, sempre secondo la Corte EDU, il principio del *ne bis in idem* sarebbe garanzia strettamente legata ad esigenze del giusto processo.

²²⁵ *Ivi*, §§120-122.

dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; (iv) se, soprattutto, la sanzione irrogata nel procedimento che giunge per primo a conclusione sia tenuta in considerazione anche nell'altro procedimento in modo da assicurare la proporzionalità complessiva delle sanzioni applicate, evitando al singolo l'imposizione di un onere eccessivo.

Quanto invece alla connessione temporale, essa non implicherebbe necessariamente che i due procedimenti debbano svolgersi simultaneamente, ben potendo essere celebrati l'uno successivamente all'altro, purché il loro protrarsi nel tempo non determini una grave situazione di incertezza²²⁶.

4.4.4.2. Le peculiarità del caso di specie ai fini della valutazione in ordine alla connessione.

Facendo applicazione di tali indici nel caso concreto, la Corte EDU ha ritenuto che l'operare del sistema sanzionatorio integrato, tributario e penale, non avesse costretto i ricorrenti a subire un pregiudizio sproporzionato: oltre ad affermare in via generale che nell'ordinamento norvegese le due risposte sanzionatorie perseguono finalità tra loro differenti e che l'instaurazione di due procedimenti *lato sensu* penali rappresenta una conseguenza prevedibile, e anzi altamente probabile, per gli autori di condotte illecite in materia fiscale, la Corte europea ha valorizzato la interconnessione che, nei fatti, si era venuta a creare fra il procedimento di carattere tributario ed il processo penale .

Da questo punto di vista, particolare rilievo è stato attribuito, anzitutto, alla circostanza che la decisione dell'autorità fiscale di imporre il pagamento di sovrattasse fosse fondata, tra le altre cose, sulle dichiarazioni rese dai ricorrenti in sede di indagini penali, nel cui ambito essi, pur escludendo ogni responsabilità penale, avevano ammesso la veridicità dei fatti materiali loro addebitati: tale significativo elemento di prova, proveniente proprio dai soggetti incolpati, è stato dunque valutato anche nel parallelo procedimento tributario e ciò è stato sufficiente per condurre la Corte a ritenere che in questo caso l'accertamento dei fatti effettuato in una sede processuale, quella penale, fosse stato poi tenuto fermo ed utilizzato anche nell'altra, ossia quella amministrativa .

²²⁶ *Ivi*, §§132-134.

Il Giudice europeo ha, poi, preso in considerazione anche i criteri adottati per la commisurazione della pena da parte della Corte distrettuale penale: quest'ultima, infatti, nell'individuare la durata della pena di carattere detentivo (un anno di reclusione), ha avuto riguardo del significativo ammontare della sovrattassa già precedentemente irrogata nei confronti dei ricorrenti in esito al procedimento tributario, così rispondendo ad un'esigenza di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio in concreto applicato .

Infine, con riferimento alla connessione sul piano temporale, è stato valutato il fatto che i procedimenti avessero seguito per un certo periodo percorsi paralleli e che, una volta divenuta definitiva la decisione dell'autorità fiscale, la condanna penale fosse stata pronunciata a distanza di pochi mesi da detta decisione.

4.4.5. La (in)coerenza degli indici della connessione rispetto alla *ratio* del principio del *ne bis in idem*.

Tuttavia, a prescindere dal riconoscimento o meno della sussistenza di una siffatta connessione allo scopo di escludere – come nella specie – o di accertare – come nei predetti casi relativi a Finlandia e Svezia – la violazione della garanzia del *ne bis in idem* nella singola fattispecie, la definizione, operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, del criterio della «connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo» fra procedimenti e la sua applicazione nelle ipotesi in cui operi un doppio binario sanzionatorio non paiono convincenti: gli indici della connessione espressamente individuati nella sentenza *A e B c. Norvegia* sono, infatti, descritti in modo particolarmente vago e generico, tanto da renderne imprevedibile la verifica in concreto, e sembrano, inoltre, rispondere ad esigenze di tutela diverse da quelle proprie della garanzia del *ne bis in idem*.

Quanto al primo indice della connessione sostanziale, ammettere che due procedimenti sanzionatori, come nella specie quello penale e quello tributario, perseguano finalità diverse ed aspirino a reprimere differenti aspetti della condotta illecita parrebbe di per sé sufficiente ad escludere l'applicazione della garanzia convenzionale, rendendo pertanto superfluo ogni ulteriore apprezzamento. Ne dovrebbe, infatti,

conseguire che un processo penale, instaurato o comunque celebrato successivamente al passaggio in giudicato della decisione pronunciata nel procedimento di natura tributaria, non possa in ogni caso costituire un *bis in idem*, essendo volto ad accertare non soltanto se le condotte materiali di evasione siano state oggettivamente poste in essere, bensì anche se dette condotte siano state compiute con dolo. Ciò, dunque, avrebbe l'effetto sostanziale di limitare indirettamente la nozione di *idem*²²⁷: da un lato, secondo quanto costantemente affermato a partire dalla sentenza *Zolotukhin c. Russia*, la diversità degli elementi costitutivi, e tra questi indubitabilmente dell'elemento soggettivo, propri delle corrispondenti fattispecie di reato e di illecito amministrativo non avrebbe alcun rilievo ai fini del giudizio sulla identità dei fatti oggetto di accertamento nei due procedimenti, la quale è da intendersi esclusivamente nel senso di identità sul piano materiale delle condotte illecite; dall'altro, tale diversità assumerebbe, però, carattere fondamentale nella valutazione circa la connessione fra i procedimenti, la cui sussistenza escluderebbe la violazione della garanzia.

Se poi il secondo indice – la prevedibilità della duplicazione dei procedimenti sanzionatori – appare superfluo, atteso che l'instaurazione di più procedimenti discende solitamente dalla legge nazionale e rappresenta perciò una conseguenza prevedibile per l'autore dell'illecito, è invece assai arduo conferire concretezza al terzo indice – ossia, l'«adeguata interazione» fra le autorità procedenti –, nei cui confronti si concentrano le critiche di vaghezza e genericità. È, infatti, tutt'altro che semplice ipotizzare in quali casi detta interazione possa definirsi «adeguata» e tale da evitare tanto una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove quanto esiti contraddittori nell'accertamento dei fatti. L'ampia descrizione dell'indice potrebbe, infatti, far riferimento, alternativamente o congiuntamente, ad esigenze di coordinamento nella fase anteriore all'avvio dei procedimenti (coordinamento nella raccolta delle prove) ovvero nel corso della loro celebrazione (coordinamento nella valutazione delle prove) ovvero ancora successivamente alla definizione con sentenza passata in giudicato di uno dei procedimenti (coordinamento nell'accertamento dei fatti).

Inoltre, sotto altro profilo e indipendentemente da quale sia la soluzione da ritenersi

²²⁷ In questo senso si veda anche la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, §§50-56.

preferibile, tali esigenze di coordinamento troverebbero più agevole soddisfazione nelle ipotesi, di gran lunga meno frequenti, in cui sia il processo penale a giungere per primo a conclusione, considerato che l'accertamento dei fatti contenuto nella sentenza penale di regola fa stato anche nei procedimenti di altra natura²²⁸; nell'ipotesi inversa, invece, le diverse e meno rigorose regole procedurali concernenti la raccolta, la formazione e la valutazione delle prove nel procedimento amministrativo sanzionatorio precludono sia la traslazione delle prove dal procedimento amministrativo a quello penale sia la possibilità di tenere fermo l'accertamento dei fatti contenuto nella decisione definitiva dell'autorità amministrativa nel successivo processo penale: in questi casi dunque il terzo indice della connessione dovrebbe risultare integrato solamente in rare occasioni. Di ciò sembra, peraltro, potersi avere conferma *a contrario* proprio dalla stessa sentenza *A e B c. Norvegia*, in cui soltanto la peculiare natura ed origine della prova posta alla base di entrambe le decisioni pronunciate nei confronti dei ricorrenti ha consentito alla Corte EDU di ritenere che i due procedimenti fossero coordinati anche con riguardo all'accertamento dei fatti²²⁹.

Particolarmente problematica appare anche l'applicazione del quarto indice, che richiede la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato in concreto nei confronti di chi sia stato sottoposto a più procedimenti: il giudice del secondo procedimento dovrebbe cioè commisurare la durata o l'ammontare delle sanzioni tenendo in considerazione quanto già applicato in esito al primo procedimento. Proprio questo indice, a cui la Corte europea sembra attribuire particolare valore, risulta però essere il meno convincente: le esigenze di individualizzazione e di graduazione del trattamento

²²⁸ Come previsto nel nostro ordinamento dagli artt. 651-654 c.p.p.

²²⁹ In tal senso si veda anche la successiva C. Edu, *Jóhannesson c. Islanda*, , ric. n. 22007/11, 18 maggio 2017, sempre relativa ad un caso di doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, in cui la Corte EDU ha escluso che il procedimento tributario ed il processo penale fossero in qualche modo connessi, in quanto l'indagine penale era stata condotta dalla polizia in modo del tutto autonomo rispetto alle verifiche effettuate dall'autorità fiscale e si era eccessivamente prolungata nel tempo tanto che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna penale era avvenuto a più di otto anni di distanza dal momento in cui l'autorità tributaria aveva riportato i fatti alla polizia. Per una nota a prima lettura di quest'ultima pronuncia si rinvia a VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020). Più di recente, cfr. C. Edu, *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14, 12 febbraio 2019; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, ric. n. 72098/14, 16 aprile 2019.

sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto illecito, entro un massimo ed un minimo edittale previsto dalla legge, sono estranee al contenuto della garanzia del *ne bis in idem*. Agli Stati contraenti si richiederebbe, infatti, non già di rispettare il divieto di processare e punire penalmente due volte un individuo per un medesimo fatto illecito, bensì di evitare che la instaurazione di più procedimenti perseguenti diverse finalità, di per sé non in contrasto con la garanzia convenzionale, possa determinare eccessi nella repressione. Per di più, tale indice potrebbe risultare integrato o meno a seconda di quale sia il procedimento concluso per primo, e di quali siano le forbici edittali nei due procedimenti.

Allo stesso modo neppure richiedere che i procedimenti sanzionatori siano connessi dal punto di vista temporale sembra coerente rispetto alle finalità della garanzia, la quale dovrebbe risultare violata già a partire dalla instaurazione di un secondo procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti, senza che la maggiore o minore durata di quest'ultimo possa assumere alcun rilievo.

4.4.6. Il principio del *ne bis in idem* piegato ad esigenze di proporzionalità del «complessivo» trattamento sanzionatorio e di adeguatezza del coordinamento procedimentale.

In definitiva, l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nei rapporti fra processo penale e procedimenti sanzionatori di altra natura ha determinato il sorgere di incertezze che paiono ancora lontane dall'essere ricomposte.

È pur vero, infatti, che con la pronuncia *A e B c. Norvegia* la Corte EDU ha valorizzato il criterio della connessione fra procedimenti al fine di limitare l'operatività della garanzia convenzionale in quelle ipotesi in cui la duplicazione di procedimenti diretti a sanzionare un individuo per un fatto illecito discenda dalla articolazione del sistema sanzionatorio secondo uno schema di doppio binario, e ciò quanto meno – nella lettura che si è tentato di dare della giurisprudenza convenzionale in tema di *ne bis in idem* – laddove il procedimento di natura non formalmente penale non assuma caratteri marcatamente repressivi e stigmatizzanti tali da poter essere ricondotto a quella che la Corte europea dei diritti umani definisce «*hardcore criminal law*».

Tuttavia, la definizione di detto criterio, ai fini del caso di specie, è avvenuta

mediante l'individuazione di indici sintomatici della connessione che, come si è mostrato, pongono nuove problematiche²³⁰. L'indefinita descrizione degli indici e la loro incongruenza rispetto al contenuto della garanzia derivano principalmente dal fatto che il Giudice europeo ha inteso estendere l'applicazione del criterio della connessione ad una fattispecie diversa da quelle per le quali esso era stato originariamente elaborato: altro è, infatti, impedire che il divieto di *bis in idem* in materia penale, latamente intesa, possa operare laddove talune conseguenze sanzionatorie discendenti da una condanna penale definitiva vengano applicate, sempre sulla base dell'accertamento dei fatti compiuto in sede penale, da una autorità amministrativa invece che dal giudice penale²³¹; altro è cercare di individuare, quasi artificiosamente, una connessione fra procedimenti, i quali nei sistemi di doppio binario sanzionatorio seguono percorsi tra loro paralleli e sono diretti ad assicurare differenti interessi, come riconosciuto nella stessa sentenza *A e B c. Norvegia*²³².

Ciò, peraltro, spiega anche le evidenti aporie e contraddizioni delle affermazioni contenute nella pronuncia²³³: se, infatti, ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem* convenzionale, procedimenti sanzionatori di carattere amministrativo, come quello avente ad oggetto gli illeciti tributari, sono da considerarsi penali allorché presentino caratteristiche tali da integrare i pur elastici *Engel criteria*; e se, inoltre, in detti procedimenti l'accertamento riguarda gli stessi fatti materiali valutati, o da valutarsi, nel parallelo giudizio penale, ne dovrebbe allora conseguire che il passaggio in giudicato della sentenza pronunciata in uno dei procedimenti precluda l'avvio o la prosecuzione dell'altro, senza che abbia alcuna utilità verificare la sussistenza in concreto di alcuno

²³⁰ Cfr. DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., 476 rilevano il «rischio di aprire la strada ad un pericoloso soggettivismo giurisprudenziale»; in questo senso anche FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 20, la quale sottolinea criticamente il carattere incerto del criterio della connessione.

²³¹ Come nei casi in cui la revoca della patente di guida era stata disposta dall'autorità amministrativa sulla base della sentenza penale di condanna: si veda supra § 4.4.4.1.

²³² C. Edu, *A e B c. Norvegia*, cit., §144.

²³³ DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., 472 ritengono che la sentenza *A e B c. Norvegia* sia «un anacoluta nella sintassi giurisprudenziale di Strasburgo: ed anche abbastanza significativo, al limite dell'apostasia».

degli indici della connessione descritti nella sentenza, ossia la collaborazione realizzatasi fra le autorità procedenti, il coordinamento nell'accertamento dei fatti posti alla base degli addebiti o la proporzionalità delle sanzioni di diversa natura irrogate all'esito dei procedimenti.

La delimitazione dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* nei casi di doppio binario sanzionatorio avrebbe forse dovuto, invece, seguire un percorso argomentativo più rigoroso, che si basasse su differenti presupposti e, in particolare, su una nozione autonoma di «materia penale» diversa e più restrittiva rispetto a quella operante ai fini delle altre garanzie convenzionali penalistiche. In altre parole, delle due l'una: o si afferma che la instaurazione di due procedimenti sanzionatori di diversa natura formale, ma sostanzialmente penali ai fini convenzionali, aventi ad oggetto gli stessi fatti materiali, determina una violazione della garanzia del *ne bis in idem* allorché uno di essi giunga a definitiva conclusione, e allora non avrebbe alcun rilievo valutarne la connessione; oppure si ammette che la coesistenza di siffatti procedimenti sanzionatori non comporta alcuna violazione, in quanto essi perseguano diverse finalità e non siano entrambi riconducibili all'ambito penale strettamente inteso, e ciò, di nuovo, indipendentemente dalla sussistenza di un'eventuale connessione.

In conclusione, l'applicazione del criterio della connessione fra procedimenti nei casi di doppio binario sanzionatorio non sembra rispondere alla *ratio* del divieto di *bis in idem* in materia penale, la cui origine è legata ad esigenze di certezza del diritto sia del singolo individuo (tutela contro il rischio di sottoposizione a più procedimenti penali aventi ad oggetto gli stessi fatti) sia dell'ordinamento nel suo complesso (intangibilità del giudicato penale)²³⁴. In tali ipotesi il criterio sembra, invece, perseguire il diverso scopo di evitare eccessi nella repressione di una condotta illecita discendenti dalla combinata instaurazione di più procedimenti e, dunque, di assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio²³⁵: un'esigenza che, però, pare trovare soddisfazione in modo più coerente attraverso una lettura adeguata di altre garanzie

²³⁴ Non sembra dunque potersi condividere il giudizio di favore espresso nei confronti della pronuncia da TRUCCO L., *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 176.

²³⁵ Cfr., da ultimo, e più in generale, BINDI E.-PISANESCHI A., *La clausola della proporzionalità nel doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. comm.*, 2020, 281 ss..

convenzionali sostanziali, caso per caso differenti a seconda del diverso contenuto delle pene o delle sanzioni amministrative la cui applicazione determina, appunto, un eccesso repressivo, e quindi la sproporzione delle misure applicate rispetto al disvalore del fatto illecito²³⁶.

5. LE RICADUTE DELLA GIURISPRUDENZA CONVENZIONALE SUL DIRITTO PUNITIVO INTERNO.

Orbene, in esito all'analisi condotta sembra opportuno soffermarsi – sia pur in termini generali, e con la riserva di svolgere maggiori approfondimenti e specificazioni nel prosieguo²³⁷ – sull'esame delle problematiche emergenti sul piano delle ricadute della giurisprudenza convenzionale sull'ordinamento nazionale, e cioè sull'esame delle problematiche derivanti dalla necessità che quest'ultimo si conformi alle garanzie sovranazionali che si sono illustrate.

5.1. L'interpretazione di una giurisprudenza convenzionale ai fini dell'applicazione interna della CEDU.

Lo studio dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto a concetti, nozioni e garanzie incidenti sulla materia del diritto sanzionatorio, nel confermare – ancora una volta, se mai ve ne fosse stata la necessità – che i diritti e le libertà fondamentali previsti e assicurati dalla Convenzione e dai relativi Protocolli operano secondo il significato particolare a essi attribuito nelle pronunce della medesima Corte, evidenzia, su di un piano generale, come particolare attenzione debba essere riservata, da parte dell'interprete, all'adozione e all'implementazione di tecniche ermeneutiche adeguate ad una giurisprudenza di carattere casistico, quale è quella convenzionale.

L'opera di interpretazione dell'impatto di una singola sentenza o di una singola

²³⁶ Così, in via esemplificativa, in caso di pena o sanzione di carattere pecuniario verrebbe in rilievo l'art. 1 Protocollo addizionale alla CEDU, mentre in presenza di una misura inabilitante all'esercizio di una professione, o che comunque incida su aspetti della «vita privata e familiare» di un individuo nell'accezione fatta propria dalla Corte europea dei diritti umani, dovrebbe valere l'art. 8 CEDU.

²³⁷ Si veda *infra*, Cap. terzo.

decisione convenzionale è, infatti, essenziale non soltanto ai fini, com'è evidente, della stretta esecuzione di esse (cd. esecuzione interna di singole pronunce), ma più in generale anche in vista dell'applicazione delle garanzie convenzionali in ipotesi diverse dalla specifica vicenda portata all'attenzione del Giudice di Strasburgo (cd. applicazione interna della CEDU). A quest'ultimo fine è richiesta un'attenta disamina del percorso motivazionale delle pronunce medesime, onde individuare le specifiche circostanze materiali valutate e poste alla base della dichiarazione di sussistenza, o di insussistenza, delle violazioni a diritti e a libertà fondamentali lamentate dai ricorrenti.

D'altra parte, già il semplice esame della struttura di una sentenza o di una decisione della Corte EDU consente di rilevare che, al fianco di una parte ricostruttiva dei principi rilevanti per la soluzione della fattispecie oggetto di scrutinio – contenente invero affermazioni generali ribadite ogni qual volta venga in rilievo una certa garanzia o un certo profilo – vi è la parte, ben più significativa, in cui quegli stessi principi sono applicati al caso concreto. Ed è proprio quest'ultima a rivestire il maggiore interesse per l'interprete, cui spetta di verificare quali specifici elementi fattuali presenti nel caso che ha dato luogo al giudizio siano stati considerati, valutati, nel caso valorizzati, e quindi posti a giustificazione della conclusione cui la Corte stessa è pervenuta²³⁸.

Così, per restare alle garanzie esaminate nel presente Capitolo, può dirsi che ad interessare non sono solo le statuizioni generali secondo cui, ad esempio, la riconducibilità di un dato illecito o di una data sanzione alla *materia penale* debba effettuarsi in base agli *Engel criteria*, ovvero il diritto giurisprudenziale nazionale possa concorrere alla definizione della base legale di un intervento punitivo, ovvero, ancora, la connessione fra procedimenti sanzionatori di diversa veste formale sia da valutarsi alla stregua dei descritti criteri di adeguatezza del coordinamento procedimentale e di proporzionalità del cumulo di sanzioni. A rilevare sono anche, e soprattutto, le considerazioni da cui emergono quali siano stati i precipui elementi in ragione dei quali, rispettivamente, un certo illecito o una certa sanzione siano stati reputati sostanzialmente penali, un certo mutamento giurisprudenziale abbia determinato l'applicazione retroattiva

²³⁸ In questo senso, già RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, cit., 320 ss..

e imprevedibile di una norma incriminatrice o sanzionatoria, e una certa configurazione del sistema punitivo secondo uno schema di cd. doppio binario abbia dato luogo a una risposta sanzionatoria sproporzionata²³⁹.

Dunque, le autorità giudiziarie nazionali, tenute, nell'esercizio dei propri poteri, ad evitare – nei limiti in cui ciò sia possibile – il verificarsi di violazioni di garanzie convenzionali, e quindi la possibile responsabilità internazionale dello Stato italiano, sono chiamate a sapersi confrontare con la giurisprudenza convenzionale, sia comprendendone il relativo linguaggio proprio, articolato secondo nozioni cd. autonome, sia interpretando le singole pronunce rilevanti, o il complesso di pronunce rilevanti, mediante tecniche ermeneutiche diverse da quelle tradizionalmente usate sul piano nazionale. È sotto tale aspetto che viene quindi in rilievo, in particolare, lo strumento del cd. *distinguishing*, che – come già si è precedentemente anticipato – richiede la verifica degli aspetti di identità o di similitudine fra il caso oggetto di giudizio e il caso cui si riferisce il precedente giudiziario in considerazione²⁴⁰.

5.2. Giurisdizioni nazionali e *applicazione interna* della CEDU.

L'analisi compiuta rivela un ulteriore profilo di interesse nella misura in cui, tramite di essa, possono evidenziarsi i limiti e le difficoltà entro cui possa spiegarsi un intervento da parte delle giurisdizioni nazionali, teso a impedire il verificarsi di violazioni di diritti e libertà riconosciuti dalla Convenzione. La materia delle sanzioni punitive rappresenta – come già si è detto in precedenza – un angolo prospettico «privilegiato» per l'osservazione e per lo studio dei modi con cui le autorità giudiziarie interne, in assenza o in attesa di interventi «sistemici» da parte del legislatore, possano giungere a dare rilievo già sul piano interno alle garanzie convenzionali, e in particolare agli ad esse relativi della giurisprudenza della Corte EDU.

Come si è visto, in tale sistema le garanzie penalistiche sono state oggetto di interpretazioni sostanzialistiche che, talvolta, hanno esteso il relativo ambito di

²³⁹ Si tratta dei profili esaminati nei paragrafi precedenti.

²⁴⁰ In questo senso, già RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit. 161.

operatività includendovi ipotesi ulteriori rispetto a quelle tradizionali²⁴¹, talaltra hanno determinato una trasformazione, se non una trasfigurazione, delle medesime garanzie²⁴². Siffatte interpretazioni evidentemente impongono all'interprete di volgere l'attenzione verso specifici elementi del caso concreto, i quali devono essere considerati e valutati tanto in vista della decisione preliminare sull'applicabilità delle garanzie convenzionali quanto ai fini della decisione sul merito della violazione.

5.2.1. Il canone dell'interpretazione conforme alla CEDU.

A siffatte operazioni, nell'ordinamento italiano, è preposta anzitutto la giurisdizione comune, su cui grava l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alle garanzie convenzionali, nel loro proprio significato emergente dalla pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴³.

Senonché, nella materia del diritto sanzionatorio (e, peraltro, non solo in essa) tale opera ermeneutica si scontra inevitabilmente con il carattere formalistico e processualistico delle categorie giuridiche nazionali, le quali trovano espressione, o comunque costituiscono il presupposto implicito, di regole giuridiche sancite in disposizioni il cui tenore letterale non è facilmente suscettibile di essere interpretato, senza forzature, in senso conforme alle tutele convenzionali. Di qui, l'«inevitabile» intervento da parte della Corte costituzionale, non essendo consentito al giudice comune, diversamente dalle ipotesi di antinomia con il diritto europeo, «disapplicare» le norme

²⁴¹ Così, alla nozione di *materia penale* è riconducibile, oltre al diritto penale in senso proprio, anche il diritto sanzionatorio extra-penale, e alla nozione di *legge penale* è riconducibile, oltre al diritto legislativo, anche il diritto giurisprudenziale.

²⁴² In questo modo, il divieto di *bis in idem* in materia penale è divenuto, da tutela primariamente processuale, garanzia sostanziale rispondente, di fatto, ad esigenze di proporzionalità del cumulo di sanzioni.

²⁴³ Si tratta di uno soltanto dei diversi obblighi di interpretazione adeguatrice cui è soggetta la giurisdizione comune, come sottolineava autorevole dottrina già all'indomani delle sentenze cd. gemelle della Corte costituzionale, le nn. 348 e 349 del 2007 (su cui cfr. *supra*, Cap. introduttivo, § 4.1.): si vedano, *ex multis*, gli interventi e le relazioni contenute in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, e in particolare la relazione conclusiva di D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, *ivi*, 337 ss., ove si evidenzia come possa parlarsi di interpretazione adeguatrice a tre parametri distinti, ossia la Costituzione, il diritto internazionale e il diritto europeo.

interne contrastanti con le garanzie convenzionali, bensì solamente procedere alla sollevazione di una questione di legittimità costituzionale.

5.2.2. Il sindacato di costituzionalità su norme punitive interne per violazione di garanzie convenzionali (rinvio).

Anche l'intervento del Giudice delle leggi – chiamato a giudicare dei profili di incostituzionalità derivanti da presunte violazioni della CEDU e degli annessi Protocolli presentati dalle rilevanti disposizioni nazionali – si scontra, però, con particolari limiti e deve superare difficoltà di non scarso rilievo. Si è detto, infatti, che i profili di attrito fra diritto nazionale e garanzie convenzionali di volta in volta in considerazione, e in particolare i contrasti fra diritto sanzionatorio nazionale e garanzie convenzionali penalistiche, sovente derivano principalmente dalla circostanza che le disposizioni interne non consentono, neppure se adeguatamente interpretate, una sufficiente valutazione di taluni precisi elementi della vicenda fattuale oggetto di esame, i quali dovrebbero, al contrario, essere valutati ai fini dell'applicazione delle garanzie recate dalla CEDU e del riconoscimento di un contrasto con esse delle norme interne.

Di tal che, può affermarsi che, spesso, a essere posta in discussione dall'intervento delle garanzie convenzionali penalistiche è la stessa generalità delle regole legislative, e cioè il fatto che queste ultime non prevedano fattispecie derogatorie invece necessarie (ipotesi, dunque, di «eccessiva generalità») ovvero escludono dal relativo ambito di operatività una certa fattispecie meritevole di esservi inclusa (ipotesi di «insufficiente generalità»). Si pensi, ad esempio, con riguardo alla prima categoria di casi, ad una norma sanzionatoria interna non formalmente penale che, ove applicabile indistintamente in combinazione con una norma penale, possa determinare esiti sanzionatori sproporzionati e contrastanti con il contenuto della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale; oppure ad una norma incriminatrice la quale possa applicarsi a fatti anteriori a un mutamento giurisprudenziale che abbia esteso i confini applicativi della medesima fattispecie incriminatrice. Quanto al secondo ordine di ipotesi, si consideri, invece, una norma interna – la cui applicazione incida su di una garanzia fondamentale – che operi solamente rispetto agli illeciti *stricto sensu* penali, e sia quindi insuscettibile di spiegare effetti rispetto a illeciti non formalmente penali, e ciononostante da reputarsi *sostanzialmente*

tali sul piano convenzionale.

Sorge, quindi, in tutte queste situazioni l'esigenza di rimuovere gli «ostacoli» legislativi all'adeguamento del diritto interno, consentendo alla giurisdizione comune di compiere un'adeguata valutazione, prima preclusa, di quelle caratteristiche fattuali del caso concreto suscettibili di assumere rilievo ai fini del rispetto delle garanzie convenzionali²⁴⁴. A tale risultato la Corte costituzionale potrebbe pervenire, sempre che non siano erronei i presupposti ermeneutici su cui si fonda l'ordinanza di rimessione del giudice comune, seguendo due diverse modalità. Ragionando, per ora, su di un piano generale, si potrebbe infatti prospettare, in primo luogo, un intervento, per così dire, «ritagliato» sulla specifica fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, la quale, a seconda dei casi, verrebbe inclusa nell'ambito applicativo della disposizione oggetto della questione di costituzionalità ovvero esclusa da esso; in secondo luogo, e in alternativa, un intervento volto a sostituire la regola legislativa (insufficientemente o eccessivamente) generale con un principio atto a guidare il futuro intervento del legislatore e, in attesa di questo, l'attività della giurisdizione comune.

Evidenti sono, però, le problematiche che tali soluzioni determinerebbero, non solo, come sempre accade quando si tratti di sentenze manipolative, sotto l'aspetto dei rapporti fra legislatore e giurisdizione costituzionale, ma anche in ordine ai rapporti fra legislatore e giurisdizione comune, i cui «spazi» interpretativi e decisorii risulterebbero in questo modo ampliati. Proprio su queste problematiche si tornerà *funditus*²⁴⁵, quando si affronterà specificamente l'analisi dell'incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale sullo svolgersi della giurisdizione costituzionale nella materia del diritto sanzionatorio, e in particolare si valuteranno i modi in cui quest'ultima giurisdizione è intervenuta rispetto a talune questioni già pervenute alla sua attenzione e si prospetteranno altresì ipotesi di soluzione rispetto ad altre questioni rispetto alle quali invece non si è

²⁴⁴ Dovrebbe cioè trattarsi di un intervento teso ad ampliare l'oggetto su cui possa esercitarsi la discrezionalità dei giudici comuni: per restare ai problemi afferenti al diritto sanzionatorio esaminati nei paragrafi precedenti, tale valutazione potrebbe afferire alle questioni dell'applicabilità di una certa garanzia convenzionale penalistica, ovvero dell'operatività del divieto di retroattività della fattispecie incriminatrice per un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale, ovvero ancora della violazione del *ne bis in idem* convenzionale nelle ipotesi di doppio binario sanzionatorio.

²⁴⁵ Si veda *infra*, Cap. terzo.

ancora avuto un esame nel merito.

CAPITOLO SECONDO

DIRITTO PUNITIVO NAZIONALE E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa: i profili di interazione fra diritto europeo e sistemi punitivi nazionali e la progressiva incidenza della giurisprudenza europea. - 2. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto secondario. - 3. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto primario contenute nei Trattati istitutivi. - 4. La giurisprudenza europea interpretativa di norme di diritto primario contenute nella CDFUE. - 5. Le ricadute delle pronunce della corte di giustizia sul diritto punitivo nazionale.

Esaurito l'esame della giurisprudenza convenzionale e dei modi in cui essa «tocca» la materia del diritto sanzionatorio, è ora opportuno volgere l'attenzione alla Corte di Giustizia (già delle Comunità europee, e oggi) dell'Unione europea¹, le cui pronunce sono produttive di ricadute certamente non di minore interesse sugli ordinamenti nazionali, e fra di essi su quello italiano.

Con l'estensione degli ambiti di competenza assegnati alle istituzioni europee, i profili di interazione fra diritto europeo e sistemi sanzionatori nazionali sono infatti cresciuti nel corso del tempo e, di pari passo, la Corte di Giustizia ha finito per essere più di frequente interpellata, principalmente tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo², a giudicare del contenuto e della portata di testi normativi di diritto

¹ Nel prosieguo vi si farà talvolta riferimento, più semplicemente, anche come «Corte di Giustizia».

² Ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (d'ora in poi anche «TFUE») la Corte di Giustizia è competente, fra l'altro, a pronunciarsi sulla *«interpretazione degli atti*

europeo, secondario e primario, incidenti a vario titolo, direttamente ovvero indirettamente, sull'operatività e sull'applicazione di norme punitive nazionali.

Come noto, seppure il quesito proposto dalle autorità giudiziarie nazionali sia formulato in termini di interpretazione di disposizioni del diritto europeo, la risposta ad esso è sovente declinata nel senso di dichiarare se tali disposizioni di diritto europeo «ostino» o «non ostino» all'applicazione di una certa disposizione nazionale rilevante nel giudizio principale. E tale dichiarazione, benché in astratto vincoli il solo giudice del rinvio, è invero produttiva di effetti generali provenendo dal soggetto cui spetta, in ultima analisi, l'interpretazione delle disposizioni di diritto europeo³.

1. PREMessa: I PROFILI DI INTERAZIONE FRA DIRITTO EUROPEO E SISTEMI PUNITIVI NAZIONALI E LA PROGRESSIVA INCIDENZA DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA.

Considerato che le principali pronunce suscettive di ripercussioni, talvolta anche dirompenti, sugli ordinamenti nazionali e sulla conformazione dei rispettivi sistemi punitivi sono state rese in siffatti giudizi interpretativi, appare opportuno muovere da un'analisi dei plurimi profili di «coinvolgimento» del diritto sanzionatorio nel contesto delle diverse fonti di diritto europeo⁴ – soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵ – le quali costituiscono, in effetti, l'oggetto dell'attività ermeneutica svolta dal Giudice europeo⁶.

1.1. Gli obblighi punitivi derivanti dalla normativa comunitaria nel sistema antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La «storia» delle interazioni fra diritto europeo e sistemi sanzionatori nazionali è

compiuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione».

³ Sostanzialmente in questi termini, BIN R.-PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019³, 77.

⁴ Cfr. GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, 265 ss..

⁵ Per i relativi riferimenti, si veda *supra*, Cap. introduttivo, § 2.2..

⁶ Anzi, come sottolinea BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss., spec. 111-117, talvolta l'armonizzazione sanzionatoria nell'ambito comunitario è avvenuta dapprima per via giurisprudenziale, e solo successivamente per via «legislativa».

senza dubbio risalente nel tempo, se si considera che, anche anteriormente alle ultime innovazioni, era pacificamente ammesso un intervento, nella materia, da parte delle istituzioni delle Comunità europee.

Su un *primo* versante, non vi erano dubbi particolari sul fatto che queste ultime potessero provvedere alla salvaguardia di interessi comunitari tramite la previsione diretta di sanzioni di carattere amministrativo⁷. L'esempio più evidente è rappresentato dal settore della concorrenza (*competition law*), nel cui ambito si è costruito, anche grazie al contributo decisivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia, un sistema sanzionatorio comunitario, che è stato, poi, di fatto assunto dai singoli Paesi membri come modello per l'articolazione dei rispettivi ordinamenti nazionali nel medesimo settore⁸.

Su un *secondo* versante, non si poneva in discussione la possibilità, sempre per le medesime istituzioni comunitarie, di imporre agli Stati membri obblighi concernenti la implementazione di sistemi punitivi capaci di assicurare una tutela adeguata (*i.e.* una tutela efficace, proporzionata e dissuasiva⁹) di specifici beni giuridici oggetto delle politiche europee. Tali obblighi, se talvolta lasciavano al legislatore nazionale discrezionalità nell'articolazione dei sistemi sanzionatori con riferimento alla scelta del «tipo» di risposta punitiva – se penale, extra-penale o anche una combinazione di entrambe le risposte¹⁰ –, talaltra istituivano esplicitamente o implicitamente obblighi di criminalizzazione, ossia implicavano la necessità, a seconda dei casi, di creare nuove

⁷ Si tratta di atti comunitari istitutivi di apposite sanzioni – a ragione definite come comunitarie – vigenti a prescindere da ogni attività del legislatore nazionale e destinate a colpire gli autori, sia persone fisiche sia giuridiche, di violazioni del diritto comunitario: tali sanzioni si distinguono in (i) *accentrate*, espressione di un modello punitivo comunitario, in quanto la Comunità europea oltre a prevederle in astratto le applica in concreto, e (ii) *decentralizzate*, che danno vita a un modello punitivo invece «misto» (agli organi nazionali spetta la fase di applicazione e di esecuzione delle sanzioni): in questo senso, si veda BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit. spec. 123-129, e l'ampia letteratura ivi citata.

⁸ Cfr. art. 1, comma 4, legge n. 287 del 1990, secondo cui «[l']interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.».

⁹ È la classica formula utilizzata dagli atti normativi europei.

¹⁰ Di qui, il sorgere dei profili di attrito fra sistemi punitivi di cd. doppio binario, realizzati in attuazione di norme europee, e il divieto di *bis in idem* in materia penale, che oggi costituisce una garanzia fondamentale nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione europea: l'argomento sarà approfondito *infra* nel § 4.

figure di reato, ovvero di estendere l'ambito di applicazione di fattispecie incriminatrici già esistenti, ovvero ancora di adeguarne il relativo trattamento sanzionatorio.

Così, espliciti obblighi di tutela penale nascevano da strumenti normativi del cd. terzo pilastro, e cioè principalmente da decisioni-quadro aventi ad oggetto, originariamente, la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni¹¹ e, dopo il Trattato di Amsterdam¹², la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nel contrasto alle forme più gravi di criminalità transnazionale¹³.

Ma anche nell'ambito del cd. primo pilastro, che costituiva il diritto comunitario in senso proprio, l'allora Corte di Giustizia delle Comunità europee, pur in assenza di espresse previsioni sul punto, era giunta ad affermare l'esistenza implicita di obblighi di penalizzazione, sia perché rispetto a taluni beni giuridici l'unica tutela adeguata imposta dagli atti normativi europei non poteva che essere quella penale¹⁴, sia perché, quando gli stessi atti imponevano l'assimilazione della tutela di un determinato interesse comunitario alla tutela già offerta al corrispondente interesse nazionale, e quest'ultima si articolava mediante strumenti penalistici, si imponeva la necessità che il legislatore nazionale intervenisse sul piano del diritto penale¹⁵.

Era, invece, pacificamente esclusa una competenza «diretta» delle istituzioni europee ad introdurre fattispecie incriminatrici: anzitutto per l'assenza, nei Trattati istitutivi, di

¹¹ A seguito del Trattato sull'Unione europea, noto anche come Trattato di Maastricht, firmato in data 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore in data 1° novembre 1993, che l'Italia ha ratificato e reso esecutivo con legge 3 novembre 1992, n. 454 (*Ratifica ed esecuzione del trattato sull'Unione europea con 17 protocolli allegati e con atto finale che contiene 33 dichiarazioni, fatto a Maastricht il 7 febbraio 1992*).

¹² Trattato di Amsterdam, firmato in data 2 febbraio 1997 ed entrato in vigore in data 1° maggio 1998, che l'Italia ha ratificato e reso esecutivo con legge 16 giugno 1998, n. 209 (*Ratifica ed esecuzione del Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, con allegato e protocolli, fatto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997*).

¹³ È in questo ambito che, ad esempio, è stato elaborato lo strumento del mandato d'arresto europeo.

¹⁴ Sul criterio di efficacia-proporzionalità, cfr. C. giust. CE, Grande Sezione, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, punti 47-48; e altresì RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998*, Giuffrè, Milano, 2000, 118-119.

¹⁵ Sul criterio di assimilazione, fra i molti, BERNARDI A., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in Picotti L. (cur.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea. Atti dell'incontro di studio. Trento, 3-4 ottobre 1997*, Giuffrè, Milano, 1999, 82.

alcuna norma attributiva di una siffatta potestà¹⁶; e secondariamente – ma si trattava di profilo ben più problematico – per il cd. *deficit* democratico del processo di formazione degli atti normativi europei, tale da non consentire il rispetto del principio di legalità in materia penale¹⁷.

1.2. Gli obblighi punitivi di matrice europea a séguito del Trattato di Lisbona.

A séguito dell'entrata in vigore, nel 2009, del Trattato di Lisbona e del conseguente superamento della struttura articolata secondo i cd. tre pilastri, le norme di diritto primario sono state fatte oggetto di precisazioni e specificazioni, tanto che, ora, la competenza penale «indiretta» dell'Unione europea¹⁸ trova la propria disciplina espressa nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea¹⁹.

Più precisamente, ai fini della individuazione delle modalità e del perimetro di intervento del diritto europeo nella materia penale viene in rilievo l'art. 83 TFUE, che sancisce la potestà, per il Parlamento europeo e per il Consiglio dell'Unione europea, di adottare (i) direttive recanti norme minime per la definizione dei reati e delle relative sanzioni rispetto a sfere di criminalità particolarmente gravi dotate di carattere transnazionale²⁰ (la cd. competenza penale indiretta «autonoma»²¹); nonché (ii) direttive

¹⁶ Sull'assenza di una base giuridica chiara di una competenza penale diretta delle istituzioni comunitarie, cfr. DE VERO G., *Il Corpus Juris e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998.*, Giuffrè, Milano, 2000, 386; MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 201-202.

¹⁷ Sul rapporto fra principio di legalità in materia penale e l'allora diritto comunitario, fra i molti, cfr. RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996, 156 ss.; GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 631; VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.*, 1999, 277.

¹⁸ Tale competenza è riconducibile all'ambito di competenza concorrente dello *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* di cui all'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (d'ora in poi anche «TUE»).

¹⁹ Si fa riferimento in particolare agli artt. 82-89 del TFUE.

²⁰ L'elenco, tassativo, include nove materie: terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

²¹ Così, MANACORDA S., voce *Diritto Penale Europeo*, in *Enciclopedia Treccani On Line*, 2014,

per la definizione dei reati e delle relative sanzioni là dove ciò sia «*indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*» (la cd. competenza penale indiretta «accessoria»²²). Si tratta evidentemente di obblighi di adeguamento che, in ragione del particolare grado di vincolatività dello strumento normativo prescelto, la direttiva, riservano agli Stati membri la facoltà di scegliere le modalità più adeguate per la relativa attuazione²³.

Senza potersi soffermare sulle problematiche sorte nell'interpretazione della disposizione²⁴, ciò che qui rileva notare è la sua significativa portata innovativa: essa attribuisce espressamente alle istituzioni europee il potere di introdurre norme minimali sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento punitivo, anche oltre gli specifici ambiti entro cui in precedenza l'esercizio del medesimo potere era stato limitato, così aprendo a nuove prospettive di armonizzazione. Può, quindi, affermarsi che oggi il diritto europeo concorre a «modellare» i sistemi sanzionatori nazionali attraverso la selezione dei beni giuridici meritevoli di protezione, anche su di un piano penale, e la indicazione della struttura essenziale delle relative tecniche di tutela, seppure riservando agli Stati membri l'attuazione delle concrete scelte legislative²⁵.

reperibile in *treccani.it* (ultimo accesso: 30 giugno 2020). In argomento, cfr. SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.; PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in Grasso G.-Picotti L.-Sicurella R. (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, 207 ss..

²² Cfr. BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 43 ss..

²³ Peraltro, il par. 3 dello stesso art. 83 TFUE prevede la possibilità dello Stato membro di opporsi all'adozione di una direttiva allorché essa possa incidere «su aspetti fondamentali del suo ordinamento giuridico»: a quel punto potrebbe verificarsi la sospensione della procedura o la prosecuzione della stessa sotto forma di cooperazione rafforzata, purché almeno nove Stati ritengano di procedere in tal senso.

²⁴ Ad esempio, quanto alla formula «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» contenuta nell'art. 83, par. 1, TFUE, essa potrebbe riferirsi a forme punitive soltanto penalistiche ovvero a un qualunque tipo di illecito; con riguardo al par. 2 della medesima disposizione è particolarmente incerta la delimitazione degli ambiti di intervento penale già «oggetto di misure di armonizzazione».

²⁵ Sul problema, in generale, DELMAS-MARTY M., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Economica, Parigi, 1993; GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea»?», in *Indice pen.*, 1993, 65 ss..*

1.3. (Segue.) La particolare tutela degli interessi finanziari dell'UE e i dubbi (superati) circa la sussistenza di una competenza penale «diretta» delle istituzioni europee.

Se il quadro normativo appena illustrato conferma, con alcune innovazioni, quella che si è definita come competenza penale «indiretta», un'altra disposizione, introdotta proprio dal Trattato di Lisbona, vale a dire l'art. 86 TFUE, ha sollevato non pochi dubbi circa la legittimità di un intervento penale anche «diretto» delle istituzioni europee nella materia della tutela degli interessi finanziari dell'Unione²⁶: un ambito che riveste peculiare interesse per l'integrazione penale europea, anche in virtù di quanto previsto dall'art. 325 TFUE, come si avrà modo di approfondire oltre²⁷.

Il predetto art. 86 TFUE, nel prefigurare l'istituzione, tramite un regolamento del Consiglio UE, di una Procura europea «*per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*» (istituzione che oggi ha trovato concretizzazione²⁸), definisce la competenza di tale organo attribuendo ad esso il compito di «*individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento*» di cui sopra, esercitando «*l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri*»²⁹.

Le incertezze ermeneutiche emergenti ad una prima lettura del testo normativo nascevano dall'equivoco tenore letterale della versione italiana, in base al quale si sarebbe potuto ritenere che ad essere *definiti* dal regolamento europeo dovessero essere *i reati* lesivi degli interessi finanziari; e, così, secondo tale opzione interpretativa, la disposizione sarebbe stata tale da consentire alle istituzioni europee l'introduzione, in via diretta, di

²⁶ Cfr. SICURELLA R., *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), spec. 28 ss.; PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, *ivi*; SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 322 ss..

²⁷ Si veda *infra* il § 3.

²⁸ Cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

²⁹ Cfr. art. 86, parr. 1 e 2, TFUE.

norme incriminatrici in tale specifico settore. Senonché, anche a prescindere dai problemi in punto di legalità determinati da una siffatta lettura, si è comunque autorevolmente notato che l'equivocità del testo normativo non emerge in tutte le versioni linguistiche dei Trattati: nelle versioni in cui il sostantivo *reati* è di genere femminile (come in quelle francese e spagnola) il participio *definiti* di genere maschile trova concordanza esclusivamente con *interessi finanziari*, con la conseguenza che sarebbero questi ultimi a essere oggetto di *definizione* da parte del regolamento europeo, e non invece le relative fattispecie di reato³⁰.

Dunque, pur in un quadro di accresciuta complessità, la posizione dottrinale maggioritaria si è attestata nel senso di ritenere che anche rispetto alla tutela degli interessi finanziari sussista una competenza penale solo «indiretta» dell'Unione europea, e in tale direzione si è orientata anche la prassi. L'unica particolarità propria del settore (tutela degli interessi finanziari) è costituita dalla circostanza che qui la competenza delle istituzioni europee non incontra i limiti, più stringenti, stabiliti nell'art. 83 TFUE, trovando invece la propria «base legale» nell'art. 325 TFUE: disposizione, quest'ultima, che obbliga tanto l'UE quanto gli Stati membri, appunto, ad adottare misure dissuasive ed efficaci per reprimere la frode e le altre attività illegali lesive degli interessi finanziari dell'Unione stessa.

1.4. L'espressa riconduzione della CDFUE al diritto europeo primario e il rilievo delle relative garanzie di stampo penalistico.

Ma le novità introdotte dal Trattato di Lisbona non si sono limitate a quanto si è fin qui descritto, avendo esse determinato altresì l'emersione di un nuovo ambito di interazione fra diritto europeo e ordinamenti nazionali in tema di sanzioni punitive.

Il novellato art. 6 del Trattato sull'Unione europea, infatti, non solo fornisce base normativa a una futura adesione dell'Unione alla CEDU e individua quali principi generali del diritto dell'Unione i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla CEDU medesima e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, bensì attribuisce anche alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore

³⁰ In questo senso, MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, cit., 51-52.

giuridico dei Trattati istitutivi, conferendo ad essa la natura di atto di diritto europeo primario³¹.

La circostanza che anteriormente al Trattato di Lisbona alcune delle tutele previste nella Carta avessero già trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in quanto ritenute principi generali di diritto comunitario³², non incide invero sulla portata del *novum*, rappresentato dalla esplicita riconduzione al diritto europeo primario di tutte le garanzie fondamentali riconosciute nella medesima CDFUE, senza distinzione alcuna e senza che tale riconduzione dipenda dal riconoscimento casistico affidato a specifiche pronunce giudiziarie. Hanno, quindi, assunto tale natura le norme recanti quelle tutele tipicamente afferenti alla materia penale, vale a dire, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa³³, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene³⁴ e il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso reato³⁵.

Dunque, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali sancite nella CDFUE costituisce, ora, un vincolo sia per le istituzioni europee, allorché esse adottino strumenti di armonizzazione dei sistemi sanzionatori, sia per il legislatore nazionale incaricato della specifica attuazione di tali strumenti sul piano interno e, quindi, della concreta

³¹ La CDFUE proclamata a Nizza la prima volta il 7 dicembre 2000 – per questo nota anche come Carta di Nizza – si presentò sin da subito come un fondamentale atto di riferimento nell’ambito del diritto europeo, benché originariamente non fu sciolto il problema della sua valenza giuridica: cfr. G. TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 14. Il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla CDFUE, nella versione «adattata» a Strasburgo il 12 dicembre 2007, lo stesso valore vincolante dei Trattati istitutivi, così entrando, essa, formalmente a far parte delle fonti giuridiche dell’Unione: cfr. GIANNITI P., *La «comunitarizzazione» della «Carta» a seguito del Trattato di Lisbona*, in Id. (cur.), *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013, 357.

³² Sul principio della irretroattività delle norme penali, cfr. C. giust. CE, sent. 10 luglio 1984, causa C-63/83, *Regina c. Kent Kirk*, punto 22; quanto al principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite, cfr. C. giust. CE, Grande Sezione, sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e altri*, 68-69.

³³ Cfr. artt. 47-48 CDFUE, i quali, anche sulla base delle *Spiegazioni* di corredo alla Carta, corrispondono all’art. 6 CEDU.

³⁴ Cfr. art. 49 CDFUE, su cui, in letteratura, si veda SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero C.E.-Viganò F. (cur.), *Europa e diritto penale*, cit., 195 ss.; SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 111 ss..

³⁵ Cfr. art. 50 CDFUE. Cfr. VAN BOCKEL W.B. (cur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, cit..

implementazione degli stessi sistemi sanzionatori³⁶, considerato che l'operatività della Carta si estende anche agli Stati membri nella «attuazione del diritto dell'Unione»³⁷. E, in modo corrispondente, i medesimi diritti e le medesime libertà sono suscettibili di assumere rilievo tanto per il Giudice europeo ai fini del giudizio sull'interpretazione e sulla validità di norme europee, quanto per i giudici nazionali ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione (o eventualmente della non-applicazione) delle norme punitive interne.

Il che, com'è evidente, ha determinato, e potrebbe in futuro determinare, il sorgere di nuove esigenze di coordinamento fra livelli (nazionale, convenzionale e, oggi, europeo) di tutela dei diritti fondamentali, anche in considerazione della specifica clausola di equivalenza contenuta nell'art. 52, par. 3, CDFUE, secondo cui le garanzie riconosciute dalla Carta stessa assumono un significato e una portata almeno analoga alle corrispondenti garanzie recate dalla CEDU, fatta salva la possibilità per il diritto europeo di concedere forme di protezione più estese.

1.5. La progressiva espansione degli ambiti di incidenza della giurisprudenza europea nella materia del diritto sanzionatorio.

Con l'emersione di nuove possibilità di interazione fra diritto europeo e ordinamenti nazionali sono, quindi, più numerose le occasioni in cui l'attività ermeneutica svolta dalla Corte di Giustizia sia suscettibile di avere ripercussioni sulla configurazione dei sistemi punitivi, ovvero comunque sull'ambito di applicazione o sulla operatività di norme punitive interne.

Lo studio e l'approfondimento della giurisprudenza europea rilevante, considerata la particolare sede «interpretativa» in cui essa si è sviluppata, non possono che essere affrontati distinguendo le relative pronunce a seconda della diversa tipologia delle norme

³⁶ Cfr. MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in Bertolino M.-Eusebi L.-Forti G. (cur.), *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011, 2373 ss..

³⁷ Tale formula, come si vedrà *infra* al § 4, è stata oggetto di una interpretazione estensiva ad opera della Corte di Giustizia: cfr. C. giust. UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., su cui si veda MANACORDA S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

di volta in volta oggetto di considerazione, se appartenenti al diritto secondario, e quindi recate da regolamenti, direttive, decisioni, e in passato anche decisioni-quadro, ovvero al diritto primario, e cioè contenute nei Trattati istitutivi e nella CDFUE, oppure espressive di principi generali di diritto europeo.

2. LA GIURISPRUDENZA EUROPEA INTERPRETATIVA DI NORME DI DIRITTO SECONDARIO.

È quindi possibile procedere con l'esame della prima categoria di pronunce, concernenti l'interpretazione di norme europee di diritto secondario, non prima di aver precisato che i sistemi sanzionatori nazionali sono interessati dall'opera ermeneutica della Corte di giustizia, non soltanto quando essa riguardi norme recanti direttamente veri e propri obblighi punitivi o addirittura obblighi di penalizzazione³⁸, bensì anche allorché concerna norme europee istitutive di obblighi incidenti solo indirettamente sui predetti sistemi³⁹.

2.1. Giurisprudenza europea interpretativa e conseguenti effetti riduttivi o espansivi dell'operatività delle norme punitive nazionali.

Allorquando strumenti normativi di diritto secondario divengano oggetto di giudizi pregiudiziali interpretativi, la portata dell'intervento giurisprudenziale volto a definire il contenuto delle norme europee può essere anche assai significativa quanto alle ricadute sulla conseguente attività del giudice nazionale: questi, a seconda dei casi, potrebbe infatti essere tenuto ad applicare le disposizioni interne rilevanti interpretandole in modo conforme alle norme europee, nel relativo significato risultante dalle pronunce della Corte

³⁸ Vale a dire, norme europee tramite le quali si individuino i beni giuridici oggetto di tutela, ovvero si indichino le categorie di condotte meritevoli di tutela, ovvero ancora si fissino «livelli» sanzionatori minimi: ciò che è accaduto rispetto a taluni ambiti ordinamentali di particolare rilievo, come la tutela del corretto funzionamento dei mercati finanziari e la tutela dell'ambiente.

³⁹ Si pensi, esemplificativamente, al caso in cui a una certa norma europea venga attribuito il significato di precludere l'introduzione di limiti, di qualunque tipo, alla circolazione di determinati beni: detta norma avente portata generale sortirebbe inevitabilmente effetti indiretti nella materia sanzionatoria, imponendo cioè agli Stati membri il divieto di sanzionare in qualunque modo le attività connesse alla circolazione di quegli stessi beni.

di Giustizia, ovvero a «disapplicare», al ricorrere delle condizioni a tal fine richieste, le disposizioni interne perché incompatibili con le norme europee, ovvero ancora, in assenza di tali condizioni, a sollevare questione di legittimità costituzionale sulle medesime disposizioni.

La decisione giudiziaria europea potrebbe, quindi, dare luogo alternativamente ad effetti riduttivi od espansivi dell'operatività dei sistemi sanzionatori nazionali, in base al «verso» della risposta fornita al quesito interpretativo, se restrittiva o estensiva dell'operatività delle norme europee, e al contenuto di queste ultime. Essa, in particolare, potrebbe implicare limitazioni o ampliamenti dell'ambito di applicabilità della fattispecie incriminatrice, e quindi, in sostanza, della categoria di condotte astrattamente suscettibili di costituire illecito, così come una minore o una maggiore afflittività del corrispondente trattamento sanzionatorio⁴⁰.

A ben vedere, quindi, si tratta – ed è significativo notarlo ai fini dell'oggetto del presente lavoro – di ipotesi in cui pronunce europee influiscono sul contenuto e sulla portata di norme punitive interne, così manifestando un fenomeno, a tutti gli effetti, di incidenza della giurisprudenza «interpretativa» europea su elementi ed aspetti della disciplina sostanziale del diritto punitivo nazionale.

2.2. Contrasti *apparenti e reali* fra diritto punitivo nazionale e diritto europeo.

Si deve rilevare, in proposito, che il giudice nazionale può «recepire» in via ermeneutica i chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia circa la portata e il contenuto delle norme europee solo quando la sua attività resti entro i limiti segnati dai possibili significati delle disposizioni interne, di cui egli sia chiamato a fare applicazione nel caso oggetto di considerazione.

In particolare, qualora l'opzione ermeneutica coerente con la normativa europea dovesse portare ad un'estensione dell'operatività delle norme punitive interne – prima applicate nella giurisprudenza nazionale in un significato più restrittivo – l'attività giurisdizionale deve comunque svolgersi all'interno dei margini dell'interpretazione estensiva, non potendo sconfinare invece nell'interpretazione e nella conseguente

⁴⁰ Cfr., in generale, MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, cit., 57.

applicazione analogica, preclusa là dove essa determini conseguenze sfavorevoli per il soggetto destinatario degli addebiti.

A tali condizioni, ed entro tali limiti, si configura un contrasto meramente *apparente* fra diritto nazionale e diritto europeo, invero superabile dal giudice nazionale attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione⁴¹. Diversamente, allorché una simile attività interpretativa non sia in alcun modo praticabile, o comunque non possa rispettare le predette condizioni e i predetti limiti, sorge un contrasto *reale* fra norme nazionali ed europee, per la cui risoluzione assumono rilievo le precipue qualità giuridiche presentate dalle norme europee rilevanti.

2.2.1. La (possibile) disapplicazione di norme interne con effetti *in bonam partem* per il reo.

Se, infatti, queste ultime non sono direttamente applicabili né sono dotate di effetti diretti, cioè non presentano i caratteri a tal fine necessari secondo la giurisprudenza europea⁴², siffatto contrasto non può che portare alla sollevazione, da parte del giudice nazionale procedente, di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto le disposizioni interne astrattamente applicabili, in quanto la loro eventuale concreta applicazione determinerebbe una violazione del diritto europeo, e quindi indirettamente degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in base al sistema dei rapporti fra diritto nazionale ed europeo che già si è illustrato⁴³.

Se, invece, le norme europee di diritto secondario sono dotate delle caratteristiche della diretta applicabilità o dell'efficacia diretta, esse sono bensì suscettibili di trovare

⁴¹ In generale, sulle questioni relative all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme al diritto europeo, cfr. i diversi contributi in BERNARDI A. (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015.

⁴² Gli approdi ricorrenti portano ad affermare che, in generale, l'efficacia diretta opera in caso di norme chiare, precise e non condizionate, cioè non dipendenti da misure di attuazione da parte degli Stati membri; e, inoltre, deve essere già scaduto, ove previsto, il termine per le misure attuative statali; la giurisprudenza europea, tuttavia, ha evidenziato sviluppi non sempre coerenti: in proposito, cfr. GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018; RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 555 ss..

⁴³ Si veda *supra*, Cap. introduttivo, § 4.

direttamente applicazione in luogo delle rilevanti norme nazionali, secondo i noti principi dell'efficacia diretta e di supremazia del diritto europeo. Tale conclusione di carattere generale è certamente valida quando dalla «disapplicazione» (*recte*, non-applicazione) delle norme interne punitive derivino effetti favorevoli per il soggetto resosi autore di condotte che configurino fattispecie di reato, o anche figure di illecito di altra natura, verificandosi la neutralizzazione di una norma incriminatrice (o di una norma sanzionatoria) ovvero, più semplicemente, un restringimento del relativo ambito di applicabilità.

D'altra parte, configurandosi in tale situazione un'*antinomia fra norme regolatrici* della materia – e cioè quell'ipotesi in cui tanto le norme interne pretesamente attuative degli obblighi di matrice europea quanto le norme europee istitutive di detti obblighi individuano la regola giuridica atta a risolvere il giudizio in corso di celebrazione – il giudice nazionale, una volta riconosciuto un contrasto insanabile in via interpretativa, può semplicemente «scartare» (*i.e.* non applicare) la norma interna, e quindi applicare la norma europea rilevante⁴⁴.

Si può, così, individuare una *prima* categoria di casi, in cui l'incompatibilità tra la norma di diritto europeo e la *norma punitiva di diritto nazionale* produce l'inapplicabilità di quest'ultima *in tutta la sua estensione*, conseguendone, di fatto, l'impossibilità di contestare la specifica fattispecie di illecito prevista. Ne è un esempio quanto avvenuto con la sentenza *El Dridi*⁴⁵, ove si è riconosciuta l'incompatibilità *tout court* del delitto di

⁴⁴ Il ragionamento qui condotto presuppone evidentemente che esista una disciplina nazionale, di qualunque tipo e di qualunque contenuto, che possa dirsi attuativa degli obblighi punitivi sanciti dalle norme di diritto europeo secondario e che, quindi, sia detta disciplina interna a porsi in contrasto con la normativa europea. D'altra parte, nella ben diversa fattispecie di inadempimento originario del legislatore nazionale non si avrebbe, invece, alcuna disciplina nazionale attuativa degli obblighi di fonte europea, e non potrebbe pertanto neppure astrattamente verificarsi una antinomia fra norme, configurandosi bensì solamente un inadempimento dello Stato membro, contro il quale la Commissione o un altro Stato potrebbero ricorrere: su quest'ultimo aspetto, cfr. GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, cit., 285.

⁴⁵ C. giust. UE, sent. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, su cui, cfr. FRANCAVIGLIA M., *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, 586-595; ROMANO A., *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, *ivi*, 1490-1497; GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del "socialismo giuridico penale"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 956-968; LORENZON S., *Tanto va la gatta al lardo... Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione*, in *Quad. cost.*, 2011, 699-702; CARUSO C., *La decisione El Dridi della Corte di giustizia secondo il Consiglio di Stato:*

inottemperanza all'ordine di allontanamento intimato dal questore – previsto, all'epoca, dall'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286⁴⁶ – con la direttiva europea 2008/115/CE in materia di rimpatri⁴⁷; e ne è, quindi, derivata la impossibilità di emettere nuove condanne penali fondate su tale fattispecie di reato e altresì, secondo una particolare interpretazione giurisprudenziale, la cessazione dell'esecuzione della pena e il venir meno degli effetti penali relativi a sentenze di condanna passate in giudicato basate sulla stessa fattispecie⁴⁸.

Ma è osservabile anche una *seconda* categoria di casi in cui all'incompatibilità tra la norma di diritto europeo e la *norma punitiva di diritto nazionale* consegue una *mera limitazione dell'ambito di applicazione* della seconda. Il che è accaduto in un'altra vicenda giudiziaria concernente l'ordinamento italiano, decisa con la sentenza *Ratti*⁴⁹, nella quale si è affermato il contrasto della disciplina penale nazionale con la direttiva comunitaria in tema di etichettatura di solventi, nella parte in cui tale disciplina introduceva divieti e restrizioni ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva medesima; con la conseguenza che le norme penali interne potevano continuare a trovare applicazione solo nella parte in cui punivano violazioni a divieti e restrizioni corrispondenti a quelli indicati dal diritto comunitario⁵⁰.

dall'interpretazione pregiudiziale al sindacato di "legittimità comunitaria"?, *ivi*, 702-705; DEANA F., *Sanzioni penali a carico degli stranieri irregolari e politica europea di rimpatrio. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso El Dridi*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, 1230-1237; LIGUORI A., *Testo unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso di El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, 640-646; DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 927-939.

⁴⁶ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

⁴⁷ La fattispecie di reato, nel prevedere l'applicazione della pena detentiva, pregiudicava l'effetto utile della direttiva europea, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno fosse irregolare.

⁴⁸ Si è pervenuti a tale esito tramite l'applicazione in via analogica dell'art. 673 c.p.p.: cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 29 aprile 2011, n. 20130, *Sall*, C.E.D. n. 25004; sent. 12 aprile 2012, n. 14276, *Khemiri*, C.E.D. n. 252235.

⁴⁹ C. giust. CE, sent. 5 aprile 1979, causa C-148/78, *Ratti*.

⁵⁰ Si chiariva, in particolare, che dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione dalla direttiva, i giudici nazionali non avrebbero potuto applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima, e quindi neppure le sanzioni penali da essa previste, a chi si fosse conformato alle disposizioni della direttiva stessa.

2.2.2. La (problematica) disapplicazione di norme interne con effetti *in malam partem* per il reo.

Problemi ben maggiori si verificano allorché si verta nella *diversa* situazione in cui il diritto nazionale non preveda sanzioni punitive, ovvero non commini sanzioni punitive adeguate, per la repressione di fattispecie di illecito la cui repressione – con sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive – è invece imposta da precisi obblighi recati da norme di diritto europeo. In tali ipotesi, infatti, stante l'attuale assenza di una competenza punitiva diretta delle istituzioni europee⁵¹, deve ritenersi che gli strumenti normativi europei di diritto secondario non possano autonomamente (*i.e.* in mancanza di alcuna normativa nazionale attuativa) fondare o aggravare la responsabilità di singoli individui.

Quanto alle direttive, costituisce, in effetti, affermazione ricorrente nella giurisprudenza europea quella secondo cui esse non possano, di per sé considerate, creare obblighi a carico di un soggetto e non possano, pertanto, essere fatte valere, in quanto tali, nei suoi confronti⁵². Del tutto coerentemente, ne segue la conclusione che, nell'ambito di procedimenti penali, una direttiva non possa, indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, avere come effetto quello di determinare o aggravare la responsabilità di coloro che agiscono in violazione delle disposizioni di diritto europeo: si tratta del divieto dei cd. effetti verticali invertiti⁵³.

Tali considerazioni sono state ribadite anche con riguardo ai regolamenti, seppure essi contengano norme che, per loro natura, non necessitano di misure nazionali di recepimento. Si è rilevato infatti che, quando i regolamenti rimettano agli Stati membri – come, d'altra parte, per solito accade – il potere di adottare sanzioni in relazione alle

⁵¹ Eccezion fatta per taluni limitati ambiti, come per il settore della concorrenza.

⁵² Si veda, fra le molte, C. giust. CE, Grande Sezione, sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri*, punto 108 e gli riferimenti giurisprudenziali *ivi* indicati.

⁵³ In questo senso, C. giust. CE, sent. 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò c. X*, punto 20; sent. 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 13; *Berlusconi e altri*, cit., punti 73-74; sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*, punti 28-30; ord. 15 gennaio 2004, causa C-235/02, *Saetti e Frediani*, punti 25-26; nella giurisprudenza interna, già Cass. pen., Sez. III, sent. 26 giugno 1997 (dep. 28 ottobre 1997), n. 9617, *Aprà e altri*, in *C.E.D.* n. 208776, ha chiarito che non può invocarsi la diretta applicabilità delle direttive, allora, comunitarie le quali comportino effetti *in malam partem* nei confronti dei singoli. In letteratura, cfr. GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in Id.-Sicurella R. (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, 71 ss.;

condotte vietate dal diritto europeo, dai medesimi non possono derivare direttamente effetti sfavorevoli sulla responsabilità penale di singoli individui, a ciò ostandovi il principio di legalità dei reati e delle pene, ossia un principio generale del diritto comunitario comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, oggi riconosciuto altresì nell'art. 49 CDFUE⁵⁴.

Gli approdi della giurisprudenza europea consentono di escludere, in generale, che l'efficacia diretta di una direttiva possa far sorgere la responsabilità penale di un individuo, e che quest'ultima possa fondarsi su norme di un regolamento, le quali, benché direttamente applicabili, si limitino ad istituire obblighi punitivi per i legislatori nazionali⁵⁵. L'insuscettibilità di tali strumenti normativi di diritto europeo derivato di fondare autonomamente un intervento sanzionatorio ha quale conseguenza l'impossibilità, per il giudice comune, di procedere alla «disapplicazione» delle disposizioni interne contrastanti con talune disposizioni recate da siffatti strumenti normativi, quando ciò possa determinare conseguenze giuridiche sfavorevoli nei confronti dei singoli⁵⁶. Il principio di legalità dei reati e delle pene, sancito anche dall'art. 49, par. 1, CDFUE vieta, infatti, di punire un comportamento che non sia direttamente previsto come illecito dalla normativa nazionale, anche laddove quest'ultima si palesi contrastante, proprio sotto questo profilo, con il diritto europeo⁵⁷.

2.2.3. (Segue.) La necessaria sollevazione di una questione di costituzionalità e i limiti all'intervento del Giudice costituzionale.

Se la risoluzione di un'antinomia fra diritto nazionale e diritto europeo secondario da cui derivino effetti punitivi deteriori non può avvenire tramite la semplice disapplicazione delle disposizioni interne, si rende, quindi, necessaria la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto dette disposizioni, illegittime perché in

⁵⁴ Cfr. C. giust. CE, sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *Procedimento penale c. X*, punti 61-63.

⁵⁵ Cfr. VAGLIASINDI G.M., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. diritto pen. economia*, 2005, 1043 ss..

⁵⁶ Siffatte affermazioni, compiute rispetto alla materia penale in senso proprio, si ritiene possano essere estese anche a illeciti e sanzioni punitive extra-penali rispetto alle quali non sussista una competenza dirette delle istituzioni.

⁵⁷ Cfr. C. giust. UE, sent. 28 giugno 2012, causa C-7/11, *Caronna*, punti 51-56.

contrasto con obblighi derivanti da norme europee, e quindi indirettamente con i conferenti parametri costituzionali.

Senonché, anche l'intervento richiesto al Giudice costituzionale presenta profili alquanto problematici, atteso che la dichiarazione dell'illegittimità delle disposizioni interne contrastanti con quelle europee avrebbe come effetto quello di estendere l'ambito applicativo delle norme punitive, e quindi in definitiva l'area di punibilità, scontrandosi, pertanto, con gli stretti limiti cui è soggetto il controllo di costituzionalità delle scelte incriminatrici e sanzionatorie compiute dal legislatore nazionale⁵⁸. In effetti, come si avrà modo di mostrare nel prosieguo⁵⁹, proprio l'ipotesi di contrasto con le norme europee di diritto secondario ha rappresentato uno dei *nuovi* ambiti (si intende, rispetto a quelli tradizionali) in cui i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale hanno ritenuto l'ammissibilità di pronunce di incostituzionalità suscettive di effetti *in malam partem* nella materia penale⁶⁰.

3. LA GIURISPRUDENZA EUROPEA INTERPRETATIVA DI NORME DI DIRITTO PRIMARIO CONTENUTE NEI TRATTATI ISTITUTIVI.

La conclusione secondo cui non possa aversi alcuna disapplicazione delle norme interne incompatibili con norme europee allorché da essa conseguano effetti punitivi sfavorevoli, senza dubbio pacifica rispetto alle norme di diritto europeo secondario, è stata tuttavia messa in discussione, più di recente, da una ormai celebre pronuncia della Grande Sezione della Corte di Giustizia, la sentenza *Taricco*⁶¹, rispetto a una particolare

⁵⁸ Cfr. GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, cit., 298.

⁵⁹ Si veda *infra*, Cap. terzo, § 3.

⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, con la nota di CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.; in proposito anche FRANZIN D., *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.; MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1133 ss..

⁶¹ Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-104/14, *Taricco e altri*, su cui cfr., fra le varie opere, PAONESSA C.-ZILLETTI L. (cur.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pacini, Pisa, 2016; BERNARDI A. (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017; VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti*

disposizione di diritto primario, l'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE, recante l'obbligo di risultato di reprimere in modo effettivo e dissuasivo le frodi e le altre attività illegali lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea.

Come noto, tale pronuncia ha dato luogo ad una assai intricata vicenda giudiziaria – talvolta definita, romanzescamente, come una «saga» – che ha visto, dapprima, la sollevazione di alcune questioni di legittimità costituzionale per la possibile lesione, da parte della «regola» applicabile a seguito della medesima pronuncia europea, di un principio supremo del nostro ordinamento, e cioè il principio di legalità e di irretroattività dei reati e delle pene⁶²; in seguito, la proposizione ad opera della Corte costituzionale italiana di un nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo, avente ad oggetto l'art. 325, parr. 1 e 2, TFUE proprio nel significato precisato nella sentenza *Taricco*⁶³; l'emissione di una seconda pronuncia da parte della Corte di Giustizia, la sentenza *M.A.S. e M.B.* (cd. sentenza *Taricco II* o *Taricco-bis*), in risposta a tale quesito interpretativo⁶⁴; da ultimo, il deposito della sentenza della Corte costituzionale che affronta, alla luce dei «chiarimenti interpretativi» forniti nella sentenza *M.A.S. e M.B.*, l'esame nel merito delle questioni di costituzionalità sollevate, e che dovrebbe rappresentare l'epilogo di questo preteso

sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenale.uomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*; CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimiti della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.; MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), spec. 3.; FARAGUNA P.-PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, *ivi*; LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*; MASTROIANNI R., *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, *ivi*; MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 3488 ss..

⁶² Si veda *infra* il § 3.3..

⁶³ Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, sulla quale, fra l'altro, cfr. BERNARDI A.-CUPELLI C. (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

⁶⁴ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, su cui AMALFITANO C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.

dialogo giudiziario⁶⁵.

Notevole e – se è consentito – magmatica è stata la letteratura scientifica apparsa a commento di tale complessiva vicenda, così come di ciascuna singola «tappa» intermedia della stessa, tanto che risulta, invero, difficile cercare di fornire in proposito un contributo che sia in qualche modo innovativo. Senza voler ritornare su tutte le questioni affrontate autorevolmente dalla dottrina, in questa sede pare opportuno circoscrivere l'analisi *ratione materiae*, limitandosi a segnalare i principali aspetti problematici emergenti dalla sentenza *Taricco* e dalle relative «correzioni» apportate con la successiva sentenza *M.A.S. e M.B.*, rinviando invece l'esame delle pronunce adottate dalla Corte costituzionale, le quali saranno partitamente esaminate⁶⁶, e che più in generale meritano di essere altresì interpretate in un quadro complessivo che tenga in considerazione i successivi sviluppi della medesima giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti fra diritto interno e diritto europeo dotato di effetti diretti⁶⁷.

3.1. Le peculiarità del contrasto fra norme interne ed europee all'origine del caso *Taricco*.

Il quesito interpretativo oggetto della pronuncia della Corte di Giustizia⁶⁸ – come, invero, esso è stato precisato e riformulato da quest'ultima⁶⁹ – riguardava l'interpretazione di una pluralità di norme di diritto europeo, e fra di esse principalmente del predetto art. 325 TFUE, affermando la necessità per gli Stati membri di predisporre

⁶⁵ Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115.

⁶⁶ Si veda *infra*, Cap. terzo, § 3.

⁶⁷ Offre una ricostruzione complessiva della giurisprudenza costituzionale, anche alla luce della sentenza n. 269/2017, cit., RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 293 ss..

⁶⁸ O meglio, il quesito rilevante fra quelli proposti dal Tribunale di Cuneo nella propria ordinanza di rinvio pregiudiziale del 17 gennaio 2014, reperibile in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), con la nota di ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, *ivi*.

⁶⁹ In effetti, il giudice italiano rimettente non aveva mai neppure menzionato nell'ordinanza di rinvio l'art. 325 TFUE, come segnala AMALFITANO C., *La "saga Taricco": dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-105/14 all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in Id. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 3 ss., spec. 4.

misure efficaci contro le frodi in materia di IVA e, nello specifico, la compatibilità, rispetto ad esse, della disciplina della prescrizione del reato contenuta negli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, c.p., nella versione all'epoca vigente.

Il combinato disposto, se così si può dire, delle previsioni legislative da ultimo menzionate, pur indicando diverse tipologie di atti interruttivi del decorso del periodo di prescrizione del reato, sanciva un limite massimo di durata di tale periodo, che in nessun caso avrebbe potuto essere superiore al tempo ordinario necessario a prescrivere il reato aumentato, salvo ipotesi peculiari, di un quarto. L'applicazione di siffatta disciplina nei giudizi penali aventi ad oggetto le frodi in materia di IVA – analoghi al giudizio nel cui ambito è stato promosso il rinvio pregiudiziale – conduceva, sovente, alla pronuncia di sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato in ragione dello spirare del termine prescrizionale, e ciò soprattutto nelle ipotesi delle cd. frodi carosello, il cui difficile accertamento esige, ed esige, tempistiche assai lunghe. Ne derivava, dunque, l'inoperatività di fatto del sistema repressivo configurato dal legislatore nazionale, il quale astrattamente era bensì adeguato alla gravità delle fattispecie di reato oggetto di contestazione⁷⁰.

3.1.1. I problemi connessi alla «disapplicazione» di norme interne impeditive al raggiungimento di un risultato imposto da norme europee.

È evidente che in questo caso il confronto fra diritto nazionale ed europeo dava luogo a una antinomia invero particolare, certamente differente rispetto alle ipotesi esaminate precedentemente in relazione agli strumenti normativi europei di diritto derivato dotati di diretta applicabilità o di efficacia diretta.

In tali situazioni, si è detto, si verifica un'antinomia fra norme «disciplinatrici» di una certa materia, allorquando entrambe le norme in questione – interna ed europea – rechino la regola decisoria astrattamente applicabile al giudizio pendente, sicché il giudice nazionale può risolvere tale contrasto fra norme semplicemente «disapplicando» la norma interna, e applicando la norma europea, sempre che, si intende, siffatta

⁷⁰ In generale, sull'incidenza dell'istituto della prescrizione sul sistema della giustizia penale e sulla punibilità dei singoli, cfr. GIOSTRA G., *La prescrizione: aspetti processuali*, in Beria Di Argentine C. (cur.), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Giuffrè, Milano, 2006, 79 ss.

disapplicazione non produca effetti punitivi *in malam partem* (insuscettibili di fondarsi su atti normativi di diritto secondario)⁷¹.

Qui, invece, l'antinomia assumeva una fisionomia diversa, implicando il raffronto con una norma europea di diritto primario, in tesi dotata di effetti diretti, la quale non recava la disciplina, né generale né di dettaglio, di alcuna materia, ma si limitava a stabilire un vincolo finalistico per il legislatore nazionale, ossia la repressione efficace e dissuasiva delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea⁷². Ad essere suscettibili di porsi in contrasto con tale vincolo finalistico non erano già singole e specifiche norme interne disciplinanti la medesima materia oggetto della norma europea, bensì quelle norme interne determinanti, anche solo in talune specifiche fattispecie concrete, una sostanziale compromissione del risultato imposto dalla norma europea.

L'esigenza di assicurare il rispetto di una siffatta norma europea poneva un duplice problema: quello di rinvenire le norme interne con essa ipoteticamente incompatibili, che, come si è anticipato, sono state individuate dal giudice nazionale precedente nelle norme generali regolanti il termine massimo di durata del periodo di prescrizione dei reati; e quello di rinvenire le norme interne applicabili in luogo delle norme riconosciute incompatibili con il diritto europeo, onde stabilire, a seguito della «disapplicazione», a quale diverso regime prescrizionale dovessero sottostare le fattispecie di reato di frode in materia di IVA.

3.1.2. I problemi connessi alla «disapplicazione» delle norme interne in tema di prescrizione.

A tali problemi se ne aggiungevano di ulteriori in ragione dei possibili effetti estensivi dell'area di operatività delle norme penali nazionali, derivanti dal riconoscimento dell'incompatibilità delle norme interne con il vincolo finalistico descritto dalla norma europea.

Tale riconoscimento avrebbe significato, infatti, l'attribuzione al giudice comune del

⁷¹ Si veda *supra*, § 2.2.1.

⁷² La norma europea in questione pone, in definitiva, un obbligo di risultato, cioè l'adeguata repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'UE, in un certo qual modo avvicinabile sul piano del contenuto a obblighi analoghi posti da direttive.

potere di disapplicare norme punitive sostanziali interne, quelle relative alla durata del termine prescrizione, con effetti *in malam partem* per i singoli soggetti imputati di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea. Il che rappresentava un esito alquanto discutibile sotto diversi profili: per la provenienza giudiziaria, e non legislativa, della regola punitiva applicabile; per l'indefinita indicazione degli effetti nel tempo di detta regola; per il carattere indeterminato dei presupposti in presenza dei quali essa avrebbe dovuto applicarsi.

3.2. L'iter motivazionale e il *decisum* della sentenza *Taricco*.

Siffatte questioni hanno trovato concretizzazione con l'emissione della sentenza *Taricco*, con la quale, *breviter*, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la descritta disciplina nazionale in tema di prescrizione fosse suscettibile di pregiudicare gli obblighi punitivi previsti dai paragrafi 1 e 2 dell'art. 325 TFUE, attribuendo al giudice comune nazionale il potere di procedere, all'occorrenza, alla disapplicazione della stessa.

Ripercorrendo l'*iter* logico-motivazionale seguito nella pronuncia, può dirsi che il primo passaggio essenziale è rappresentato dall'affermazione dell'astratta idoneità della normativa interna *de qua* ad incidere sulla effettività e sulla dissuasività del sistema punitivo previsto dal legislatore nazionale per la repressione delle frodi in materia di IVA, rientranti nel novero delle categorie di illecito lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea⁷³. Quanto al giudizio in concreto sulla compromissione degli obblighi punitivi predetti, esso veniva affidato al giudice comune, cui sarebbe spettato, in particolare, di verificare se l'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione determinasse «*in un numero considerevole di casi*» l'impunità penale per gli autori di tali frodi, ovvero se le medesime disposizioni nazionali operassero rispetto ai casi di frode in materia di IVA alla stregua di quanto avveniva nei casi di frodi lesive dei soli interessi finanziari dello Stato italiano⁷⁴.

⁷³ Cfr. C. giust. UE, *Taricco e altri*, cit., punti 34-46.

⁷⁴ *Ivi*, punti 47-48. Sul punto la Corte di Giustizia, peraltro, evidenziava come il diritto interno non preveda, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, così forse suggerendo quale potesse essere la disciplina nazionale applicabile in sostituzione di quella incompatibile con il diritto europeo.

Il secondo passaggio fondamentale della pronuncia è consistito nella precisazione dell'esatto contenuto delle disposizioni di cui all'art. 325 TFUE – cui è stato ricondotto l'obbligo degli Stati membri di predisporre una tutela adeguata degli interessi finanziari dell'Unione europea, previsto anche dalle diverse norme indicate dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio – le quali sono state interpretate come istitutive di un vincolo di risultato preciso e non condizionato, venendo, così, ad essere riconosciuta la natura di norme di diritto primario dotate di effetti diretti⁷⁵.

Nel terzo passaggio, conclusivo, relativo alle conseguenze da trarsi a seguito del riconoscimento in concreto dell'incompatibilità fra norme interne ed europee, la Corte di Giustizia chiariva che, qualora il giudice comune nazionale avesse ravvisato in concreto una compromissione dell'effettività e dissuasività del sistema punitivo in materia di IVA a causa dell'operare della disciplina interna sulla prescrizione, egli avrebbe dovuto provvedere alla disapplicazione di quest'ultima, senza chiederne o attenderne la previa rimozione in via legislativa o tramite un giudizio di costituzionalità, in virtù del principio del primato del diritto europeo⁷⁶.

3.2.1. Il riconoscimento di un potere di «disapplicazione» delle norme penali interne con effetti *in malam partem* e gli effetti nel tempo della pronuncia.

Fra le molteplici problematiche determinate dalle affermazioni contenute nella pronuncia – accolta, pur se con talune eccezioni⁷⁷, in modo critico dalla prevalente

⁷⁵ *Ivi*, 49-52. Assumono una posizione critica rispetto al riconoscimento di effetti diretti all'art. 325 TFUE, fra gli altri, AMALFITANO C., *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 153 ss.; BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); CANNIZZARO E., *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in Bernardi A. (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., spec. 46; GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. un. eur.*, 2017, spec. 259 ss.

⁷⁶ C. giust. UE, *Taricco e altri*, cit., punti 53-58.

⁷⁷ Pur se con talune riserve, e non senza sottolineare alcune problematiche, soprattutto rispetto al riconoscimento di effetti diretti all'art. 325 TFUE, assume una posizione non del tutto critica sulla pronuncia della Corte di Giustizia VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016; e oggi reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

dottrina italiana⁷⁸ – la prima a venire in rilievo atteneva alla portata dell’eventuale disapplicazione delle norme interne relative al regime di prescrizione dei reati con effetti *in malam partem*, possibilità riconosciuta in questa sede per la prima volta da parte della Corte di Giustizia, e sempre esclusa invece nella precedente giurisprudenza europea⁷⁹.

Si poneva, in particolare, la questione della perimetrazione nel tempo degli effetti prodotti dall’eventuale disapplicazione delle norme interne sulla prescrizione, attesa la necessità che ogni intervento punitivo, anche a prescindere dal suo fondamento, si espliciti comunque nel rispetto dei diritti fondamentali dei singoli interessati, e in particolare del divieto di applicare retroattivamente con effetti *in malam partem* norme penali, incriminatrici e sanzionatorie. Si trattava, cioè, di coordinare la possibile disapplicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione e l’esigenza di assicurare che nessuno potesse subire l’inflizione di pene per lui imprevedibili in base alla disciplina esistente al momento della commissione del fatto incriminato.

Tale questione è stata esplicitamente affrontata dalla Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato come la disapplicazione delle norme interne avrebbe determinato l’irrogazione di sanzioni cui i soggetti interessati sarebbero altrimenti sfuggiti; e ha bensì riconosciuto, su di un piano generale, che la disapplicazione non potesse determinare violazioni dei diritti fondamentali, e quindi dei principi di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene *ex art. 49 CDFUE*, in base ai quali 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 internazionale⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); SICURELLA R., *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, *ivi*; in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016; BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, *cit.*

⁷⁹ Sulla scelta, affatto innovativa, deve rilevarsi nella decisione l’assenza di un adeguato percorso motivazionale, come notato da MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è vero dialogo?*, in Bernardi A.-Cupelli C. (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, *cit.*, 281 ss. e spec. 284, il quale segnala una «certa penuria di argomentazioni».

⁸⁰ Cfr. C. giust. UE, *Taricco e altri*, *cit.*, punti 53-54.

Purtuttavia, lo stesso Giudice europeo ha nella specie ritenuto che l'eventuale disapplicazione delle norme interne, anche nell'ambito di procedimenti penali già pendenti rispetto a fatti anteriori, non desse luogo ad una violazione di tali diritti fondamentali degli imputati, in considerazione dello specifico effetto prodotto da detta disapplicazione, ossia il semplice mancato abbreviamento del termine di prescrizione di reati, lasciando intendere, in questo modo, che anche il giudice *a quo* avrebbe potuto procedere alla disapplicazione⁸¹.

Nella pronuncia, quindi, si ammetteva che il principio di legalità dei reati e delle pene, e nello specifico il divieto di applicare retroattivamente norme incriminatrici nuove o trattamenti sanzionatori deteriori, non fosse preclusivo a una modifica in senso sfavorevole del regime di prescrizione dei reati⁸², così escludendosi implicitamente che la disciplina di quest'ultima materia concernesse il diritto penale sostanziale: il Giudice europeo ometteva, però, di considerare che, proprio nell'ordinamento italiano, all'istituto della prescrizione era, ed è, attribuita, per consolidata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, siffatta natura sostanziale⁸³.

3.2.2. L'indeterminatezza della «regola» giurisprudenziale e il rispetto dei principi di precisione e tassatività delle fattispecie incriminatrici.

V'era, inoltre, un secondo profilo problematico della decisione, legato alle modalità indeterminate attraverso cui venivano definite le condizioni in presenza delle quali si sarebbe dovuto procedere alla disapplicazione delle norme interne.

Vi si affermava, infatti, che a tale conclusione il giudice nazionale sarebbe dovuto pervenire dopo aver verificato, in concreto, se le norme interne fossero preclusive all'irrogazione, nei confronti degli autori di fatti di «*frode grave*» lesivi degli interessi

⁸¹ *Ivi*, punti 55-57.

⁸² In proposito, veniva citata in supporto anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁸³ Evidenziava come la Corte di Giustizia avrebbe potuto provvedere a una limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia, evitando la retroattività degli effetti *in malam partem*, 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 da parte della Corte di giustizia?*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 117 ss..

finanziari dell'Unione europea, di sanzioni effettive e dissuasive «*in un numero considerevole di casi*», ovvero se le medesime norme interne prevedessero, per le ipotesi di frode lesive degli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le ipotesi di frode lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea.

La «regola» recata dal dispositivo della pronuncia, dunque, indicava in modo non così preciso i presupposti della disapplicazione, di tal che i margini di discrezionalità entro cui si sarebbe dovuta svolgere l'attività del giudice comune erano piuttosto ampi, dando luogo a profili di attrito con il principio di determinatezza e tassatività, corollario del più generale principio di legalità dei reati e delle pene⁸⁴.

3.3. Il séguito giurisprudenziale interno: le questioni di costituzionalità sulla «regola Taricco» e il nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo ad opera del Giudice costituzionale.

Su siffatti problemi si è incentrato l'articolato séguito giudiziario interno⁸⁵, nell'ambito del quale, in taluni casi, si è data applicazione alla «regola Taricco»⁸⁶, anche

⁸⁴ In argomento, si veda MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, cit., spec. 3.; EUSEBI V.L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁸⁵ Per una ricostruzione complessiva di esso, cfr. BERNARDI A., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in Id. (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., VII ss.; ANDREAZZA G., *Il seguito dictum Taricco nella giurisprudenza di legittimità*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 27 ss.

⁸⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 17 settembre 2015 (dep. 26 gennaio 2016), n. 2210, *Pennacchini*, in *C.E.D.* n. 266121, in cui si è proceduto alla disapplicazione delle norme interne, e si è quindi proseguito nel processo penale in corso di celebrazione, pur a fronte del fatto che la prescrizione fosse già maturata (ma non dichiarata) in data anteriore all'emissione della sentenza *Taricco*: sulla pronuncia della Suprema Corte, si vedano i commenti 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*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), e di REPETTO G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2016, 329 ss.; Cass. pen., Sez. IV, sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, *Tormenti*, in *C.E.D.* n. 266078, nella quale la verifica delle condizioni per procedere alla «disapplicazione» ha dato esito negativo e si è pertanto ritenuta la perdurante applicabilità della disciplina interna sulla prescrizione, implicitamente

tentando di definirne le relative nozioni di *frode grave* e di *numero considerevole di casi*⁸⁷, e, in altri casi, si è proceduto a sollevare questione di legittimità costituzionale sulla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui autorizzava la penetrazione nell'ordinamento interno dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, in tesi incompatibile con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona, con particolare riguardo al principio di legalità in materia penale⁸⁸.

La Corte costituzionale, pur condividendo nella sostanza i rilievi formulati dai giudici *a quibus*, decideva non già di ergere i cd. controlimiti, come pure era stato sostenuto in dottrina⁸⁹, bensì di adottare un approccio (solo) apparentemente dialogante, proponendo un nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia, basato su un'implicita richiesta di interpretazione «correttiva» di quanto precedentemente affermato da quest'ultima⁹⁰, in assenza della quale veniva prospettata l'operatività dei controlimiti⁹¹.

riconoscendosi, peraltro, che la regola *Taricco* avrebbe potuto operare solo a condizione che il termine prescrizione fosse ancora pendente: si vedano, in proposito, i commenti di PITTARO P., *Sentenza Taricco: per la Cassazione non può applicarsi ove la prescrizione sia già decorsa*, in *ilpenalista.it*, 2016 (ultimo accesso: 30 giugno 2020), e di GALLUCCIO A., *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁸⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 7 giugno 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 44584, *Puteo e altro*, in C.E.D. n. 269281; sent. 15 dicembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12160, *Scanu*, in C.E.D. n. 269323; sent. 21 aprile 2017 (dep. 22 giugno 2017), n. 31265, *P.G. in proc. Schiavolin*, in C.E.D. n. 270193.

⁸⁸ Le due ordinanze che hanno dato luogo al giudizio di costituzionalità, in cui poi sono intervenute l'ord. n. 24/2017 e la sent. n. 115/2018 della Corte costituzionale, sono Corte d'appello di Milano, ordinanza 18 settembre 2015, n. 6421/14, su cui VIGANÒ F., *Il caso Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015; e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); e Cass. pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346. Si rinviengono altre tre ordinanze di rimessione, decise dalla Corte costituzionale con la ordinanza 21 dicembre 2018, n. 243: Tribunale di Siracusa, ord. 25 maggio 2016 e ord. 2 febbraio 2017; Cass. pen., sez. III, ord. 31 marzo 2016, n. 33538;

⁸⁹ In tal senso, cfr. CIVELLO G., *La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015; BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016; CAMON A., *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016.

⁹⁰ Cfr. CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017; e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁹¹ Cfr. MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *penalecontemporaneo.it*,

Più precisamente, i quesiti interpretativi formulati dal Giudice delle leggi erano volti a chiarire se l'art. 325, parr.1 e 2, TFUE dovesse essere interpretato nel senso di imporre la «disapplicazione» della normativa nazionale sulla prescrizione – di cui veniva confermata la natura sostanziale, e non processuale – quando mancasse una base legale sufficientemente determinata (primo quesito), e quando, nell'ordinamento dello Stato membro, la prescrizione fosse parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità (secondo quesito), nonché se la «regola *Taricco*» dovesse operare anche quando tale «disapplicazione» fosse in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro, cioè i cd. controlimiti al primato del diritto europeo (terzo quesito).

3.4. Le precisazioni e le correzioni apportate dalla sentenza *M.A.S. e M.B.* (cd. sentenza *Taricco II*).

La Grande Sezione della Corte di Giustizia, nuovamente chiamata ad intervenire nella vicenda⁹², ha quindi adottato una decisione «conciliativa», con la quale ha provveduto a precisare⁹³ e, in parte, a correggere alcuni passaggi della precedente

2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017; 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)*, *ivi*; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*.

⁹² Cfr. DI FEDERICO G., *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 107 ss.; ROSSI L.S., *M.A.S. e M.B. e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono... pur parlando lingue diverse*, *ivi*, 153 ss.; BIN R., *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, *ivi*, 227 ss.; D'AMICO M., *Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di giustizia*, *ivi*, 235 ss.; LUPO E., *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile*, *ivi*, 349 ss..

⁹³ La stessa Corte di Giustizia riconosce che le precisazioni si rendono necessarie, in ragione degli interrogativi dalla Corte costituzionale «che non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza *Taricco*» (punto 28 della sentenza): sul punto LUPO E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, 2017, in

pronuncia⁹⁴. L'affermazione generale secondo cui i giudici nazionali avrebbero dovuto verificare se la scelta di «disapplicare» la normativa interna potesse dar luogo a violazioni dei diritti fondamentali delle persone accusate di avere commesso un reato è stata oggetto di ulteriore valorizzazione, sottolineandosi in particolar modo l'esatta portata, anche sul piano sovranazionale, del principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi corollari di prevedibilità, determinatezza e irretroattività.

Le *precisazioni* – o, forse potrebbe dirsi, le *aggiunte* – contenute in questa seconda pronuncia derivavano principalmente da un'adeguata considerazione del principio di determinatezza, venendo infatti chiarito che, ove la «regola *Taricco*» avesse condotto a una situazione di incertezza, nell'ordinamento giuridico italiano, circa l'individuazione del regime di prescrizione applicabile, si sarebbe verificata una situazione di contrasto con il predetto principio, e quindi il giudice nazionale non sarebbe stato tenuto a «disapplicare» le disposizioni interne sulla prescrizione⁹⁵.

Le *correzioni* riguardavano, invece, il rapporto fra disapplicazione e principio di irretroattività in materia penale. Nella prima sentenza – lo si è detto – la Corte di Giustizia aveva sostanzialmente escluso che una semplice modifica *in malam partem* del regime di durata della prescrizione fosse tale da determinare condanne qualificabili come imprevedibili, dal che era conseguita la configurabilità della «disapplicazione» delle norme interne. In questa seconda decisione Essa ha, invece, espressamente riconosciuto che il richiamato principio di irretroattività osta a detta «disapplicazione» delle norme interne nei procedimenti penali relativi a fatti avvenuti anteriormente all'emissione della sentenza *Taricco*, giacché gli autori di tali fatti sarebbero stati altrimenti assoggettati a un regime di punibilità più severo di quello previsto al momento della commissione del reato⁹⁶.

Di qui, la conclusione secondo cui la «regola *Taricco*» dovesse operare solamente

penalecontemporaneo.it, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

⁹⁴ Nel senso di una rilettura manipolativa della precedente sentenza *Taricco*, si veda INSOLERA P., *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *L'indice penale*, 2018, spec. 249.

⁹⁵ Cfr. C. giust. UE, *M.A.S. e M.B.*, cit., spec. punti 56 e 59.

⁹⁶ *Ivi*, spec. punti 55, 57 e 60.

nella misura in cui la «disapplicazione» delle norme interne sulla prescrizione non determinasse una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, in ragione dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile ovvero dell'applicazione retroattiva di una normativa penale deteriore rispetto a quella del *tempus commissi delicti*.

3.5. Le questioni rimaste inevase: il trattamento penalistico dei fatti commessi successivamente alla pronuncia della sentenza *Taricco*.

A ben vedere, la sentenza *M.A.S. e M.B.*, nonostante le precisazioni e le correzioni di cui si è dato conto, non pareva aver messo in discussione l'elemento di novità emergente dalla sentenza *Taricco*, ossia l'affermazione della astratta possibilità che il contrasto con una norma di diritto europeo primario dotata di effetti diretti potesse fondare la «disapplicazione» di norme penali interne dando luogo a conseguenze giuridiche sfavorevoli nei confronti dei singoli: essa ne aveva semplicemente circoscritto l'ambito di operatività, assoggettando tale potere di «disapplicazione», ad opera del giudice nazionale, alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali⁹⁷.

Così, se si è chiarita esplicitamente l'inoperatività della «disapplicazione» rispetto ai fatti commessi prima della data di emissione della sentenza, rimuovendosi ogni dubbio circa il relativo trattamento penalistico, restava, invece, ancora un margine di incertezza circa la disciplina applicabile ai fatti a tale data successivi; rispetto a questi ultimi si rimetteva al giudice nazionale il compito di verificare il rispetto del principio di determinatezza, e quindi di procedere ovvero di non procedere, in base all'esito di siffatta verifica, alla «disapplicazione» delle norme interne⁹⁸.

Senonché, considerati i caratteri generici e vaghi dei presupposti condizionanti la «disapplicazione» *in malam partem*, i quali finivano per attribuire sostanzialmente al giudice comune nazionale ampia discrezionalità, persistevano *in parte qua* i profili già segnalati di contrasto con il principio di determinatezza cui deve sottostare ogni

⁹⁷ La conclusione resta affatto innovativa, se si considera che, come si è visto, tale possibilità era stata sempre negata dalla giurisprudenza europea nelle ipotesi di antinomia con norme di diritto europeo secondario contenute in direttive e in regolamenti.

⁹⁸ MARCENÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Quad. cost.*, 2018, 231 ss..

intervento punitivo. Restava, quindi, inevaso il problema della compatibilità, rispetto a tale principio, della *regola* di provenienza giurisprudenziale, affermata nella sentenza *Taricco* e poi precisata nella successiva sentenza *M.A.S. e M.B.*, un problema affatto nuovo invece affrontato, come si vedrà, dalla Corte costituzionale nella sentenza *n. 115 del 2018*⁹⁹.

4. LA GIURISPRUDENZA EUROPEA INTERPRETATIVA DI NORME DI DIRITTO PRIMARIO CONTENUTE NELLA CDFUE.

Ancor più di recente, è emersa una terza area di incidenza della giurisprudenza europea sul diritto sanzionatorio nazionale, allorché la Corte di Giustizia ha avuto modo di interessarsi della interpretazione delle garanzie fondamentali recate nella CDFUE, e conseguentemente anche di eventuali ipotesi di contrasto fra norme interne e relative norme europee, le quali, essendo ora ricondotte al diritto primario, se chiare, precise e incondizionate sono suscettibili di avere effetti diretti¹⁰⁰.

4.1. La peculiare fisionomia delle ipotesi di contrasto fra diritto interno e norme europee recanti garanzie fondamentali penalistiche.

Siffatta categoria di antinomie dà luogo a problematiche peculiari, verificandosi un contrasto fra norme interne, che recano la disciplina di una certa materia, e norme europee, dotate del carattere della diretta efficacia, che pongono solamente un vincolo finale di risultato, e cioè il fatto che l'applicazione delle norme interne non possa in alcun modo comportare una violazione della corrispondente garanzia fondamentale.

Analogamente a quanto sottolineato in relazione alla vicenda *Taricco*, e in particolar modo al contrasto della normativa nazionale con l'art. 325 TFUE, anche in questo caso l'eventuale disapplicazione delle norme interne ritenute dal giudice precedente tali da determinare la violazione di un diritto o una libertà affermati nella CDFUE potrebbe dare

⁹⁹ Si rinvia, nuovamente, al Cap. successivo, § 3.

¹⁰⁰ Tralasciando per ora le garanzie penalistiche, sono stati riconosciuti effetti diretti, anche orizzontali: al divieto di discriminazioni sancito dall'art. 21 CDFUE, cfr. C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Egenberger*; al diritto alle ferie annuali garantite riconosciuto dall'art. 31, par. 2, CDFUE, cfr. C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 6 novembre 2018, causa C-684/16, *Max-Planck*.

luogo al problema di rinvenire le diverse norme interne suscettibili di recare la disciplina «sostitutiva» di quella contrastante con il diritto europeo, posto che quest'ultimo non è di per sé in grado di fornire al giudice la regola del decidere sulla fattispecie di cui egli sia investito.

4.2. Le «dilematiche» conseguenze del contrasto: la giurisdizione comune fra disapplicazione del diritto interno e promovimento del giudizio di costituzionalità.

Ma le incertezze concernenti la risoluzione di questa particolare categoria di antinomie non attengono soltanto al possibile risultato finale, vale a dire all'individuazione della disciplina applicabile a seguito della risoluzione del contrasto fra norme interne ed europee, bensì anche allo stesso strumento giuridico a tal fine azionabile dalle autorità giurisdizionali nazionali.

Sotto questo aspetto, infatti, le prospettive della giurisprudenza europea e di quella costituzionale appaiono in un certo qual modo collidenti, rendendo difficoltoso il compito spettante al giudice comune che si trovi investito di un giudizio nel cui ambito debbano applicarsi norme nazionali contrastanti con garanzie fondamentali europee. Se, infatti, la Corte di Giustizia riconosce, in tali ipotesi, il potere dei giudici nazionali di disapplicare direttamente la normativa interna che si ponga in contrasto con la garanzia europea, senza attenderne la rimozione in via legislativa o tramite la promozione di un giudizio di costituzionalità, la Corte costituzionale ritiene, invece, che detti giudici debbano prioritariamente sollevare questione di legittimità costituzionale¹⁰¹.

4.3. La giurisprudenza europea sulla garanzia del *ne bis in idem* quale «primo» esempio delle problematiche derivanti da un'ipotesi di contrasto fra norme interne e garanzie fondamentali europee.

Le questioni appena illustrate su di un piano teorico sono emerse in tutta la loro concretezza in relazione alla garanzia del *ne bis in idem*, oggetto di un'ampia e

¹⁰¹ Tale ricostruzione è stata elaborata dalla Corte costituzionale con le già citate sent. n. 269 del 2017 (n. 5.2 *Cons. dir.*), sent. n. 20 del 2019, n. 20 (n. 2 *Cons. dir.*), sent. n. 63 del 2019 (n. 4.3 *Cons. dir.*), sent. n. 112 del 2019 (n. 7 *Cons. dir.*) e ord. n. 117 del 2019 (n. 2 *Cons. dir.*), come si è *supra* illustrato nel Capitolo introduttivo, § 4.

significativa elaborazione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia, la portata delle cui ricadute sull'ordinamento italiano deve ancora essere esaminata e delimitata con precisione. Le problematiche maggiori attengono, oggi, all'incidenza di tale garanzia sulla configurazione dei sistemi punitivi nazionali articolantesi secondo una struttura di cd. doppio binario, alla stregua di quanto avvenuto rispetto alla corrispondente garanzia convenzionale¹⁰².

La protezione assicurata dal diritto europeo alla garanzia del *ne bis in idem* è riconducibile a diversi strumenti normativi stratificatisi ed è stata precisata, nel tempo, dall'opera ermeneutica della giurisprudenza, di tal che, onde cogliere l'esatta portata delle problematiche cui si fatto cenno, è quanto mai opportuno ricostruire l'emersione della garanzia, dapprima, nel diritto comunitario e, successivamente, nel diritto dell'Unione europea¹⁰³.

4.3.1. Excursus storico: la garanzia del *ne bis in idem* nel contesto comunitario ed europeo.

Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht¹⁰⁴ e della istituzione, per così dire, del terzo pilastro relativo alla giustizia ed agli affari interni, il principio del *ne bis in idem* aveva costituito oggetto di dibattito, proposte ed iniziative nel contesto della cooperazione politica europea, essendo ben chiara, sin da allora, la necessità di una giustizia europea fondata su principi transnazionali, in grado di andare oltre i confini delle singole giurisdizioni nazionali.

4.3.1.1. Il riconoscimento del *ne bis in idem* transnazionale nella Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (CAAS).

Il primo passo concreto fu compiuto con l'elaborazione della *Convenzione sul ne bis*

¹⁰² Cfr. in proposito, i contributi nella sezione monografica, a cura di GROSSO E., del fascicolo n. 4/2019 della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, per i cui riferimenti si veda *supra*, nella Premessa.

¹⁰³ Cfr., da ultimo, NASCIBENE B., *Il divieto di bis in idem nell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, 4, 2020, 95 ss..

¹⁰⁴ Firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

*in idem*¹⁰⁵ tra gli Stati membri delle Comunità europee. Sebbene tale documento non avesse riscosso il successo forse sperato, visto l'esiguo numero di ratifiche¹⁰⁶, il suo contenuto fu comunque poi trasposto nella *Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985*, datata 19 giugno 1990¹⁰⁷.

Gli accordi di Schengen, per quanto originariamente avessero solamente natura convenzionale intergovernativa, esterna all'ambito del diritto comunitario, e fossero riferibili solo ad una minoranza di Stati appartenenti alla Comunità Europea, rappresentarono un importante punto di svolta nella cooperazione rafforzata nel campo della giustizia e degli affari interni, costituendo la prima convenzione multilaterale che prevedesse la garanzia del *ne bis in idem* quale diritto individuale nell'ambito dell'area Schengen¹⁰⁸.

Nello specifico, l'art. 54 CAAS sanciva, sul piano transnazionale, il divieto di subire un nuovo procedimento penale, in uno degli Stati contraenti, rispetto a fatti già oggetto di una sentenza definitiva pronunciata nell'ambito di un altro Stato contraente; e ne condizionava l'operatività alla circostanza che, in caso di condanna, la pena fosse stata eseguita, fosse effettivamente in corso di esecuzione o, secondo la legge dello Stato contraente in cui era stata pronunciata la condanna, non potesse più essere eseguita.

La garanzia dipendeva, quindi, da una clausola di esecuzione legata all'effettività della sanzione, al fine di evitare spazi di impunità, emergendo chiaramente, sotto questo aspetto, la «doppia anima» che la garanzia a livello internazionale assumeva (diritto dell'individuo e, al contempo, strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali), espressiva di una tensione fra tutela degli individui e tutela della sovranità nazionale¹⁰⁹: una tensione, d'altra parte, ulteriormente evidenziata dall'art. 55 CAAS¹¹⁰, che limitava

¹⁰⁵ Firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987.

¹⁰⁶ La *Convenzione sul ne bis in idem* è stata ratificata da Danimarca, Francia, Italia, Paesi Bassi e Portogallo.

¹⁰⁷ Quanto all'Italia, la Convenzione è stata resa esecutiva con la legge 30 settembre 1993, n. 388.

¹⁰⁸ Cfr. VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 32 ss., spec. 47.

¹⁰⁹ Cfr. PIAZZA M.-PISAPIA A., *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3275.

¹¹⁰ Art. 55 CAAS: «1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in

l'ambito di applicazione della garanzie medesime, introducendo la facoltà per gli Stati dell'area Schengen di apporre riserve al momento dell'approvazione o della ratifica¹¹¹.

4.3.1.2. L'incorporazione dell'*acquis* di Schengen nel diritto dell'Unione europea.

La garanzia del *ne bis in idem* transnazionale, di importanza centrale nel quadro di una sempre più intensa integrazione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, fu incorporata nell'ambito del diritto dell'Unione europea a seguito del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel maggio del 1999¹¹². Con il Protocollo n. 19 annesso a tale trattato l'*acquis* di Schengen, ossia gli Accordi del 1985 e del 1990, divennero infatti diritto dell'UE tramite la espressa previsione secondo cui la cooperazione avviata dai tredici Stati firmatari¹¹³ sulla base di tali Accordi avrebbe dovuto essere realizzata «nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione Europea»¹¹⁴.

tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio. 2. Una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata al paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata. 3. Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1. 4. Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione».

¹¹¹ Tale facoltà è stata esercitata dall'Italia con l'art.7 della legge n. 388/1993.

¹¹² Firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997.

¹¹³ Si veda la nota precedente.

¹¹⁴ Cfr. art. 1 del Protocollo: «*Il Regno del Belgio, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Finlandia e il Regno di Svezia, firmatari degli accordi di Schengen, sono autorizzati a instaurare tra loro una cooperazione più stretta nel campo di applicazione di tali accordi e delle disposizioni collegate, quali sono elencati nell'allegato del presente protocollo, in prosieguo denominato "acquis" di Schengen. Tale cooperazione è realizzata nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione europea e nel rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato sull'Unione europea e del trattato che istituisce la Comunità europea*».

4.3.2. Il riconoscimento del *ne bis in idem* nazionale e transnazionale nella CDFUE.

Una nuova ulteriore, e come si vedrà decisiva, «tappa» nella progressiva affermazione in ambito europeo della garanzia del *ne bis in idem* nella sua attuale configurazione, è stata la solenne proclamazione, nel 2000, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 50 ha riconosciuto il diritto di non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso reato¹¹⁵.

Il tenore letterale della disposizione è rimasto immutato anche dopo l'attribuzione alla CDFUE dello stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi, di tal che la garanzia assicura tanto il *ne bis in idem* transnazionale, già oggetto dell'*acquis* di Schengen, quanto quello nazionale, affermando cioè l'operatività del divieto anche sul piano interno alla giurisdizione di un singolo Stato; e, in tale duplice estensione, essa rappresenta un diritto fondamentale vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri assicurato da una norma riconducibile al diritto europeo primario.

4.3.2.1. I dubbi (irrisolti) circa il rapporto fra l'art. 50 CDFUE e gli artt. 54-55 CAAS.

La protezione assicurata dal diritto europeo alla garanzia in esame si caratterizza per un'accentuata frammentazione di fonti normative¹¹⁶, aventi un diverso ambito applicativo territoriale e una diversa portata. La mancanza di un'unica previsione in materia di *ne bis in idem* nell'ambito del diritto europeo è stata segnalata anche dall'Avvocato Generale

¹¹⁵ La disposizione recita che «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

¹¹⁶ Oltre all'art. 50 della Carta e all'art. 54 CAAS occorre segnalare l'art. 3 n. 2) della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri: in base a questa disposizione può essere rifiutata l'esecuzione del mandato d'arresto europeo «se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna». Inoltre, anche nel settore del diritto della concorrenza la Corte di Giustizia, pur in assenza di specifiche disposizioni, ha applicato il principio del *ne bis in idem*.

nel caso *Toshiba*¹¹⁷, e in dottrina v'è chi riteneva opportuna una *reductio ad unum*¹¹⁸.

Da questo punto di vista, viene quindi in rilievo il rapporto fra le previsioni della Convenzione Applicativa degli Accordi di Schengen e quelle della Carta dei Diritti Fondamentali, e in particolar modo il problema della perdurante legittimità e operatività delle deroghe all'applicazione della garanzia del *ne bis in idem* indicate all'art. 55 CAAS.

Sul punto la giurisprudenza europea non ha ancora avuto modo di fare chiarezza, dal momento che la questione, pur portata all'attenzione del Giudice europeo nella causa *Kossowski*, e altresì oggetto di ampie e interessanti osservazioni dell'Avvocato Generale, non è stata tuttavia esaminata nel merito¹¹⁹.

4.3.2.2. Le questioni preliminari dell'ambito di applicazione della Carta e della competenza della Corte di Giustizia in relazione ai diritti fondamentali.

Nell'ambito della sentenza *Åkerberg Fransson*¹²⁰ – in cui veniva in rilievo proprio la garanzia del *ne bis in idem*¹²¹ – è stata, invece, affrontata la questione relativa all'ambito

¹¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate l'8 settembre 2011, C-17/10, *Toshiba Corporation e altri*, punti 111-124. In modo particolare l'AG ha evidenziato come, in relazione alla nozione di *idem*, i criteri di applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto della concorrenza siano diversi rispetto agli altri settori del diritto: secondo l'AG «una tale variabilità nell'interpretazione e nell'applicazione del principio del *ne bis in idem* a seconda del settore giuridico nuoce all'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Dall'importanza basilare di tale principio quale principio portante del diritto dell'Unione, fornito del rango di diritto fondamentale, consegue che il suo contenuto non può essere sostanzialmente diverso a seconda del settore giuridico interessato».

¹¹⁸ Cfr. MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il principio del ne bis in idem*, in *Diritti um. dir. int.*, 2, 2013, 578.

¹¹⁹ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowski*, su cui BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

¹²⁰ C. giust. UE., *Aklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit..

¹²¹ La vicenda interna che ha dato avvio al giudizio interpretativo dinanzi alla Corte di Lussemburgo riguardava un caso di cd. doppio binario sanzionatorio in materia tributaria: il sig. Fransson era chiamato a comparire dinanzi al Tribunale di primo grado per rispondere dell'imputazione di frode fiscale aggravata per aver fornito informazioni inesatte nelle dichiarazioni fiscali relative agli anni 2004 e 2005 ed aver omesso di presentare alcune dichiarazioni relative ai contributi sociali dei datori di lavoro per i periodi di riferimento dei mesi di ottobre 2004 e di ottobre 2005. Senonché, in relazione alle stesse condotte illecite l'amministrazione tributaria svedese, con decisione del 24 maggio 2007, gli aveva già applicato una serie di c.d. sovrattasse; tale decisione non era stata oggetto di ricorso al giudice amministrativo ed era, di

di applicazione delle garanzie fondamentali riconosciute nella CDFUE. La portata del chiarimento interpretativo ha riguardato, in particolare, lo specifico aspetto dell'applicabilità agli Stati membri, che l'art. 51, par. 1, della Carta stessa limita alle ipotesi di «attuazione del diritto dell'Unione»¹²².

Al riguardo, la Corte di Giustizia, anche richiamando la propria giurisprudenza anteriore al Trattato di Lisbona, e ponendosi in una linea di continuità con essa, ha chiarito che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento dell'Unione Europea debbono essere rispettati ogniqualvolta una normativa nazionale possa dirsi rientrante nell'ambito di applicazione del diritto europeo.

Siffatta prospettiva, secondo cui le norme interne attuative del diritto europeo coinciderebbero con quelle rientranti nelle materie di competenza delle istituzioni europee, sarebbe confermata dalle *Spiegazioni* relative allo stesso art. 51 della Carta, ove può leggersi che «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione»; e sarebbe ulteriormente corroborata dagli artt. 6, par. 1, TUE e 51, par. 2, CDFUE, in base ai quali le disposizioni della Carta non possono estendere in alcun modo le competenze dell'Unione, così come definite dai Trattati¹²³.

conseguenza, divenuta definitiva.

¹²² Cfr. VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013, 294 ss.; CALVANO R., *Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale... nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giur. cost.*, 2013, 3615 ss..

¹²³ Per quanto concerne il caso di specie, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le sovrattasse e il procedimento penale fossero in parte connessi a violazioni degli obblighi dichiarativi in materia di IVA, e per questa ragione è stato rinvenuto un duplice collegamento tra diritto interno e diritto europeo. In primo luogo, le sovrattasse e il procedimento penale sono stati messi in relazione a talune disposizioni della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 26 novembre 2006, sul sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, e con l'art. 4 par. 3 TUE, in virtù del quale ogni Stato membro ha l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative al fine di garantire che l'IVA sia interamente riscossa nel suo territorio e a lottare contro la frode. In secondo luogo, è stata ravvisata una connessione fra la violazione degli obblighi dichiarativi in materia di IVA e il già menzionato art. 325 TFUE. La Corte ha, così, concluso che le fattispecie di diritto interno sulla cui base erano state applicate le sovrattasse ed era stato avviato il procedimento penale per frode fiscale, pur non costituendo diretta trasposizione sul piano interno di norme europee, potevano dirsi attuative del diritto dell'Unione. In definitiva, il legame tra la normativa interna e il diritto europeo è stato ricostruito sulla base del nesso tra riscossione del gettito IVA e bilancio dell'Unione.

Dunque, tra le possibili interpretazioni della disposizione in esame si è optato per la più ampia, atteso che il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta è richiesto non solo in relazione alle misure nazionali che trovano la loro causa efficiente nel diritto europeo, ma anche rispetto a quelle misure che comunque entrano nella sfera del medesimo diritto europeo in quanto oggettivamente funzionali alla sua attuazione¹²⁴; e quindi anche un legame attuativo debole tra diritto interno e diritto dell'Unione non esclude l'operatività della Carta¹²⁵.

4.3.2.3. Il contenuto del *ne bis in idem* europeo e i relativi rapporti con la corrispondente garanzia convenzionale.

Quanto al contenuto, pur se con tali limitazioni dell'ambito applicativo, la garanzia del *ne bis in idem* affermata dall'art. 50 CDFUE nella sua componente nazionale – e cioè quando operante rispetto a procedimenti interni a un singolo Stato – è stata ricostruita in modo parzialmente sovrapponibile a quello della corrispondente garanzia, già esaminata, prevista nel sistema del Consiglio d'Europa, come emerge, del resto, dall'analisi dei relativi elementi costitutivi¹²⁶.

¹²⁴ VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia*, cit., evidenzia come con le coeve sentenze *Melloni* e *Akerberg Fransson* la Corte ha tracciato una *summa divisio*, tra le situazioni rientranti nell'ambito di applicazione della Carta, a seconda che l'operato degli Stati membri sia «del tutto determinato» dal diritto dell'Unione o meno: solo nel secondo caso vi sarebbe spazio per l'applicazione degli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a condizione che essi forniscano una tutela più elevata di quella della Carta e che non mettano in discussione il primato, l'uniformità e l'effettività del diritto dell'Unione. In argomento, cfr. altresì LAZZERINI N., *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2013, 895; CONTI R., *Gerarchia tra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *diritticomparati.it*, 2013 (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

¹²⁵ Netta, da questo punto di vista, è stata la presa di distanza della Corte di Giustizia dalla posizione espressa dall'Avvocato Generale Villalón nelle sue *Conclusioni*, secondo cui la Corte avrebbe dovuto, invece, scegliere un'interpretazione maggiormente restrittiva dell'art. 51, par. 1, CDFUE: l'ambito di applicazione della Carta avrebbe dovuto coincidere con le sole misure nazionali rispetto alle quali il diritto dell'Unione rappresenta la causa e non la mera *occasio*.

¹²⁶ D'altra parte, l'art. 52 par. 3 della Carta afferma, infatti, 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

Difatti, nell'elaborazione della nozione di *materia penale* la Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza *Bonda*¹²⁷, ha fatto sostanzialmente propri gli *Engel criteria* messi a punto dall'opera giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, a tal fine prendendo in considerazione la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito e il grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere.

Anche rispetto alla garanzia europea, quindi, illeciti, sanzioni e procedimenti privi di una qualificazione formale penalistica negli ordinamenti nazionali sono suscettibili di assumere tale natura in ragione di elementi di carattere sostanziale. Si tratta di un approdo che ha trovato conferma nella giurisprudenza europea successiva, dapprima nella già richiamata sentenza *Åkerberg Fransson*, in cui il Giudice europeo si è limitato a rimettere al giudice nazionale il compito di verificare la natura penale dei procedimenti avviati sul piano interno, e in seguito nelle sentenze rese nei casi *Di Puma*, *Garlsson Real Estate e Menci*¹²⁸, nelle quali invece Esso ha altresì fornito significative indicazioni al giudice nazionale, di fatto risolvendo direttamente il problema della qualificazione dei procedimenti punitivi.

Analogamente, coincide anche la nozione di *stessi fatti* utilizzata dalle due Corti europee, le quali accolgono quale criterio rilevante l'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, le quali abbiano condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato; non assumono valore, quindi, la qualificazione giuridica, nel diritto nazionale, dei fatti e dell'interesse giuridico tutelato (*idem* in senso materiale)¹²⁹. In questo caso, però, è stata

suddetta convenzione», pur precisando che non è precluso al diritto dell'Unione concedere «una protezione più estesa».

¹²⁷ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*.

¹²⁸ C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*; sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; sent. 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*.

¹²⁹ La giurisprudenza europea formatasi in relazione all'art. 54 CAAS aveva ricorrentemente individuato quale criterio pertinente, ai fini dell'applicazione del divieto di *bis in idem* transnazionale, l'«identità dei fatti materiali, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato»: cfr. C. giust. CE, sent. 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, punti 25-42; sent. 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, punti 23-36. Tali affermazioni sono state poi confermate anche rispetto alla garanzia

la Corte di Giustizia ad elaborare, per prima, siffatta nozione, adottata solo successivamente dalla Corte EDU¹³⁰.

Da ultimo, con riguardo alla nozione di *sentenza definitiva* la giurisprudenza europea ricorrente fa utilizzo di un duplice criterio: per un verso, alla stregua di quanto richiede anche la giurisprudenza convenzionale, la decisione deve «estinguere» l'azione penale, e non deve essere suscettibile di essere messa in discussione con gli ordinari mezzi di impugnazione; per un altro verso, la stessa deve essere pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito¹³¹.

4.3.3. La giurisprudenza europea sul *ne bis in idem* nelle ipotesi di cd. doppio binario sanzionatorio.

Considerata la parziale coincidenza di contenuti, non suscita stupore il fatto che anche rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* europeo – lo si precisa, di nuovo, nella sua versione nazionale – si sia presentato il problema della compatibilità di sistemi punitivi strutturati secondo un duplice binario sanzionatorio, penale e amministrativo, i quali sono, peraltro, proliferati anche per effetto di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea: talvolta, infatti, è lo stesso diritto europeo, nell'imporre agli Stati membri la configurazione di sistemi sanzionatori efficaci in vista della tutela di determinati beni giuridici, ad ammettere l'adeguatezza, a tal fine, della previsione di sanzioni di carattere amministrativo, anche in aggiunta a quelle penali.

4.3.3.1. Il caso *Åkerberg Fransson* e alcune equivoche affermazioni del Giudice europeo.

Se, come si è visto, la giurisprudenza convenzionale aveva inizialmente assunto un approccio rigoroso nella valutazione di eventuali violazioni al *ne bis in idem* determinate da applicazioni di sistemi di cd. doppio binario, approccio poi «attenuatosi» a seguito

del *ne bis in idem* operante sul piano nazionale: cfr., da ultimo, C. giust. UE, *Menci*, cit. punti 34-39; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 36-41; *Di Puma*, cit.

¹³⁰ Si veda *supra* nel Capitolo primo, § 4.

¹³¹ C. giust. UE, *Kossowski*, cit..

della sentenza della *Grande Chambre A e B c. Norvegia*, diverso è stato l'atteggiamento della Corte di Giustizia che sin dalla già menzionata sentenza *Åkerberg Fransson* aveva sostanzialmente ammesso il possibile concorso, pur se solo a certe condizioni, di strumenti punitivi penali ed extra-penali relativamente a stesse condotte illecite¹³².

In tale decisione, concernente il concorso di sanzioni penali e tributarie per violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, il Giudice europeo, riunito in Grande Sezione, aveva chiarito infatti che la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE della Carta non precludeva agli Stati membri la previsione, in relazione alle medesime violazioni, di una combinazione di sanzioni di diversa natura al fine di assicurare la riscossione delle relative entrate tributarie e quindi tutelare altresì gli interessi finanziari dell'Unione.

Tuttavia, a questa affermazione, in sé chiara, seguivano alcune precisazioni, dal contenuto non particolarmente cristallino, volte a limitarne la portata generale: si affermava, in primo luogo, che la medesima garanzia era però preclusiva al concorso di sovrattasse e di sanzioni penali qualora le prime potessero dirsi di natura penale sulla base dei criteri *Bonda*; e, in secondo luogo, che l'esame della compatibilità del cumulo di sanzioni in esame con gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali, e l'eventuale riconoscimento della contrarietà del cumulo a detti *standard*, avrebbe potuto intervenire solo a condizione che le «rimanenti» sanzioni fossero effettive, proporzionate e dissuasive¹³³.

4.3.3.2. I casi *Di Puma*, *Garlsson Real Estate* e *Menci*: convergenze e divergenze rispetto alla giurisprudenza convenzionale.

Più di recente, successivamente alla sentenza *A e B c. Norvegia* della Corte EDU, la Corte di Giustizia ha avuto modo di tornare sul problema della compatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* europeo di modelli punitivi strutturati secondo un doppio

¹³² In tale giudizio, in sostanza, si chiedeva alla Corte di Giustizia se il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta potesse essere interpretato nel senso che «*esso osta a che siano avviati nei confronti di un imputato procedimenti penali per frode fiscale, una volta che gli è stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione*».

¹³³ C. giust. UE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punti 32-37.

binario sanzionatorio¹³⁴.

Sul punto la Grande Sezione si è pronunciata con le sentenze rese nei casi *Di Puma, Garlsson Real Estate e Menci*¹³⁵, in risposta a quesiti pregiudiziali proposti da autorità giurisdizionali italiane concernenti la compatibilità con il diritto europeo delle disposizioni nazionali configuranti i sistemi sanzionatori in materia di *market abuse* e di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, confermando che un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni *penali* non è, di per sé, in contrasto con la garanzia del *ne bis in idem*.

Vi si è chiarito, infatti, che l'istituzione di un sistema di doppio binario configura, nella prospettiva del diritto europeo, una limitazione del divieto di *bis in idem*, e che, in quanto tale, essa deve essere prevista dalla legge, rispettare il contenuto essenziale dello stesso divieto oggetto di limitazione, rispondere a finalità di interesse generale e risultare, appunto, proporzionata, ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

Nello specifico, proprio in relazione a tale giudizio di proporzionalità, si sono precisati i requisiti la cui sussistenza deve essere verificata onde escludere l'illegittimità della limitazione della garanzia fondamentale: i procedimenti, e le relative sanzioni, in

¹³⁴ Il presente § 4.3.3.2. nonché i successivi §§ 4.3.3.3. e 4.3.3.4. riprendono largamente quanto già si è avuto modo di illustrare, pur se qui con alcuni aggiornamenti e precisazioni, in RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, cit..

¹³⁵ C. giust. UE, *Menci*, cit.; *Garlsson Real Estate e a.*, cit.; *Di Puma*, cit.. Per un commento alle pronunce, RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus.it*, 2018; CONSULICH F.-GENONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *giurisprudenzialepenale.com*, 2018; CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.; GALLUCCIO A., *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 286 ss.; SALVEMINI P., *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sezione si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, in *diritticomparati.it*, 2018. In precedenza, sulle ordinanze di rinvio pregiudiziale, cfr. VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); ID., *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*, 2016, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, *ivi*.

cui il sistema punitivo si articola, devono mirare a scopi complementari, pur nel comune perseguimento di un interesse generale di particolare pregnanza; ed essere *coordinati* sia sul piano processuale, al fine di limitare a quanto *strettamente necessario* l'onere supplementare che il cumulo procedimentale comporta, sia sul piano sostanziale, allo scopo di garantire che la *severità dell'insieme delle sanzioni* inflitte corrisponda alla gravità dei fatti materiali oggetto dei due procedimenti¹³⁶.

Di tal che, la valutazione della proporzionalità della limitazione della garanzia del *ne bis in idem* derivante dall'applicazione della normativa nazionale istitutiva di un doppio binario implica un esame tanto degli specifici caratteri strutturali presentati dal sistema sanzionatorio considerato, quanto delle precipue modalità con cui questo ha operato nel caso specifico. La circostanza che una normativa nazionale sia, in astratto, suscettibile di rispettare i descritti requisiti di proporzionalità non è di per sé decisiva, in quanto deve garantirsi anche che, in concreto, gli organi giurisdizionali nazionali applichino detta normativa in modo da evitare il configurarsi, per l'interessato, di un onere eccessivo derivante dal cumulo procedimentale e sanzionatorio.

In quest'ottica, del resto, possono spiegarsi le conclusioni, solo apparentemente non del tutto coincidenti, raggiunte dalla Corte di Giustizia nelle tre pronunce¹³⁷, le quali si riferivano, in effetti, a casi fra loro differenti, non solo per il diverso ambito ordinamentale interessato, ma anche per i diversi sviluppi procedimentali in essi realizzatisi (nei casi *Di Puma* e *Garlsson Real Estate* la definitività della sentenza penale era sopraggiunta in

¹³⁶ C. giust. UE, *Menci*, cit., punto 40-64; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 42-63; *Di Puma*, cit., punti 37-46.

¹³⁷ Nella sentenza *Di Puma*, relativa al doppio binario per condotte di *market abuse*, si è affermato che non è incompatibile con il diritto europeo una norma nazionale (quale è l'art. 654 c.p.p.) che, nel sancire la valenza esterna dell'accertamento compiuto nel giudizio penale, imponga la chiusura del procedimento amministrativo in cui siano contestati presunti fatti illeciti già ritenuti non provati da una sentenza penale di assoluzione *medio tempore* passata in giudicato. Nella sentenza *Garlsson Real Estate e a.* si è riconosciuta l'incompatibilità europea di una normativa nazionale che consenta la celebrazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio per condotte di manipolazione di mercato già oggetto di una sentenza penale di condanna divenuta definitiva, allorquando detta condanna, considerata la gravità delle condotte, sia di per sé idonea ad assicurare una repressione «*efficace, proporzionata e dissuasiva*». Nella sentenza *Menci* si è specularmente statuito che una normativa nazionale, la quale ammetta la possibilità di avviare un procedimento penale nei confronti di una persona per condotte di omesso versamento dell'IVA in relazione alle quali sia già intervenuta una sentenza definitiva di condanna in sede amministrativa, non è incompatibile con la garanzia del *ne bis in idem*, a condizione che sussistano i descritti requisiti di proporzionalità.

costanza della pendenza del procedimento amministrativo sanzionatorio; nel caso *Menci*, al contrario, era divenuto definitivo, per primo, il provvedimento di applicazione delle sanzioni tributarie, mentre era ancora in corso di celebrazione il processo penale).

Quanto al soggetto incaricato di effettuare il *test* di proporzionalità cui è condizionata la compatibilità europea delle disposizioni nazionali, esso è individuato dalla Corte di Giustizia nel giudice nazionale precedente, il quale è tenuto ad effettuare la verifica dei requisiti di *coordinazione* dei procedimenti sanzionatori avendo riguardo del «complesso delle circostanze del procedimento principale»¹³⁸; non solo ma, stante l'espresso riconoscimento della diretta applicabilità della regola del divieto di *bis in idem*, egli deve altresì, sempre secondo il Giudice europeo, provvedere a disapplicare le disposizioni nazionali che reputi contrastanti con tale garanzia fondamentale, «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»¹³⁹.

4.3.3.3. La conferma dello «slittamento» del principio del *ne bis in idem* verso esigenze di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

In definitiva, le affermazioni compiute dalla Corte di Giustizia sono sotto taluni aspetti sovrapponibili a quelle della Corte europea dei diritti, pur se con inevitabili divergenze – data la diversità dei relativi giudizi, oltre che dei testi normativi di riferimento – quanto alle categorie giuridiche utilizzate, al percorso argomentativo seguito e alle conclusioni raggiunte nei singoli casi.

Cercando di evidenziarne gli aspetti comuni, può anzitutto osservarsi che l'estensione dell'ambito applicativo della garanzia del *ne bis in idem* al diritto amministrativo sanzionatorio, e ai rapporti di questo con il diritto penale in senso proprio, è stata operata in entrambi i contesti, convenzionale ed europeo, per il tramite dell'adozione di una nozione ampia e sostanzialistica di *materia penale*; ed è stata accompagnata dalla individuazione di condizioni di operatività ulteriori rispetto a quelle

¹³⁸ C. giust. UE, *Menci*, cit., punto 64; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 61.

¹³⁹ C. giust. UE, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 66-67. Cfr. E. BINDI-A. PISANESCHI, *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 2.

desumibili dal tenore letterale delle disposizioni che riconoscono la stessa garanzia: la Corte europea dei diritti ha fatto riferimento al concetto di *connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo* fra procedimenti, mentre la Corte di Giustizia ha preso in considerazione la *coordinazione* dei diversi livelli sanzionatori.

Ne risulta, quindi, che il divieto di *bis in idem* convenzionale ed europeo opera in modo diverso a seconda dell'ambito di riferimento: qualora, infatti, i due procedimenti sanzionatori avviati siano entrambi riconducibili al diritto processualpenalistico in senso proprio – e cioè alla *hard-core criminal law*¹⁴⁰ – il divieto di secondo giudizio trova rigorosa applicazione, e la definitività della sentenza conclusiva del primo giudizio preclude l'instaurazione o la continuazione del secondo; allorché, invece, si sia in presenza di un'ipotesi di doppio binario, e quindi i due procedimenti appartengano a differenti settori dell'ordinamento nazionale, il passaggio in giudicato della sentenza relativa al primo giudizio non preclude di per sé la celebrazione del secondo, dovendosi effettuare ulteriori verifiche circa il coordinamento realizzatosi fra i due giudizi.

Anche rispetto al contenuto di questo coordinamento possono riscontrarsi parziali analogie negli approdi giurisprudenziali¹⁴¹: in effetti, i criteri della *connessione* e della *coordinazione* pongono una comune esigenza di «collegamento» fra i procedimenti sanzionatori di diversa natura formale sia sotto l'aspetto processuale (si richiede la complementarietà delle risposte sanzionatorie e la sussistenza di strumenti volti a evitare l'assoluta indipendenza dei due procedimenti) sia da un punto di vista sostanziale (si dà rilievo alla complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio irrogato).

È possibile, dunque, rilevare una convergenza «di fondo» nei modi con cui le due Corti europee hanno affrontato il problema del cumulo di procedimenti e di sanzioni dovuto a sistemi di cd. doppio binario¹⁴²: i contorni elastici con cui si è proceduto, nelle rispettive sedi, alla definizione degli indici «sintomatici» della *connessione* e dei requisiti della *coordinazione* rendono necessaria l'adozione, da parte dell'interprete, di un

¹⁴⁰ Cfr. Corte EDU, [GC], *A e B c. Norvegia*, cit., §133.

¹⁴¹ Cfr. C. giust. UE, *Menci*, cit., punti 60-61.

¹⁴² Cfr. NASCIBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *eurojus.it*, 2018, 11-14; CONSULICH F.-GENONI C., *L'insostenibile leggerezza*, cit., 7-10; RECCHIA N., *Note minime*, cit., 3-4.

approccio di tipo casistico, che consenta di tener conto delle caratteristiche della singola situazione oggetto di esame, nella quale si sia verificato un siffatto cumulo¹⁴³.

5. LE RICADUTE DELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL DIRITTO PUNITIVO NAZIONALE.

Ora, cercando di fissare alcuni aspetti essenziali dell'analisi condotta, può senz'altro affermarsi che la materia del diritto sanzionatorio è largamente interessata dal diritto europeo. Sono ormai molteplici le occasioni in cui pronunce della Corte di Giustizia, rese nell'ambito di giudizi pregiudiziali interpretativi, sono suscettibili di avere ricadute sull'ordinamento interno, anche in considerazione della particolare «posizione» che la giurisprudenza europea assume nel sistema dei rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo¹⁴⁴.

Diversamente da quanto osservato, in esito al Capitolo precedente, in relazione alle ricadute della giurisprudenza convenzionale¹⁴⁵, tradizionalmente l'adeguamento del diritto interno agli obblighi e alle indicazioni provenienti da strumenti normativi e giudiziari europei ha visto un ruolo più rilevante dei giudici comuni, i quali, eventualmente a séguito della proposizione di un quesito interpretativo al Giudice europeo, potrebbero risolvere *autonomamente* ipotetiche antinomie, interpretando le norme interne in senso conforme alle norme europee e, laddove i profili di contrasto si palesino insuperabili, disapplicando le stesse norme interne in presenza di corrispondenti norme europee direttamente applicabili o dotate di effetti diretti.

Nella sistematica antecedente ai più recenti approdi della giurisprudenza

¹⁴³ Non è espressamente considerato dalla Corte di Giustizia il fattore temporale (periodo di tempo intercorrente fra l'instaurazione del primo procedimento e la chiusura del secondo; eventuali sovrapposizioni nella celebrazione dei due procedimenti) autonomamente vagliato, al contrario, dalla Corte EDU: l'incongruenza sembrerebbe, però, solo apparente, visto che tale elemento dovrebbe comunque essere preso in considerazione nell'ambito del giudizio di proporzionalità – richiesto dalla stessa Corte di Giustizia – teso a verificare se la *coordinazione* fra i procedimenti abbia limitato «*a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti*».

¹⁴⁴ Si è già illustrato come la giurisprudenza costituzionale consolidata attribuisca alle sentenze della Corte di Giustizia rese in giudizi interpretativi gli stessi effetti tipici delle fonti europee contenenti le norme oggetto dei predetti giudizi: si veda *supra*, Cap. introduttivo, § 4.1.2.

¹⁴⁵ Si veda *supra*, Cap. primo, § 5.

costituzionale¹⁴⁶, la sollevazione di una questione di costituzionalità sulle disposizioni interne incompatibili con il diritto europeo, e perciò contrastanti con i rilevanti parametri costituzionali, si poneva come necessaria solo in ipotesi limitate, e cioè quando (i) si presentasse un'antinomia con norme europee prive della diretta applicabilità o dell'efficacia diretta, ovvero (ii) pur trattandosi di antinomia con norme europee in astratto direttamente applicabili o efficaci, l'eventuale disapplicazione delle disposizioni nazionali avrebbe dato luogo ad effetti punitivi *in malam partem*.

5.1. Giurisdizione comune e nuove possibilità di «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto europeo.

Le innovazioni apportate con il Trattato di Lisbona al sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea, e in particolare gli sviluppi giurisprudenziali verificatisi nell'ultimo decennio anche in conseguenza di dette innovazioni, hanno senza dubbio enfatizzato il ruolo della giurisdizione comune nella ricomposizione, se così si può dire, degli attriti fra ordinamento nazionale ed europeo, anche nella materia sanzionatoria qui oggetto di considerazione.

Il progressivo riconoscimento a norme di diritto primario, contenute nei Trattati o nella CDFUE, del carattere dell'efficacia diretta ha determinato il sorgere di ipotesi di antinomia affatto nuove, allorché le conferenti norme europee non recassero alcuna regola decisoria in sé suscettiva di risolvere il giudizio nazionale in corso di celebrazione¹⁴⁷, limitandosi invece a individuare un vincolo di risultato per i legislatori nazionali (è il caso dell'art. 325 TFUE) o a sancire una garanzia fondamentale la quale non può essere violata in conseguenza dell'applicazione del diritto nazionale (è il caso dell'art. 50 CDFUE).

Ne è derivato, così, il problema di effettuare un raffronto, alquanto insidioso, fra norme «eterogenee», che vede, da un lato, una siffatta norma europea e, dall'altro lato,

¹⁴⁶ Vi si farà cenno anche *infra*, § 5.3.

¹⁴⁷ Diversamente, la logica originaria alla base della costruzione dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo dotato di effetti diretti, e del potere di «disapplicazione» attribuito alle giurisdizioni nazionali, si fondava sul presupposto che entrambe le norme, quella interna e quella europea, recassero una regola decisoria applicabile in giudizio, e quindi sul fatto che la prima ben potesse essere «sostituita» con la seconda.

una norma interna recante una certa disciplina della materia in questione¹⁴⁸. Come si è visto nei casi problematici esaminati¹⁴⁹, a tal fine è stata la stessa Corte di Giustizia a individuare la *regola* che i giudici comuni nazionali avrebbero dovuto seguire per la risoluzione dell'antinomia, e nello specifico a indicare le condizioni e i presupposti, da verificarsi nel caso concreto, in presenza dei quali sarebbe stato possibile procedere alla «disapplicazione» delle norme interne. Senonché, la definizione giurisprudenziale di dette condizioni e di detti presupposti soffriva di particolare genericità e vaghezza (per l'utilizzo, fra l'altro, di vere e proprie clausole generali), con la conseguenza che, di fatto, le valutazioni affidate alla giurisdizione comune, incidenti, si badi, sulla necessità di applicare o meno una certa norma interna – quindi, di sottrarsi alla soggezione alla legge nazionale – si caratterizzavano per un'ampia discrezionalità del decidente¹⁵⁰. In altre parole, la «disapplicazione» delle norme punitive interne – quelle sulla interruzione della prescrizione o quelle che impongono un cumulo di procedimenti e di sanzioni di diversa natura per la repressione di un medesimo fatto – sarebbe dipesa da un giudizio di adeguatezza spettante allo stesso giudice ordinario, e cioè al soggetto chiamato a procedere direttamente alla medesima «disapplicazione»¹⁵¹.

Non solo, ma anche una volta ritenute integrate le condizioni e i presupposti per la «disapplicazione», si è posto un secondo problema, non meno significativo. Considerato, infatti, che l'unico possibile *effetto diretto* derivante da tali norme europee consisteva nell'obbligo di non applicare le disposizioni nazionali, le quali compromettessero il raggiungimento del risultato finale imposto dal diritto europeo ovvero determinassero una violazione della garanzia fondamentale europea, occorreva individuare la disciplina nazionale applicabile in sostituzione di quella «disapplicata». Di qui, un ulteriore ambito

¹⁴⁸ Ad esempio, per restare alle vicende giudiziarie esaminate, una norma interna che prevede un limite massimo al decorso del termine prescrizionale o una combinazione di procedimenti sanzionatori da instaurarsi rispetto a una medesima condotta illecita.

¹⁴⁹ Sia nel caso *Taricco* sia nei casi in tema di *ne bis in idem*.

¹⁵⁰ Come RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, cit., 309, non sono «affatto rari i casi in cui la Corte di Giustizia affida al giudice nazionale compiti non coerenti rispetto al principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge».

¹⁵¹ Cfr. SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale "tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 185 ss., spec. 186.

in cui la discrezionalità del giudicante avrebbe dovuto spiegarsi, per di più in assenza di particolari limiti o criteri, con la possibilità che casi identici o analoghi venissero risolti attraverso soluzioni giuridiche anche assai diverse fra di loro, come è, in effetti, accaduto nel seguito giudiziario interno delle pronunce europee.

5.2. (Segue.) Regole giurisprudenziali e «disapplicazione» con effetti *in malam partem*: le problematiche aperte.

A tali incertezze la sentenza *Taricco* ne aggiungeva di ulteriori, contenendo una prima e significativa affermazione della configurabilità di un potere di «disapplicazione» di norme interne da cui derivino effetti punitivi *in malam partem*: una conclusione, questa, che, come si è visto è stata solo circoscritta, ma non smentita, dalla successiva e parzialmente correttiva sentenza *M.A.S. e M.B.*, nella quale il Giudice europeo ha pure riconosciuto che la *regola Taricco* dovesse sottostare alle garanzie fondamentali penalistiche, e quindi al principio di legalità e di irretroattività dei reati e delle pene.

Se tali precisazioni e correzioni sono valse, in concreto, a «disinnescare» l'operatività di tale *regola* (*ergo*, della «disapplicazione» della disciplina sulla prescrizione) per i fatti *antecedenti* alla prima pronuncia europea, per effetto del divieto di retroattività in materia penale – e se, come si illustrerà, le medesime precisazioni e correzioni hanno anche dato modo alla Corte costituzionale, fra l'altro, di «disinnescare» l'operatività, in concreto, della *regola* anche per i fatti *successivi*, per l'indeterminatezza della stessa¹⁵² – resta, però, il riconoscimento, in astratto, del fatto che conseguenze punitive deteriori possano derivare dalla «disapplicazione» di norme interne incompatibili con norme europee direttamente applicabili o dotate di effetti diretti.

Il che, evidentemente, solleva una problematica nuova, in effetti ad oggi rimasta inevasa, concernente la legittimità in sé di un intervento punitivo che si basi, nella sostanza, su di una *regola* dettata in una pronuncia interpretativa della Corte di Giustizia, a prescindere dalle modalità con cui detto intervento si espliciti, e cioè indipendentemente dal rispetto dei principi di determinatezza, precisione, tassatività e irretroattività: in breve, rimane fermo il quesito se un siffatto intervento punitivo si ponga in contrasto con la

¹⁵² Si veda *infra* nel Capitolo successivo, § 3.

riserva di legge affermata nell'art. 25, secondo comma, Cost..

5.3. Rapporti fra diritto interno e diritto europeo dotato di effetti diretti: tendenze *accentratrici* nella più recente giurisprudenza costituzionale.

Proprio i profili appena illustrati di espansione degli ambiti di intervento della giurisdizione comuni emersi in margine alla vicenda *Taricco*, hanno avuto un'influenza significativa sull'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017. In tale pronuncia, come noto, la Corte costituzionale ha inteso precisare il sistema di rapporti fra diritto interno e diritto europeo dotato di effetti diretti, in considerazione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e dell'attribuzione alla CDFUE di effetti giuridici vincolanti: e, in particolare, ha chiarito che qualora una legge interna presenti dubbi di legittimità tanto in riferimento a diritti riconosciuti nella Costituzione italiana quanto in relazione a diritti protetti dalla CDFUE, il giudice procedente debba prioritariamente sollevare questione di costituzionalità, pur restando salva la possibilità di investire successivamente la Corte di Giustizia di un quesito interpretativo o di validità sul diritto europeo rilevante.

Ne deriva che, allorché venga in rilievo la protezione di diritti fondamentali, il giudice comune, per un verso, non dovrà più risolvere prioritariamente i dubbi di compatibilità europea, come invece richiesto dalla stessa precedente giurisprudenza costituzionale rispetto ad altre ipotesi di antinomia; per un altro verso, lo stesso giudice comune, quand'anche la norma europea sia dotata di effetti diretti, non potrà procedere direttamente alla disapplicazione delle norme interne incompatibili con la prima, ma dovrà prima comunque promuovere il giudizio di costituzionalità¹⁵³.

Si tratta, dunque, di un nuovo assetto evidentemente animato da una significativa *forza centripeta*, e cioè dall'intento della Corte di costituzionale di recuperare «spazi» di intervento, quanto meno laddove l'incompatibilità con il diritto europeo concerna il rispetto di garanzie fondamentali: la soluzione, pur se mossa da uno scopo riconoscibile,

¹⁵³ Cfr. RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, cit., 314.

non appare tuttavia di agevole definizione quanto alla portata e ai relativi effetti¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Cfr. SCACCIA G., *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*, 2018 (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

CAPITOLO TERZO

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE E SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ SU NORME PUNITIVE NAZIONALI

SOMMARIO: 1. Diritto giurisprudenziale sovranazionale ed evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto punitivo. - 2. Diritto punitivo in senso ampio e principio di legalità. - 3. Diritto punitivo giurisprudenziale e principio di legalità. - 4. Diritto punitivo e principio di proporzionalità dei trattamenti sanzionatori.

Nei Capitoli che precedono si è mostrato come il diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo abbia determinato il sorgere di nuove esigenze di tutela rispetto all'esercizio di potestà punitive, al cui soddisfacimento deve essere volto l'operato di tutte le autorità nazionali, primariamente quello del legislatore ma anche di ogni organo giurisdizionale e amministrativo, ciascuno chiamato, nell'esercizio delle rispettive funzioni, ad assicurare il rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Un ruolo senza dubbio centrale, ai fini dell'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi convenzionali ed europei, è stato assunto dalle giurisdizioni nazionali, tanto che la necessità di evitare il verificarsi, in concreto, di violazioni delle garanzie convenzionali o del diritto europeo ha, in effetti, costituito nel recente passato, e costituisce tuttora, uno dei principali fattori del progressivo indebolimento della legislazione, e del corrispettivo fenomeno di rafforzamento rispetto ad essa della giurisdizione, o meglio delle

giurisdizioni, comune e costituzionale¹.

Siffatto fenomeno ha sicuramente interessato la giurisdizione comune, i cui «spazi» si sono notevolmente espansi in ragione della implementazione di nuove tecniche ermeneutiche (i criteri dell'interpretazione conforme alla CEDU e al diritto europeo), oltre che dell'ampliamento delle ipotesi di utilizzo di particolari strumenti decisorii (in particolare, i nuovi «orizzonti» operativi della disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto europeo) e, più in generale, per il fatto che il soddisfacimento delle esigenze di giustizia sostanziale poste dalle giurisprudenze sovranazionali implica assai spesso valutazioni e verifiche da compiersi nel caso concreto oggetto di considerazione, rendendo quindi indispensabile il contributo *in parte qua* proprio della giurisdizione comune².

Nondimeno, il medesimo fenomeno, pur se con tratti inevitabilmente diversi, ha riguardato in modo assai incisivo anche la giurisdizione costituzionale. Nel presente Capitolo si intende, quindi, procedere allo studio dei diversi profili di incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale sull'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale su disposizioni nazionali di carattere punitivo, esaminando nello specifico gli approdi cui sia pervenuto il Giudice costituzionale rispetto a questioni specifiche sorte in relazione a prospettati profili di contrasto fra l'ordinamento punitivo nazionale e il diritto e le garanzie sovranazionali, e tentando altresì di verificare la configurabilità di ipotesi di soluzione con riguardo a questioni rimaste tuttora irrisolte.

1. DIRITTO GIURISPRUDENZIALE SOVRANAZIONALE ED EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN TEMA DI DIRITTO PUNITIVO.

Il diritto giurisprudenziale sovranazionale ha certamente fornito un apporto decisivo alle significative evoluzioni intervenute, soprattutto nell'ultimo decennio, rispetto al sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte punitive legislative, l'individuazione

¹ Si veda *supra*, Cap. introduttivo, §§ 4-5.

² Sulle difficoltà e sulla complessità dell'opera cui è chiamata la giurisdizione comune in ragione del rinnovato quadro multilivello di tutela dei diritti fondamentali, si rinvia alle considerazioni di MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.; ID.- NAPOLEONI V. (cur.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit..

dei cui limiti rappresenta un tema «classico» negli studi sul diritto e sulla giustizia costituzionale³. Nel tempo, come noto, la giurisprudenza costituzionale si è infatti dispiegata fra i due confliggenti estremi costituiti, da un lato, dall'impossibilità di invadere la invero ampia discrezionalità legislativa nelle scelte di politica punitiva e criminale – cioè quanto all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* dell'intervento punitivo – e, da un altro lato, dall'esigenza di assicurare che le modalità con cui il legislatore eserciti tale discrezionalità siano conformi ai vincoli posti anzitutto dalla Costituzione⁴.

Le istanze di tutela riconosciute nei testi normativi internazionali di riferimento, e quindi precisate nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale, hanno assunto, da questo punto di vista, la veste di vincoli ulteriori all'esplicarsi dell'attività legislativa, non sempre coincidenti con la tradizionale protezione offerta dalle garanzie costituzionali interne. Proprio siffatti contenuti garantistici innovativi hanno, così, dato luogo a un ampliamento delle possibilità di intervento della giurisdizione costituzionale nell'ambito del diritto punitivo, anche in riferimento a questioni e problematiche rispetto alle quali detto intervento veniva in precedenza ritenuto pacificamente precluso, in ragione di limiti che la stessa Corte costituzionale si era auto-imposta onde evitare sconfinamenti verso scelte politiche riservate al legislatore⁵.

³ In generale, per uno studio sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale nel primo sessantennio di attività della Corte costituzionale, si veda FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 325 ss..

⁴ La discrezionalità concerne la scelta sul ricorso alla sanzione e sulla tipologia di sanzione (penale o extra-penale): in proposito, in generale, cfr. CHIRULLI P., *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D'Orlando E.-Montanari L. (cur.), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 39 ss.; nel senso della valorizzazione della sanzione penale quale *extrema ratio*, si veda ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss..

⁵ L'influenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale ha contribuito, quale concausa, all'attuale stagione giurisprudenziale segnata, in generale, da un peculiare *interventismo* della Corte costituzionale, ravvisabile anche in approdi che prescindono da un'incidenza diretta delle pronunce convenzionali ed europee, trovando espressione nell'elaborazione e nell'implementazione di soluzioni innovative, sul piano processuale e decisorio: sotto quest'ultimo profilo, il riferimento va, in particolare, al superamento del limite delle cd. rime obbligate per l'adozione di pronunce manipolative su norme punitive, su cui si tornerà anche *infra* al § 4, e all'ordinanza di rinvio a data fissa (Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207) resa nel giudizio di costituzionalità sorto nell'ambito della cd. vicenda Cappato, su cui folta è la dottrina a commento: con specifico riguardo agli aspetti di giustizia e processo costituzionale, cfr. GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o*

1.1. Il controllo di costituzionalità su norme punitive quale espressione del progressivo rafforzamento della *giurisdizione* (e del *diritto giurisprudenziale*) rispetto alla *legislazione* (e al *diritto legislativo*).

Tale tendenza evolutiva sottolinea con particolare forza espressiva il manifestarsi di quel fenomeno di rafforzamento della *giurisdizione* e del *diritto giurisprudenziale*, cui si è poc' anzi fatto riferimento, proprio in un ambito ordinamentale, il diritto sanzionatorio, *ove*, considerata la riserva di legge posta dal testo costituzionale relativamente alle scelte punitive⁶, le prerogative della *legislazione* venivano ritenute censurabili solo al ricorrere di ben definite condizioni⁷, *ove* l'operatività del *diritto legislativo* non trovava ostacoli significativi, salvo che in limitate ipotesi: in definitiva, un ambito ordinamentale *ove* la

innovativa tecnica di giudizio?, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.; BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 2018; BIONDI F., *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019 (ultimo accesso: 30 giugno 2020); DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, *ivi*; D'AMICO M., *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, *ivi*; DOLSO G.P., *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, *ivi*; CARNEVALE P., *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2, 2019 (ultimo accesso: 30 giugno 2020); DI MARIA R., *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta online*, 1, 2019; FURNO E., *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2020; MASSA M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2019; REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss.; ROMBOLI R., *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 6, 2019, parte I, 1892 ss.; RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusiva vicenda*, in *Consulta online*, 1, 2019; RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2, 2019.

⁶ La riserva di legge, per quanto concerne le sanzioni propriamente penali, è custodita dall'art. 25, secondo comma, Cost. ed è stata interpretata anche in termini assoluti o tendenzialmente assoluti (si veda *supra* il Cap. introduttivo, § 3); con riferimento alle sanzioni extra-penali, e in particolare alle sanzioni amministrative, le ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali prevalenti ricavano la garanzia della riserva di legge dagli art. 23 e 97 Cost., alla quale è pertanto attribuito carattere relativo (ma sul punto si tornerà, *passim*, al § 2).

⁷ Basti pensare alla preclusione teorizzata rispetto a pronunce di costituzionalità aventi effetti *in malam partem* e ai limiti entro cui la Corte costituzionale era solita intervenire con sentenze cd. manipolative (su cui si veda già *supra*, Cap. introduttivo, § 3).

Corte costituzionale aveva particolarmente riaffermato il proprio potere di autolimitazione⁸.

La progressiva affermazione nella *subiecta materia* del diritto di matrice giurisprudenziale ha trovato emersione, in rapporto all'esercizio della giurisdizione costituzionale, lungo due diverse ma concorrenti direttrici concernenti, per un verso, il *momento della interpretazione* delle norme costituzionali – e di ogni altra norma atta alla loro integrazione ai fini dello svolgersi del sindacato di costituzionalità – e, per un altro verso, il *momento decisivo* in sé considerato, con specifico riguardo alla possibilità di individuare, e quindi di fornire, una soluzione idonea a rimuovere i prospettati profili di illegittimità.

Sotto il primo aspetto, la Corte costituzionale, allorché chiamata a verificare il rispetto degli obblighi convenzionali ed europei da parte di disposizioni interne dubitate di illegittimità, deve necessariamente confrontarsi con un diritto «esterno» di provenienza giurisprudenziale, dal momento che la definizione di tali obblighi è avvenuta attraverso una laboriosa opera ermeneutica condotta dalle Corti sovranazionali. La giurisprudenza convenzionale, così come quella europea, dunque, costituiscono, ciascuna con le proprie peculiarità e difficoltà, parametri ineludibili nella valutazione della legittimità costituzionale di istituti e strumenti punitivi, assumendo esse rilievo non soltanto *direttamente* quando la questione di costituzionalità sia sollevata con specifico riferimento ai parametri costituzionali atti a consentirne l'*ingresso* nell'ordinamento interno⁹, bensì talvolta, come si vedrà, anche *indirettamente* quando si tratti di individuare il contenuto e la portata di parametri esclusivamente *interni*¹⁰, eppure corrispondenti alle garanzie convenzionali od europee¹¹.

⁸ Cfr. PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., 149 ss..

⁹ Il riferimento è agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.: cfr., *amplius*, Cap. introduttivo, § 4.

¹⁰ Nel senso di una valorizzazione delle sollecitazioni delle Corti europee già sul piano dei principi costituzionali interni, quando non vi siano «*contro-interessi prevalenti*», cfr. MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, 15 ss., spec. 21.

¹¹ Sul possibile richiamo delle pronunce della Corte europea dei diritti in funzione interpretativa delle garanzie costituzionali interne, si veda MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in Manes V.-Napoleoni V. (cur.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 311 ss., spec. 312.

Quanto al secondo aspetto, proprio la necessità di assicurare il rispetto di quegli obblighi convenzionali ed europei – opera che occupa il Giudice costituzionale al pari di ogni altra autorità pubblica interna – offre occasioni *nuove* per l'intervento del sindacato di costituzionalità sulle scelte punitive, giungendo in taluni casi a mettere in discussione opzioni legislative anche piuttosto consolidate nell'ordinamento nazionale. L'esercizio della giurisdizione costituzionale, in tal guisa, finisce per divenire, esso stesso, un esempio della crescente centralità del diritto giurisprudenziale nel contesto del diritto punitivo, penale ed extra-penale, e dunque, in definitiva, fornisce un'ulteriore conferma del processo di espansione del dato giurisprudenziale rispetto al dato legislativo nella materia sanzionatoria¹².

1.2. L'esercizio della giurisdizione costituzionale nella materia del diritto sanzionatorio fra *obblighi sovranazionali* e *discrezionalità legislativa*.

La necessità di adeguare l'ordinamento interno agli obblighi convenzionali ed europei espressi nel diritto giurisprudenziale sovranazionale ha impegnato (anche) la Corte costituzionale in una difficile opera di ricomposizione degli attriti fra due prospettive differenti – l'una *sostanzialistica*, da cui muovono la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, e l'altra *formalistico-processualistica*, storicamente pervasiva del linguaggio giuridico e delle categorie giuridiche nazionali – che si è scontrata con problematiche oggettive di non scarso rilievo.

Rispetto ai rapporti con il sistema del Consiglio d'Europa, si è illustrato, infatti, che l'operatività delle garanzie penalistiche convenzionali esaminate (i principi del *nullum crimen, nulla poena sine lege* e del *ne bis in idem*), per come interpretate nelle pronunce della Corte europea dei diritti umani – e altresì il riconoscimento della loro violazione – dipende assai spesso dalla verifica della sussistenza o della insussistenza nel caso concreto di taluni specifici elementi di fatto¹³. Se pure, quindi, potrebbe non sollevare

¹² Su alcune tendenze recenti della giurisdizione costituzionale, nella dialettica fra *interventismo* e *self-restraint*, cfr. MANES V., *ivi*, cit., 401-405.

¹³ Ad esempio, il particolare *grado di gravità* o lo *scopo*, di fatto, *afflittivo* di una certa sanzione extra-penale è suscettibile di determinare l'applicabilità, rispetto a detta sanzione, delle garanzie della legalità e irretroattività in materia penale (o di altre garanzie penalistiche); la contestazione giudiziale di una fattispecie incriminatrice a casi nuovi prima ritenuti esclusi, in base a un consolidato orientamento

significative incertezze il riconoscimento della illegittimità di disposizioni nazionali la cui applicazione sia suscettiva di dare luogo alla violazione di dette garanzie, proprio in quanto dette disposizioni non consentano un'adeguata valorizzazione di siffatti apprezzamenti fattuali, solleva particolari dubbi, invece, la configurabilità in sé di un intervento del Giudice costituzionale teso a rimuovere quegli «ostacoli» legislativi impositivi al soddisfacimento delle istanze di tutela sovranazionali.

Da questo punto di vista, emerge la difficoltà di elaborare soluzioni che si articolino in modo tale da assicurare adeguatamente le istanze provenienti dal diritto sovranazionale, e che, al contempo, non siano lesive delle prerogative del potere legislativo, in particolar modo quando l'adeguamento del diritto nazionale potrebbe avvenire seguendo diverse vie, tutte egualmente idonee al raggiungimento del risultato. In tali ipotesi, cioè, anche una volta ammessa la consistenza dei profili di incostituzionalità, potrebbe dubitarsi della stessa giustiziabilità di essi, e quindi della sussistenza di per sé di un rimedio in sede giurisdizionale che non determini superamenti dei poteri della Corte costituzionale¹⁴.

Analoghe incertezze circa i contenuti dell'intervento e analoghe problematiche quanto ai rapporti fra esercizio della giurisdizione costituzionale e prerogative del legislatore si riscontrano, del resto, anche in presenza di ipotesi di contrasto fra disposizioni nazionali e garanzie fondamentali riconosciute nella CDFUE, allorché queste ultime siano ricostruite nella giurisprudenza europea seguendo approcci interpretativi sostanzialistici sovrapponibili, pur se non del tutto coincidenti, a quelli fatti propri dalla giurisprudenza convenzionale, come avvenuto rispetto al divieto di *bis in idem*¹⁵.

giurisprudenziale, dalla relativa cornice applicativa assume sostanzialmente i caratteri di un'*imputazione imprevedibile* per il singolo destinatario dell'addebito, pur a fronte di un immutato quadro normativo; ancora, pur non contestandosi la legittimità *tout court* di ipotesi di cd. doppio binario, la mancanza di un adeguato coordinamento fra procedimenti sanzionatori di diversa natura incidenti sullo stesso fatto illecito dà luogo in concreto a una violazione del divieto di *bis in idem*.

¹⁴ Come rileva MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 335, perché possa verificarsi l'intervento del giudice costituzionale occorre, per un verso, che da una pronuncia della Corte EDU riguardante un caso assimilabile a quello interno sia ricavabile un principio con cui la disposizione nazionale si ponga inequivocabilmente in contrasto, e, per un altro verso, che il *petitum* del giudice remittente – e, quindi, potrebbe aggiungersi, la *risposta* della Corte costituzionale – sia circoscritto al perimetro della violazione dichiarata nella sede sovranazionale.

¹⁵ Si veda *supra*, Cap. secondo, § 4.

Ma l'adeguamento al diritto europeo ha sollevato anche questioni ulteriori sempre con riguardo allo svolgersi della giurisdizione costituzionale nei rapporti con il potere legislativo. L'esigenza, infatti, di dare soddisfazione a specifici obblighi punitivi posti dal diritto europeo – e cioè di predisporre una tutela sanzionatoria, penale o extra-penale, che possa considerarsi adeguata rispetto a determinati beni giuridici – ha portato a interrogarsi sui limiti entro cui pronunce di incostituzionalità, dichiarative dell'incompatibilità di disposizione interne con taluno dei predetti obblighi punitivi europei, possano produrre effetti *in malam partem* sulla disciplina giuridica di particolari categorie di illeciti, e altresì sui limiti entro cui i medesimi effetti possano discendere da un'eventuale «disapplicazione» delle medesime disposizioni nazionali da parte del giudice comune, in ossequio a una *regola* precisata in una decisione emessa dalla Corte di Giustizia¹⁶.

1.3. Sindacato di costituzionalità e istanze di tutela provenienti dal diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo.

Di fronte alle istanze di tutela emerse nel diritto giurisprudenziale sovranazionale, l'atteggiamento della Corte costituzionale è stato assai mutevole a seconda della diversa garanzia interessata e delle specifiche e particolari problematiche cui il riconoscimento della medesima garanzia avrebbe dato luogo in rapporto alla disposizione nazionale di volta in volta oggetto della questione di costituzionalità portata alla sua attenzione. Non pare, quindi, possibile – e anzi risulterebbe alquanto superficiale – cercare di pervenire a conclusioni generiche o generalizzanti, dovendosi invece rilevare, accanto ad esempi definibili come di *virtuosa contaminazione* fra garanzie sovranazionali e ordinamento interno, *profili di attrito irrisolti*, la cui ricomposizione è ancora oggetto di discussione nella letteratura scientifica e di dubbi interpretativi nella prassi giudiziaria.

Con riguardo al primo ordine di ipotesi, può segnalarsi come, in alcune pronunce costituzionali, le conclusioni raggiunte nelle sedi sovranazionali non soltanto abbiano fatto *ingresso* per il tramite dei conferenti parametri costituzionali che danno rilievo agli obblighi di diritto europeo e internazionale, ma abbiano contribuito all'affermarsi nella giurisprudenza costituzionale di letture estensive del contenuto e della portata delle

¹⁶ Si rinvia *infra* al § 3.

corrispondenti garanzie costituzionali *interne*, entro cui sono state ricondotte talune delle istanze di tutela affermatesi nella giurisprudenza convenzionale ed europea. Si tratta, ad esempio, di quanto si è verificato, non senza qualche incertezza, rispetto al problema dell'operatività di alcuni corollari del principio di legalità in materia punitiva oltre gli stretti confini del diritto penale in senso proprio. In tale prospettiva, infatti, il diritto giurisprudenziale sovranazionale ha rappresentato un argomento, seppure non sempre adeguatamente esplicitato, per il superamento di precedenti consolidati orientamenti circa il senso e, soprattutto, la portata di alcune garanzie costituzionali¹⁷.

D'altra parte, se l'attività interpretativa di ogni disposizione giuridica, e quindi anche quella avente ad oggetto disposizioni costituzionali, risente del contesto e del complesso organico in cui queste ultime sono inserite e sono destinate ad operare, il crescente rilievo delle pronunce delle Corti sovranazionali – soprattutto dei rispettivi sistemi di tutela dei diritti, sotto certi aspetti, alternativi e, sotto altri, concorrenti al sindacato di costituzionalità interno – ha determinato, senza dubbio, un'evoluzione del contesto di riferimento in cui la giurisdizione costituzionale è chiamata ad esplicarsi, ciò che ha finito per incidere anche sul piano dei procedimenti ermeneutici¹⁸.

Con riferimento al secondo ordine di ipotesi, invece, si deve rilevare come, in altre decisioni, la stessa Corte costituzionale abbia, di fatto, escluso di dar rilievo all'interno dell'ordinamento nazionale ad approdi della giurisprudenza convenzionale ed europea, ritenendo, in esito a percorsi argomentativi non privi di criticità, che le garanzie costituzionali interne siano tali da assicurare, già sul piano astratto, una protezione

¹⁷ Sull'influenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale rispetto alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, è concorde la letteratura scientifica: si vedano, fra gli altri, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 21; e MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311 ss.. In generale, cfr. VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, spec. 6-9.

¹⁸ Queste considerazioni lambiscono, a ben vedere, la tematica assai più ampia dell'attribuzione alla interpretazione costituzionale di funzioni e caratteristiche creative, realmente o pretesamente tali, su cui, fra le altre, conservano una certa attualità, pur se con i dovuti adeguamenti al contesto odierno, le riflessioni di ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss., spec. 915, e ancor prima di CAPPELLETTI M., *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, 883.

maggiore rispetto alle corrispondenti garanzie sovranazionali (come accaduto rispetto alla problematica estensione del principio di legalità dei reati e delle pene anche al diritto giurisprudenziale¹⁹), ovvero anche giungendo a prefigurare che l'adeguamento del diritto punitivo interno al rispetto di obblighi di carattere sovranazionale (nella specie, europei) precisati in una pronuncia della Corte di Giustizia potesse porsi in contrasto con principi supremi e diritti fondamentali della persona, espressione di un patrimonio giuridico irrinunciabile dell'ordinamento nazionale (come accaduto nel seguito giurisprudenziale interno della vicenda *Taricco*²⁰).

Le considerazioni fin qui svolte impongono, quindi, di strutturare lo studio delle modalità attraverso cui la giurisprudenza delle Corti sovranazionali ha influenzato il sindacato di costituzionalità sulle scelte punitive compiute dal legislatore, esaminando partitamente le diverse garanzie fondamentali coinvolte e, al loro interno, singoli profili (*recte*, corollari o regole) meritevoli di autonoma considerazione²¹, senza però perdere di vista la sottesa articolazione sistematica dei diversi principi costituzionali rilevanti nella materia penale, anche latamente intesa²².

2. DIRITTO PUNITIVO IN SENSO AMPIO E PRINCIPIO DI LEGALITÀ.

La giurisprudenza costituzionale circa il perimetro applicativo del principio di

¹⁹ Il riferimento è a Corte cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, su cui si tornerà *infra* al § 3.

²⁰ In proposito, si veda *supra*, Cap. secondo, § 3, e *infra*, § 3.

²¹ Ci si interesserà, più precisamente, dapprima del principio di legalità, di cui saranno vagliate le potenzialità espansive rispetto al diritto punitivo in senso ampio (§ 2) e al diritto di provenienza giurisprudenziale (§ 3). Successivamente l'analisi si occuperà del principio di proporzionalità dei trattamenti sanzionatori, congiuntamente al quale saranno istruite le problematiche poste dal cumulo di strumenti punitivi di diversa natura nelle ipotesi di cd. doppio binario, in considerazione dei più recenti approdi della giurisprudenza convenzionale ed europea, che hanno declinato la garanzia del *ne bis in idem* in termini nuovi, come espressiva di un'esigenza, oltre che di coordinamento fra i procedimenti sanzionatori avviati, anche di proporzionalità del cumulo di sanzioni (§ 4). L'analisi non intende occuparsi di tutte le garanzie sostanziali afferenti al diritto punitivo, mirando a far emergere le principali linee di tendenza nella giurisprudenza costituzionale, che si sono individuate rispetto alle predette garanzie: in particolare, resta escluso dalla presente trattazione un compiuto esame degli sviluppi del principio di retroattività della *lex mitior* e del principio di colpevolezza, cui si farà comunque riferimento incidentalmente.

²² Sul significato e sul valore di un'articolazione sistematica, e quanto più possibile sinergica, dei principi costituzionali penalistici nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, da ultimo, cfr. MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 272-278.

legalità in materia punitiva sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. – cui sono riconducibili, per comune opinione dottrinale e per costante prassi giudiziaria, differenti tutele, quali la riserva di legge e i principi di irretroattività delle norme punitive sfavorevoli, di offensività e di materialità, di determinatezza e di tassatività – si era assestata, prima dell'ultimo decennio, nel senso di circoscrivere l'operatività di tali garanzie alle sole *sanzioni formalmente penali* ed esclusivamente rispetto ad istituti facenti parte propriamente del *diritto penale sostanziale*.

Sotto il *primo* profilo, veniva in rilievo l'esclusione delle misure sanzionatorie appartenenti al *diritto punitivo extra-penale*, approfondita in recenti studi monografici che evidenziano come, salvo talune incerte aperture contenute in alcune pronunce degli anni Sessanta del secolo scorso²³, fosse riscontrabile una *quarantennale limitazione*²⁴ dell'art. 25, secondo comma, Cost. a strumenti sanzionatori in senso proprio penalistici²⁵. Siffatta lettura restrittiva si era, in effetti, consolidata nella produzione giurisprudenziale, venendo ribadita in riferimento a diverse tutele ricavabili dalla disposizione: in primo luogo, si era negata la riferibilità della *riserva di legge ex art. 25*, secondo comma, Cost.

²³ Si fa riferimento a Corte cost., sent. 9 giugno 1961, n. 29, con la nota di NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 554 ss., e sent. 16 giugno 1964, n. 46, con la nota di RIZZA G., *Profili costituzionali della confisca dei beni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 838 ss., nelle quali, pur negandosi la natura sostanziale di pena a ipotesi di confisca previste dalla legislazione luogotenenziale, si era riconosciuta, in astratto, l'operatività del principio di irretroattività anche rispetto a misure non qualificate dal legislatore come *pene*; a Corte cost., sent. 3 luglio 1967, n. 78, in cui si era sancita l'estensione alle sanzioni amministrative della garanzia della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., e si era conseguentemente dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni censurate riguardanti la sanzione accessoria della perdita del trattamento di quiescenza; a Corte cost., sent. 21 marzo 1969, n. 37, che, pur se solo in un *obiter dictum*, aveva ricondotto il divieto costituzionale di retroattività, genericamente, alle *norme punitive*. Non così centrale, ai fini della trattazione, appare invece Corte cost., sent. 29 maggio 1968, n. 53, nella quale, sebbene si rinvenga un passaggio volto a evidenziare la diversa natura delle *pene* e delle *misure di sicurezza*, e quindi il diverso statuto costituzionale, ad esse relativo, previsto dall'art. 25 Cost., la dichiarazione di illegittimità delle norme processuali oggetto dei dubbi di costituzionalità si era fondata semplicemente sulla suscettibilità della misura in esame di incidere sulla libertà personale, elemento di per sé decisivo, a prescindere dalla riconducibilità della stessa all'una o altra categoria giuridica (pena o misura di sicurezza), per il riconoscimento della violazione del diritto costituzionale di difesa, discendente dall'art. 24 Cost. e ricavabile altresì dagli artt. 13 e 111 Cost., interpretati nello spirito delle supreme esigenze fissate dalla Costituzione.

²⁴ Nel periodo di tempo comprensivo degli ultimi tre decenni del secolo scorso e del primo decennio di quello attuale: così MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., spec. 7 ss..

²⁵ Sul tema, cfr. anche MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., spec. 106 ss.

a sanzioni amministrative previste da leggi regionali²⁶ ovvero da un decreto legislativo luogotenenziale²⁷, sottolineandosi come l'esigenza di una definizione legislativa di rigorosi criteri di esercizio del relativo potere sanzionatorio trovasse tutela costituzionale solamente in base agli artt. 23 e 97 Cost.²⁸; in secondo luogo, si era riconosciuta l'inoperatività del *principio di determinatezza* delle norme incriminatrici e sanzionatorie rispetto a sanzioni disciplinari di varia tipologia²⁹ e a misure amministrative aventi contenuto afflittivo³⁰; in terzo luogo, si era affermato che il *principio* costituzionale *dell'irretroattività delle norme punitive sfavorevoli* dispiegasse effetti esclusivamente nel sistema penale propriamente inteso³¹, e non invece nelle restanti materie – ossia, nell'ambito delle sanzioni amministrative³², di misure amministrative sostitutive di una pena detentiva³³ ovvero conseguenti a una condanna penale³⁴ – ove l'osservanza dello

²⁶ Cfr. Corte cost., sent. 14 aprile 1988, n. 447; ord. 21 aprile 1994, n. 159.

²⁷ Cfr. Corte cost., ord. 3 giugno 1992, n. 250.

²⁸ Non si era disconosciuto, cioè, che anche rispetto alle sanzioni amministrative sussistesse l'esigenza di predeterminazione di criteri legali per l'esercizio del potere punitivo, ma si era escluso che detta esigenza potesse trovare tutela in base alla riserva di legge prevista dall'art. 25, comma secondo, Cost., in quanto tale riferibile alle sole sanzioni formalmente penali.

²⁹ In tema di sanzioni disciplinari dei magistrati, Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 100 (spec. n. 3 *Cons. dir.*), su cui, in dottrina, GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. cost.*, 1981, 845 ss., e FICI G., *In tema di tipizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Giust. Civ.*, 1981, parte I, 2171 ss.; sulle sanzioni disciplinari previste dal Testo unico relativo agli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3), cfr. Corte cost., ord. 12 maggio 1988, n. 541; in materia di sanzioni disciplinari militari, cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 1995, n. 356.

³⁰ Sulla misura dell'espulsione, sostitutiva della pena detentiva, prevista dall'art. 14 legge 6 marzo 1998, n. 40 (sostituito dall'art. 15 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), cfr. Corte cost., 28 luglio 1999, n. 369, ove, pur riconoscendosi un contenuto indirettamente afflittivo della misura, ne è stata esclusa la riconducibilità al *genus* delle sanzioni penali, con la conseguenza dell'inapplicabilità delle garanzie costituzionali penalistiche evocate nelle ordinanze di remissione, ossia l'art. 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost..

³¹ In generale, si è affermato che l'irretroattività della legge assurge a principio costituzionale solo nella materia penale, fra le altre, in Corte cost., sent. 28 luglio 1976, n. 194.

³² Cfr. Corte cost., sent. 14 marzo 1984, n. 68; ord. 19 novembre 1987, n. 421; ord. 3 maggio 2002, n. 150. Non viene, invece, affrontata nel merito l'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività alle sanzioni tributarie (nella specie, cd. sovrattasse) in Corte cost., ord. 21 gennaio 1988, n. 57.

³³ Cfr. Corte cost., ord. 29 maggio 2002, n. 226.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. 29 ottobre 1992, n. 407; sent. 31 marzo 1994, n. 118, su cui PACE A., *Legittime le leggi retroattive in materia elettorale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1007 ss..

stesso principio era rimessa alla prudente valutazione del legislatore³⁵.

Sotto il *secondo* profilo, si poteva riscontrare il diniego opposto a un'*applicazione piena* dell'art. 25, secondo comma, Cost. nella materia dell'*esecuzione penale*, tradizionalmente esclusa³⁶ sul *presupposto*, meramente *formale*, della natura processuale delle disposizioni concernenti l'ordinamento penitenziario, le quali, per tale ragione, avrebbero dovuto ritenersi sottratte al principio costituzionale di irretroattività, e assoggettate, invece, al regime del *tempus regit actum*³⁷. Si trattava di conclusioni, anche in questo caso, piuttosto consolidate negli approdi giurisprudenziali, sebbene non fossero mancate posizioni dottrinali critiche sul tema, le quali avevano messo in rilievo la difficoltà di una distinzione fra sanzione penale e relativo contenuto esecutivo³⁸.

In questo contesto³⁹ si è inserito il *novum* costituito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la quale, a partire dagli anni Settanta, ha elaborato – come si è ampiamente illustrato in precedenza – una nozione autonoma sostanzialistica di *materia penale* ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali penalistiche, fra cui quelle riconducibili al *nullum crimen, nulla poena sine lege* sancite nell'art. 7 CEDU⁴⁰. Più di

³⁵ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 68 del 1984, n. 2 *Cons. dir.*.

³⁶ Cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, con il commento di ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 861 ss.; sent. 5 dicembre 1997, n. 376, con la nota redazionale di D'ALESSIO R., in *Giur. cost.*, 1997, 3636 ss..

³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez.Un., sent. 30 maggio 2006 (dep. 17 luglio 2006), n. 24561, *P.M. in proc. Aloi*, in *C.E.D.* n. 2333975.

³⁸ Come ricordano MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *sistemapenale.it*, 2020, 3-4, ponevano in discussione il *deficit* garantistico della fase esecutiva, rispetto a modifiche peggiorative, fra gli altri, BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 1273 ss., e PALAZZO C.F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 232 ss..

³⁹ A completamento del quadro giurisprudenziale anteriore ai più recenti sviluppi, i quali saranno esaminati nei paragrafi seguenti, una qualche incerta apertura espansiva dell'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. poteva scorgersi, ma solo indirettamente, in Corte cost., ord. 9 febbraio 2001, n. 33, e ord. 5 luglio 2002, n. 319, in tema di sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo condotto da persona la cui patente di guida era scaduta, nelle quali i profili di violazione del principio di tassatività ricavabile dalla disposizione costituzionale, sono stati affrontati nel merito, e dichiarati manifestamente infondati, senza che venisse eccepita l'inapplicabilità di tale disposizione costituzionale oltre i confini del diritto penale *stricto sensu* inteso.

⁴⁰ Si veda *supra*, Cap. primo, § 2.

recente, siffatte ricostruzioni ermeneutiche sono state condivise, su di un piano generale, anche da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha accolto criteri sostanzialistici analoghi a quelli convenzionali per la definizione della medesima nozione di *materia penale*⁴¹, e riconosciuto l'operatività delle corrispondenti tutele recate dall'art. 49 CDFUE, in particolar modo dei principi di irretroattività e determinatezza delle norme punitive, anche a sanzioni extra-penali⁴², come quelle previste per la violazione delle norme sulla concorrenza⁴³.

La penetrazione nel nostro ordinamento di tali approdi giurisprudenziali ha esercitato notevole influenza sull'esercizio della giurisdizione costituzionale non soltanto per l'*indiretta costituzionalizzazione* di siffatte garanzie, ma perché proprio il necessario riferimento alle pronunce, soprattutto, della Corte europea dei diritti ha costituito un fattore significativo, se non addirittura decisivo, nel mutamento di indirizzo della

⁴¹ Oltre ai riferimenti giurisprudenziali indicati *supra* (Cap. secondo, § 4), si vedano anche, per un'applicazione in concreto della criteriologia sostanzialistica, Trib. UE, sent. 27 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ahmed Abdelaziz Ezz e a.*, 70-81 e C. giust. UE, sent. 26 ottobre 2017, causa C-534/16, *Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky c. BB construct s. r. o.*, 31-33.

⁴² Cfr. Trib. UE, *Ahmed Abdelaziz Ezz e a.*, cit., 71-72, in cui si è affermato che il principio di legalità dei delitti e delle pene, consacrato all'articolo 49, par. 1, prima frase, della CDFUE «può essere invocato non solo nei confronti di decisioni che irrogano sanzioni penali in senso stretto ma anche rispetto a quelle che impongono sanzioni amministrative», e quindi «impone di non applicare disposizioni che prevedano sanzioni amministrative in modo estensivo a discapito della persona interessata»; sent. 26 ottobre 2017, causa T-404/14, *Marine Harvest ASA c. Commissione*, punto 378 ove si è riconosciuto esplicitamente che «il principio di legalità si impone sia alle norme di carattere penale sia agli strumenti amministrativi specifici che impongono o consentono di imporre sanzioni amministrative» e che «esso è applicabile non solo alle norme che stabiliscono gli elementi costitutivi di un'infrazione, ma anche a quelle che definiscono le conseguenze derivanti da un'infrazione alle prime».

⁴³ In proposito, sul divieto di retroattività, cfr. C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, punti 198-223, spec. 202, su cui SIMONCINI M., *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1951-1965; sent. 18 maggio 2006, causa C-397/03, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, punti 15-27; sent. 14 settembre 2016, cause riunite C-490/15 e C-505/15, *Ori Martin SA e Siderurgica Latina Martin SpA (SLM) c. Commissione*, punti 82-94; Trib. UE, sent. 16 settembre 2013, causa T-389/10, *Wabco Europe e a. c. Commissione*, punti 174-184; sulla determinatezza delle norme punitive, cfr. C. giust. UE, Grande Sezione, sent. 29 marzo 2011, causa 352/09, *ThyssenKrupp Nirosa GmbH c. Commissione*, punti 80-91; Trib. UE, sent. 27 giugno 2012, causa T-372/10, *Bolloré c. Commissione*, 31-53; sent. 8 settembre 2016, causa T-472/13, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, punti 761-779; *Marine Harvest ASA c. Commissione*, cit., 376-394; sent. 10 novembre 2017, causa T-180/15, *Icap plc e a. c. Commissione*, punti 188-200;

giurisprudenza costituzionale estensivo dell'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. al *diritto sostanzialmente punitivo*.

2.1. Diritto punitivo e principio costituzionale di irretroattività.

Muovendo dall'analisi delle decisioni che hanno riguardato il *principio di irretroattività*⁴⁴, può notarsi come, nell'ultimo decennio⁴⁵, non così esiguo, in termini relativi, sia stato il numero di pronunce in cui il Giudice costituzionale ha affermato l'estensione applicativa *in parte qua* dell'art. 25, secondo comma, Cost. a misure dotate di caratteri sostanzialmente punitivo-afflittivi, pur se non ricondotte o riconducibili, su di un piano formale, al diritto penale sostanziale.

La tendenza giurisprudenziale ha seguito una *duplice linea espansiva*, interessando, da un lato, strumenti del *diritto punitivo extra-penale*⁴⁶ e, da un altro lato, più di recente, istituti *prima facie* appartenenti al *diritto dell'esecuzione penale*, o comunque al diritto processuale penale⁴⁷. Ne è derivato il sorgere di sovrapposizioni, sotto diversi aspetti, e a vario titolo, fra il perimetro di tale garanzia costituzionale *interna* e quello delle corrispondenti *garanzie sovranazionali* rilevanti nell'ordinamento nazionale, ricavabili dagli artt. 7 CEDU e 49 CDFUE, e quindi il configurarsi di un possibile concorso di esse, ogni qual volta si presenti un problema di retroattività di una misura ritenuta di carattere punitivo-afflittivo⁴⁸.

⁴⁴ Come evidenziato, fra le altre, in Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 223, da tale principio «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» (n. 6.1. *Cons. dir.*).

⁴⁵ Lasso di tempo significativamente sovrapponibile, grosso modo, con il periodo successivo alla precisazione del nuovo assetto di rapporti fra l'ordinamento interno e il sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali.

⁴⁶ In precedenza, nella letteratura scientifica, nel senso dell'estensione dell'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle sanzioni amministrative, SANDULLI M.A., voce *Sanzione IV) Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur. Trec.*, XXVIII, 1993, Ist. enc. it, Roma, 7; in senso contrario, tra gli altri, PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, 173 ss..

⁴⁷ In proposito, cfr. BIANCHI D., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, 259 ss..

⁴⁸ La garanzia dell'irretroattività delle sanzioni penali, già principio generale del diritto dell'Unione europea, ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 49 CDFUE, e, come si è detto, è stata interpretata in senso ampio e sostanzialistico ricomprendendo nel relativo ambito applicativo anche le sanzioni

2.1.1. Il cambiamento di paradigma nella giurisprudenza costituzionale in tema di confische sostanzialmente punitive.

Non sorprende che il nuovo orientamento, se così si può definire, circa la portata operativa dell'art. 25, secondo comma, Cost. sia stato inaugurato nel contesto di giudizi di costituzionalità attinenti a particolari tipologie di confisca, di cui veniva contestata la possibile applicazione retroattiva nei confronti di autori di condotte illecite realizzatesi prima dell'introduzione legislativa dello strumento confiscatorio. Risale nel tempo, infatti, il dibattito sulla qualificazione di tale istituto il cui «polimorfismo» è ormai pacificamente accolto nelle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali prevalenti, le quali sottolineano come, pur a fronte di una medesima «etichetta» formale (il *nomen iuris* di *confisca*) e di un medesimo contenuto (consistente nell'ablazione di beni), esso possa assumere caratteri sostanziali differenti a seconda del diverso contesto ordinamentale in cui sia inserito e della precipua disciplina normativa regolatrice⁴⁹.

Si tratta di problematiche piuttosto sedimentate, se già nella *sentenza n. 29 del 1961*, concernente una speciale ipotesi di confisca introdotta dalla legislazione luogotenenziale contro il fascismo, la Corte costituzionale ha riconosciuto la mutevole natura della misura, chiarendo che essa «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

amministrative. Al pari dell'art. 7 CEDU, l'art. 49 CDFUE dovrebbe, in astratto, venire in rilievo allorché, in un ambito di competenza del diritto europeo, si prevedano strumenti sanzionatori suscettibili di applicazione retroattiva: ad oggi, però, tale disposizione europea, sotto questo specifico profilo, ha trovato una valorizzazione diretta sul piano interno, sia sul piano ermeneutico sia sul piano applicativo, senza dubbio minore rispetto alla corrispondente garanzia convenzionale. In proposito, SICURELLA R., Sub *Art. 49 CDFUE, Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in Mastroianni R.-Pollicino O.-Allegrezza S.-Pappalardo F.-Razzolini O. (cur.), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 996, rileva che la notazione dello scarso richiamo della disposizione nella giurisprudenza interna, in particolar modo in quella costituzionale, deve tuttavia accompagnarsi alla sottolineatura del carattere recente della stessa e al dato per cui i principi da essa recati sono largamente mutuati dalla CEDU. La stessa garanzia europea, invece, ha avuto un ruolo maggiormente significativo nell'ambito della vicenda *Taricco*, su cui si veda *supra*, Cap. secondo, e *infra*, § 3, e altresì rispetto alle problematiche della proporzionalità delle sanzioni amministrative, a proposito della quale cfr. *infra* § 4.

⁴⁹ Sul «polimorfismo» dell'istituto, nella giurisprudenza di legittimità, si veda, fra le molte, Cass. pen., Sez. Un., sent. 26 giugno 2014, n. 4880, *Spinelli* in *C.E.D.* n. 262602; in dottrina, si vedano i diversi contributi in EPIDENDIO T.-VARRASO G. (cur.), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, e anche MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1261.

anche di misura giuridica civile e amministrativa»⁵⁰, ribadendo nella, di poco successiva, sentenza n. 46 del 1964, riguardante analoga fattispecie legislativa, che la «confisca non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale»⁵¹.

Le implementazioni normative più recenti dell'istituto hanno corroborato tali considerazioni, dando conferma al rilievo secondo cui la confisca costituisce uno strumento al «crocevia» fra prevenzione, riparazione e repressione⁵², con la conseguenza che il relativo inquadramento giuridico – come misura di sicurezza, misura di prevenzione, pena o sanzione extra-penale – dipende da considerazioni legate alle caratteristiche della singola ipotesi oggetto di considerazione, e implica l'applicazione di differenti principi costituzionali e convenzionali integranti il relativo statuto di garanzia⁵³. Si è, infatti, opportunamente evidenziato come occorra ormai declinare al plurale le problematiche concernenti la legittimazione e lo statuto costituzionale dell'istituto, distinguendo fra diverse *confiscae*⁵⁴, essendosi affiancate alle ipotesi codicistiche di confisca facoltativa⁵⁵ ed obbligatoria⁵⁶, ipotesi ulteriori – in una costruzione giuridica, invero, *asistemica* – quali la confisca per equivalente⁵⁷, la confisca cd. allargata⁵⁸, la

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 29 del 1961, cit..

⁵¹ Corte cost., sent. n. 46 del 1964, cit..

⁵² Cfr. MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 139 ss..

⁵³ Sul tema, in generale, si veda MARCENÒ V., *Le confiscae tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in Epidendio T.-Varraso G. (cur.), *Codice delle confiscae*, cit., 3 ss., cui si rinvia anche per la letteratura *ivi* richiamata; più in particolare, rispetto alle problematiche della confisca di prevenzione, VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale delle confiscae di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 610 ss..

⁵⁴ In questo senso, fra gli altri, nella letteratura più recente, PULITANÒ D., *Sullo statuto costituzionale delle confiscae*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019, 1 (ultimo accesso: 30 giugno 2020); MARCENÒ V., *Le confiscae tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., spec. 4-5.

⁵⁵ Cfr. art. 240, primo comma, c.p..

⁵⁶ Cfr. art. 240, secondo comma, c.p..

⁵⁷ Cfr. art. 322-ter c.p..

⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, su cui AMARELLI G., *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri "reati-matrice"*, in *Giur. cost.*, 2018, 307 ss.; APRILE E., *La confisca "allargata" ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato "presupposto" è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.; PICCARDI M., *Legittima la*

confisca di prevenzione⁵⁹ e, ancora, specifiche ipotesi *extra ordinem* collegate a fattispecie di reato o di illecito amministrativo⁶⁰.

2.1.1.1. I segnali del mutamento giurisprudenziale in due ordinanze di manifesta infondatezza in tema di confisca per equivalente nei reati tributari.

La tematica della possibile applicazione retroattiva di misure confiscatorie aventi, in tesi, natura sanzionatoria, dopo essersi presentata *apertamente* nelle menzionate pronunce degli anni Sessanta – in cui, pur non escludendosi che specifiche confische potessero assurgere a pena in senso sostanziale ai fini dell’operatività del divieto costituzionale di retroattività, si era negato, però, siffatto carattere alla confisca all’epoca scrutinata – e *incidentalmente* nella *ordinanza n. 392 del 1987*⁶¹ – in cui era stata posta in discussione

confisca “allargata” nel caso di condanna per ricettazione, ivi, 2816 ss.; FINOCCHIARO S., La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?, in penalecontemporaneo.it, 2018, e oggi reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); LIBERALI B., La “ragionevolezza temporale” della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, 317 ss..

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 24, su cui si vedano APRILE E., *La Corte costituzionale “riscrive” la disciplina delle misure di prevenzione “generiche” per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in Cass. pen., 2019, 1886 ss.; CERFEDA M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia”*, in archiviopenale.it, 2, 2019; DOLSO G.P., *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione*, in Quad. cost., 2019, 691 ss.; FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in penalecontemporaneo.it, 2019, e oggi reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); MAZZACUVA F., *L’uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2019, 987 ss.; MENDITTO F., *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in giurisprudenzapenale.com, 2019 (ultimo accesso: 30 giugno 2020); nonché Corte cost., ent. 27 febbraio 2019, n. 26, sulla quale si vedano CALVIGIONI S., *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*, in Foro it., 7-8, 2019, parte I, 2288 ss.. In generale, sul tema PELISSERO M., *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in Studium iuris, 10, 2019, 1148 ss.; DOLSO G.P., *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in Giur. cost., 2019, 1867 ss..

⁶⁰ Si pensi alle ipotesi di confisca previste in diverse discipline settoriali, come quelle relative al cd. *market abuse*, agli abusi edilizi e a violazioni del Codice della Strada.

⁶¹ Cfr. Corte cost., ord. 12 novembre 1987, n. 392.

l'applicabilità *tout court* delle misure di sicurezza (fra cui la confisca dei veicoli oggetto di esame) a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che le prevedeva⁶² –, si è riproposta nella giurisprudenza costituzionale solamente in epoca assai più recente, a seguito del nuovo rilievo assunto sul piano interno dagli approdi della giurisprudenza sovranazionale, e in particolare della Corte europea dei diritti umani⁶³.

Il problema è, infatti, ritornato all'esame della Corte costituzionale nell'ambito di due giudizi incidentali di legittimità costituzionale aventi ad oggetto una disposizione contenuta nella cd. legge finanziaria 2008 con cui il legislatore aveva esteso l'operatività della confisca per equivalente, prevista dall'art. 322-*ter* c.p. originariamente per il solo sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, agli autori di taluni reati tributari. Le questioni di costituzionalità nascevano, in particolare, dall'infelice formulazione del testo legislativo che non recava alcuna clausola volta a escludere espressamente l'applicabilità della confisca in questione – e correlativamente del sequestro preventivo ad essa preordinato – rispetto a fatti di reato commessi anteriormente all'entrata in vigore della disposizione stessa⁶⁴.

Entrambi i giudizi sono stati decisi con *ordinanze*, le *nn. 97 e 301 del 2009*⁶⁵, di manifesta infondatezza, motivate dall'erroneo presupposto interpretativo alla base dei prospettati dubbi di costituzionalità, consistente nell'aver qualificato l'ipotesi di confisca in esame alla stregua di una misura di sicurezza e non invece di una pena, come avrebbe dovuto suggerire la sostanziale natura eminentemente sanzionatoria di essa, e come peraltro già aveva riconosciuto un indirizzo giurisprudenziale non inconsistente – eppure non accolto dai giudici remittenti – secondo cui la connotazione prevalentemente afflittiva della misura ne avrebbe dovuto impedire l'applicazione retroattiva, stante l'inoperatività del principio di cui all'art. 200 c.p., altrimenti generalmente efficace

⁶² Sono stati dichiarati manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale rispetto al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di irretroattività (art. 25, secondo e terzo comma, Cost.) dell'art. 200, primo comma, c.p..

⁶³ Ripercorre le «stagioni della confisca nella giurisprudenza costituzionale» MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., spec. 17-30.

⁶⁴ Sul problema, MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791 ss..

⁶⁵ Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97; ord. 20 novembre 2009, n. 301.

rispetto alle misure di sicurezza⁶⁶. Siffatta opzione ermeneutica – fondantesi su di una vera e propria (ri)qualificazione in via interpretativa dell'ipotesi di confisca *de qua* – trovava, nella prospettiva del Giudice costituzionale, una duplice giustificazione, sia negli approdi della Corte europea dei diritti, che nella sentenza *Welch c. Regno Unito* aveva riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU proprio in un caso di applicazione retroattiva di un'ipotesi di confisca per equivalente⁶⁷, sia nell'art. 25 secondo comma, Cost. che vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, quale sarebbe la confisca per equivalente in questione⁶⁸.

Le ordinanze, quindi, non determinavano apparentemente alcuna frattura rispetto alla giurisprudenza anteriore, poiché ribadivano, in linea con i precedenti giurisprudenziali, la limitazione del campo applicativo della disposizione costituzionale da ultimo menzionata alle sole sanzioni penali, e riproponevano uno schema di giudizio che già poteva ricavarsi nelle sentenze degli anni Sessanta⁶⁹. Ciononostante, esse presentavano interessanti spunti innovativi – premonitori, in effetti, degli sviluppi giurisprudenziali successivi – là dove riconoscevano, per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale, la natura sostanziale di pena a un'ipotesi di confisca ai fini dell'operatività del predetto divieto di retroattività⁷⁰, conclusione cui si perveniva proprio mediante la valorizzazione, nell'incedere argomentativo, della giurisprudenza convenzionale conferente⁷¹.

⁶⁶ In Corte cost., ord. n. 301 del 2009, si legge: «la confisca per equivalente – in ragione della mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all'assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni – palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura «eminentemente sanzionatoria», tale da impedire l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 cod. pen.».

⁶⁷ Si veda *supra*, Cap. primo, § 2.

⁶⁸ La precisazione è ancor più significativa, in quanto nell'ordinanza di rimessione che ha dato luogo al giudizio di costituzionalità, deciso con la prima delle due ordinanze, la n. 97 del 2009, l'art. 25 Cost. non era stato neppure evocato quale parametro di costituzionalità in tesi violato.

⁶⁹ In tali pronunce, infatti, si era ammesso, in astratto, che una confisca dal carattere sostanzialmente punitivo potesse venire considerata alla stregua di una pena in senso stretto ai fini dell'applicazione del divieto di retroattività.

⁷⁰ Si intende, la garanzia dell'irretroattività ricavabile dal secondo comma dell'art. 25 Cost..

⁷¹ Come ricorda MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., 18, già in Corte cost., sent. 23 dicembre 1997, n. 435, si era fatto riferimento a un'ipotesi di confisca del ciclomotore presupponendone la natura di sanzione amministrativa accessoria; il precedente non è, però, particolarmente rilevante ai fini che qui interessano, atteso che in tale occasione, da un lato, non si era posto

2.1.1.2. La svolta giurisprudenziale nel contesto di una pronuncia di incostituzionalità che manipola la qualificazione sostanziale di un'ipotesi di confisca prevista dal Codice della Strada.

Il superamento del precedente orientamento giurisprudenziale sulla portata dell'art. 25, secondo comma, Cost. è maturato in una sentenza di poco successiva, la n. 196 del 2010⁷², concernente un'altra ipotesi di confisca – la confisca dell'autoveicolo a seguito di condanna per guida in stato di ebbrezza allora prevista dal Codice della Strada⁷³ – la cui applicazione retroattiva, a giudizio del remittente, avrebbe dato luogo a una lesione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, nel significato ad esso attribuito nella giurisprudenza convenzionale.

In tale occasione, il Giudice costituzionale non ha potuto ritenere risolvibili in via interpretativa i profili di incostituzionalità prospettati – come era, invece, accaduto nelle due ordinanze dell'anno precedente – dal momento che, per un verso, la disposizione legislativa scrutinata, nel compiere un espresso rinvio all'art. 240, secondo comma, c.p. quanto all'operatività della confisca in esame, ne presupponeva implicitamente la qualificazione formale come misura di sicurezza, e che, per un altro verso, proprio tale inequivoco tenore letterale aveva portato al formarsi di un orientamento giurisprudenziale affermatore l'applicabilità retroattiva della stessa misura⁷⁴.

un problema di retroattività, ma di sproporzione della misura e, da un altro lato, la Corte costituzionale non aveva proceduto a esaminare *funditus* la questione della reale natura della confisca, limitandosi a non mettere in discussione la qualifica ad essa attribuita dal giudice remittente, in presenza di altri motivi atti a fondare la declaratoria di manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità.

⁷² Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, su cui cfr. TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; e sul tema, MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 76 ss..

⁷³ Cfr. art. 186, comma 2, lett. c), del d.lgs. 30 aprile, n. 285 (*Nuovo codice della strada*), nel testo come novellato dall'art. 4, comma 1, lett. b.), d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

⁷⁴ Solo successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione chiarendo che «la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico ha natura di sanzione penale accessoria»: si veda Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 febbraio 2010 (dep. 18 giugno 2010), n. 23428, P.M. in c. Caligo, in C.E.D. n. 247042, con la nota di TURCO E., *Nota a Corte di cassazione, sez. unite penali, sent. n. 23428 del 2010*, in *Foro it.*, 2010, parte II, 499 ss..

Così, una volta esclusa la possibilità di superare sul piano ermeneutico i dubbi di costituzionalità, e verificata – attraverso l'utilizzo dei criteri *Engel* implementati nella sede convenzionale, e in particolare del sotto-criterio dello scopo della sanzione – la *natura essenzialmente sanzionatoria* della confisca⁷⁵, si è ritenuto necessario procedere alla dichiarazione di incostituzionalità della predetta disposizione, limitatamente all'inciso che ne rendeva possibile l'applicazione retroattiva, e quindi alle espressioni attraverso cui veniva effettuato precipuo rinvio alla disciplina delle misure di sicurezza⁷⁶. L'intervento è consistito, quindi, in una *manipolazione* del disposto legislativo, *costituzionalmente obbligata* in quanto volta a rimuovere gli ostacoli di carattere testuale che si frapponavano a un'interpretazione dello stesso in senso conforme alla garanzia convenzionale evocata, impedendo la soddisfazione delle istanze di tutela connesse a quest'ultima: una manipolazione, cioè, tesa a consentire la (ri)qualificazione della misura in esame in chiave *sostanzialmente punitiva*.

La pronuncia, già di per sé non priva di rilievo, quindi, sotto il profilo della tipologia decisoria adottata in vista della conformazione del diritto interno agli obblighi convenzionali, è però significativa soprattutto perché la Corte costituzionale, in essa, prima ancora di valutare l'effettiva natura della confisca e di giungere alla conclusione dell'illegittimità della disposizione oggetto della questione per violazione del parametro convenzionale interposto di costituzionalità, ha avvertito l'esigenza di ricostruire, in un *obiter dictum* di particolare pregnanza, la portata dell'art. 25, secondo comma, Cost., che invero neppure era stato evocato come parametro di costituzionalità nell'ordinanza di rimessione. Il Giudice delle leggi, in particolare, ha chiarito che il principio ricavabile dalla giurisprudenza convenzionale, secondo cui le misure di carattere punitivo-afflittivo, a prescindere dalla relativa qualificazione formale, sono assoggettate alle garanzie convenzionali penalistiche alla stregua delle pene in senso stretto, è desumibile anche dalla predetta disposizione costituzionale, la quale, in considerazione dell'ampiezza della sua formulazione, trova applicazione rispetto a ogni intervento sanzionatorio⁷⁷. Se ne

⁷⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, n. 5 *Cons. dir.*.

⁷⁶ La disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale».

⁷⁷ Il passaggio fondamentale, che sarà poi ripreso nella giurisprudenza successiva, è quello in cui si afferma che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione

ricava, quindi, che a una applicazione retroattiva di una misura sostanzialmente punitiva, pur se variamente qualificata dal legislatore, non si oppone soltanto la garanzia convenzionale, bensì anche quella interna *ex art. 25*, secondo comma, Cost., *sub specie* di divieto di retroattività *in peius*, di cui viene espressamente riconosciuta l'applicabilità, oltre l'ambito delle pene in senso stretto, a tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo.

Si tratta di un'inequivocabile, e consapevole, evoluzione nella giurisprudenza costituzionale, dovuta evidentemente a una valorizzazione, anche sul piano delle garanzie interne, degli approdi giurisprudenziali convenzionali⁷⁸. Proprio in quanto tale, essa avrebbe forse meritato, come condivisibilmente si è notato, una minore icasticità, se così si può dire, quanto agli argomenti addotti a giustificazione della conclusione⁷⁹. In effetti, non può omettersi di evidenziare come, nel proprio percorso motivazionale, la Corte costituzionale abbia ommesso di confrontarsi problematicamente con le numerose pronunce – neppure prese in considerazione – nelle quali si era precedentemente esclusa l'operatività del divieto costituzionale di retroattività *in peius* rispetto a sanzioni extra-penali, e si sia, invece, limitata a richiamare due precedenti, le *sentenze n. 78 del 1967*⁸⁰ e *n. 447 del 1988*⁸¹, in modo peraltro non pienamente convincente. Queste ultime pronunce, infatti, da un lato, non costituivano precedenti in termini, venendo in considerazione, nei relativi giudizi, non già un problema di applicazione retroattiva di uno strumento sanzionatorio, bensì un (ben diverso) problema di insufficiente definizione legislativa delle fattispecie di illecito – quindi, di mancata soddisfazione della riserva di legge – e, da un altro lato, erano fra di loro addirittura in contraddizione quanto ai risultati

criminale (e quindi non sia riconducibile – m 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» (n. 3.1.5. *Cons. dir.*).

⁷⁸ Sul punto, si condividono, quindi, le posizioni di MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 312, secondo cui la pronuncia rappresenterebbe un «fulgido esempio» del «possibile utilizzo della giurisprudenza della Corte EDU in chiave di “integrazione interpretativa” del principio costituzionale (domestico) invocato come parametro di legittimità», e di MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 21, che considera la stessa pronuncia un «pregevole esempio di “approccio integrato”» fra fonti sovranazionali e principi costituzionali, in cui si sarebbe verificata una «significativa e del tutto innovativa interpretazione “convenzionalmente conforme” dell'art. 25 Cost.».

⁷⁹ In tal senso, anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 10.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 78 del 1967, cit..

⁸¹ Corte cost., sent. n. 447 del 1988, cit..

ermeneutici, considerato che, mentre nella pronuncia più risalente si era affermata una interpretazione estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost. tale da ricomprendere anche le sanzioni amministrative, nella pronuncia più recente si era esplicitamente negata una siffatta lettura, ritenendosi la riferibilità della riserva di legge prevista dalla predetta disposizione alle sole sanzioni penali in senso proprio⁸².

2.1.1.3. *Excursus*: il necessario accertamento della colpevolezza quale conseguenza del riconoscimento della natura sanzionatoria di un'ipotesi di confisca.

Senza allontanarsi eccessivamente dall'oggetto della trattazione, non può non darsi conto, incidentalmente, di un'ulteriore problematica derivante dal riconoscimento della natura sanzionatoria di determinate ipotesi di confisca. Tale qualificazione, infatti, non soltanto ha messo in discussione la loro possibile operatività retroattiva, ma ha dato luogo anche a dubbi significativi con riguardo ai relativi presupposti applicativi, dubbi vertenti, in ultima analisi, sul quesito se siffatte misure debbano conseguire indefettibilmente a una formale pronuncia di condanna, ovvero se esse possano essere disposte anche nel contesto di una sentenza di proscioglimento, dovendosi, in questa seconda eventualità, individuare i caratteri la cui sussistenza ne consenta l'applicazione.

Il quesito si era già posto, in passato, con riferimento a quelle ipotesi di confisca che, qualificate come misure di sicurezza, presuppongano una *condanna*, allorché erano sorti dubbi interpretativi – concretizzatisi in aperti contrasti nella prassi giudiziaria – sul significato da attribuire a quest'ultima espressione⁸³, annoverandosi nel nostro ordinamento sentenze di proscioglimento comportanti un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato⁸⁴. E, sempre con riguardo a ipotesi di confisca-misura

⁸² Nella pronuncia si è altresì dato rilievo, ma solo quale elemento aggiuntivo, al fatto che il divieto di retroattività delle sanzioni amministrative sia stato codificato dall'art. 1 legge n. 689 del 1981.

⁸³ In proposito, Cass. pen., Sez. Un., sent. 10 luglio 2008 (dep. 15 ottobre 2008), n. 38834, *De Maio*, in *C.E.D.* n. 240565, e, ancor prima, Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 marzo 1993 (dep. 23 aprile 1993), n. 5, *Carlea*, in *C.E.D.* n. 193120.

⁸⁴ Come evidenziato anche da Corte cost, sent. 4 aprile 2008, n. 85, vengono in rilievo le ipotesi di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, di proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*, di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale. A tale rassegna possono aggiungersi, come sottolineato da Cass. pe., Sez. Un., sent. 26 aprile 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, *Lucci*, in *C.E.D.* n. 264434, il proscioglimento per difetto di imputabilità, la sentenza di

di sicurezza, aveva fatto *ingresso* nella giurisprudenza costituzionale l'esigenza – certamente non aliena alla problematica in considerazione – di evitare incisioni al patrimonio di persone estranee al reato, là dove si era riconosciuta l'efficacia, anche rispetto a dette ipotesi, del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27*, primo comma, Cost., conseguendone la dichiarazione di incostituzionalità di previsioni, per così dire, di responsabilità oggettiva, cioè legittimanti l'applicazione della confisca a prescindere dalla valutazione di un qualsivoglia legame psicologico fra il fatto di reato presupposto e il soggetto cui appartengano le cose astrattamente suscettibili di ablazione⁸⁵.

Siffatti approdi, che pure avevano costituito un innalzamento qualitativo dello statuto garantistico della confisca-misura di sicurezza, non precludevano però l'applicazione dello strumento in presenza di situazioni di per sé non espressive della commissione di un reato, e per tale ragione non potevano considerarsi del tutto soddisfacenti⁸⁶. *A fortiori*, i medesimi approdi non avrebbero potuto essere semplicemente riproposti in relazione alle ipotesi di confisca-sanzione, rispetto alle quali ancor più forte è l'esigenza che la misura ablativa produca effetti solamente sul patrimonio di chi sia riconosciuto autore di un fatto di reato, accertato in tutti i relativi elementi costitutivi.

Anche in questo caso è stata la giurisprudenza convenzionale a fornire un contributo

non luogo a procedere nei confronti dei minorenni *ex art. 26 d.P.R. n. 448 del 1988* e la sentenza con la quale l'imputato venga prosciolto in quanto non punibile ai sensi dell'*art. 131-bis c.p.*

⁸⁵ In questo modo, si è dichiarata l'illegittimità della confisca obbligatoria di cose d'interesse artistico o storico esportate abusivamente, quando risultassero di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto (Corte cost., sent. 19 gennaio 1987, n. 2, con la nota a prima lettura di FIANDACA G. in *Foro it.*, 1987, parte I, 1364 ss.), nonché della confisca obbligatoria, prevista dalla legislazione doganale, di cose appartenenti a persone estranee al reato, alle quali non fosse imputabile un difetto di vigilanza (Corte cost., sent. 17 luglio 1974, n. 229) di cose oggetto di contrabbando illegittimamente sottratte a terzi, quando tale sottrazione risultasse giudizialmente accertata (Corte cost., sent. 19 dicembre 1976, n. 259, su cui si veda VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, 416 ss.), nonché di cose appartenenti a persone estranee al reato, le quali potessero provare di avere acquistato la relativa proprietà ignorando senza colpa l'illecita immissione mercato (Corte cost., sent. 10 gennaio 1997, n. 1).

⁸⁶ In questo senso, cfr. PULITANÒ D., *Sullo statuto costituzionale delle confische*, cit., che ha sottolineato come dalle pronunce che hanno invalidato ipotesi di confisca nei confronti di persone estranee al reato non potrebbe comunque ricavarsi l'illegittimità dell'operare delle medesime ipotesi di confisca a carico di persone di per sé non espressive della commissione di un reato (che, invece, dovrebbe costituire presupposto applicativo delle misure di sicurezza), quali un mero difetto di vigilanza, un'ignoranza colposa, o l'aver tratto profitto dal reato.

decisivo, a partire dalla sentenza resa nel caso *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ove si è dichiarata la violazione dell'art. 7 CEDU⁸⁷, fra l'altro, per l'assenza di un accertamento in concreto, nel caso oggetto di esame, di un legame psicologico (*i.e.* dell'elemento soggettivo) fra i destinatari della confisca urbanistica e i fatti di reato di lottizzazione abusiva. La prospettiva della Corte europea dei diritti, precisata e confermata in successive pronunce, è oggi chiara nel richiedere, come indefettibile presupposto applicativo di una confisca avente natura sanzionatoria, quale è la confisca urbanistica, l'accertamento della responsabilità penale del soggetto nei cui confronti opera la misura, accertamento che potrebbe essere contenuto in una sentenza di condanna, ma anche – come si è chiarito *expressis verbis* nella sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia* – in una sentenza di proscioglimento dichiarativa del decorso del termine prescrizione⁸⁸.

Sul piano interno, la Corte costituzionale già con la *sentenza n. 239 del 2009*⁸⁹, aveva riconosciuto – all'indomani della sentenza *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia* – la possibilità che l'accertamento di colpevolezza, essenziale ai fini dell'adozione della confisca urbanistica, fosse inserito in una sentenza di proscioglimento del reato per intervenuta prescrizione⁹⁰. In seguito, Essa è ritornata sul problema nella *sentenza n. 49 del 2015*⁹¹ in relazione a nuovi dubbi di costituzionalità sorti a seguito della sentenza *Varvara c. Italia*, dalla quale alcuni giudici di merito e di legittimità avevano ritenuto di trarre la regola secondo cui la confisca *de qua* dovesse conseguire necessariamente a una formale sentenza di condanna, un approdo che, se confermato, sarebbe stato alquanto innovativo. Tale interpretazione della menzionata sentenza *Varvara c. Italia* è stata, però, reputata erronea dal Giudice costituzionale, giacché un esame maggiormente approfondito della stessa avrebbe permesso di rinvenire la sua consonanza rispetto alla precedente giurisprudenza convenzionale, in base alla quale assume rilievo la *sostanza*

⁸⁷ A fianco della violazione dell'art. 7 CEDU, qui rilevante, nella pronuncia è stata accertata altresì la violazione dell'art. 1 Protocollo n. 1 annesso alla CEDU.

⁸⁸ Si veda *supra*, Cap. primo, § 2.

⁸⁹ Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 239, con la nota di SCARCELLA A., *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3015 ss..

⁹⁰ Corte cost., sent. n. 239 del 2009, cit., n. 3 *Cons. dir.*.

⁹¹ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit..

dell'accertamento, e non invece la *forma* della sentenza⁹². Nella pronuncia costituzionale si è, così, ribadito che la sentenza di non doversi procedere per decorso del periodo atto alla prescrizione del reato non è incompatibile, né logicamente né giuridicamente, con un accertamento di responsabilità funzionale alla disposizione della confisca, precisandosi, anzi, come detto accertamento sia doveroso quando si tratti di disporre la confisca urbanistica, di cui si è inequivocabilmente riconosciuta la natura punitivo-afflittiva⁹³.

È, quindi, un esito ormai pacifico, anche nella prassi, quello per cui la (ri)qualificazione della confisca urbanistica in termini sostanzialmente sanzionatori ne impone l'applicazione sul presupposto di un accertamento di colpevolezza contenuto, in ipotesi, anche in una pronuncia di proscioglimento per decorso del termine prescrizionale⁹⁴. Non appena, però, si fuoriesca da tale ristretto angolo prospettico, e si esaminino *altre* misure di confisca, tale chiarezza sembra venire meno non soltanto allorché si incontrino difficoltà nella qualificazione sostanziale delle stesse misure in ragione del perseguimento, da parte di esse, di diverse concorrenti finalità (preventive, sanzionatorie e/o ripristinatorie)⁹⁵, ma anche quando la natura essenzialmente sanzionatoria non sia in discussione⁹⁶.

A queste incertezze non sembrano aver posto rimedio i recenti interventi legislativi riguardanti proprio i poteri del giudice dell'impugnazione in caso di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione o amnistia⁹⁷, che, anzi, appaiono di difficile

⁹² Di qui, fra le altre ragioni, l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità.

⁹³ Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit., n. 5 *Cons. dir.*.

⁹⁴ Fra le molte, Cass. pen., Sez. III, sent. 5 luglio 2019 (dep. 17 settembre 2019), n. 38484, *Giannattasio*, in *C.E.D.* n. 277322-01.

⁹⁵ Si fa riferimento, in particolare, alle problematiche concernenti le ipotesi di confisca allargata e di prevenzione.

⁹⁶ Ne sono un esempio i principi di diritto sanciti in Cass. pen., Sez. Un., n. 31617 del 2015, cit., in cui si è riconosciuto che il concetto di *condanna* ricomprende anche sentenze di proscioglimento dichiarative dell'intervenuta prescrizione, purché contenenti un accertamento di responsabilità, *solamente* in riferimento alle ipotesi di confisca diretta del prezzo o del profitto, le quali sono qualificate come misure di sicurezza; diversamente rispetto all'ipotesi di confisca per equivalente, di cui pure è riconosciuta la natura sanzionatoria, tali conclusioni vengono negate.

⁹⁷ Si è avuto, dapprima, l'inserimento nel solo ambito della disciplina della confisca cd. allargata, allora contenuta nell'art. 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, di un nuovo comma 4-*septies*, che consentiva al giudice dell'impugnazione di applicare tale ipotesi di confisca anche qualora, a una precedente sentenza dispositiva della misura fosse, sopravvenuta l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia; e, in seguito, contestualmente alla soppressione di detta disposizione, l'introduzione dell'art. 578-

ricostruzione sistematica⁹⁸. L'intera materia, in definitiva, sembra soffrire di perduranti incongruenze e merita di essere approfondita – oltre che, nel caso, per giungere in una prospettiva *de jure condendo*, alla proposizione di nuovi interventi normativi – per riportare coerenza fra disposizioni legislative, sostanziali e processuali, e soluzioni giurisprudenziali, interne e sovranazionali, con riguardo sia a problematiche attualmente oggetto del dibattito dottrinale e giudiziario, sia ad aspetti rimasti finora un poco in secondo piano⁹⁹.

2.1.2. Diritto punitivo *extra-penale* e divieto di retroattività *in peius*.

Ora, facendo ritorno al discorso principale circa la portata del principio di irretroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., deve rilevarsi che il mutamento di paradigma – come lo si è definito – avvenuto in un semplice *obiter dictum* contenuto nella *sentenza n. 196 del 2010*, riguardante un'ipotesi di confisca, è stato riproposto, e anzi portato a conseguenze ulteriori, nella successiva evoluzione giurisprudenziale anche allorquando sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale relativamente ad altre misure reputate di avere un sostanziale carattere punitivo-afflittivo, evidenziandosi una *direttrice espansiva* del perimetro della garanzia costituzionale interna verso il *diritto punitivo extra-penale*.

2.1.2.1. La *prima* applicazione del principio costituzionale di irretroattività, nel rinnovato ambito applicativo, a sanzioni amministrative pecuniarie.

A venire in considerazione è anzitutto la *sentenza n. 104 del 2014*, concernente, fra l'altro, una disposizione regionale con cui si erano previste sanzioni amministrative

bis c.p.p., che prevede analoghe facoltà per il giudice dell'impugnazione, ma con un rinnovato ambito applicativo, non più circoscritto alla confisca cd. allargata bensì comprensivo anche della confisca obbligatoria *ex art. 322-ter* c.p.p..

⁹⁸ In effetti, le fattispecie di confisca ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 578-*bis* c.p.p. sono di varia natura. Da ultimo, Corte cass., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, *Perroni*, 278870, ha esteso il perimetro della disposizione anche alla confisca urbanistica, pur se testualmente non ricompresa in esso.

⁹⁹ Si pensi, ad esempio, alle problematiche concernenti gli inediti spazi applicativi della misura cautelare del sequestro preventivo *ex art. 321*, comma 2, c.p.p., in ragione del proliferare di nuove ipotesi di confisca, cui tale ipotesi di sequestro è preordinato.

pecuniarie suscettibili di trovare applicazione retroattiva rispetto a comportamenti di violazione della disciplina relativa a procedimenti amministrativi autorizzativi¹⁰⁰.

Il particolare significato della decisione risiede nel fatto che l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata è stata dichiarata esclusivamente per contrasto con il divieto di retroattività *in peius* sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁰¹, giacché la corrispondente garanzia convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, e la relativa giurisprudenza sovranazionale, non erano state indicate, nel ricorso del Governo, come parametro interposto di costituzionalità¹⁰². Nel percorso motivazionale, la Corte costituzionale, una volta riaffermata la nuova estensione del perimetro applicativo della disposizione costituzionale, come tale ricomprensiva anche di strumenti sanzionatori extra-penali, non ha fatto analitica applicazione dei criteri *Engel*¹⁰³ né ha ritenuto necessario impegnarsi diffusamente nella valutazione circa l'effettiva natura punitivo-afflittiva delle misure in esame, non essendo, essa, invero in discussione, ma ha semplicemente riconosciuto l'operatività della garanzia costituzionale alle sanzioni amministrative, e quindi l'illegittimità della disposizione censurata¹⁰⁴.

La pronuncia costituisce, dunque, una prima applicazione del principio costituzionale *interno* di irretroattività delle norme punitive sfavorevoli, nella sua rinnovata configurazione, un principio che, di per sé considerato – e, cioè, a prescindere dal concorrente riferimento alla garanzia convenzionale e alle conferenti pronunce della Corte europea dei diritti – è suscettibile di operare in presenza di un qualsiasi intervento sanzionatorio, pur se non formalmente penale, come, appunto, nel caso di una previsione

¹⁰⁰ Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, su cui si veda URBANI F., *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della "continuità dell'illecito"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1832 ss..

¹⁰¹ La Corte costituzionale ha ritenuto di precisare in questo senso la prospettazione del Governo, ricorrente nel giudizio di costituzionalità, che aveva evocato l'art. 25 Cost. in relazione al principio *tempus regit actum*.

¹⁰² Si trattava di un giudizio di legittimità costituzionale instaurato in via principale.

¹⁰³ Gli approdi giurisprudenziali convenzionali sono stati richiamati solamente nel breve passaggio in cui si è compendiata la portata dell'*obiter dictum* del 2010.

¹⁰⁴ In altre parole, non era in dubbio la natura punitiva della misura in questione, qualificata dal legislatore come sanzione amministrativa; la questione atteneva esclusivamente alla riconducibilità del diritto amministrativo sanzionatorio entro il perimetro del principio costituzionale di irretroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost..

di diritto amministrativo sanzionatorio contenuta nella legislazione regionale¹⁰⁵.

2.1.2.2. Effetti *riflessi* della condanna penale e divieto costituzionale di retroattività *in peius*.

L'apertura a schemi decisorii (*i.e.* criteri di giudizio) sostanzialistici nella definizione dell'ambito applicativo della garanzia in esame ha trovato affermazione nella successiva *sentenza n. 276 del 2016*, concernente la sospensione da cariche elettive regionali e locali prevista dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (cd. decreto Severino)¹⁰⁶, seppure, nel merito, sia stata negata la natura punitiva di tale misura, e quindi l'operatività, rispetto ad essa, del divieto di retroattività *in peius* sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost. e dall'art. 7 CEDU, parametri, entrambi, evocati nelle ordinanze di rimessione¹⁰⁷.

Ai fini che interessano, occorre evidenziare che, nella decisione, non soltanto sono state ribadite le conclusioni relative all'esteso campo applicativo del principio costituzionale *interno* di irretroattività, ma l'esame dei profili di incostituzionalità è stato condotto distintamente rispetto ai due menzionati parametri costituzionali: così, in relazione all'art. 25, secondo comma, Cost., la Corte costituzionale ha valorizzato propri

¹⁰⁵ Invero, già in Corte cost., ord. 5 aprile 2012, n. 82, si era riconosciuta l'operatività del principio di legalità, e in particolare del divieto di retroattività *in peius*, in presenza di sanzioni amministrative accessorie a sanzioni penali conseguenti all'accertamento di un reato, onde escludere la rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate, ma tale passaggio argomentativo si era fondato esclusivamente sull'art. 1 legge n. 689 del 1981. Dunque, la Corte costituzionale si era limitata a rilevare l'erronea ricostruzione della disciplina legislativa, entro cui poteva rinvenirsi la regola dell'irretroattività delle sanzioni amministrative, ma non aveva inteso affermare, invece, l'estensione in tale direzione della garanzia costituzionale dell'irretroattività ex art. 25, secondo comma, Cost.: in proposito, cfr. anche CHIRRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, spec. 5.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 16 dicembre 2016, n. 276, sulla quale copiosi sono stati i commenti dottrinali: si vedano, fra gli altri, ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 276/2016*, in *Foro it.*, 12, 2017, 3521 ss.; RIVOCCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, 2385 ss.; MENEGUS G., *La sospensione di diritto ex legge Severino supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. 276/2016*, in *Riv. AIC*, 2, 2017. In generale, sul tema, BAILO F., *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, 450 ss..

¹⁰⁷ Di qui, l'infondatezza delle relative questioni di costituzionalità. Sul tema, in generale, PUPO V., *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla "legge Severino"*, in *forumcostituzionale.it*, 2018 (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

precedenti¹⁰⁸ ove si era esclusa la natura di sanzione o di effetto penale della stessa sospensione da cariche elettive¹⁰⁹ o di figure analoghe¹¹⁰; in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost, e, per suo tramite, all'art. 7 CEDU, la stessa Corte ha dato rilievo a precedenti della Corte europea dei diritti, effettuando, essa stessa, una diretta applicazione dei criteri *Engel*, e in particolare modo dei criteri dello scopo e della gravità della sanzione, come declinati nella magmatica giurisprudenza sovranazionale¹¹¹.

Nella pronuncia, quindi, la criteriologia *Engel* è stata presa in considerazione – pur se, come si è rilevato in dottrina, in modo non del tutto esaustivo¹¹² – solamente per la valutazione dei dubbi di costituzionalità derivanti da presunte violazioni della garanzia sancita dall'art. 7 CEDU, rispetto ai quali occorreva evidentemente affrontare la questione, per così dire, pregiudiziale della riconducibilità della misura alla nozione convenzionale di *materia penale*. La valutazione, invece, circa l'operatività della garanzia costituzionale *interna*, anch'essa implicante valutazioni sostanzialistiche, sembra aver seguito un criterio autonomo rispetto a quelli elaborati in ambito sovranazionale, ravvisabile, più semplicemente, nella ritenuta ascrivibilità della sospensione da cariche elettive al novero dei cd. effetti riflessi di una condanna penale (*i.e.* delle misure

¹⁰⁸ Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., n. 5.2. *Cons. dir.*.

¹⁰⁹ Corte cost., sent. 19 novembre 2015, n. 236, con i commenti di GAMBARDELLA M., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. legge Severino*, in *Cass. pen.*, 2016, 1884 ss.; MARINI F.S., *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2016; ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2, 2016, parte I, 412 ss.; TORRETTA P., *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, 3, 2016, 258 ss..

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 13 luglio 1994, n. 295, con la nota di CANTARO A., *La decadenza di diritto degli amministratori elettivi*, in *Giur. cost.*, 1994, 3192 ss.; sent. 3 giugno 1999, n. 206, con la nota di CANTARO A., *La sospensione dell'impiegato rinviato a giudizio per delitti di criminalità organizzata: una misura cautelare obbligatoria ma temporanea*, in *Giur. cost.*, 1999, 1254 ss.; sent. 15 febbraio 2002, n. 25, con la nota di ODDI A., *A proposito di condanne penali e limitazioni del diritto di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2002, 180 ss..

¹¹¹ Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., nn. 5.3-5.7. *Cons. dir.*.

¹¹² In questo senso, 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 *Riv. AIC*, 2, 2017, spec. 16-17. In generale, in chiave ricostruttiva della giurisprudenza convenzionale sul tema, cfr. 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*, 2018 (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

amministrative costituenti una ricaduta indiretta di una siffatta pronuncia), rappresentando essa una mera conseguenza «cautelare» del venir meno di un requisito soggettivo (l'assenza di una condanna penale per una certa categoria di reati) per l'accesso o il mantenimento della carica elettiva¹¹³.

La sottolineatura non è esclusivamente formalistica, né assume significato solamente per ragioni processualistiche; al contrario, essa consente di fissare un aspetto centrale nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in esame, e cioè che l'espansione a sanzioni punitivo-afflittive non formalmente penali dell'ambito applicativo del divieto di retroattività *in peius* ex art. 25, secondo comma, Cost., sebbene largamente debitrice degli approdi giurisprudenziali sovranazionali, non ha però in alcun modo significato il venir meno dell'autonomia delle due garanzie, quella interna e quella convenzionale ex art. 7 CEDU, il cui perimetro applicativo, pur largamente sovrapponibile, non è *in toto* coincidente¹¹⁴.

Ovviamente, ben altro discorso – cui, in questa sede, può accennarsi solo incidentalmente – è quello relativo alla valutazione della plausibilità del criterio utilizzato per la valutazione dei prospettati profili di contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., soprattutto sotto il profilo della sua congruenza rispetto alla finalità di discernere misure amministrative dotate di carattere punitivo-afflittivo e misure invece prive di tale carattere. Si tratta di una tematica assai più ampia rispetto alla decisione esaminata, che mette in discussione l'intero filone giurisprudenziale relativo alle misure della incandidabilità, della sospensione e della decadenza da cariche elettive e, ancor più in generale, il complesso delle pronunce riguardanti ipotesi di applicazione retroattiva dei cd. effetti riflessi di una condanna penale¹¹⁵.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., n. 5.2. *Cons. dir.*; nuovi dubbi di legittimità costituzionale sul cd. decreto Severino, non riferiti all'art. 25 Cost. né all'art. 7 CEDU, sono stati dichiarati infondati e inammissibili in Corte cost., sent. 6 marzo 2019, n. 36.

¹¹⁴ Vi si tornerà più diffusamente *infra*, § 2.1.3.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 9 febbraio 2018, n. 22, in tema di revoca della patente di guida nei confronti di condannati per reati in materia di stupefacenti; sent. 9 aprile 2019, n. 80, concernente il diniego di conseguimento della patente di guida per la condanna ai medesimi reati. In proposito può citarsi anche Corte cost., sent. 17 luglio 2018, n. 161, seppure essa si occupi solo in un *obiter dictum* della presunta natura sanzionatoria delle misure di revoca e cancellazione dall'albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi.

Sul punto la giurisprudenza costituzionale sembra seguire una prospettiva tesa a escludere l'operatività del divieto di retroattività, sul presupposto che tali misure conseguano alla condanna penale semplicemente per il venire meno dei requisiti di affidabilità morale reputati essenziali dal legislatore ai fini dello svolgimento di una certa attività, in talune ipotesi dandosi rilievo, quale elemento concorrente, alla diversità dei settori ordinamentali nei quali operano, da un lato, la repressione degli illeciti commessi con le relative misure afflittive e, dall'altro, tali indirette conseguenze pregiudizievoli¹¹⁶.

In proposito, pur nell'impossibilità di trattare *funditus* le intricate questioni connesse – il che porterebbe un poco distanti dalla direzione della trattazione – si può, però, osservare che tali approdi giurisprudenziali in tema di retroattività dei cd. effetti riflessi non appaiono sempre persuasivi, atteso che la riconduzione di una certa misura a detta categoria sembra fondarsi, in ultima analisi, unicamente su di un elemento formale, vale a dire la previsione legislativa secondo cui l'esercizio di una certa attività presuppone, quale requisito negativo, l'assenza di condanne penali (passate in giudicato, e talvolta anche non definitive) per prestabilite fattispecie di reato. Siffatto schema decisorio, in particolare, non pare del tutto adeguato rispetto alla finalità di rintracciare vere e proprie ipotesi di cd. truffa delle etichette, in cui la misura della sospensione o della decadenza, ovvero una qualunque altra misura implicante conseguenze pregiudizievoli, pur se formalmente costruita in termini di perdita dei requisiti di onorabilità previsti per l'esercizio di determinate attività, si atteggi sostanzialmente alla stregua di una vera e propria misura punitivo-afflittiva accessoria¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 22 del 2018, cit., n. 6.1. *Cons. dir.*, in cui si esclude la natura sanzionatoria della revoca della patente in esame, in quanto si tratterebbe solo di «*effetti riflessi della condanna penale, in settori ordinamentali diversi da quello cui è affidata la funzione repressiva degli illeciti con le misure afflittive al riguardo previste*».

¹¹⁷ Sotto questo aspetto, se la Corte costituzionale ha finora mantenuto un atteggiamento di chiusura, permangono dubbi sulla compatibilità con le garanzie convenzionali di un'applicazione retroattiva di tali misure, dubbi che, rispetto alle previsioni del cd. decreto Severino, sono rimasti irrisolti dopo la chiusura del caso *Berlusconi* dinanzi alla Corte EDU, senza una decisione nel merito: cfr. C. Edu (dec.), *Berlusconi c. Italia*, ric. n. 58428/13, 27 novembre 2018.

2.1.2.3. L'irretroattività quale contenuto essenziale dello statuto garantistico di qualunque tipologia di sanzione.

La nuova estensione del principio costituzionale di irretroattività è stata ribadita in più recenti pronunce giurisprudenziali, nelle quali si sono affrontate significative problematiche concernenti il rapporto, e il concorso, fra garanzie costituzionali interne e garanzie convenzionali.

Da questo punto di vista, assume rilievo, anzitutto, la *sentenza n. 43 del 2017*¹¹⁸, nel cui ambito sono state dichiarate infondate le questioni di costituzionalità sollevate sull'art. 30, ultimo comma, legge 11 marzo 1953, n. 87, volte ad estendere il relativo regime derogatorio – in virtù del quale vengono meno l'esecuzione e gli effetti penali di un giudicato penale di condanna fondato su di una norma incriminatrice o sanzionatoria di cui sia sopravvenuta la dichiarazione di incostituzionalità¹¹⁹ – alle sentenze irrevocabili di condanna irroganti sanzioni amministrative da reputarsi sostanzialmente penali in base alla giurisprudenza di Strasburgo¹²⁰.

¹¹⁸ Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, su cui si vedano CANZIAN N., *Le sanzioni amministrative "incostituzionali" fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quad. cost.*, 2017, 378 ss.; ID., *Quando è incostituzionale la sanzione amministrativa sostanzialmente penale (Corte Cost. n. 43 del 2017)*, in *Studium iuris*, 1, 2018, 19 ss.; CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018; UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

¹¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, in *CED Cass.*, 260695, che, superando un precedente opposto orientamento giurisprudenziale, ha accolto una lettura ampia ed estensiva della disposizione, tale da ricomprendere nel suo ambito applicativo le ipotesi di incostituzionalità tanto di leggi incriminatrici quanto di leggi sanzionatorie. In precedenza, nella letteratura sul tema, aveva sostenuto tale soluzione ermeneutica, già ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, cit., 1966, 353 ss., il quale aveva sottolineato come l'esigenza di ricondurre a *legalità* il trattamento sanzionatorio inflitto dovesse prevalere sull'intangibilità del giudicato, reputandosi inaccettabile che l'applicazione di una legge illegittima potesse continuare a fondare il prodursi di effetti penali deteriori rispetto a quelli previsti dalla legge non incostituzionale, dopo che ne si fosse accertata definitivamente l'originaria invalidità: e, cioè, dopo il riconoscimento, pur se a posteriori, del fatto che tali effetti penali non trovavano alcun valido fondamento normativo neppure al momento della pronuncia della sentenza di condanna.

¹²⁰ Si trattava di sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (*Attuazione delle*

Il dispositivo di rigetto si è poggiato essenzialmente su di un duplice rilievo. In primo luogo, con riguardo al prospettato contrasto con l'art. 7 CEDU, si è rilevato che la nozione autonoma di *materia penale* (e in particolare di *sanzione penale*) elaborata nella sede sovranazionale, pur se attrattiva di sanzioni amministrative come quelle rilevanti nel giudizio *a quo*, assume rilievo al solo fine di interpretare, e quindi applicare, le garanzie convenzionali penalistiche, fra le quali non era però rinvenibile una regola analoga a quella recata dalla disposizione censurata¹²¹. In secondo luogo, quanto ai profili di illegittimità rispetto agli artt. 25, secondo comma, e 3 Cost., si è osservato che la penetrazione nell'ordinamento nazionale del diritto giurisprudenziale sovranazionale non ha fatto venire meno l'autonomia del diritto penale rispetto al diritto amministrativo sanzionatorio. Pertanto, se anche le sanzioni amministrative debbono essere assistite, in considerazione della relativa natura afflittivo-punitiva, dalle conferenti garanzie convenzionali penalistiche, e altresì da talune garanzie costituzionali interne, non vi sarebbe però alcuna necessità, al di fuori di tali ipotesi, di estendere ad esse tutti gli ulteriori presidi previsti dal legislatore per le sanzioni penali che siano privi di una diretta copertura convenzionale o costituzionale, come appunto la disciplina prevista dall'art. 30, ultimo comma, legge n. 87 del 1953¹²².

Di particolare interesse, ai fini della presente trattazione, è il passaggio avente ad oggetto proprio la portata dell'art. 25, secondo comma, Cost.¹²³, in cui si è chiarito che il riconoscimento dell'applicabilità di detta disposizione oltre il diritto penale in senso stretto è avvenuto solo *occasionalmente ed esclusivamente* in riferimento al principio di irretroattività, secondo cui una misura sanzionatoria «è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»¹²⁴.

direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro) in riferimento a violazioni, da parte del datore di lavoro, della durata dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti.

¹²¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cit., nn. 3.5.-3.8. *Cons. dir.*.

¹²² Cfr. *ivi*, n. 4 *Cons. dir.*.

¹²³ Cfr. *ivi*, spec., n. 4.3. *Cons. dir.*.

¹²⁴ Si legge: «È pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura «è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»

Sotto questo profilo, la decisione sembra compiere, quindi, una distinzione fra le differenti garanzie ricavabili dalla medesima disposizione, là dove ribadisce che il divieto costituzionale di retroattività *in peius*, in quanto contenuto essenziale del precetto costituzionale, opera in relazione a tutte le sanzioni punitivo-afflittive, ma, al contempo, implicitamente esclude siffatta estensione rispetto ad altre garanzie non riconducibili al medesimo contenuto essenziale¹²⁵. A ben vedere, quindi, essa non disconosce l'innovativo orientamento giurisprudenziale sull'art. 25, secondo comma, Cost., preoccupandosi semmai di circoscriverne i contorni, mettendo in guardia da conclusioni semplicistiche, come quella di una presunta, e mai realizzatasi, completa assimilazione, a tutti gli effetti, dello statuto garantistico interno delle sanzioni amministrative a quello delle sanzioni penali¹²⁶.

2.1.2.4. L'incerto rilievo della *criteriologia Engel* nella definizione del perimetro della garanzia costituzionale interna.

Lo stesso orientamento risulta confermato nelle successive *sentenze nn. 68 e 109 del 2017* – entrambe concernenti interventi legislativi di depenalizzazione di cui veniva contestata l'applicazione retroattiva per la presunta maggiore afflittività rispetto al precedente, e sostituito, trattamento penalistico – le quali, però, pur concordando circa la nuova estensione applicativa dell'art. 25, secondo comma, Cost., sembrano contenere, affermazioni fra di loro non facilmente componibili in merito ai criteri da adottarsi in vista del riconoscimento della effettiva natura punitivo-afflittiva delle misure legislative oggetto di considerazione¹²⁷.

(sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino».

¹²⁵ In questo senso, anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 14-16.

¹²⁶ Nella pronuncia si afferma che il problema posto dall'ordinanza di rimessione non è tanto quello dell'estensione alle sanzioni amministrative del *nucleo essenziale* del precetto costituzionale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., quanto semmai quello dell'applicabilità a tali sanzioni di tutte le garanzie previste dalla legge penale (cfr. n. 4.3. *Cons. dir.*). Sembrerebbe potersi ricavare, quindi, che la Corte costituzionale abbia ritenuto la regola prevista dall'art. 30, u.c., legge n. 87 del 1953, una soluzione legislativa priva di una *diretta* copertura costituzionale nell'art. 25, secondo comma, Cost. o, quanto meno, non riconducibile al predetto *nucleo essenziale* di tutela riferibile alla medesima disposizione costituzionale.

¹²⁷ Per un'analisi complessiva delle tre pronunce, cfr. BRANCA M., *Un "giro di vite" sulle sanzioni*

Nella prima pronuncia¹²⁸, in particolare, veniva in considerazione la confisca per equivalente introdotta nel quadro sanzionatorio di talune condotte depenalizzate di *insider trading*¹²⁹, reputata di costituire una misura sostanzialmente punitiva la cui applicabilità a fatti occorsi anteriormente all'entrata in vigore della legge di depenalizzazione, oggetto di una specifica disposizione transitoria¹³⁰, determinava il sorgere di presunti profili di contrasto con il divieto, costituzionale e convenzionale, di retroattività *in peius*¹³¹. In tale occasione il Giudice delle leggi, non escludendo in astratto l'operatività di detto divieto, nella sua configurazione interna e sovranazionale, ha concluso per l'inammissibilità delle questioni per erroneità del presupposto interpretativo posto alla base delle ordinanze di rimessione, ossia il fatto che l'applicazione retroattiva di siffatta ipotesi di confisca per equivalente sarebbe stata, in ogni caso, illegittima. Secondo la Corte costituzionale, i giudici *a quibus* avrebbero dovuto, non già limitare il proprio esame alla sola confisca, bensì raffrontare, rispetto alla posizione dei singoli sottoposti ai procedimenti, gli esiti sanzionatori derivanti dal precedente trattamento penalistico e quelli discendenti dal sopravvenuto trattamento di carattere amministrativo, e procedere, quindi, a sollevare la questione di costituzionalità solamente nel caso in cui quest'ultimo complessivo trattamento si appalesasse in concreto come maggiormente afflittivo¹³².

Senza addentrarsi, per il momento, sulle significative, e innovative, precisazioni compiute circa la sindacabilità sul piano costituzionale del contenuto di una disciplina transitoria relativa a un'ipotesi di depenalizzazione¹³³, preme particolarmente evidenziare

amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?, in *Giur. cost.*, 2017, 1407 ss..

¹²⁸ Corte cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68, sulla quale si vedano VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); AMARELLI G., *Irretroattività e sanzioni sostanzialmente penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 691 ss.; BARBIERI E.M., *La confisca per equivalente in tema di intermediazione finanziaria secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 773 ss..

¹²⁹ Cfr. art. 187-sexies t.u.f..

¹³⁰ Cfr. art. 9, comma 6, legge n. 62 del 2005.

¹³¹ Nelle ordinanze di rimessione venivano evocati, come parametri di costituzionalità, gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

¹³² Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., n. 8 *Cons. dir.*.

¹³³ Si veda il successivo § 2.1.2.5.

le motivazioni addotte a giustificazione dell'applicabilità, rispetto alla confisca in questione, dell'art. 25, secondo comma, Cost., sotto il profilo, si intende, del divieto di retroattività. La ragione dell'operatività di tale divieto è stata individuata nel carattere punitivo-afflittivo della misura, riconoscibile, pur in assenza di un'espressa qualifica legislativa penalistica, nella circostanza che l'effetto ablativo previsto colpisse beni privi di un nesso diretto, attuale e strumentale rispetto alla fattispecie di illecito presupposta; e, a tal fine, si è congruamente dato rilievo sia a proprie precedenti pronunce sia a pronunce della Corte europea dei diritti, al fine di giustificare l'applicabilità, rispettivamente, dell'art. 25, secondo comma, Cost. e dell'art. 7 CEDU¹³⁴.

Se tali considerazioni appaiono coerenti rispetto alla giurisprudenza anteriore, non può dirsi altrettanto in relazione alle modalità con cui il Giudice costituzionale ha proceduto a definire il perimetro della garanzia costituzionale interna, che, si legge nella decisione, «concerne non soltanto le pene qualificate come tali nell'ordinamento nazionale, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU»¹³⁵. In questo caso, quindi, a differenza di quanto verificatosi nelle pronunce esaminate *supra*, ove lo scrutinio dei dubbi di costituzionalità *sub* art. 25, secondo comma, Cost. era stato compiuto a prescindere da un'applicazione dei criteri *Engel*¹³⁶, il citato, equivoco, passaggio della motivazione sembrerebbe, invece, deporre nel senso che la nozione convenzionale di *pena* ai fini dell'art. 7 CEDU comporti *sic et simpliciter* l'operatività anche della corrispondente garanzia interna.

Senonché, siffatta prospettiva, oltre ad apparire distonica rispetto ai precedenti, sembra smentita anche da alcune affermazioni contenute nella successiva *sentenza n. 109 del 2017*¹³⁷, in cui veniva in rilievo, di nuovo, un intervento legislativo di depenalizzazione, di dubbia legittimità costituzionale nella parte in cui esso finiva per consentire l'applicazione retroattiva di sanzioni amministrative che, in tesi, davano luogo

¹³⁴ Cfr. Corte cost., n. 68 del 2017, cit., n. 7 *Cons. dir.*.

¹³⁵ Cfr. *ivi*.

¹³⁶ Si veda *supra*, §§ 2.1.2.1 e 2.1.2.2.

¹³⁷ Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109, sulla quale cfr. VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 172 ss..

a conseguenze più severe di quelle previste in base al precedente trattamento punitivo penalistico¹³⁸. La questione di costituzionalità sollevata è stata giudicata inammissibile per il carattere intrinsecamente contraddittorio del percorso argomentativo seguito dal giudice remittente, il quale, dopo aver fatto diretta applicazione della criteriologia *Engel* per rinvenire il contenuto sostanzialmente punitivo delle sanzioni amministrative, non aveva tratto quella che, secondo la Corte costituzionale, sarebbe stata la conclusione più congrua, ossia indicare, quale parametro di costituzionalità, l'art. 117, primo comma, Cost., integrato dall'art. 7 CEDU, ma aveva, invece, sollevato la questione di costituzionalità solamente in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., sotto il profilo del principio di irretroattività¹³⁹.

La pronuncia, in sostanza, ha «sanzionato» l'*iter* logico dell'ordinanza di rimessione proprio per un uso scorretto dei criteri sostanzialistici convenzionali definitòri della relativa *materia penale*, i quali avrebbero dovuto assumere un rilievo *diretto* esclusivamente in vista dell'applicazione delle garanzie della CEDU. In proposito, lo stesso Giudice costituzionale ha chiarito, anzi, che il giudice *a quo* ben avrebbe potuto prospettare il contrasto della disposizione censurata rispetto al solo art. 25, secondo comma, Cost. – come, in effetti, ha fatto – purché in esito a un diverso incedere argomentativo, che muovesse dalla premessa dell'applicabilità della disposizione costituzionale alle sanzioni amministrative, e che facesse utilizzo dei criteri *Engel* alla stregua di meri supporti argomentativi «*per integrare il significato del parametro costituzionale interno*», e non già per affermare la natura *sostanzialmente penale* delle sanzioni in esame ai fini convenzionali¹⁴⁰.

Ora, dalla decisione pare potersi desumere che la Corte costituzionale, nel ribadire l'operatività della garanzia costituzionale interna rispetto a sanzioni extra-penali, in tal guisa dando ulteriore conferma all'orientamento estensivo della portata dell'art. 25, secondo comma, Cost., abbia inteso fare chiarezza sui rapporti con la corrispondente

¹³⁸ Cfr. artt. 8, commi 1 e 3, e 9 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 (*Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*).

¹³⁹ Come riconosce lo stesso giudice relatore, si palesava una certa *contraddittorietà della prospettazione*: cfr. ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., spec. 91-92.

¹⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cit., n. 3.1. *Cons. dir.*.

tutela convenzionale *ex art. 7 CEDU*, riaffermando l'autonomia delle due garanzie e dei rispettivi perimetri applicativi, e quindi la preclusione a un utilizzo improprio dei criteri *Engel* al di fuori di problematiche attinenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione¹⁴¹. Ma, se questo appare essere lo scopo meritoriamente perseguito, non risulta pienamente congruente, rispetto ad esso, la dicotomia, cui la pronuncia sembra alludere, fra *applicazione diretta* dei criteri *Engel* (ciò che il giudice remittente avrebbe compiuto, e che avrebbe dovuto condurlo a sollevare la questione solamente rispetto alla garanzia convenzionale) e *mero richiamo indiretto* a fini argomentativi degli stessi criteri (ciò che il giudice remittente avrebbe, invece, potuto fare al fine di sollevare la questione solamente rispetto alla garanzia costituzionale interna) nella misura in cui non potrebbero comunque escludersi sovrapposizioni fra il piano delle tutele interne e quello delle tutele convenzionali nei percorsi argomentativi volti a ricostruire l'ambito applicativo della garanzia ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁴². In effetti, seppure *in astratto* sia predicabile la distinzione fra *applicazione della regola enucleabile dal precedente giudiziario convenzionale* (praticabile solo evocando il rispettivo parametro interposto di costituzionalità) e *utilizzo argomentativo di alcune pronunce*, o di un complesso di pronunce, *della Corte europea dei diritti* (consentito, invece, in chiave giustificativa dell'espansione applicativa del parametro costituzionale *interno*), essa, alla prova dei fatti, si rivela di difficile riconoscimento *in concreto*¹⁴³.

¹⁴¹ Nello stesso senso, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 22, secondo cui la Corte costituzionale ha voluto cogliere l'occasione per rimarcare «una visione dualistica del rapporto tra il principio di legalità stabilito dall'art. 25 Cost. e l'omologa garanzia costituzionale», e PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, cit., 173-174.

¹⁴² Sembrerebbe doversene desumere, infatti, che la considerazione degli *Engel criteria* potrebbe costituire uno degli elementi suscettibili di condurre al riconoscimento, non già della natura *sostanzialmente penale*, ai fini convenzionali, di una certa misura, bensì, più semplicemente, del suo carattere punitivo-afflittivo, dal che dovrebbe discendere l'operatività della garanzia *ex art. 25*, secondo comma, Cost.

¹⁴³ In dottrina, VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., sostiene che la Corte costituzionale avrebbe potuto correggere l'errore commesso dal giudice remittente, invero veniale, reputando assai rigorosa la conclusione dell'inammissibilità; in senso adesivo, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 22, nt. n. 39.

2.1.2.5. Successione nel tempo di leggi punitive eterogenee e garanzia costituzionale dell'irretroattività.

Ad ogni modo, la rinnovata configurazione applicativa del principio costituzionale di irretroattività ha mostrato implicazioni di particolare interesse rispetto agli interventi legislativi di depenalizzazione, e in particolar modo alle peculiari discipline transitorie recate da tali interventi, le quali, per solito, prevedono l'applicabilità del sopravvenuto trattamento punitivo extra-penale anche a condotte avvenute sotto il vigore della precedente legge penale¹⁴⁴, condotte che, altrimenti, pur in costanza di un immutato carattere illecito, sfuggirebbero sia alle sanzioni penali, non più applicabili¹⁴⁵, sia alle nuove sanzioni amministrative¹⁴⁶. Siffatte discipline transitorie si fondano su di una presunzione legislativa (il maggior favore del quadro sanzionatorio amministrativo rispetto al sostituito impianto repressivo penalistico) che, nella sua absolutezza, palesa profili di attrito con le nuove sensibilità garantistiche emerse nella giurisprudenza, sia costituzionale sia convenzionale, in merito alla gravità delle conseguenze derivanti da sanzioni formalmente extra-penali, le quali sono dotate, talvolta, di una carica afflittiva non inferiore all'apparato penalistico e, anzi, sono preferite dal legislatore, proprio per questa ragione, in una logica di efficienza repressiva¹⁴⁷.

Sul punto la prima occasione di intervento si è presentata nella già menzionata *sentenza n. 68 del 2017*, ove veniva in rilievo la specifica disposizione transitoria che sanciva l'applicazione retroattiva, a condotte di *insider trading* depenalizzate, della confisca (amministrativa) per equivalente di nuova introduzione. Come si è detto, la Corte

¹⁴⁴ Da ultimo, un problema di successione di leggi punitive eterogenee si è verificato nell'ambito della disciplina sanzionatoria volta al contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19: in proposito, cfr. GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *sistemapenale.it*, 2020.

¹⁴⁵ In ragione dell'operare regole sulla successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 c.p.* che precludono l'applicazione della legge penale in vigore al momento della realizzazione della condotta incriminata nell'ipotesi di sopravvenuta *abolitio criminis*.

¹⁴⁶ In virtù del generale principio di retroattività sancito dall'art. 11 delle cd. Preleggi e altresì, proprio nel settore del diritto amministrativo sanzionatorio, dall'art. 1 legge n. 869 del 1981.

¹⁴⁷ Per un'ampia ricostruzione del tema in chiave problematica, si veda lo studio condotto da TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 3, 2019.

costituzionale non è entrata nel merito delle questioni di costituzionalità, le quali sono state dichiarate inammissibili in ragione del ritenuto errore interpretativo commesso dai giudici remittenti, non avendo, questi ultimi, proceduto ad effettuare una comparazione, in concreto, fra i complessivi trattamenti sanzionatori, quello penalistico sostituito e quello amministrativo subentrante. Ma, anche se nell'ambito di una pronuncia di rigetto, si è avuto un significativo primo riconoscimento, nella giurisprudenza costituzionale, del fatto che, in generale, il passaggio da una fattispecie di reato a una figura di illecito amministrativo (*i.e.* la depenalizzazione di una certa categoria di condotte) non sempre determina una mitigazione del trattamento punitivo, e che, quindi, l'applicazione retroattiva delle sopravvenute sanzioni amministrative, prevista da precipe discipline transitorie, potrebbe dare luogo a violazioni del divieto costituzionale di retroattività *in peius*¹⁴⁸, richiedendosi, a tal fine, un esame di natura casistica teso a verificare e raffrontare gli esiti sanzionatori delle due discipline succedutesi nel tempo¹⁴⁹.

Tali considerazioni hanno trovato ulteriore sviluppo nella *sentenza n. 223 del 2018*, riguardante analoghi dubbi di costituzionalità della medesima disciplina transitoria relativa alla depenalizzazione delle condotte di *insider trading*¹⁵⁰. In questa sede, il Giudice delle leggi, dopo aver ribadito l'operatività della garanzia costituzionale della irretroattività al diritto amministrativo sanzionatorio¹⁵¹, e aver osservato, di nuovo, che

¹⁴⁸ Sotto questo aspetto, la pronuncia innova, quindi, il tradizionale orientamento della Corte costituzionale che, nelle ipotesi di successione fra norme penale e norme amministrative sanzionatorie, in precedenza aveva opposto, invece, l'inconferenza del parametro offerto dall'art. 25, secondo comma, Cost., come, ad esempio, in Corte cost., sent. n. 150 del 2002, ove si era affermato che detta disposizione, «nello stabilire un principio di necessaria e previa definizione legislativa degli illeciti, si riferisce, come questa Corte ha già avuto occasione di precisare, alla sola materia penale», concludendosi per la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità anche rispetto a tale parametro.

¹⁴⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., nn. 7-9 *Cons. dir.*.

¹⁵⁰ Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., sulla quale, nella letteratura, si vedano i commenti di 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*, 2018, in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org (ultimo accesso: 30 giugno 2020); di MAZZACUVA F., *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2591 ss.; di NARDOCCI C., *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 599 ss.; e di CONSULICH F., *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2019, 467 ss..

¹⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., n. 6.1. *Cons. dir.*.

nelle ipotesi di depenalizzazione la presunzione di maggior favore dell'apparato punitivo extra-penale non può che essere solamente relativa¹⁵², ha ritenuto di poter esaminare il merito delle questioni di legittimità costituzionale, le quali, in coerenza con le indicazioni contenute nella pronuncia dell'anno precedente, erano state sollevate dando ampio rilievo alla maggiore afflittività in concreto del complessivo trattamento punitivo amministrativo sopravvenuto¹⁵³.

Così, lo stesso Giudice costituzionale, valorizzando la comparazione fra le due discipline sanzionatorie compiuta nelle ordinanze di rimessione, ha dichiarato il contrasto della disposizione censurata con entrambi i parametri di costituzionalità evocati, gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU), nella parte in cui essa prescriveva inderogabilmente l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative, circoscrivendo, però, la portata dell'incostituzionalità ai soli profili concernenti l'operatività della confisca per equivalente, in ragione del particolare, e limitato, *petitum* della questione di costituzionalità formulato dal giudice remittente¹⁵⁴. È venuta meno, quindi, la presunzione assoluta originariamente alla base della disciplina transitoria, sostituita da una *regola* che impone al giudice comune il raffronto fra i trattamenti punitivi, e che preclude l'applicazione della confisca per equivalente quando il complessivo trattamento sanzionatorio extra-penale di nuova introduzione risulti concretamente più sfavorevole rispetto a quello penalistico¹⁵⁵.

Dunque, spostandosi su di un piano generale, può dirsi che ogniquale volta si preveda,

¹⁵² *Ivi*, n. 6.2. *Cons. dir.*.

¹⁵³ Per un commento a una delle molteplici ordinanze di rimessione seguito alla pronuncia del 2017, cfr. CHIBELLI A., *La Cassazione "torna alla carica": di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

¹⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., n. 6.4. *Cons. dir.*.

¹⁵⁵ L'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.».

in occasione di un intervento legislativo di depenalizzazione, la possibile applicazione retroattiva della sopravvenuta legge sanzionatoria extra-penale, si verifica, rispetto ai fatti occorsi sotto il vigore della legge penale abrogata, un fenomeno giuridico di *successione nel tempo di leggi punitive eterogenee* (cd. successione impropria) con il sorgere dell'esigenza di evitare l'irrogazione di sanzioni che, a prescindere dal *nomen iuris*, si rivelino, nel complesso, maggiormente afflittive rispetto a quelle che erano prevedibili, da parte del soggetto interessato, al momento della commissione del fatto¹⁵⁶.

In tali ipotesi, in considerazione dei descritti approdi della giurisprudenza costituzionale, il giudice procedente, adottando il *criterio della legge punitiva concretamente più favorevole*, dovrebbe, in primo luogo, confrontare gli esiti sanzionatori derivanti dall'applicazione delle due leggi punitive. In secondo luogo, riconosciuto eventualmente il maggior favore della legge penale, lo stesso giudice dovrebbe interpretare la legge punitiva extra-penale, ossia l'unica in astratto applicabile, in modo da farne derivare conseguenze sanzionatorie non deteriori rispetto a quelle che sarebbero discese sul piano penalistico. Da ultimo, quando tale percorso ermeneutico sia precluso dal dato testuale della disposizione, egli sarebbe tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale sulla disposizione transitoria che impone l'inderogabile operatività retroattiva del sopravvenuto trattamento punitivo extra-penale¹⁵⁷, motivando adeguatamente sulla maggiore afflittività in concreto di quest'ultimo rispetto al trattamento penalistico sostituito¹⁵⁸. Il *petitum* sarebbe volto, cioè, a contestare non già l'operatività *tout court* della nuova disciplina, bensì solamente di quella «porzione» delle

¹⁵⁶ Nel caso in cui il trattamento punitivo amministrativo si riveli in concreto più favorevole non si pongono particolari problemi, trovando applicazione, in tutta la sua estensione, la sopravvenuta legge punitiva extra-penale.

¹⁵⁷ Dalla pronuncia della Corte costituzionale sembra doversi ricavare che la soluzione del problema non potrebbe derivare da un'applicazione analogica delle regole sulla successione nel tempo di leggi penali, e in particolar modo dell'art. 2, quarto comma, c.p.; in giurisprudenza, già si era esclusa l'inapplicabilità di detta disposizione in Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 marzo 2012 (dep. 28 giugno 2012), n. 25457, *R.A.J. Campagne*, in *C.E.D.* n. 252694.

¹⁵⁸ Da ultimo, Corte cost., sent. 20 maggio 2020, n. 96, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata, in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, sulla disciplina transitoria introdotta con un intervento di depenalizzazione proprio perché il giudice remittente non aveva l'onere di accertare e adeguatamente motivare, caso per caso, circa la maggiore gravosità del trattamento sanzionatorio previsto dalla legge di depenalizzazione rispetto al previgente trattamento penalistico.

conseguenze sanzionatorie la cui applicazione sarebbe tale da rendere il trattamento punitivo di nuova introduzione più sfavorevole rispetto al precedente, avuto riguardo al caso concreto oggetto di esame¹⁵⁹.

2.1.3. Esecuzione penale e divieto di retroattività *in peius*.

L'espansione sostanzialistica della portata applicativa della garanzia costituzionale interna ha seguito, di recente, una seconda direttrice, interessando anche istituti *formalmente* appartenenti all'*esecuzione penale*, e quindi al diritto processuale penale. Nell'evoluzione giurisprudenziale sul principio costituzionale di irretroattività, infatti, si è inserita, quale ultima tappa di quella che è stata autorevolmente definita come una *primavera silenziosa della Costituzione penale*¹⁶⁰, la *sentenza n. 32 del 2020*¹⁶¹, riguardante la particolare disciplina recata dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3 (cd. legge spazzacorrotti) che ha esteso agli autori di diversi reati contro la pubblica amministrazione il gravoso regime previsto dall'art. 4-bis ord. pen.¹⁶². Le questioni di costituzionalità sollevate concernevano, fra l'altro, la possibile applicazione retroattiva di tale disciplina, esplicitamente ammessa da un indirizzo giurisprudenziale prevalente, secondo cui le modifiche *in peius* delle modalità di esecuzione della pena non sarebbero sottoposte al principio costituzionale di irretroattività, ma al diverso principio del *tempus*

¹⁵⁹ Fra le diverse problematiche che restano aperte, quella di maggiore complessità attiene alla individuazione dei criteri sulla cui base effettuare la comparazione fra trattamenti punitivi eterogenei, su cui si rinvia alle ampie considerazioni di per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, si veda TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, cit., spec. 33 ss., cui si fa rinvio anche per la precisa ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali.

¹⁶⁰ Così, MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 1.

¹⁶¹ Corte cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32, su cui, oltre al commento di cui alla nota precedente, si vedano GIUGNI I., *La differenza fra "dentro" e "fuori" il carcere è radicale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti*, in *diritticomparati.it*, 2020, MARTIN F., *La sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino*, in *giurisprudenzapenale.com*, 3, 2020; LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 ("spazzacorrotti")*, in *sistemapenale.it*, 2020.

¹⁶² Cfr. art. 1, comma 6, lett. b), legge 9 gennaio 2019, n. 3 (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*).

*regit actum*¹⁶³.

2.1.3.1. La portata del nuovo orientamento giurisprudenziale.

La decisione è stata l'occasione per una *complessiva rimeditazione* del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., cui la Corte costituzionale è pervenuta anche attraverso un ampio richiamo di alcuni riferimenti normativi rinvenibili nell'ordinamento francese¹⁶⁴, nonché soprattutto degli approdi giurisprudenziali della Corte Suprema statunitense sul generale divieto di *ex post facto laws*¹⁶⁵ e della Corte EDU, che, seguendo le note cadenze sostanzialistiche, valuta in modo casistico la reale natura intrinseca di una certa misura, se modificativa, in senso peggiorativo, della pena prevista al momento del fatto ovvero solamente delle modalità di esecuzione della pena stessa¹⁶⁶. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale e della legislazione esterni all'ordinamento nazionale pare costituire, in effetti, un argomento di particolare pregnanza a giustificazione della svolta interpretativa, e non solamente un passaggio motivazionale integrativo, per così dire, *ad colorandum*¹⁶⁷. È, del resto, proprio il riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema statunitense a illuminare la duplice *ratio* del divieto costituzionale di irretroattività, il quale mira non soltanto a garantire ai destinatari delle norme punitive la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, ma anche a porre un argine a possibili abusi da parte del potere legislativo¹⁶⁸.

Così ricostruite le finalità della garanzia costituzionale, il Giudice delle leggi non ha posto in discussione la regola, emergente nel diritto giurisprudenziale nazionale, secondo la quale le pene debbono esporsi secondo la disciplina recata dalla legge in vigore al

¹⁶³ In senso contrario si segnalano solo alcune pronunce di giudici di merito, su cui cfr. MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), e BARON L., "Spazzacorrotti", art. 4-bis ord. pen., e regime intertemporale, *ivi*.

¹⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.2.4. *Cons. dir.*.

¹⁶⁵ Cfr. *ibidem*.

¹⁶⁶ Cfr. *ivi*, n. 4.2.3. *Cons. dir.*

¹⁶⁷ Evidenziano un *uso non solo conoscitivo* della comparazione, ma un suo *insediamento ermeneutico* MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 7-8.

¹⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.3.1. *Cons. dir.*.

momento dell'esecuzione, pur se diversa da (ed eventualmente anche meno favorevole di) quella in vigore al momento della commissione del fatto, ma ha individuato un'eccezione a tale regola, operante allorché l'innovazione legislativa sopravvenuta non riguardi mere modifiche delle modalità esecutive, ma comporti una *trasformazione della natura della pena* e della sua *concreta incidenza sulla libertà personale del condannato*¹⁶⁹. Lo stesso Giudice ha provveduto a chiarire, in proposito, che siffatte condizioni debbano ritenersi integrate quando la nuova disciplina conduca all'applicazione di una pena che sia sostanzialmente diversa rispetto a quella prevista dalla precedente disciplina, ciò che avviene esemplificativamente quando da una pena che, anche in base a valutazioni di *rilevante probabilità*¹⁷⁰, sarebbe stata eseguita all'esterno dal carcere si giunga a una pena che, invece, deve essere eseguita all'interno¹⁷¹.

Calando queste affermazioni di carattere generale ai singoli istituti interessati dalle questioni di costituzionalità, si è esclusa l'operatività della garanzia dell'irretroattività alle modifiche della disciplina dei permessi premio e del lavoro all'esterno, dal momento che un condannato il quale fruisca di siffatti benefici resta sottoposto comunque a una pena caratterizzata da una prevalente dimensione «intra muraria»¹⁷². Al contrario, sono state ricondotte al diritto punitivo sostanziale, e quindi all'ambito applicativo della garanzia costituzionale, le modifiche attinenti alle misure alternative alla detenzione e alla semilibertà¹⁷³, alla liberazione condizionale¹⁷⁴ e alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena¹⁷⁵, in quanto istituti incidenti sulla *qualità* e sulla *quantità* della pena. Solamente rispetto a questi ultimi è, dunque, intervenuta la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione censurata, come interpretata dal diritto vivente, in base al quale le modifiche sopravvenute sarebbero state, invece, applicabili

¹⁶⁹ Cfr. *ivi*, n. 4.3.3. *Cons. dir.*.

¹⁷⁰ Cfr. *ivi*, n. 4.4.5. *Cons. dir.*.

¹⁷¹ La *trasformazione* riguarda quindi il passaggio da una pena prevalentemente «*extramuraria*» a una pena prevalentemente «*intra muraria*».

¹⁷² Cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.4.1. *Cons. dir.*.

¹⁷³ Cfr. *ivi*, n. 4.4.2. *Cons. dir.*.

¹⁷⁴ Cfr. *ivi*, n. 4.4.3. *Cons. dir.*.

¹⁷⁵ Cfr. *ivi*, n. 4.4.4. *Cons. dir.*.

retroattivamente¹⁷⁶.

2.1.3.2. L'emersione *in nuce* di una *criteriologia sostanzialistica* autonoma per l'applicazione della garanzia costituzionale interna.

La pronuncia, a ragione definita «storica» per la portata delle conclusioni raggiunte¹⁷⁷, e per questo meritevole di ulteriore approfondimento nelle sue diverse implicazioni pratiche, segna un nuovo capitolo della progressiva espansione del perimetro del principio costituzionale di irretroattività verso misure che, a prescindere dalla qualificazione legislativa o dalle consolidate ricostruzioni giurisprudenziali, siano riconducibili al diritto punitivo sostanziale: anche rispetto a istituti formalmente appartenenti al diritto processuale o dell'esecuzione penale, così come è avvenuto in relazione a strumenti di diritto sanzionatorio extra-penale, la Corte costituzionale ha abbracciato *schemi decisori sostanzialistici*, mostrando di voler adeguarsi a *standard* di tutela esistenti nel contesto sovranazionale e comparato, che sono stati infatti ampiamente richiamati nell'incedere argomentativo¹⁷⁸.

Ma è ancor più significativo notare che il percorso decisorio, seppure influenzato dalle soluzioni emerse all'esterno dell'ordinamento nazionale, si è fondato unicamente sull'art. 25, secondo comma, Cost., con l'assorbimento di tutti gli altri parametri evocati, fra cui l'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 7 CEDU. Dal che sembra potersi desumere che la Corte costituzionale abbia inteso evidenziare, e quindi affermare, le *autonome* potenzialità operative della garanzia costituzionale interna, precisando, implementando e, infine, utilizzando *propri* criteri di giudizio, che – analogamente a

¹⁷⁶ La disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale anche sotto altro profilo, qui non rilevante, per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui non prevedeva il riconoscimento del beneficio del permesso premio ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima disposizione, avessero già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso.

¹⁷⁷ Così, MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 6..

¹⁷⁸ Peraltro, deve evidenziarsi come i precedenti convenzionali rilevanti, in questo caso, sono quelli in cui la Corte EDU ha specificamente affrontato la problematica della distinzione fra modifiche della disciplina sostanziale di una sanzione e modifiche delle relative modalità esecutive: su cui cfr. *supra*, Cap. primo, § 2.

quanto osservabile, in particolare, nella giurisprudenza convenzionale – si basano su indici di carattere sostanziale, quantitativi e qualitativi, volti al riconoscimento del manifestarsi di una *trasformazione della pena*.

2.1.4. Diritto punitivo e irretroattività, fra garanzia costituzionale *interna* e garanzie *sovranazionali*.

In esito all'analisi condotta si può, quindi, affermare che la riconduzione del diritto punitivo, in senso ampio considerato, sotto la cornice applicativa del principio di irretroattività si basa ormai su di un duplice fondamento, rappresentando espressione di una *garanzia sovranazionale* mediamente rilevante nell'ordinamento nazionale (il riferimento è principalmente all'art. 7 CEDU, visto che il corrispondente art. 49 CDFUE, sotto questo specifico profilo, non ha finora trovato particolare valorizzazione sul piano interno) e, al contempo, di una *garanzia costituzionale*, per così dire, *propriamente interna*. L'ambito applicativo di entrambe le garanzie ha subito, infatti, una *torsione* verso strumenti sanzionatori non appartenenti al diritto penale sostanziale *stricto sensu* considerato, ma comunque animati da una finalità prevalentemente afflittiva e produttivi di conseguenze particolarmente gravose nella sfera dei relativi destinatari¹⁷⁹.

Per quanto tale estensione sia stata ispirata, in ultima analisi, da analoghe istanze di tutela, le due garanzie mantengono, però, una propria autonomia, assumendo rilievo, anche ai fini del sindacato di costituzionalità su disposizioni legislative interne, in base a differenti schemi argomentativi: la *garanzia convenzionale*, da un lato, trova applicazione in presenza di una misura di cui possa riconoscersi il carattere *sostanzialmente penale* mediante l'utilizzo della *criteriologia sostanzialistica* definita nell'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo; da un altro lato, la *garanzia interna* opera secondo altri criteri, non del tutto sovrapponibili a quelli elaborati in ambito convenzionale, emersi, ed emergenti, nella più recente giurisprudenza costituzionale.

D'altra parte, se l'*ultima parola* sul contenuto delle garanzie convenzionali spetta alla Corte EDU, in quanto organo giurisdizionale *ad hoc*, con il conseguente

¹⁷⁹ Sul punto si verifica, cioè, quella «consonanza di posizione tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale», cui fa riferimento MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 312.

riconoscimento alle relative pronunce del valore di precedente vincolante in vista della definizione della portata dei diritti sanciti nella Convenzione¹⁸⁰, compete invece alla Corte costituzionale, nella sua veste di *interprete qualificato* della Costituzione, la definizione e la precisazione dei confini e delle direttrici applicative delle norme della Costituzione, e, fra queste, delle tutele da essa previste, come, appunto, la garanzia dell'irretroattività ricavabile dall'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁸¹.

Nonostante sia irrefutabile, in ragione di quanto si è illustrato, l'influenza spiegata dalle pronunce della Corte europea dei diritti sull'evoluzione degli orientamenti della Corte costituzionale¹⁸² – in ciò rinvenendosi un esempio di quella *virtuosa contaminazione* cui si è precedentemente fatto richiamo –, *non* potrebbe, però, dirsi avvenuta alcuna *assimilazione* delle due garanzie¹⁸³, le quali, invece, costituiscono, per quanto concerne l'esercizio della giurisdizione costituzionale, distinti parametri di costituzionalità¹⁸⁴ e debbono essere, quindi, oggetto di separata considerazione¹⁸⁵. In

¹⁸⁰ Ovviamente, non si esclude affatto che la Corte costituzionale, al pari di ogni altro giudice nazionale, possa applicare norme della CEDU al fine di evitare violazioni della stessa, e ciò anche in riferimento a fattispecie che ancora non sono state oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo: ciò che è ad Essa vietato è, invece, il fatto di sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, come si è chiarito in Corte cost., sentt. nn. 311 e 317 del 2009, cit.. In concreto, quindi, il Giudice delle leggi ben potrebbe vagliare la legittimità costituzionale, rispetto all'art. 7 CEDU, di una norma punitiva interna recante sanzioni su cui non si rinvergono precedenti in termini nella giurisprudenza convenzionale – e, in questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., n. 7 *Cons. dir.* –, ma, al contrario, non potrebbe verificare l'applicabilità della disposizione convenzionale prescindendo dalla criteriologia *Engel*.

¹⁸¹ Rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU, con specifico riguardo alla nozione di *autorità di cosa interpretata*, cfr. RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, cit., 315.316.

¹⁸² In generale sul tema, MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311-316, il quale sottolinea proprio la possibilità di un «progressivo “insediamento costituzionale” del profilo di garanzia evidenziato dal giudice di Strasburgo, quale esito del circolo ermeneutico attivato dal confronto – dalla cross-fertilization – con le sollecitazioni provenienti dal sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo».

¹⁸³ In questo senso, Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cit., ove si afferma un rapporto di *coesistenza*, e non di *assimilazione*, fra garanzie costituzionali e convenzionali.

¹⁸⁴ Del resto, esse, come noto, differiscono anche sotto altri profili, visto che solo la garanzia convenzionale opera rispetto ad applicazioni retroattive di disposizioni sanzionatorie derivanti da mutamenti giurisprudenziali: vi si tornerà *infra*, § 3.

¹⁸⁵ In generale, sottolinea la coerenza di una trattazione separata e autonoma dei profili di incostituzionalità derivanti da violazioni di garanzie convenzionali rispetto a quelli discendenti da contrasti con le garanzie costituzionali, COZZI A., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.*

effetti, le perduranti sovrapposizioni, pure realizzatesi nelle pronunce esaminate¹⁸⁶, non paiono riguardare tale ricostruzione, che è in sé chiara, quanto, semmai, le modalità con cui la Corte costituzionale ha talvolta proceduto all'elaborazione e all'implementazione di una propria criteriologia in relazione alla garanzia costituzionale interna, a tal fine dando rilievo, invero non sempre limpidamente, ai criteri *Engel*, e più in generale alla giurisprudenza sovranazionale, in chiave meramente argomentativa, e privilegiando, cioè, una prospettiva, per così, *integrata* delle due garanzie¹⁸⁷.

Ma, seppure sia, quindi, ancora riscontrabile una certa *sottodeterminazione* della criteriologia interna¹⁸⁸, sembra comunque possibile scorgere il significato innovativo della descritta evoluzione della giurisprudenza costituzionale sull'art. 25, secondo comma, Cost., *sub specie* di divieto di retroattività *in peius*, che è ravvisabile nell'affrancamento da schemi di giudizio fondati su elementi di carattere meramente formale e, allo stesso tempo, nell'apertura del perimetro di detta garanzia costituzionale verso nuove prospettive sostanzialistiche, non necessariamente connesse con gli approdi sovranazionali, e da questi ultimi, anzi, anche indipendenti¹⁸⁹. La sindacabilità sul piano costituzionale della retroattività di *norme sostanzialmente punitive*¹⁹⁰ non dipende più unicamente dal richiamo dell'art. 7 CEDU e dalle conferenti pronunce della Corte

nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2018, reperibile in *diritticomparati.it* (ultimo accesso: 30 giugno 2020), 174 ss., spec. 202-204.

¹⁸⁶ Si vedano *supra*, spec. § 2.1.2.4..

¹⁸⁷ Sotto questo aspetto, come già si è detto, appare invero incerta, oltre che di difficile verificabilità in concreto, la distinzione fra uso argomentativo delle pronunce della Corte EDU e applicazione diretta delle regole di giudizio da esse ricavabili. Sulla contraddittorietà di alcune affermazioni rinvenibili, in proposito, nella giurisprudenza costituzionale, si veda MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 21-22.

¹⁸⁸ Seppure una qualche indicazione sembra rinvenibile, sotto il profilo dell'estensione della garanzia dell'irretroattività al *diritto sanzionatorio extra-penale*, in Corte cost., sent. 276 del 2016, cit., e, quanto all'espansione verso l'*esecuzione penale*, in Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit..

¹⁸⁹ In particolare, ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, cit., 93-94, sottolinea come l'allargamento dell'ambito di applicazione alle sanzioni amministrative delle garanzie apprestate dai parametri costituzionali interni dedicati formalmente alla materia penale (fra cui l'art. 25, secondo comma, Cost.) non implica necessariamente una «trasformazione penale» della sanzione mediante il ricorso ai criteri *Engel*.

¹⁹⁰ Seppure collocate, da un punto di vista formale, nel diritto sanzionatorio extra-penale ovvero nel diritto processuale penale.

europea dei diritti, e cioè da un'applicazione di criteri di giudizio originatisi in un sistema giuridico *esterno*, rilevanti nell'ordinamento nazionale secondo una logica di *accessione*, ma trova concretizzazione anche per il tramite della garanzia costituzionale interna e, quindi, mediante l'adozione di *autonomi schemi decisori*, i quali potrebbero, e possono, giustificare l'assunzione, da parte del Giudice costituzionale, di posizioni connotate da particolari sensibilità garantistiche pure in ambiti ordinamentali ancora non adeguatamente interessati in modo specifico dagli approdi della Corte europea dei diritti.

Queste considerazioni di carattere sistematico non hanno mero rilievo dogmatico¹⁹¹, ma paiono presentare una certa utilità ai fini di una corretta prospettazione dei dubbi di costituzionalità su norme punitive suscettive di applicazione retroattiva¹⁹². Stante l'attuale quadro giurisprudenziale, sembra infatti ragionevole ritenere che un giudice comune – che si trovi, nel procedimento sottoposto alla sua cognizione, di fronte a un problema di retroattività di strumenti sanzionatori, e che abbia esperito inutilmente un tentativo di interpretazione conforme alla Costituzione e alla CEDU della disposizione di cui sia chiamato a fare applicazione – debba *prudenzialmente* procedere a sollevare la relativa questione di costituzionalità in riferimento a *entrambi* i parametri costituzionali rilevanti, quello *interno* e quello *convenzionale*, motivando autonomamente e coerentemente i profili di illegittimità in relazione a ciascuno di essi, onde evitare di incorrere in contraddizioni o in errori suscettibili di costituire motivo di inammissibilità, secondo le indicazioni ricavabili dalla stessa giurisprudenza costituzionale¹⁹³.

In tal guisa, la Corte costituzionale, in caso di rigetto, dovrebbe motivare nel merito l'inoperatività del divieto di retroattività rispetto ai due parametri di costituzionalità, prendendo in considerazione tanto la propria giurisprudenza quanto quella convenzionale, e illustrando le ragioni per cui sia preclusa la riconduzione della specifica misura oggetto di esame all'ambito applicativo sia dell'art. 25, secondo comma, Cost., sia dell'art. 7 CEDU¹⁹⁴. Nell'ipotesi di accoglimento della questione, invece, la stessa Corte potrebbe

¹⁹¹ In questo senso, MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 19-23, la cui analisi è finalizzata proprio al riconoscimento di una nozione interna di *materia penale*.

¹⁹² In generale, sul tema della corretta individuazione del parametro costituzionale che si assume violato, MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 258 ss..

¹⁹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cit..

¹⁹⁴ Come è accaduto in Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., su cui si veda *supra*, § 2.1.2.2.

dichiarare l'incostituzionalità in riferimento ad entrambi i parametri, motivando precipuamente rispetto a ciascuno di essi, così come limitarsi a rilevare il contrasto della disposizione censurata con un parametro soltanto¹⁹⁵, concludendo per l'assorbimento dei profili di illegittimità prospettati in relazione all'altro¹⁹⁶.

Emerge, così, proprio sotto questo profilo, il *rilievo autonomo* della garanzia costituzionale interna. Se, infatti, in presenza di precedenti pronunce in termini della Corte europea dei diritti – che abbiano ravvisato la violazione *in parte qua* dell'art. 7 CEDU, o che abbiano, comunque, riconosciuto la natura *sostanzialmente penale* della misura in relazione ad altre garanzie penalistiche previste dalla Convenzione – è plausibile che possa farsi riferimento prevalentemente al parametro interposto convenzionale, assume invece una valenza più pregnante la garanzia interna allorché manchi una siffatta giurisprudenza convenzionale, ovvero, in ogni caso, quando dall'esame di quest'ultima non siano ricavabili conclusioni certe¹⁹⁷, secondo una prospettiva coerente con quella *massima espansione delle garanzie* che dovrebbe guidare, secondo la medesima giurisprudenza costituzionale, il confronto fra la tutela convenzionale e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Sul tema, MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311, nel contesto di un discorso generale non riferito specificamente al principio di irretroattività, sostiene che debba procedersi a un'autonoma evocazione e presa in considerazione del parametro offerto dall'art. 117, primo comma, Cost. solo quando la corrispondente disposizione costituzionale interna, seppure interpretata evolutivamente alla luce della fonte sovranazionale, «non possa offrire un concreto supporto per accogliere la censura sollevata dal rimettente», condividendo la tesi della *residualità* di detto parametro, in precedenza illustrata da RUOTOLO M., *L'incidenza della CEDU nell'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, 2, 2013; in proposito, cfr. anche COZZI A., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, cit..

¹⁹⁶ Come si è verificato in Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., su cui si veda *supra*, § 2.1.3.

¹⁹⁷ Finora, rispetto all'espansione del principio di irretroattività, è rimasta sullo sfondo la corrispondente garanzia recata, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, dall'art. 49 CDFUE, ma non può escludersi che sia essa ad assumere un rilievo prevalente rispetto agli altri parametri di costituzionalità (25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU) laddove una pronuncia della Corte di Giustizia riconosca l'operatività della garanzia in un ambito ancora non considerato dalla giurisprudenza costituzionale e convenzionale.

¹⁹⁸ In questo senso, cfr., fra le altre, Corte cost., sent. n. 317 del 2009, cit., n. 7 *Cons. dir.*.

2.2. Diritto *punitivo* e principio costituzionale di *determinatezza*.

L'estensione del campo applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. oltre il diritto penale *stricto sensu* considerato ha di recente riguardato anche un altro corollario del principio di legalità, vale a dire il principio di *determinatezza*, nel suo particolare significato di *necessaria precisione* della formulazione delle norme punitive, sia di quelle che istituiscono la fattispecie di illecito sia di quelle che riconnettono ad essa un determinato quadro sanzionatorio¹⁹⁹. Come accaduto con riguardo al principio di irretroattività, anche in questo caso si è assistito a un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, nel cui ambito si era in precedenza formato un orientamento interpretativo restrittivo, secondo cui la garanzia avrebbe dovuto ritenersi confinata agli illeciti e alle sanzioni in senso proprio penali.

La Corte costituzionale, superando siffatto orientamento, nelle *sentenze nn. 121 del 2018*²⁰⁰ e *134 del 2019*²⁰¹ ha riconosciuto che il principio di *determinatezza* spiega effetti anche nei riguardi di atti normativi recanti sanzioni amministrative, il cui dettato deve essere idoneo ad assicurare ai relativi destinatari tanto *la conoscibilità del precetto* quanto *la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie*, e ha quindi condotto l'esame nel merito delle questioni di costituzionalità riguardanti le disposizioni sanzionatorie censurate, le quali erano contenute in leggi regionali. L'innovativo orientamento giurisprudenziale ha ricevuto conferma, da ultimo, nella *sentenza n. 145 del 2020*²⁰², in cui è stata riconosciuta l'operatività del principio di *determinatezza* rispetto alle sanzioni amministrative, reputate di natura sostanzialmente punitiva, previste dall'art. 709-ter, comma secondo, n. 4), c.p.c. per talune ipotesi di controversie sorte tra i genitori in ordine all'esercizio della

¹⁹⁹ Come evidenziato da NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 4 ss., possono individuarsi tre aspetti distinti del principio: «la “precisione”, intesa come obbligo del legislatore di “disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali”, evitando che “il giudice assuma un ruolo creativo”; la “determinatezza”, ossia “l’esigenza [...] che le norme penali descrivano fatti su-scettibili di essere accertati e provati nel processo”; la “tassatività”, quale sinonimo del divieto di analogia a sfavore del reo».

²⁰⁰ Corte cost., sent. 13 giugno 2018, n. 121.

²⁰¹ Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 134, su cui cfr. CONTIERI A., *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1661 ss..

²⁰² Corte cost., sent. 10 luglio 2020, n. 145.

potestà genitoriale o alle modalità di affidamento della prole²⁰³.

A tale conclusione il Giudice delle leggi è pervenuto evidenziando la duplice *ratio* della garanzia, che è tesa ad evitare un ruolo creativo, non solo dei giudici ma anche delle autorità amministrative dotate di poteri punitivi, in relazione all'individuazione dei confini delle fattispecie di illecito e, al contempo, ad assicurare la libertà di autodeterminazione individuale, finalità quest'ultima comune anche al principio costituzionale di irretroattività, di cui – si ricorda nelle due pronunce – già diverse precedenti decisioni avevano affermato l'operatività rispetto a sanzioni amministrative²⁰⁴. L'espansione del perimetro del principio costituzionale di determinatezza delle norme punitive risponde, dunque, sia, in una prospettiva *ordinamentale*, ad un'esigenza di rispetto della divisione dei poteri dello Stato, sia, in una prospettiva *individuale*, ad un'esigenza di tutela delle libere scelte di azione dei singoli²⁰⁵.

Proprio sotto tale profilo, la valorizzazione della garanzia nell'ambito del diritto punitivo extra-penale, evidenziando la finalità di assicurare l'autonomia dell'individuo nei confronti del potere statale, pare risentire dell'influenza degli approdi della giurisprudenza sovranazionale relativi alla *qualità* della *base legale* di interventi punitivi, quanto alle condotte sanzionabili e alle relative sanzioni in qualunque modo disciplinate dal diritto nazionale²⁰⁶, e, quindi, seppure con le dovute distinzioni, sembra rispondere ad istanze, in un certo qual modo, con essi convergenti²⁰⁷.

²⁰³ La questione di costituzionalità sull'art. 709-ter c.p.c., sollevata per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. è stata dichiarata, nel merito, infondata, attraverso il richiamo delle ricorrenti affermazioni, nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice non comporta *ex se* un vizio di indeterminatezza, a condizione che sia possibile, sul piano interpretativo, attribuire alla previsione normativa un significato chiaro, intelligibile e preciso: cfr. *ivi*, n. 8.1. *Cons. dir.*.

²⁰⁴ Vengono richiamate le pronunce più significative che sono state esaminate nel precedente § 2.1..

²⁰⁵ Cfr., per la materia strettamente penale, Corte cost., sent. 1 agosto 2008, n. 327.

²⁰⁶ Nelle pronunce si parla, in proposito, di «patrimonio condiviso».

²⁰⁷ Sul piano sovranazionale la valenza garantistica del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, riconosciuto dagli artt. 7 CEDU e 49 CDFUE, è ancorata alla *regula iuris* quale risultato emergente anche dall'attività ermeneutica, laddove sul piano interno il principio di legalità non si riferisce al diritto giurisprudenziale.

2.3. Diritto *punitivo* e riserva di legge.

L'estensione evidenziata nei paragrafi precedenti in riferimento ai principi di irretroattività e determinatezza, invece, non ha avuto ad oggetto le altre garanzie ricavabili dall'art. 25, secondo comma, Cost., potendosi riscontrare, da un lato, la mancata prospettazione di dubbi di costituzionalità specificamente affermantici letture espansive dei principi costituzionali di offensività e di materialità e, da un altro lato, l'esplicita esclusione delle leggi punitive extra-penali dalla cornice applicativa della garanzia della riserva di legge assoluta prevista dalla medesima disposizione costituzionale.

In proposito, a venire in rilievo è nuovamente la *sentenza n. 134 del 2019*, in cui la Corte costituzionale ha ribadito il proprio orientamento – che potrebbe anche definirsi consolidato, laddove si volesse considerare un *unicum* l'apertura contenuta nella menzionata *sentenza n. 78 del 1967*²⁰⁸ – secondo cui il principio della riserva *assoluta* di legge statale ex art. 25, secondo comma, Cost. opera solamente in relazione a leggi penali in senso stretto, con la conseguenza che, esclusivamente rispetto ad esse, si pone il noto problema di definire i limiti entro cui sia ammissibile un'integrazione sul piano tecnico della norma punitiva di rango primario da parte delle fonti secondarie²⁰⁹.

Diversamente, la previsione legislativa di sanzioni amministrative (anche ad opera di leggi regionali) può essere «completata» da atti sublegislativi, nel rispetto della meno rigorosa riserva di legge relativa sancita dall'art. 23 Cost.²¹⁰, la quale, pur non ammettendo prescrizioni normative “in bianco”, prive, cioè, di una predeterminazione in via generale dei contenuti e dei modi di esercizio del potere punitivo, lascia all'autorità amministrativa la possibilità di regolare le fattispecie rilevanti con fonti normative di carattere secondario, sempre che, a loro volta, le materie oggetto di disciplina non ricadano nel cono applicativo di altre riserve di legge assolute previste da disposizioni costituzionali diverse dall'art. 25, secondo comma, Cost.²¹¹.

²⁰⁸ Vi è fatto riferimento *supra* nella sede introduttiva al presente paragrafo.

²⁰⁹ Secondo la ricorrente giurisprudenza che limita a tal genere di integrazione il contributo della norma secondaria alla definizione di una norma incriminatrice e sanzionatoria propriamente penale.

²¹⁰ Nella pronuncia si omette il riferimento anche all'art. 97 Cost., che invece compare in decisioni precedenti.

²¹¹ In questo senso, già Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115 richiamata dalla sentenza in esame.

L'approdo sembrerebbe confermato anche dalla successiva *sentenza n. 139 del 2019*²¹², nella quale i profili di illegittimità prospettati sulla disposizione del codice di procedura civile regolante la condanna al pagamento delle spese processuali a carico della parte soccombente di una controversia civile²¹³ sono stati esaminati nel merito, venendo dichiarati infondati, in riferimento alla possibile violazione della riserva di legge relativa *ex art 23 Cost.*²¹⁴, mentre sono stati giudicati inammissibili rispetto alla riserva di legge assoluta *ex art. 25, secondo comma, Cost.*, attesa l'impossibilità di ricondurre lo strumento legislativo in esame alla categoria delle sanzioni in senso stretto²¹⁵. Ma, sebbene la conclusione circa l'inconferenza del parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. appaia, di per sé considerata, coerente con il tradizionale orientamento interpretativo che limita la garanzia alle sole sanzioni *propriamente* penali, il percorso argomentativo addotto a giustificazione della dichiarazione di inammissibilità della relativa questione di legittimità costituzionale evidenzia significative incertezze, che meritano di essere approfondite.

Sul punto, infatti, il Giudice costituzionale non si è limitato – come pure avrebbe potuto, in linea con i propri precedenti – a rilevare l'estraneità al diritto penale in senso proprio della misura in oggetto, ma, dando rilievo alla natura ibrida – sanzionatoria e, in uno, indennitaria – dell'obbligazione pecuniaria discendente dalla disposizione censurata, ha altresì analiticamente escluso la riconducibilità della stessa al più ampio *genus* delle sanzioni punitivo-afflittive, di cui le sanzioni penali costituiscono una *species*, come se la riserva di legge assoluta in questione potesse assumere rilievo anche rispetto a norme punitive che stabiliscano sanzioni extra-penali. Non solo, ma tale motivazione, per così dire, ingiustificatamente sovrabbondante si è, inoltre, associata a un'ambigua affermazione secondo cui il parametro costituito dal «principio di legalità *ex art. 25, secondo comma, Cost.*, recante la più stringente prescrizione della riserva di legge, che è assoluta» sarebbe «impropriamente evocato perché riguarda le sanzioni penali, nonché quelle amministrative “di natura sostanzialmente punitiva” (sentenza n. 223 del 2018) e

²¹² Corte cost., sent. 6 giugno 2019, n. 139.

²¹³ Art. 96, terzo comma, c.p.c..

²¹⁴ Cfr. nn. 8-10 *Cons. dir.*.

²¹⁵ Cfr. n. 3 *Cons. dir.*.

non già prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge, alle quali fa invece riferimento l'art. 23 Cost.»²¹⁶. Tali concorrenti elementi, in effetti, sono suscettibili di apparire in contraddizione rispetto al rigoroso e consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale concernente l'ambito applicativo della riserva di legge sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., nella misura in cui paiono ammettere – se ci si attiene al tenore letterale della pronuncia – l'operatività della medesima riserva di legge nei riguardi di norme punitive prive di una formale qualificazione legislativa penalistica.

Senonché, per quanto il passaggio argomentativo si rilevi impervio e non particolarmente cristallino, sembra comunque possibile prospettare una interpretazione diversa e componibile con la giurisprudenza costituzionale anteriore: del resto, qualora la Corte costituzionale avesse realmente inteso superare il precedente, e ricorrente, indirizzo ermeneutico, o anche soltanto lasciar presagire un mutamento di esso, vi avrebbe verosimilmente dedicato ben altra attenzione sul piano motivazionale. A ben vedere, infatti, il medesimo passaggio potrebbe trovare spiegazione, più semplicemente, nell'intenzione del Giudice delle leggi di chiarire la natura non esclusivamente sanzionatoria dell'istituto processuale in esame; di qui l'eccesso motivazionale teso a evidenziarne la concorrente finalità indennitaria. E, allo stesso tempo, l'invero equivoco riconoscimento dell'estensione alle sanzioni punitivo-afflittive dell'art. 25, secondo comma, Cost. potrebbe non riferirsi alla specifica garanzia della riserva di legge, in tal modo giustificandosi il richiamo della *sentenza n. 223 del 2018*, che concerneva un problema non già di mancato rispetto della riserva di legge, bensì di violazione del divieto di retroattività *in peius*²¹⁷. Dunque, anche a séguito della pronuncia in esame, non parrebbe smentita l'esclusione delle norme punitive extra-penali dal perimetro della riserva di legge *ex art. 25, secondo comma, Cost.*

2.4. L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. nella più recente giurisprudenza costituzionale: considerazioni conclusive.

In conclusione, può evidenziarsi come l'espansione applicativa ad opera della

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ Si v. *supra* § 2.1.

giurisprudenza costituzionale dell'art. 25, secondo comma, Cost. ha seguito una prospettiva *diversificata*, interessando alcune soltanto delle garanzie tradizionalmente ricavabili dalla disposizione, ciò che spiega l'assunto condivisibile – e condiviso nella letteratura scientifica – per cui occorra ormai approcciarsi al tema distinguendo fra i differenti aspetti della legalità nella *materia punitiva*²¹⁸.

L'interpretazione giurisprudenziale della portata applicativa dei singoli corollari del principio di legalità ha valorizzato la relativa specifica *ratio* giustificatrice. In tale ottica, si è affermata una lettura estensiva di quelle garanzie – i principi di irretroattività e di determinatezza – volte a tutelare in via primaria, seppure non in modo esclusivo²¹⁹, la libera autodeterminazione individuale, ossia finalizzate ad assicurare ai singoli la conoscibilità delle condotte qualificate come illecite dall'ordinamento e del relativo trattamento sanzionatorio. Il riconoscimento ha senza dubbio risentito degli sviluppi della giurisprudenza sovranazionale, convenzionale ed europea, che attribuisce ampio rilievo alla *prevedibilità in concreto* delle imputazioni e delle conseguenti sanzioni, a prescindere dalla *provenienza* della norma punitiva.

Sotto tale ultimo aspetto, non è un caso, in effetti, che l'estensione del perimetro delle tutele costituzionali non abbia riguardato proprio quella garanzia concernente il concorso delle diverse fonti del diritto rispetto alla regolazione della materia punitiva, ossia la riserva di legge, essendo indifferente, ai fini del rispetto delle garanzie sovranazionali, la circostanza che la disciplina rilevante sia il risultato del combinarsi della legge o di atti aventi la medesima forza e di atti normativi secondari (come ammesso dalla riserva di legge relativa *ex artt. 23 e 97 Cost.*, operante in relazione al diritto punitivo extra-penale) ovvero derivi unicamente dai primi (come vorrebbe la riserva di legge assoluta *ex art. 25*, secondo comma, Cost., efficace per il solo diritto propriamente penale)²²⁰.

²¹⁸ Lo segnalano, molto opportunamente, MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 253 ss e MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 238 ss..

²¹⁹ Cfr. NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, cit., il quale sottolinea un'analogia finalistica fra riserva di legge e determinatezza.

²²⁰ Peralto, l'ammissione del concorso delle fonti secondarie alla definizione delle norme punitive extra-penali ha particolari implicazioni rispetto all'operatività in concreto dei principi di irretroattività e determinatezza: per un verso, il divieto di retroattività *in peius* potrebbe operare in occasione di un

Quanto nello specifico ai *rapporti fra il diritto penale e il diritto punitivo extra-penale*, deve sottolinearsi, a scanso di equivoci, come l'estensione della cornice applicativa del principio di legalità *penale* non ha determinato alcuna confusione delle due categorie giuridiche, né tantomeno una loro equiparazione. La perdurante utilità, tanto sul piano dogmatico quanto su quello pratico, della distinzione fra diverse tipologie di strumenti sanzionatori è evidenziabile non solo per l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nel differenziare le relative discipline regolatrici quanto ai profili che siano privi di una copertura costituzionale, diretta o indiretta, ma anche per il fatto che la riconduzione di una singola misura all'una o all'altra categoria assume significato anche ai fini della individuazione delle conferenti tutele costituzionali, visto che l'espansione dell'art. 25, secondo comma, Cost., ha riguardato esclusivamente un *nucleo duro* di garanzie desumibili dalla disposizione costituzionale, le cui finalità di tutela trovano ragione di operare rispetto all'esercizio di un qualsiasi potere punitivo. Ne deriva, in breve, che lo *statuto costituzionale* delle pene resta differente, e più rigoroso, del corrispondente statuto delle sanzioni punitivo-afflittive extra-penali.

Su un diverso versante, l'influenza della giurisprudenza sovranazionale sui recenti sviluppi del sindacato di costituzionalità di norme punitive in riferimento al menzionato parametro è rinvenibile nell'illustrata *apertura a criteri di giudizio sostanzialistici* ai fini della definizione del campo applicativo delle garanzie del principio di legalità, volti, cioè, al riconoscimento della *effettiva* natura punitivo-afflittiva di un determinato istituto giuridico oltre la *superficiale* qualificazione legislativa. L'elaborazione e l'implementazione di tali criteri ha prospettato nuovi spazi di intervento delle richiamate garanzie costituzionali, ma ha determinato, al contempo, il collegamento della loro operatività a presupposti applicativi contraddistinti da una maggiore incertezza, apprezzabili nelle caratteristiche peculiari che presenta ciascuna misura reputata di possedere un sostanziale carattere punitivo-afflittivo, anche per come essa è suscettibile di applicarsi nei riguardi di determinate cerchie di destinatari. Per tale via, trovano

mutamento delle fonti secondarie tale da determinare un aggravamento del trattamento punitivo; per un altro verso, la verifica del rispetto delle esigenze di precisione derivanti dal principio di determinatezza non potrebbe che essere condotto, avendo riguardo della formulazione e dei contenuti anche delle fonti secondarie, nonché dei modi in cui esse «si saldano» alle fonti primarie.

ingresso nel giudizio di costituzionalità specifici profili di concretezza attinenti ai modi di operatività della norma punitiva su di un piano particolare, potendosi evidenziare un approccio sensibile alle specificità della singola fattispecie legislativa oggetto di considerazione²²¹.

La medesima influenza spiegata dalle pronunce delle Corte EDU e della Corte di Giustizia UE, tuttavia, seppure abbia fornito un contributo significativo all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, dando luogo a talune sovrapposizioni fra garanzie costituzionali, convenzionali ed europee – lo si è messo in luce, in modo particolare, con riguardo al principio di irretroattività –, non ha, però, implicato una mera riproposizione sul piano interno dei criteri decisorii implementati nelle sedi sovranazionali. La Corte costituzionale, come si è visto, ha proceduto a definire il perimetro delle garanzie interne in chiave sostanzialistica, giungendo, in alcune occasioni, ad elaborare costruzioni ermeneutiche autonome, a dimostrazione del fatto che l'incidenza del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo non si rinviene solamente in una logica, per così dire, minimalista di accessione delle garanzie sovranazionali all'ordinamento nazionale, ma è pervasiva degli schemi seguiti nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali che sanciscono diritti e libertà fondamentali corrispondenti a quelli riconosciuti nelle Carte dei diritti internazionali.

Il diritto giurisprudenziale sovranazionale, in definitiva, ha costituito un argomento, spesso esplicitato, per l'affermazione di orientamenti interpretativi particolarmente garantistici rispetto all'operatività di alcune tutele costituzionali interne ricavabili dal principio di legalità in materia punitiva. Si tratta di un approdo che, se osservato più da lontano, si inserisce in una prospettiva di ampio respiro, che ha incrociato anche il principio di proporzionalità dei trattamenti punitivi, valorizzato nell'ambito delle sanzioni punitivo-afflittive attraverso un'adeguata interpretazione dell'art. 3 Cost., considerato in connessione alle singole tutele costituzionali, oltre che convenzionali ed europee, incise dall'oggetto di dette sanzioni – vi si tornerà *infra*²²² –, e la garanzia della retroattività

²²¹ Una tale prospettiva sembra emergere, in particolare, sia rispetto alle diverse tipologie di confisca sia in riferimento a misure amministrative conseguenti alla commissione di un illecito.

²²² Si veda § 4.

della *lex mitior*, di cui è stata riconosciuta, nella *sentenza n. 63 del 2019*²²³, l'operatività nel campo del diritto sanzionatorio extra-penale²²⁴.

3. DIRITTO PUNITIVO GIURISPRUDENZIALE E PRINCIPIO DI LEGALITÀ.

Se ampia è stata la valorizzazione della nozione «aformalistica» di *materia penale* in vista dell'estensione al diritto sostanzialmente punitivo del perimetro applicativo dei corollari del principio di legalità, si deve registrare, invece, una posizione di maggiore chiusura, nella giurisprudenza nazionale, e in specie costituzionale, rispetto al riconoscimento sul piano interno, sempre ai fini dell'applicazione delle garanzie fondamentali di stampo penalistico, di un qualche rilievo al concetto sostanziale di «base legale», come definito nelle pronunce convenzionali ed europee²²⁵.

Sono di difficile ricomposizione, in effetti, gli attriti generati dalla tensione fra le ricostruzioni evidenziabili nella giurisprudenza sovranazionale e le diverse elaborazioni invalse nella prospettiva nazionale. La *legalità penale interna* è debitrice della tradizione giuridica continentale dei sistemi di *civil law*, e in particolare del pensiero illuministico basato sul *legicentrismo* e sulla concezione del giudiziario come potere – invero solo idealmente – neutro²²⁶, fondandosi sulla *riserva di legge* cristallizzata nell'art. 25, secondo comma, Cost., che esclude il diritto giurisprudenziale dalle fonti del diritto penale e, al contempo, pone in via di massima una preclusione, superabile solo al ricorrere di ben precise condizioni, a interventi della giurisdizione costituzionale con effetti *in malam partem*²²⁷.

²²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 2019, cit..

²²⁴ Sul tema, fra i contributi più recenti, BINDI E. - PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 2019; BRANCA M., *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la "doppia pregiudizialità"*, in *Giur. cost.*, 2019, 841 ss.; TIGANO V., *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in *archiviopenale.it*, 1, 2020.

²²⁵ In questo senso, MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 955 ss..

²²⁶ Cfr. RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, cit., 279 ss..

²²⁷ Cfr. DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit..

3.1. Diritto *giurisprudenziale* e portata delle garanzie fondamentali penalistiche.

Il *ruolo protagonista* assegnato al diritto giurisprudenziale nel contesto sovranazionale è coerente con l'angolo prospettico da cui muovono le Corti europee, e nello specifico la Corte EDU, la quale, prescindendo da considerazioni legate a esigenze di separazione fra i poteri dello Stato, nella specie il *Legislativo* e il *Giudiziario*, pone l'accento su istanze di tutela dei diritti fondamentali emergenti nei singoli casi concreti e, in particolare, attribuisce rilievo, nella *materia penale*, alla *predeterminabilità* dei risultati dell'esercizio di potestà punitive. Come si è avuto modo di illustrare, il rispetto del *nullum crimen nulla poena sine lege* previsto dall'art. 7 CEDU deve essere vagliato avendo riguardo sia del *diritto legislativo*, e più in generale del cd. diritto scritto, sia del *diritto giurisprudenziale*²²⁸.

Gli approdi della ricorrente giurisprudenza convenzionale, seguita più di recente da quella europea, richiedono, infatti, che ciascun intervento punitivo statale sia assistito da un'adeguata base legale, dotata dei caratteri dell'accessibilità e della prevedibilità, per la cui integrazione assume significato il modo in cui una determinata norma incriminatrice o sanzionatoria sia, o sia stata, interpretata nella prassi giudiziaria nazionale: a tale finalità rileva, quindi, anche l'univocità o la molteplicità di orientamenti ermeneutici sviluppatasi in relazione al contenuto della stessa norma. Per contro, la giurisprudenza costituzionale interna non si è mostrata finora incline ad ampliare la portata delle rilevanti garanzie penalistiche nazionali alle dinamiche giudiziarie di interpretazione della legge penale, escludendo l'assimilazione del diritto di produzione giurisprudenziale al diritto legislativo, e rimarcando la contrapposizione fra la nozione convenzionale di *base legale* e il principio interno della *riserva di legge*²²⁹.

Le modalità attraverso cui la giurisprudenza può assumere rilievo, sotto il cennato profilo di interesse, sono peraltro diverse, dando luogo a situazioni differenti, fra le quali occorre distinguere nello specifico, da un lato, ipotesi di *contrasto giurisprudenziale sincronico*, che si realizzano per la compresenza, nello stesso periodo temporale, di più

²²⁸ Si veda *supra* Cap. primo, § 3.

²²⁹ Sul tema cfr. MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e fide proxime future*, cit., spec. 967-969.

orientamenti interpretativi, incidendo sulla determinatezza dell'illecito penale e, da un altro lato, ipotesi di *contrasto giurisprudenziale diacronico*, che si concretano con il sopravvenire di un mutamento giurisprudenziale, e che, a seconda dei casi, incrociano le garanzie di retroattività *in mitius*, qualora detto mutamento sia favorevole al reo, e di irretroattività *in peius*, ove esso sia invece sfavorevole²³⁰.

3.1.1. Mutamento giurisprudenziale favorevole, retroattività *in mitius* e giudicato penale di condanna: in particolare, la sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale.

La posizione di chiusura della Corte costituzionale è emersa nella *sentenza n. 230 del 2012*²³¹, con cui sono state rigettate questioni di legittimità costituzionale volte ad aggiungere al novero delle ipotesi di revoca del giudicato penale previste dal codice di procedura penale (art. 673 c.p.p.) il mutamento giurisprudenziale favorevole, determinato da una pronuncia delle Sezioni Unite, da cui derivasse l'irrilevanza penale del fatto oggetto della sentenza definitiva di condanna²³².

²³⁰ In argomento, si veda, fra gli altri, DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere o apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 13 ss.; più in generale, cfr. CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit..

²³¹ Corte cost., sent. n. 230 del 2012, cit., sulla quale, fra i molti, cfr. 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 *Riv. AIC*, 3, 2013; DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 159 ss.; EPIDENDIO T.E., *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.; MARI A., *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 945 ss.; MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.; 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 della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 164 ss..

²³² In particolare, l'art. 673 c.p.p. era dubitato di illegittimità costituzionale, nella parte in cui non prevede quale ipotesi di revoca della sentenza penale di condanna passata in giudicato anche il «mutamento giurisprudenziale» determinato da una decisione della Corte di cassazione a Sezioni Unite, in base al quale il fatto oggetto della sentenza non è previsto dalla legge come reato.

Con la pronuncia è stata dichiarata l'infondatezza dei dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice remittente, alla base dei quali vi era, a ben vedere, l'accoglimento di una lettura sostanziale del concetto di legalità, o, per meglio dire, il recepimento sul piano interno della nozione autonoma convenzionale di *legge* (o di *diritto*, a seconda delle traduzioni di «law» e «loi»). Ai fini che qui rilevano, sono di particolare interesse tanto i passaggi motivazionali contenuti nella pronuncia attraverso cui è avvenuto il rigetto delle questioni, con riguardo ai parametri di costituzionalità sia *interni* sia *convenzionali*, quanto, e forse soprattutto, l'*obiter dictum* in cui si rinviene un confronto fra la tutela offerta dalla *legalità convenzionale* e quella derivante dalla *legalità nazionale*.

3.1.1.1. Le ragioni dell'infondatezza delle questioni di costituzionalità riguardanti la disciplina della revoca del giudicato penale di condanna.

Con riferimento ai profili di illegittimità relativi a parametri di costituzionalità *interni*, il Giudice delle leggi ha avuto modo di sottolineare come l'inidoneità del mutamento giurisprudenziale favorevole a travolgere la *res iudicata* si giustifichi per l'impossibilità, nel nostro sistema, di accedere *sic et simpliciter* a un'equiparazione di tale ipotesi all'abrogazione ovvero alla declaratoria della incostituzionalità della norma incriminatrice. A una simile conclusione, infatti, si oppone, per un verso, l'assenza, nell'ordinamento italiano, di alcuna vincolatività del precedente giudiziario, di tal che la nuova decisione della Corte di cassazione, la quale sia espressiva di un mutamento giurisprudenziale, potrebbe essere sempre disattesa da qualunque giudice e, per un altro verso, la riserva di legge in materia penale sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost. e, ancor più in generale, il principio di separazione dei poteri, per cui il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.). Di qui, la conclusione dell'insussistenza di violazioni del principio di eguaglianza, stante la non assimilabilità dell'*overruling* giurisprudenziale *in bonam partem* alle ipotesi di revoca del giudicato penale previste dalla disposizione censurata, così come di violazioni del principio di retroattività della legge penale più favorevole, dovendosi negare che la creazione o l'abrogazione di norme possa dipendere da regole di provenienza giurisprudenziale²³³.

²³³ Cfr. Corte cost., n. 230 del 2012, cit., spec. nn. 10-11 *Cons. dir.*.

Quanto ai profili di illegittimità per contrasto con i parametri *convenzionali*, e in particolare con l'art. 7 CEDU, si è precisato che l'intervento additivo richiesto non era affatto necessario per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali, in quanto la citata disposizione convenzionale, seppure ricomprenda la garanzia della retroattività *in mitius*, non era mai stata interpretata dalla Corte di Strasburgo nel senso di imporre la rimozione di una sentenza di condanna passata in giudicato che fosse in contrasto con un sopravvenuto indirizzo giurisprudenziale più favorevole per il reo²³⁴. L'infondatezza, sotto questo profilo, è dipesa quindi dall'inesistenza della *norma convenzionale interposta* invocata dal giudice *a quo*, la quale non trovava riscontri risultando dalla «composizione», a opera di quest'ultimo, di due differenti orientamenti della Corte EDU, quello per cui l'art. 7 CEDU custodisce il principio di retroattività della legge favorevole e quello per cui la nozione autonoma convenzionale di *diritto* si riferisce anche al diritto giurisprudenziale. D'altra parte, nella stessa giurisprudenza convenzionale, al riconoscimento della garanzia della retroattività *in mitius* mai era seguita l'affermazione della sua natura assoluta e inderogabile.

3.1.1.2. L'*obiter dictum* sullo «scarto di tutela» fra *legalità interna* e *legalità convenzionale*: osservazioni critiche.

Se già alcuni passaggi dell'incedere argomentativo appena descritto prestano il fianco a osservazioni critiche, ancor meno convincente risulta essere l'*obiter dictum* inserito nella motivazione del rigetto sulla questione di «convenzionalità». Sul punto, infatti, la Corte costituzionale non si è limitata a rilevare, nei modi di cui si è appena detto, l'assenza della norma interposta convenzionale, ma, muovendosi su di un piano più generale, ha affermato – senza che in realtà l'oggetto del giudizio di costituzionalità lo richiedesse – che il principio convenzionale di legalità penale sarebbe «meno comprensivo» del corrispondente principio costituzionale, atteso che solo il secondo assicura la garanzia della riserva di legge, affidando il potere di normazione in materia penale al Parlamento, massima espressione della rappresentanza politica.

Ciò evidenzerebbe, a dire del Giudice delle leggi, uno «scarto di tutela» fra le due

²³⁴ Cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*.

garanzie, quella nazionale e quella convenzionale. La *ratio* democratica della riserva di legge – sulla cui natura non vi è peraltro convergenza nelle opinioni dottrinali – evidenzerebbe infatti il maggior pregio della tutela recata dalla Costituzione rispetto a quella contenuta nella CEDU. Sul punto, la Corte costituzionale sembra addirittura prefigurare una preclusione – per contrasto con l’art. 25, secondo comma, Cost. – all’ingresso nel nostro ordinamento del principio di legalità penale sancito dall’art. 7 CEDU, nell’interpretazione sostanzialistica descritta, e nello specifico una preclusione a una qualunque equiparazione fra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale.

Tali considerazioni, tuttavia, non paiono persuasive sotto due distinti profili. Non sembrano, anzitutto, condivisibili i modi con cui si è proceduto al raffronto fra tutela costituzionale e tutela convenzionale, atteso che, come si è notato in letteratura, i due sistemi offrono, non già una medesima garanzia di diversa intensità, bensì due differenti garanzie, diverse nella struttura e nei risultati. In secondo luogo, non convincono neppure gli esiti di tale raffronto, che conduce alla conclusione, assoluta, per cui la tutela costituzionale sarebbe in astratto e, per così dire, in ogni caso maggiore (*recte*, più intensa) di quella costituzionale. Questo modo di ragionare, infatti, pare pretermettere la prospettiva di una protezione dei diritti fondamentali effettiva e concreta, e, al contempo, sembra trascurare la logica – affermata nella stessa giurisprudenza costituzionale – di integrazione delle tutele, interne e convenzionali, in vista della massima espansione delle garanzie²³⁵.

3.1.2. Mutamento giurisprudenziale *sfavorevole*, irretroattività *in peius* e prevedibilità *in concreto* delle contestazioni.

Affatto diversa da quella appena esaminata è l’ipotesi in cui viene in rilievo una nuova interpretazione della norma penale, di creazione giurisprudenziale, tale da comportare una estensione dell’area della punibilità. Si pone, in tal caso, il problema dell’eventuale applicazione retroattiva di siffatta interpretazione giudiziale, cioè a fatti compiuti prima che essa si sia formata. In effetti, così come una nuova legge, anche di

²³⁵ In questo senso, condivisibilmente, già 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*, cit..

eventuale interpretazione autentica, che estendesse la punibilità non potrebbe mai essere applicata a fatti anteriori alla sua entrata in vigore, allo stesso modo le letture sostanzialistiche convenzionali ed europee del *nullum crimen nulla poena sine lege* precludono l'operatività retroattiva di una interpretazione giurisprudenziale estensiva della punibilità.

La giurisprudenza costituzionale non ha mai avuto modo di occuparsi di questioni di costituzionalità specificamente correlate a una possibile applicazione retroattiva di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale sfavorevole, la cui operatività non fosse concretamente prevedibile per il singolo soggetto interessato. Le medesime istanze di tutela, invece, hanno talvolta trovato considerazione nella giurisprudenza comune, e soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, come emerge anzitutto nel séguito della sentenza *Contrada c. Italia (n. 3)*, i contenuti della quale sono già stati in precedenza sinteticamente illustrati ed esaminati²³⁶.

3.1.2.1. L'articolato séguito giurisprudenziale interno della sentenza *Contrada c. Italia (n. 3)*: fra il riconoscimento di effetti di carattere *particolare*...

Sebbene la Corte europea, nella pronuncia appena menzionata, si fosse limitata a riconoscere un'equa soddisfazione, senza indicare altre misure, né di carattere generale né di natura particolare, che lo Stato italiano avrebbe dovuto adottare in vista della cd. esecuzione interna, il ricorrente ha promosso diversi procedimenti al fine di vedere neutralizzati gli effetti della sentenza di condanna, rispetto alla quale era intervenuta la dichiarazione di violazione dell'art. 7 CEDU, provocando un susseguirsi di decisioni giudiziarie e suscitando l'intervento di diverse autorità giurisdizionali.

Da un lato, è stata respinta la richiesta di revisione avanzata dinanzi alla Corte d'Appello di Caltanissetta, la quale, in sede di esame della configurabilità, fra l'altro, dell'ipotesi di revisione aggiunta all'art. 630 c.p.p. dalla *sentenza n. 113 del 2011* della Corte costituzionale²³⁷ (impropriamente detta revisione «europea»), ha effettuato una verifica sulla prevedibilità in concreto, per il *Contrada*, della rilevanza penale delle

²³⁶ Si veda *supra* Cap. primo, § 3.3..

²³⁷ Cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 113.

condotte a lui ascritte, alla luce della particolare posizione dallo stesso ricoperta, una verifica che era invece mancata nella pronuncia convenzionale. La Corte nissena ha sottolineato come, seppure il «consolidamento» della fattispecie di concorso esterno in associazione di stampo mafioso fosse avvenuto solo a séguito della sentenza *Demistry* delle Sezioni Unite del 1994, per il Contrada l'esistenza, le caratteristiche e le conseguenze sanzionatorie di detta fattispecie erano invero ben chiare, e quindi prevedibili già in precedenza²³⁸.

Da un altro lato, ha avuto, invece, esito positivo il giudizio di esecuzione, nonostante una prima decisione di inammissibilità adottata dalla Corte d'Appello di Palermo sulla richiesta avanzata per la revoca del giudicato penale. La Corte di cassazione, adita in sede di impugnazione di detta decisione, ha rilevato, a fronte dell'esigenza di conformare l'ordinamento interno alla sentenza convenzionale, l'impossibilità di azionare gli istituti della revisione e della revoca della sentenza di condanna, e, quindi, stante l'assenza di altri rimedi interni atti a eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti da una pronuncia interna emessa in violazione dell'art. 7 CEDU, ha dichiarato l'ineseguibilità e l'improduttività di effetti della sentenza penale di condanna, non rinvenendo ostacoli di carattere letterale o sistematico a una siffatta lettura degli artt. 666 e 670 c.p.p.²³⁹.

3.1.2.2. (Segue.) ...e l'esclusione di ricadute di carattere generale.

Se hanno trovato così conclusione le vicende processuali concernenti lo specifico caso oggetto della sentenza della Corte EDU – epilogo, peraltro, che meriterebbe un qualche approfondimento – ampiamente dibattute, nella prassi giudiziaria, sono state le questioni attinenti alla estensibilità delle affermazioni contenute nella medesima sentenza a coloro che si trovassero in una posizione analoga a quella del Contrada e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, alla individuazione del rimedio processuale applicabile. Il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto è stato risolto, di recente, dalle

²³⁸ In proposito, fra gli altri, cfr. VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, cit., 97 ss..

²³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), n. 43112, *Contrada*, in *C.E.D.* n. 273906-01.

Sezioni Unite della Corte di cassazione²⁴⁰, che hanno escluso l'efficacia, per così dire, *erga omnes* della sentenza *Contrada c. Italia (n. 3)* per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, quest'ultima non potrebbe definirsi una sentenza cd. pilota e, al contempo, non conterrebbe alcuna affermazione da cui emerga la natura generale della violazione, tanto che essa non era corredata dall'indicazione di rimedi di carattere individuale, azionabili dal singolo ricorrente, o di carattere generale, esperibili da altri soggetti che si trovassero in casi identici o analoghi, ossia da parte di condannati per concorso esterno in associazione di stampo mafioso per fatti antecedenti all'intervento delle Sezioni Unite *Demitry* del 1994. Si sarebbe, cioè, di fronte a una violazione, priva di natura strutturale e di portata generale, che trae origine dallo specifico caso portato all'attenzione del Giudice di Strasburgo.

In secondo luogo, la stessa pronuncia non sarebbe espressione di una giurisprudenza convenzionale *consolidata* – nel senso di cui alla *sentenza n. 49 del 2015* della Corte costituzionale – visto che non si rinvencono altre pronunce relative a casi di contestazione del reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso (da questo punto di vista, la sentenza in questione sarebbe quindi un *unicum*) e, soprattutto, dal momento che non è stata univoca l'interpretazione e l'applicazione, da parte della Corte EDU, dei concetti di accessibilità e prevedibilità della base legale. La Suprema Corte, in un ampio passaggio motivazionale, ha sottolineato infatti come il carattere della *prevedibilità*, in alcune occasioni, sia stato inteso in senso puramente soggettivo, avendo riguardo non solo della qualità del diritto scritto e della stabilità delle relative interpretazioni giudiziali, ma anche delle precipue condizioni (ad esempio, attività professionali, qualifiche ed esperienze) del singolo ricorrente, mentre, in altre, sia stato vagliato attraverso il prevalente ricorso a criteri di carattere oggettivo, come sarebbe avvenuto proprio nel caso che ha riguardato *Contrada*.

²⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8544, *Genco*, in *C.E.D.* n. 278054-01.

3.1.2.3. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che valorizzano il canone della prevedibilità delle conseguenze penali.

Tralasciando per un istante la vicenda *Contrada*, e spostandosi quindi su di un piano ancor più generale, si può evidenziare che nella stessa giurisprudenza di legittimità si è, di recente, sviluppato un orientamento che apparentemente valorizza, anche sul piano interno, gli approdi giurisprudenziali sovranazionali, affermando il divieto di applicare retroattivamente la sopravvenuta interpretazione giurisprudenziale sfavorevole di una norma penale, nel caso in cui il risultato ermeneutico non fosse *ragionevolmente prevedibile* al momento della commissione della condotta contestata²⁴¹.

Il canone della *ragionevole prevedibilità*, che evidentemente richiama il contenuto della garanzia sovranazionale, è però interpretato dalla giurisprudenza interna in modo non così stringente, tanto che viene ritenuto integrato anche qualora, in una situazione di contrasto giurisprudenziale, la decisione giudiziale accolga una delle soluzioni in contrasto, ancorché minoritaria. Tale indirizzo ermeneutico, quindi, non attribuisce di per sé rilievo all'affidamento ingenerato nei consociati dal consolidamento di un determinato orientamento giurisprudenziale, dato che solo l'applicazione di un'interpretazione del tutto nuova nella prassi giudiziaria – sia rispetto a quella fatta propria dall'orientamento dominante sia rispetto a quelle accolte dagli eventuali orientamenti minoritari – costituirebbe un'imprevedibile interpretazione giurisprudenziale, insuscettibile di applicarsi retroattivamente ove sfavorevole ai destinatari delle contestazioni. Una simile soluzione, che esclude in linea di massima il riconoscimento dell'imprevedibilità della pronuncia giurisdizionale quando sia stata adottata una qualsiasi delle opzioni interpretative invalse nella giurisprudenza, restituisce una prospettiva assai differente da (e meno rigorosa di) quella seguita nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, in cui, al contrario, l'esistenza *ex se* di un contrasto giurisprudenziale conduce, tendenzialmente, a ritenere assente una base legale prevedibile, e dunque violata

²⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 12 dicembre 2018 (dep. 26 marzo 2019), n. 13178, *Galvanetti*, in *C.E.D.* n. 275623, sent. 17 maggio 2018 (dep. 26 settembre 2018), n. 41846, *Postiglione*, in *C.E.D.* n. 275105; sent. 24 aprile 2018 (dep. 6 agosto 2018), n. 37857, *Fabbrizzi*, in *C.E.D.* n. 273876; sent. 9 luglio 2018 (dep. 18 ottobre 2018), n. 47510, *Dilaghi*, in *C.E.D.* n. 274406.

la garanzia di cui all'art. 7 CEDU²⁴².

3.1.2.4. Il divieto di applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole nell'ordinamento nazionale.

In definitiva, l'unico filone interpretativo che ha dato rilievo al diritto giurisprudenziale ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche, e in particolare del divieto di retroattività *in malam partem*, pare offrire una tutela più tenue rispetto a quella istituita sul piano sovranazionale: una tutela, condivisibilmente definita in letteratura, «debole» e «apparente», che pone in capo ai consociati l'onere di prevedere tutte le possibili interpretazioni già configuratesi nella prassi giudiziaria. Sul tema, che non può certamente essere istruito in queste poche righe, sembra comunque possibile rilevare che, per quanto siffatto filone interpretativo costituisca un primo passo verso il riconoscimento delle istanze di tutela sovranazionali, la soluzione implementata non risulta essere del tutto soddisfacente, cioè idonea a evitare l'emissione di condanne in contrasto con le garanzie convenzionali ed europee, nel significato a queste attribuito dalla conferente giurisprudenza.

D'altra parte, è ben vero che ogni disposizione di legge, anche penale, esige di essere interpretata dal giudice, e che questa interpretazione può variare nel tempo. Ma, quando, dopo che nella giurisprudenza si è consolidata una interpretazione, e successivamente si afferma una diversa interpretazione, tale da comportare un ampliamento della previsione incriminatrice attraverso la ricomprensione in essa di intere categorie di condotte prima escluse dalla incriminazione, l'effetto pratico, ai fini della *prevedibilità* da parte dei consociati delle conseguenze penali del proprio comportamento, è analogo a quello che si ha allorquando sopravviene una legge che amplia la fattispecie punitiva, rendendo punibili nuove condotte prima considerate esenti da pena. Detto effetto pratico si verifica altresì qualora, a fronte di un consolidato orientamento giurisprudenziale restrittivo dei confini della fattispecie incriminatrice, una pronuncia faccia propria una diversa

²⁴² Sulle oscillazioni fra prevedibilità intesa in senso oggettivo ovvero in senso soggettivo si veda il recente studio monografico di PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 211 ss..

soluzione interpretativa, estensiva della punibilità, accolta in precedenza da scarni e vetusti precedenti giuridiziari: anche in questo caso dovrebbe attribuirsi rilievo all'affidamento, qualitativamente «forte», nutrito dal singolo a che sia applicata nei suoi confronti l'invalsa l'interpretazione favorevole. Si tratta sempre, infatti, di assicurare un diritto fondamentale della persona, ossia la garanzia della prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte, espressamente riconosciuta dalla ricorrente giurisprudenza sovranazionale.

3.1.2.5. (Segue.) Una possibile soluzione: la valorizzazione della disciplina penalistica dell'errore inescusabile.

Altro discorso, anch'esso solo tratteggiabile in questa sede, è quello relativo alle soluzioni prospettabili allo scopo di conferire concretezza, sul piano interno, alle istanze di prevedibilità affermate dai Giudici sovranazionali. In proposito, appare meritevole di particolare attenzione la tesi di chi ritiene applicabile, in questi casi, la disciplina sull'errore inescusabile circa il contenuto della legge penale, prevista dall'art. 5 c.p.²⁴³, come rivisitata dalla Corte costituzionale nell'ormai celebre *sentenza n. 364 del 1988*²⁴⁴. In effetti, la caoticità delle concorrenti interpretazioni giudiziali (in presenza di un contrasto giurisprudenziale sincronico), così come il sopravvenire di un nuovo, o di un rinnovato, orientamento interpretativo (nelle ipotesi di contrasto giurisprudenziale diacronico), finisce per incidere sulla necessaria *conoscibilità* della legge (*recte*, della norma) penale. Assumendo la prospettiva del singolo interessato, infatti, l'aver adeguato il proprio comportamento, nella prima situazione, a una delle plausibili interpretazioni delle norme rilevanti ovvero, nella seconda ipotesi, all'interpretazione maggioritaria – interpretazioni che, entrambe, escludano rilievo penale al comportamento in questione – parrebbe essere circostanza suscettibile di precludere la possibilità di muovere contestazioni nei suoi confronti.

Il che, si badi, non significherebbe affatto omettere di considerare l'assenza di vincolatività del precedente giudiziario nel nostro ordinamento, e la sempre possibile

²⁴³ In tal senso di recente, VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 22-28.

²⁴⁴ Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cit..

modificabilità delle interpretazioni accolte nella prassi giudiziaria, così come non significherebbe trascurare la discrezionalità del giudice procedente nel decidere se adeguarsi o meno a uno degli indirizzi ermeneutici esistenti, ovvero se seguire un percorso interpretativo innovativo (salvo l'obbligo per le Sezioni semplici della Corte di cassazione di rimettere alle Sezioni Unite la decisione di un caso, laddove esse ritengano di non voler seguire l'opzione interpretativa precedentemente «avallata» da queste ultime). Tale giudice potrebbe, infatti, comunque accogliere l'interpretazione della norma incriminatrice più sfavorevole per il reo, anche quando essa corrisponda a un indirizzo minoritario, o addirittura quando la stessa rappresenti una soluzione del tutto innovativa, riconoscendo l'integrazione, sul piano fattuale, della fattispecie di reato contestata. Ma, su un diverso piano, dovrebbe escludersi la configurabilità del reato per l'assenza dell'elemento soggettivo, e cioè perché la legge penale, nell'interpretazione concretamente «applicata», non era conoscibile per l'imputato al momento della commissione del fatto incriminato. Si tratta di una prospettiva capace di comporre le diverse esigenze in gioco: da un lato, quelle ordinamentali, di cui si è detto, attinenti alla sistematica delle fonti del diritto e alla posizione del giudice nell'ordinamento costituzionale; e, dall'altro, quelle del singolo a non vedersi «sorpreso» da imputazioni, e conseguenti condanne, non prevedibili.

3.2. Diritto giurisprudenziale punitivo e incompatibilità con il diritto europeo di norme interne (direttamente o indirettamente) punitive.

Fin qui si è esaminata la tematica del possibile rilievo del diritto giurisprudenziale interno in vista dell'applicazione delle garanzie fondamentali penalistiche, e in particolare del *nullum crimen nulla poena sine lege*, aspetto sul quale vi è una convergenza della giurisprudenza convenzionale ed europea e una tendenziale chiusura, come si è visto, della giurisprudenza nazionale. Soffermandosi, ora, esclusivamente sul profilo della compatibilità dell'ordinamento nazionale, e di specifiche norme interne, con il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia, emergono ulteriori profili di interesse del diritto giurisprudenziale nazionale nella materia punitiva: le giurisdizioni nazionali, costituzionale e comune, sono infatti tenute, ciascuna entro i confini dei propri poteri, ad assicurare il rispetto delle norme europee, e delle conferenti pronunce della

Corte di Giustizia, il che ha peculiari implicazioni rispetto alla interpretazione e all'applicazione di norme punitive.

3.2.1. Il contrasto con il diritto europeo di norme interne incidenti sulla portata di una norma incriminatrice o sanzionatoria quale nuova ipotesi di pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem*.

Come si è illustrato nel precedente Capitolo²⁴⁵, secondo l'attuale ricostruzione dei poteri della giurisdizione comune, il contrasto fra norme interne punitive – o norme interne rilevanti per la definizione della portata di una norma incriminatrice o sanzionatoria – e norme di diritto europeo secondario (sia di direttive sia di regolamenti, che impongano allo Stato la previsione di fattispecie di illecito e di corrispondenti idonee sanzioni) non può essere risolto autonomamente dal giudice procedente, con la disapplicazione (*recte*, non-applicazione) del diritto nazionale, quando ciò abbia l'effetto di produrre conseguenze giuridico-penali sfavorevoli per il singolo soggetto interessato, ma conduce inevitabilmente alla sollevazione di una questione di costituzionalità sulla norma interna interessata, in quanto contrastante con il diritto europeo.

Sotto questo aspetto, l'antinomia fra norme interne ed europee ha rappresentato, un nuovo ambito di operatività di pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem*. L'approdo ha trovato espressione, per la prima volta, nella *sentenza n. 28 del 2010*²⁴⁶ concernente una norma extrapenale integratrice della fattispecie di reato²⁴⁷, incidente in senso restrittivo sull'area di punibilità²⁴⁸, che è stata riconosciuta illegittima perché in contrasto con obblighi derivanti da direttive dell'Unione europea (e quindi indirettamente con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)²⁴⁹. Nella pronuncia la Corte costituzionale ha chiarito che il possibile effetto sfavorevole derivante dalla declaratoria di

²⁴⁵ Si veda *supra* Cap. secondo.

²⁴⁶ Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit..

²⁴⁷ Si trattava di una norma extrapenale, che, sottraendo le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti, aveva escluso l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale dei rifiuti.

²⁴⁸ In questi casi gli effetti penali *in malam partem* sono, per così dire, indiretti, derivando dalla dichiarazione di incostituzionalità - per un qualsiasi vizio di illegittimità - di norme previste in altri settori dell'ordinamento, le quali siano richiamate dalla norma incriminatrice e concorrano, pertanto, a definirne l'ambito di applicazione.

²⁴⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit., n. 5 *Cons. dir.*.

incostituzionalità delle norme interne attuative di una direttiva non può inibire la verifica della loro conformità alle norme europee, pervenendosi altrimenti alla conclusione, irragionevole, per cui la mera previsione di una responsabilità penale per la violazione di norme nazionali introdotte in un ambito di rilevanza europea valga di per sé a precludere ogni sindacato sulla legittimità di queste ultime, e a determinare, nello specifico, un sostanziale svuotamento della vincolatività delle norme contenute nella direttiva, non più cogenti, nei fatti, nei confronti del legislatore nazionale²⁵⁰.

Per questo motivo, onde evitare il configurarsi di una siffata «zona franca» sottratta al sindacato di costituzionalità, il Giudice delle leggi ha ribadito la distinzione fra controllo di legittimità costituzionale, che, in quanto tale, non può soffrire limitazioni, 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 penali²⁵¹. Del resto, già nel precedente filone giurisprudenziale che aveva ammesso la censurabilità delle cd. norme penali di favore, si era avuto modo di osservare che, in ogni caso, l'accoglimento di una questione di costituzionalità con effetti *in malam partem* è senza dubbio idonea a incidere sulle formule di proscioglimento e sulla *ratio decidendi* della sentenza penale, ma non è suscettibile di produrre effetti pratici, per l'imputato, deteriori rispetto a quelli che sarebbero derivati dalla norma dichiarata incostituzionale²⁵².

3.2.2. Giurisprudenza *comune* in ambito punitivo ed effetti delle pronunce della Corte di Giustizia UE.

Più di recente, la vicenda *Taricco* ha portato all'attenzione un ulteriore e diverso profilo di interesse, cioè la possibilità per i giudici comuni di disapplicare, dando luogo a effetti *in malam partem*, norme punitive nazionali, quali quelle relative al regime penalistico della prescrizione, in quanto contrastanti con gli obiettivi repressivi previsti

²⁵⁰ Cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*.

²⁵¹ Passaggio equivoco, o comunque non del tutto preciso, considerato che si tratta invero di considerare non soltanto la disciplina della successione di leggi penali nel tempo ma anche gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, fenomeno giuridico diverso dall'abrogazione.

²⁵² Si veda *supra*, Cap. introduttivo, § 3.2.1..

da una norma di diritto europeo primario, l'art. 325 TFUE, in base a una *regola giurisprudenziale* indicata dalla Corte di Giustizia UE. Nel sèguito interno della pronuncia europea la Corte costituzionale è stata chiamata a verificare la compatibilità di tali conseguenze con i principi supremi dell'ordinamento nazionale, in particolare i principi di irretroattività e determinatezza delle norme punitive, e dunque a vagliare la sussistenza dei presupposti per l'operatività dei cd. controlimiti all'*ingresso* della norma europea in questione²⁵³.

Le pronunce rese dalla Corte costituzionale, sia l'ordinanza con cui è stato effettuato rinvio pregiudiziale interpretativo sia la sentenza che ha esaminato nel merito i dubbi di legittimità costituzionale, hanno nuovamente ribadito la stretta connessione fra il principio di legalità penale nazionale e la *ratio* democratica alla base della riserva di legge, che attribuisce a quest'ultima le scelte di politica criminale, precisando il ruolo, i compiti e i limiti della giurisdizione, così come gli spazi di intervento del diritto di produzione giurisprudenziale.

Già nella *ordinanza n. 24 del 2017* il Giudice delle leggi aveva espresso dubbi sulla conformità dell'applicazione della cd. regola «Taricco» (non solo con il divieto di retroattività *in peius*, ma anche) con il principio di determinatezza, dal momento che essa faceva dipendere l'operatività o meno delle norme interne sulla prescrizione da una valutazione casistica affidata al giudicante, la cui discrezionalità non era delimitata se non da un generale obiettivo di scopo, vale a dire la necessità di assicurare un'adeguata repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea. Si era rilevato, infatti, che l'attività giurisdizionale non sarebbe stata definita da disposizioni legali sufficientemente determinate, così consentendo al giudice di non applicare quelle norme punitive che egli reputasse di ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo repressivo: il che, secondo il Giudice costituzionale, sembrava eccedere i limiti della funzione giurisdizionale, cui, quanto meno nell'ambito di Paesi di *civil law*, non è conferito il potere di *creare un regime legale penale*²⁵⁴.

Ancor più significativamente, nella *sentenza n. 115 del 2018* – con cui è stata

²⁵³ Si veda *supra* Cap. secondo, § 3.

²⁵⁴ Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, cit., nn. 5 e 9 *Cons. dir.*.

dichiarata l'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate, in considerazione dei chiarimenti forniti dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza *M.A.S. e M.B.*²⁵⁵ – la stessa Corte costituzionale ha evidenziato, sempre sotto il profilo del deficit di precisione, che l'indeterminatezza della cd. regola «Taricco» non derivava solamente dalla circostanza che essa faceva uso di espressioni generiche, quali «numero considerevole di casi», senza definire chiaramente i relativi presupposti applicativi, ma anche, e soprattutto, dal fatto che la vigenza della regola medesima non poteva essere ragionevolmente prevista alla luce del tenore testuale dell'art. 325 TFUE. Sul punto, si è affermato che nei Paesi di tradizione continentale, come l'Italia, le scelte di diritto penale sostanziale debbono concretarsi in testi legislativi, e per tale via risultare conoscibili da parte dei consociati. Ciò significa, sempre secondo il Giudice delle leggi, che l'interpretazione giurisprudenziale di una certa norma punitiva non è che un *posterius*, volto a individuare il significato corretto fra le diverse opzioni interpretative che il testo scritto prefigura, e non è dunque idonea a fare venire meno l'originaria indeterminatezza del precetto penale legislativo²⁵⁶.

4. DIRITTO PUNITIVO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DEI TRATTAMENTI SANZIONATORI.

Un ultimo profilo meritevole di approfondimento, espressivo dell'*incidenza* del diritto giurisprudenziale sovranazionale, attiene ai *modi* del sindacato di costituzionalità sulla proporzionalità di norme sanzionatorie, e in particolare di trattamenti punitivi extra-penalì. Si è già fatto cenno, nel Capitolo introduttivo²⁵⁷, ai recenti innovativi approdi della giurisprudenza costituzionale che, nella materia penale in senso proprio, ha ritenuto non più vincolante il limite delle cd. rime obbligate e ha, nello specifico, superato lo schema di giudizio, definito triadico, basato sul rinvenimento nell'ordinamento di un *tertium comparationis*²⁵⁸, intervenendo, sempre in senso favorevole ai singoli imputati, con

²⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, cit..

²⁵⁶ Cfr. *ivi*, nn. 10-12 *Cons. dir.*.

²⁵⁷ Si veda *supra*, Cap. introduttivo, § 3.2.1..

²⁵⁸ Sul tema in generale, *ex plurimis*, cfr. MANES V., *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.. MACCHIA A., *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss..

sentenze manipolative di intere cornici edittali²⁵⁹, di minimi edittali²⁶⁰ e di automatismi connotanti l'applicazione di pene accessorie²⁶¹, attraverso la valorizzazione, secondo talune prospettive, dell'*autonomia* del principio di proporzionalità delle pene. Tale marcato interventismo rispetto ad ipotesi di pene sproporzionate per eccesso ha dato luogo, come noto, a un ampio dibattito dottrinale, riguardando da vicino e mettendo in discussione il ruolo, la legittimazione e i poteri spettanti, nel nostro sistema, alla Corte costituzionale, e, al contempo, ha costituito un'ulteriore manifestazione del progressivo fenomeno di rafforzamento della giurisdizione costituzionale rispetto alla legislazione²⁶².

Ma l'enfasi attribuita al principio di proporzionalità dei trattamenti punitivi non ha interessato esclusivamente le sanzioni propriamente penali, rispetto alle quali la Costituzione prevede un'indefettibile finalizzazione rieducativa, ma ha riguardato anche le sanzioni extra-penali e altresì, più in generale, i cumuli punitivi, ovviamente sempre in vista della produzione di effetti favorevoli nei confronti dei destinatari degli addebiti. Al riguardo, particolare significato ha assunto proprio il richiamo delle garanzie e della

²⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit., su cui, *ex multis*, si veda VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit.; 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.*, 2016, 1956 ss.; PULITANÒ D., *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

²⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 40 del 2019, cit., su cui si veda CONSULICH F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.; BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.; BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); CANZIAN N., *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 994 ss..

²⁶¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 222 del 2018, cit., su cui si veda APRILE E., *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, 2019, 1004 ss.; BARTOLI R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.; PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, 216 ss..

²⁶² Cfr. FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit. 325 ss..

giurisprudenza sovranazionali, che ha rappresentato, sul piano argomentativo, una delle diverse ragioni addotte²⁶³ – ovvero, a seconda dei casi, la ragione esclusiva addotta²⁶⁴ – per giustificare un più incisivo scrutinio da parte della Corte costituzionale in punto di dosimetria sanzionatoria. Il contesto entro cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale è stato infatti segnato, come si vedrà, dalle pronunce della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE, le quali hanno attribuito particolare rilievo alla *proporzionalità* tanto di *singole misure sanzionatorie* anche non formalmente penali – di cui è stata vagliata con particolare rigore l’ingerenza nelle garanzie e nelle libertà fondamentali da parte delle stesse misure – quanto di *complessi di sanzioni*, tutte extra-penali (cumulo *omogeneo*) ovvero talune penali e talaltre extra-penali (cumulo *eterogeneo*).

4.1. Proporzionalità e trattamenti sanzionatori *extra-penali*.

Nella più recente giurisprudenza costituzionale ha trovato emersione ed espresso riconoscimento il generale principio di *proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell’illecito*, operante a prescindere dalla formale qualificazione legislativa attribuita agli istituti sanzionatori, principio che deve essere declinato, anche in vista della sua applicazione nei giudizi di costituzionalità, avendo riguardo delle precipue finalità perseguite dai trattamenti punitivi nello specifico ramo ordinamentale oggetto di considerazione: in materia penale, della finalità rieducativa della pena sancita dalla Carta costituzionale e, negli altri ambiti, delle particolari finalità di tutela cui lo specifico apparato sanzionatorio è preposto²⁶⁵.

4.1.1. Lo *statuto costituzionale* del principio di proporzionalità delle sanzioni *extra-penali*.

Assume centrale importanza, in proposito, la *sentenza n. 112 del 2019*²⁶⁶ – resa in

²⁶³ Si veda *infra*, § 4.1..

²⁶⁴ Si veda *infra*, § 4.2..

²⁶⁵ Si veda, ad esempio, con riguardo alle sanzioni disciplinari nei confronti di notai, Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 133.

²⁶⁶ Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cit..

tema di confisca obbligatoria *ex art. 187-sexies* t.u.f. per gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato – nella quale il Giudice delle leggi, dopo aver sinteticamente ricostruito gli sviluppi della propria giurisprudenza, attenta a non invadere l'ampia sfera di discrezionalità attribuita al legislatore, ha esplicitamente affermato l'esistenza di un principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni, anche extra-penali, suscettibile di trovare applicazione oltre l'ambito degli automatismi legislativi, in relazione al quale esso aveva fino a quel momento operato; e ha, così, esteso a detto principio generale le nuove potenzialità dello scrutinio di costituzionalità affermate in relazione alla proporzionalità delle pene in senso stretto considerate²⁶⁷.

Da questo punto di vista, sono di particolare interesse, anzitutto, le precisazioni fornite dalla Corte in ordine alla individuazione del fondamento costituzionale della garanzia, in quanto esse ben rappresentano l'influenza spiegata, nella materia, dalla giurisprudenza convenzionale ed europea. Si è escluso, in proposito, che l'estensione avvenuta rispetto ad altri principi costituzionali di stampo penalistico potesse, e possa, riguardare anche quelli sanciti dall'art. 27 Cost., e nello specifico la necessaria funzione rieducativa della pena, dato l'intimo legame fra di essi e la dimensione privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è costruito il sistema sanzionatorio *stricto sensu* penale. Lo statuto costituzionale della proporzionalità delle sanzioni extra-penali, invece, è stato fondato sull'art. 3 Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali che salvaguardano i singoli diritti e le singole libertà incise dal contenuto dello specifico istituto sanzionatorio interessato, e con le norme della CEDU e della CDFUE recanti le corrispondenti garanzie fondamentali, oltre che sull'art. 49, par. 3, CDFUE.

In tale prospettiva il diritto giurisprudenziale sovranazionale ha assunto un duplice rilievo ai fini del sindacato di costituzionalità: sia per il necessario riferimento a specifiche pronunce della Corte EDU e della Corte di Giustizia UE, in cui l'incidenza di una misura sanzionatoria (identica o analoga a quella della cui possibile incostituzionalità si discute) su di una determinata garanzia fondamentale sia stata fatta oggetto di uno stringente *test*

²⁶⁷ Cfr. *ivi*, n. 8 *Cons. dir.*.

di proporzionalità; sia per il ruolo rivestito, in via generale, dall'art. 49, par. 3, CDFUE, che, nonostante il relativo tenore letterale, trova applicazione – come le altre tutele recate dalla stessa disposizione – anche rispetto a sanzioni punitive non formalmente penali, a séguito del segnalato accoglimento, anche in siffatto contesto, di una definizione sostanziale di *materia penale*²⁶⁸.

4.1.2. Il rilievo dei *complessivi* risultati sanzionatori derivanti da un cumulo punitivo ai fini della valutazione circa la proporzionalità di un *singolo* istituto.

Un secondo motivo di interesse della pronuncia concerne le modalità con cui la Corte costituzionale ha condotto la valutazione sulla proporzionalità della confisca obbligatoria oggetto delle questioni di costituzionalità, la cui legittimità veniva censurata nella parte in cui essa colpiva non soltanto il *profitto* derivante dalle condotte illecite di *market abuse* in questione, ma anche il relativo *prodotto* e *i beni utilizzati ai fini della loro commissione*.

Sul punto, l'*iter* argomentativo ha preso le mosse dal riconoscimento della connotazione punitiva di tali ultime ipotesi di confisca, le quali, diversamente dall'ablazione del profitto, non perseguono una funzione meramente ripristinatoria della situazione patrimoniale in capo all'autore dell'illecito, ma determinano una limitazione del diritto di proprietà di quest'ultimo maggiore a quella che discenderebbe dall'ablazione del solo ingiusto vantaggio economico realizzato²⁶⁹. Chiarita, quindi, la riconducibilità di siffatte ipotesi di confisca alla nozione di *sanzione punitiva*, il Giudice delle leggi ne ha vagliato la conformità rispetto al principio costituzionale di proporzionalità sanzionatoria.

L'angolo visuale da cui la Corte costituzionale ha compiuto siffatta verifica è espressivo di una, per certi versi nuova, attenzione verso la proporzionalità dei *complessivi* esiti sanzionatori risultanti dall'applicazione di un cumulo punitivo previsto in relazione alla commissione di un determinato fatto illecito. L'esame ha riguardato, infatti, non solamente l'oggetto e le caratteristiche di operatività delle misure ablatorie di

²⁶⁸ Sul piano testuale la disposizione pone un divieto di sproporzione delle *pene inflitte* rispetto al relativo *reato*.

²⁶⁹ Sia consentito notare incidentalmente come emerga, ancora una volta, il già segnalato polimorfismo della confisca, la cui natura sostanzialmente dipende evidentemente dall'oggetto di essa e dai modi del suo operare: si veda *supra*, nel presente Capitolo, § 2.1.1..

per sé considerate, ma anche le modalità con cui dette misure si combinavano concretamente, sul piano applicativo, con le altre sanzioni amministrative pecuniarie previste in riferimento alle medesime fattispecie di illecito. L'accoglimento delle questioni di costituzionalità, quindi, è derivato da un giudizio di manifesta sproporzione del complessivo trattamento punitivo previsto dal t.u.f., il cui eccessivo rigore è stato «temperato» proprio attraverso la caducazione delle singole ipotesi di confisca obbligatoria su cui vertevano i dubbi di costituzionalità.

4.1.3. Le nuove prospettive dell'utilizzo di decisioni manipolative nella materia sanzionatoria in senso lato considerata.

Per questa via, si perviene, quindi, alla terza ragione di interesse della pronuncia – si intende, sotto i profili oggetto di approfondimento nei presenti paragrafi –, che attiene al tipo di decisione adottata dalla Corte costituzionale, e in particolare al contenuto del relativo intervento. La riconosciuta violazione del principio di proporzionalità ha, infatti, portato a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 187-*sexies* t.u.f., nel testo anteriore alle modifiche introdotte nel 2018, nella parte in cui la disposizione prevedeva la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni destinati a commettere lo stesso, e non del solo profitto (nonché a dichiarare, in via consequenziale, l'incostituzionalità della stessa disposizione, nel testo allora vigente, nella parte in cui prevede la stessa ipotesi di confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto e non del solo profitto dell'illecito). È significativo notare, a questo riguardo, come il riconoscimento della violazione del principio di proporzionalità abbia condotto a una sentenza di accoglimento manipolativa, che non si è limitata a rimuovere l'automatismo connotante l'operatività delle predette ipotesi di confisca, ma che ha portato al venir meno in radice della stessa possibilità di una loro applicazione.

Si può, quindi, considerare la pronuncia come espressiva di un rinnovato orientamento della giurisprudenza costituzionale, teso a dare maggior rilievo al principio di proporzionalità delle sanzioni punitive, anche sul piano, se così si può dire, della sua giustiziabilità. In effetti, il risultato sostanziale raggiunto con l'intervento compiuto dal Giudice costituzionale è riconoscibile nel fatto che le fattispecie di illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, ferma la confisca

del profitto, la quale, come si è detto, ha natura meramente ripristinatoria, sono ora assistite, sempre e comunque, da un più tenue trattamento punitivo, visto che alle sanzioni pecuniarie non possono più aggiungersi le confische di natura punitiva.

Di fatto, l'espunzione dall'ordinamento di queste ultime è avvenuta a séguito di un giudizio tutto «interno» alle stesse fattispecie di illecito, che ha avuto come termini di paragone, da un lato, il grado di afflittività del complessivo trattamento punitivo (sanzioni pecuniarie e ipotesi di confisca obbligatoria) e, dall'altro lato, la gravità delle condotte illecite riconducibili alle medesime fattispecie. Siffatta valutazione di proporzionalità, su cui si è fondata la decisione, e in ispecie la manipolazione del dato normativo, è stata effettuata senza aver riguardo di altre, eventuali, soluzioni implementate dal legislatore rispetto ad altre, eventuali, fattispecie analoghe, e, cioè, in assenza di un *tertium comparationis*: e ne ricava che la Corte costituzionale abbia effettuato un controllo non già di razionalità, ma di ragionevolezza.

Orbene, alla stregua di quanto è accaduto – lo si è ricordato – nella materia in senso proprio penale, la Corte costituzionale ha realizzato un intervento manipolativo pur se in mancanza di una soluzione definibile come costituzionalmente obbligata. Se, infatti, la sproporzione per eccesso traeva origine – come è desumibile dall'incedere argomentativo che si è ripercorso – dalla combinazione delle diverse misure sanzionatorie in gioco, le confische punitive e le sanzioni pecuniarie, detto intervento avrebbe potuto riguardare tanto – come in effetti è stato – le prime, le cui norme istitutive erano oggetto delle questioni di costituzionalità, quanto le seconde, invece non considerate dal cd. *petitum* formulato nell'ordinanza di rimessione.

A fronte, dunque, di diverse soluzioni egualmente idonee a ricondurre a proporzione il trattamento punitivo in considerazione, la dichiarazione di incostituzionalità ha inciso su quegli istituti punitivi su cui, per così dire, casualmente il remittente aveva concentrato la propria attenzione. Il che restituisce appieno la nuova logica sottesa al sindacato di costituzionalità in tema di proporzionalità delle pene, inaugurata con la *sentenza n. 236 del 2016*, e ora estesa anche alle sanzioni in senso ampio, secondo cui la Corte costituzionale sembra voler cogliere l'occasione di eliminare, o – è significativo notarlo

– anche solo di ridurre²⁷⁰, la manifesta irragionevolezza, per sproporzione, del trattamento punitivo interessato dai dubbi di costituzionalità, anche là dove, nel passato, la dottrina delle cd. rime obbligate avrebbe imposto l’adozione di una decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore.

4.2. Proporzionalità e *cumuli sanzionatori eterogenei*.

La valorizzazione delle istanze di *proporzionalità* nella materia *lato sensu* punitiva ha interessato anche la problematica dei possibili *cumuli sanzionatori* connessi all’operatività di sistemi di cd. doppio binario, quale esito degli sviluppi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti, prima, e della Corte di Giustizia dell’Unione europea, poi, in tema di *ne bis in idem*. Come si è precedentemente illustrato²⁷¹, proprio la valutazione della congruità di un complessivo trattamento punitivo, penale ed extra-penale, è divenuto infatti uno degli indici attraverso cui esaminare la sussistenza di una *connessione* – per usare l’espressione utilizzata nella giurisprudenza convenzionale – o di un *coordinamento* – se si preferisce la terminologia europea – dei procedimenti sanzionatori di diversa tipologia instaurati nei riguardi di un medesimo soggetto, e aventi ad oggetto uno stesso atto illecito, caratteristiche il cui riconoscimento escluderebbe violazioni della garanzia fondamentale.

La complessità della tematica – già di per sé non di scarso significato in considerazione delle difficoltà connesse all’esigenza di valutare un *complesso* di sanzioni, invero, di diversa natura e collocazione ordinamentale – è dunque accresciuta dal descritto contesto di riferimento, in cui il profilo della proporzionalità sanzionatoria costituisce solamente uno dei diversi elementi da tenere in considerazione per valutare i rapporti fra procedimenti sanzionatori, e quindi la compatibilità di sistemi punitivi di cd. doppio binario con il divieto, convenzionale ed europeo, di *bis in idem*.

Sotto questo aspetto, il riconoscimento della sussistenza di detti indici e la valutazione del grado di significatività degli stessi costituiscono momenti interpretativi e decisionali ineludibili – si può registrare sul punto una *convergenza di fondo* negli approdi

²⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit., spec. n. 4.4. *Cons. dir.*.

²⁷¹ Si veda *supra* Capitolo primo, § 4, e Capitolo secondo, § 4.

delle due Corti sovranazionali²⁷² – con la conseguente necessaria adozione, da parte dell’interprete, di un approccio di tipo casistico, teso a dar rilievo ai precipui caratteri della singola fattispecie oggetto di considerazione. Ma se è in tale ottica che deve volgersi lo sguardo alla questione, appaiono piuttosto evidenti, oltre che comprensibili, le difficoltà che si sono fraposte, e che si frappongono, a un intervento da parte della Corte costituzionale nella materia, rispetto alla quale si registrano, invece, soluzioni originali, e al contempo non prive di criticità, elaborate dalla giurisdizione comune²⁷³.

Il Giudice delle leggi, infatti, chiamato in più occasioni a vagliare questioni di costituzionalità riguardanti proprio la possibile incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale – e, più di recente, anche europeo – dei cumuli procedimentali e sanzionatori previsti negli ambiti degli illeciti tributari, degli abusi di mercato e degli aiuti comunitari nel settore agricolo, sia anteriormente sia successivamente alla sentenza della Corte EDU *A e B c. Norvegia* – la quale, lo si è illustrato, ha segnato una svolta nella giurisprudenza sovranazionale –, non era mai pervenuto propriamente a un esame del merito dei prospettati profili di illegittimità²⁷⁴. Solo di recente, nella *sentenza n. 145 del 2020*²⁷⁵, la Corte costituzionale è giunta, per la prima volta, a un siffatto esame, vagliando

²⁷² Si veda *supra*, Cap. secondo, § 4.3.3.3.

²⁷³ Cfr. gli scritti di CONTI R., *Ne bis in idem*, in *Il libro dell’anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 438 ss.; DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., 469 ss.; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in Di Stasi A. (cur.), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno*, Padova, 2016, 515 ss.; ID., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell’ordinamento italiano*, cit., 201 ss.; FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall’affaire Grande Stevens: dal bis in idem all’e pluribus unum*, cit.; LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del «doppio binario» sanzionatorio*, cit., 82 ss.; VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, cit., 186 ss.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?*, cit., 219 ss.; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.; BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *federalismi.it*, 2018; LONGO A.-DI STEFANO F.M., *La storia infinita del ne bis in idem del doppio binario sanzionatorio*, in *federalismi.it*, 2017; ANGIOLINI G., *Una questione irrisolta: il ne bis in idem «europeo» e l’Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss..

²⁷⁴ Nei successivi §§ 4.2.1. e 4.2.2. si esamineranno *funditus* le pronunce sulla disciplina in tema di abusi di mercato e di illeciti tributari. Nella giurisprudenza costituzionale si rinviene anche una decisione, sempre di carattere processuale, relativa al cd. doppio binario punitivo per la repressione delle violazioni della normativa sugli aiuti comunitari in ambito agricolo: cfr. Corte cost., ord. 8 marzo 2018, n. 54.

²⁷⁵ Corte cost., sent. 10 luglio 2020, n. 145, cit..

i presunti profili di incompatibilità con il *ne bis in idem* del cumulo di sanzioni derivante dalla disciplina penale e processualcivile prevista per le ipotesi di violazione da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei confronti della prole, in caso di separazione coniugale e cessazione degli effetti civili del matrimonio, pervenendo all'adozione di una decisione interpretativa di rigetto delle questioni di costituzionalità²⁷⁶.

4.2.1. La giurisprudenza costituzionale sul cd. doppio binario punitivo per la repressione degli abusi di mercato.

Ad essere stata, per prima, dubitata di incostituzionalità è stata la disciplina procedimentale e sanzionatoria in materia di abusi di mercato prevista dal t.u.f., nella versione successiva alle modifiche operate con la legge n. 62 del 2005²⁷⁷.

Con la *sentenza n. 102 del 2016*²⁷⁸ è stata dichiarata l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Quinta Sezione penale²⁷⁹ e dalla Sezione tributaria²⁸⁰ della Corte di cassazione, concernenti gli artt. 187-*bis* e 187-*ter* del t.u.f., che descrivono le fattispecie di illecito amministrativo, rispettivamente, di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, nonché l'art. 649 c.p.p., che sancisce il divieto di secondo giudizio in ambito penale. Tali disposizioni venivano ritenute in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla CEDU, recante il principio del *ne bis in idem*, come allora interpretato ed applicato nella giurisprudenza convenzionale, e in particolare dalla

²⁷⁶ Sulla pronuncia si tonerà *infra*, al § 4.2.3.

²⁷⁷ Il presente paragrafo, comprensivo dei relativi sottoparagrafi, costituisce un riadattamento e un aggiornamento di quanto si è più ampiamente illustrato, a commento della pronuncia, in 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 costituzionale AIC*, 2, 2016.

²⁷⁸ Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, su cui cfr. anche TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss.; 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*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.

²⁷⁹ Cass. Pen, Sez. V, ord. 10 novembre 2014 (dep. 15 gennaio 2015), n. 1782.

²⁸⁰ Cass. civ., Sez. trib., ord. 6 novembre 2014 (dep. 21 gennaio 2015), n. 950.

sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*²⁸¹, da cui, secondo i giudici remittenti – in coerenza con talune prese di posizione dottrinali²⁸² –, si sarebbe dovuto ricavare un divieto assoluto di prosecuzione del secondo procedimento sanzionatorio, comunque qualificato nell'ordinamento nazionale, vertente sui medesimi fatti illeciti già oggetto di un primo procedimento sanzionatorio conclusosi in via definitiva, ed avviato nei confronti di una stessa persona.

4.2.1.1. Le questioni sollevate dalla Quinta Sezione penale della Corte di cassazione. L'irrelevanza della questione formulata in via principale e comunque il carattere costituzionalmente non obbligato dell'intervento manipolativo richiesto.

La prima questione di costituzionalità sollevata dalla Quinta Sezione penale, volta a richiedere la sostituzione dell'*incipit* dell'art. 187-*bis*, comma 1, del t.u.f. – nella parte in cui prevedeva «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché «salvo che il fatto costituisca reato» – è stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale per difetto di rilevanza, come, del resto, era ampiamente prevedibile²⁸³. I dubbi di legittimità costituzionale venivano, infatti, sollevati nell'ambito di un giudizio penale instaurato per l'accertamento del delitto di abuso di informazioni privilegiate, mentre la disposizione censurata, istitutiva del corrispondente illecito amministrativo, già aveva ricevuto applicazione nel precedente procedimento amministrativo, ormai conclusosi con sentenza passata in giudicato²⁸⁴.

La declaratoria d'incostituzionalità richiesta – cui sarebbe seguito, secondo il giudice rimettente, il venir meno delle sanzioni amministrative già irrogate²⁸⁵ – neppure sarebbe

²⁸¹ Si veda *supra*, Cap. primo, § 4.

²⁸² Si vedano *supra* i riferimenti dottrinali indicati al Cap. primo, § 4.4.4.

²⁸³ In questo senso, FLICK G. M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 10; 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*, 2014, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

²⁸⁴ Si veda n. 6.1 *Cons. dir.*.

²⁸⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ord. n. 1782 del 2015, cit., 2.3 *Cons. dir.*, là dove, secondo il giudice rimettente, sarebbe stata percorribile un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953: riconoscendo natura *sostanzialmente* penale alle sanzioni amministrative, la sentenza conclusiva del procedimento amministrativo sanzionatorio sarebbe

valsa, peraltro, ad evitare nella specie una violazione del diritto al *ne bis in idem*, considerato il contenuto assai rigoroso all'epoca attribuito, anche da parte del giudice rimettente, alla garanzia in questione, posto che il pendente giudizio penale avrebbe comunque seguito il suo corso, rendendo quindi possibile la violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU sotto il profilo processuale²⁸⁶.

D'altra parte, e più in generale, l'accoglimento della questione avrebbe comportato una radicale trasformazione dei rapporti fra tutela penale e tutela amministrativa, non più concorrenti, bensì alternative: l'illecito amministrativo avrebbe assunto, infatti, carattere sussidiario, venendo in rilievo nei soli casi, marginali, lasciati scoperti dal corrispondente illecito penale²⁸⁷. Se è vero che in tale prospettiva, venendo meno il concorso tra illecito penale e illecito amministrativo, si sarebbero eliminati *ab origine* i profili di attrito tra ordinamento interno e giurisprudenza della Corte EDU (ad una condotta di abuso del mercato sarebbe corrisposto un solo procedimento ed un solo apparato sanzionatorio), tuttavia, la descritta questione di legittimità costituzionale mirava – come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza – a raggiungere un obiettivo eccessivo rispetto a quanto richiesto dalla giurisprudenza ricorrente (*rectius* «consolidata» nel senso di cui alla sentenza n. 49 del 2015 della stessa Corte costituzionale) del Giudice di Strasburgo.

In effetti, già al momento dell'esame della questione di costituzionalità – seppure non fossero ancora sopravvenuti i chiarimenti e le innovazioni contenute nella sentenza

stata da considerarsi alla stregua di una sentenza irrevocabile di condanna, derivandone la cessazione degli effetti di tale sentenza, con il travolgimento delle sanzioni amministrative già applicate. Di conseguenza, il meccanismo di cui all'art. 187-terdecies del T.U.F non avrebbe più trovato operatività, rendendo possibile l'esazione *in toto* della multa.

²⁸⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., n. 6.1 *Cons. dir.*, ove la Corte costituzionale ha, infatti, giustamente rilevato che «l'eventuale accoglimento della questione [...] non solo non consentirebbe di evitare la lamentata violazione del *ne bis in idem*, ma semmai contribuirebbe al suo verificarsi, dato che l'autorità giudiziaria procedente dovrebbe comunque proseguire il giudizio penale [...], benché l'imputato sia già stato assoggettato, per gli stessi fatti, a un giudizio amministrativo divenuto definitivo e benché, in considerazione della gravità delle sanzioni amministrative applicate, a tale giudizio debba essere attribuita natura "sostanzialmente" penale, secondo l'interpretazione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo».

²⁸⁷ Profilo evidenziato già da 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*, cit..

*A e B c. Norvegia*²⁸⁸ – l’interpretazione della garanzia del *ne bis in idem* evidenziabile nelle pronunce della Corte EDU non era tale da implicare necessariamente l’instaurazione di un *unico* procedimento *sostanzialmente* penale rispetto ad un medesimo fatto materiale, ma ammetteva, al contrario, che la punizione di *fatti identici* potesse avvenire anche attraverso la celebrazione di distinti giudizi, sia tra loro coordinati – in cui, per esempio, l’accertamento dei fatti sia compiuto solo in sede penale, mentre le diverse sanzioni siano applicate da autorità differenti – sia autonomi e, per così dire, paralleli, alla condizione però che non si proseguisse nella celebrazione di uno di essi una volta divenuta definitiva la sentenza relativa all’altro²⁸⁹.

La Corte costituzionale, dunque, pur ammettendo che la garanzia del *ne bis in idem* avrebbe potuto comportare «una frustrazione del sistema del doppio binario», ha affermato essere di spettanza del legislatore il compito di *stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni che tale sistema genera tra l’ordinamento nazionale e la CEDU*²⁹⁰. Di tal che, se anche la questione di costituzionalità, così come formulata dal giudice *a quo*, fosse stata proposta nell’ambito della *corretta* sede processuale²⁹¹, in modo tale da consentire il superamento dei problemi di rilevanza, la Corte costituzionale ne avrebbe comunque probabilmente dichiarato l’inammissibilità per discrezionalità del legislatore, in quanto l’intervento manipolativo richiesto non sarebbe stato «a rime obbligate»²⁹².

4.2.1.2. (Segue.) La natura perplessa della questione sollevata in via subordinata e le ricadute sul piano sistemico di una manipolazione dell’art. 649 c.p.p.

Parimenti inammissibile è stata dichiarata la questione di costituzionalità sollevata in

²⁸⁸ Si veda *supra*, Cap. primo, § 4.

²⁸⁹ Per la ricostruzione dell’evoluzione della giurisprudenza convenzionale sul punto si veda il Capitolo primo, § 4.4.4.

²⁹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., n. 6.1. *Cons. dir.*.

²⁹¹ La questione sarebbe stata rilevante se sollevata nell’ambito del procedimento per l’applicazione delle sanzioni amministrative, dopo la chiusura con sentenza definitiva del giudizio penale.

²⁹² In senso contrario, SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale e la giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, 2910 ss., che riteneva a «a rime obbligate» l’intervento di tipo sostitutivo sul disposto letterale dell’art. 187-ter t.u.f.

via subordinata dalla medesima Quinta Sezione penale sull'art. 649 c.p.p. – nella parte in cui detta disposizione non trova applicazione nelle ipotesi di cumulo di procedimenti di diversa natura formale²⁹³ – in ragione del «carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza». Secondo il Giudice costituzionale, l'intervento richiesto avrebbe rappresentato «una incongrua soluzione di ripiego», visto che era «lo stesso giudice rimettente a postulare, a torto o a ragione, che l'adeguamento dell'ordinamento nazionale all'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU [avrebbe dovuto] avvenire prioritariamente attraverso una strada che egli non [poteva] percorrere per difetto di rilevanza»²⁹⁴.

Dall'invero scarna motivazione sembra potersi evincere che la perplessità della motivazione sulla non manifesta infondatezza sia discesa dalla graduazione operata dal giudice *a quo* tra le due questioni di legittimità costituzionale, il che, se così fosse, non risulterebbe del tutto coerente con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che ritiene, al contrario, ammissibile la proposizione di questioni di legittimità costituzionale in via subordinata²⁹⁵. L'icasticità e l'oscurità del passaggio paiono nascondere la reale intenzione della Corte costituzionale di evitare un esame nel merito delle complesse problematiche connesse alla questione²⁹⁶.

Non sarebbero certamente mancati, peraltro, argomenti diversi e più convincenti per dichiarare l'inammissibilità della questione, in ragione, ancora una volta, della natura costituzionalmente non obbligata dell'intervento manipolativo richiesto – per motivi

²⁹³ L'incostituzionalità della disposizione era stata prospettata dal rimettente nella parte in cui essa « non prevede[va] 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 e dei relativi Protocolli». In tale prospettiva, il divieto di secondo giudizio, così ampiamente inteso, avrebbe scongiurato nuove violazioni del *ne bis in idem* convenzionale, nella misura in cui il giudicato di natura amministrativa, penale ai fini convenzionali, avrebbe imposto all'autorità giudiziaria la pronuncia di una sentenza di proscioglimento ai sensi degli articoli 529 e 649 c.p.p., e, viceversa, il giudicato penale avrebbe precluso la continuazione del procedimento amministrativo sanzionatorio (o della successiva fase giurisdizionale in sede di opposizione).

²⁹⁴ Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., n. 6.2 *Cons. dir.*.

²⁹⁵ Si v., *ex multis*, Corte cost. sent. 28 novembre 2013, n. 281; ord. 8 febbraio 2008, n. 21; ord. 21 dicembre 2007, n. 449.

²⁹⁶ Come notato da 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*, cit..

analoghi a quelli illustrati al paragrafo precedente – oltre che di considerazioni di carattere sistematico. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, si sarebbe potuto rilevare che la risposta sanzionatoria, amministrativa o penale, da applicare nei confronti dell'autore di una condotta di *market abuse*, sarebbe stata determinata da un fatto casuale, come la celerità del procedimento, o, peggio ancora, da una scelta dello stesso autore dell'illecito, il quale, avvalendosi o meno di alcuni istituti processuali (come, ad esempio, la richiesta di applicazione della pena *ex art.* 444 c.p.p.), avrebbe potuto decidere, o addirittura «scegliere», quale procedimento far concludere con un provvedimento definitivo e, in via indiretta, quale trattamento sanzionatorio vedersi applicato.

Ne sarebbe scaturito un sistema, da un lato, irragionevole, in considerazione delle evidenti disparità di trattamento, e, dall'altro, inefficiente, visto lo spreco di risorse economiche (ed umane) generato dalla circostanza che uno soltanto dei due procedimenti *lato sensu* penali, pur avviati, avrebbe potuto raggiungere i crismi del giudicato. A questo riguardo, del resto, lo stesso giudice rimettente aveva sottolineato come il *reformulato art.* 649 c.p.p. avrebbe assunto una funzione diversa da quella che il codice di rito attualmente ad esso assegna, passando da «rimedio ad una “distorsione dell'attività giurisdizionale» a «sbocco necessario dell'ineludibile instaurazione, per il medesimo fatto di abuso di informazioni privilegiate, del procedimento penale del P.M. e del procedimento amministrativo da parte della CONSOB»²⁹⁷.

Più precisamente, la disposizione censurata, nel testo risultante dall'accoglimento della questione, avrebbe posto, così, sullo stesso piano l'accertamento compiuto dal giudice penale – «giudice del fatto» per eccellenza tanto che il codice di procedura attribuisce al giudicato penale efficacia *esterna*, pur se a determinate condizioni, nei giudizi civili e amministrativi nonché nei procedimenti disciplinari²⁹⁸ – e quello compiuto in sede amministrativa, ritenendoli «fungibili», nonostante le differenti garanzie che caratterizzano il giudizio penale e il procedimento amministrativo sanzionatorio (all'epoca privo, quanto meno nella prima fase dinanzi alla CONSOB, di alcune garanzie proprie del giusto processo di cui agli articoli 111 Cost. e 6 CEDU²⁹⁹).

²⁹⁷ Cass. pen., Sez. V, ord. n. 1782 del 2015, cit., n. 5.2 *Cons. dir.*.

²⁹⁸ Cfr. artt. da 651 a 654 c.p.p..

²⁹⁹ Si cfr. la stessa sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., §§ 106-161. A tal riguardo sono in

Un ulteriore profilo avrebbe, inoltre, meritato attenzione. L'art. 649 c.p.p., nella versione «estesa» di cui si è detto, avrebbe operato – ed è questo un motivo di particolare criticità – non soltanto nel limitato settore degli abusi di mercato, bensì nei più diversi ambiti dell'ordinamento interno, nei quali un medesimo fatto materiale fosse oggetto di distinti procedimenti sanzionatori da considerarsi *sostanzialmente* penali ai fini convenzionali. Di tal che, l'applicazione di sanzioni di natura non formalmente penale (amministrative, disciplinari o tributarie che fossero, secondo la qualificazione nazionale) avrebbe potuto evitare all'autore della condotta illecita le ben più gravi conseguenze previste dall'apparato sanzionatorio penale³⁰⁰.

Per di più, il giudice comune nell'assolvere il difficile compito di ricondurre alla nozione convenzionale di *materia penale* ciò che formalmente il legislatore ha qualificato in altro modo, avrebbe dovuto fare applicazione degli *Engel criteria* elaborati dalla Corte EDU, ossia di criteri alquanto generici ed elastici, di certo non idonei a limitarne adeguatamente la discrezionalità. Da questo punto di vista, neppure il ricorso alla casistica e, per certi versi, magmatica giurisprudenza convenzionale sarebbe stato d'aiuto per il giudice comune, considerato che le affermazioni della Corte di Strasburgo, chiamata esclusivamente ad accertare violazioni ai diritti sanciti dal testo della Convenzione e dei suoi Protocolli nei singoli casi concreti, non sempre sono univoche e lineari. L'assegnazione al giudice comune di un compito così gravoso avrebbe determinato il rischio, ancora una volta, di disparità di trattamento prive di ragionevole giustificazione.

senguito intervenuti tanto il legislatore con l'art. 5 del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 – che ha modificato l'art. 187-*septies* del t.u.f. – in attuazione della direttiva 2013/36/UE, quanto la CONSOB, la quale con le successive delibere n. 19158 del 29 maggio 2015 e n. 19521 del 24 febbraio 2016 ha apportato modifiche al proprio Regolamento generale sui procedimenti sanzionatori, adottato con delibera n. 18750 del 19 dicembre 2013.

³⁰⁰ In questo senso, FLICK G.M.- NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 15-17: gli Autori affermano che «non è trascurabile il rischio che – a fronte della scarsa puntualità degli Engel criteria, di cui il giudice comune sarebbe chiamato a fare applicazione – il meccanismo “espanso” dell'art. 649 c.p.p. si trasformi in una “mina vagante”, pronta a deflagrare nei più disparati e impensabili settori». Sugli effetti paradossali che l'assetto prefigurato comporterebbe in relazione al cd. doppio binario procedimentale e sanzionatorio previsto in ambito tributario in tema di omesso versamento dell'IVA e di ritenute certificate, si v. PODDIGHE A., *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo tributario interno*, cit., 122.

Dunque, l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale su una disposizione così rilevante dal punto di vista sistemico, quale è l'art. 649 c.p.p., avrebbe implicato – in tutti quegli ambiti caratterizzati da un cd. doppio binario procedimentale e sanzionatorio e non soltanto, quindi, nel settore degli abusi di mercato – conseguenze irragionevoli, se non addirittura paradossali, non giustificabili con l'esigenza di assicurare il rispetto del diritto al *ne bis in idem* convenzionale, di tal che, anche in riferimento a questa seconda questione di costituzionalità, l'intervento manipolativo richiesto alla Corte costituzionale sarebbe andato oltre quanto necessario per adeguare l'ordinamento interno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

4.2.1.3. La questione sollevata dalla Sezione tributaria della Corte di cassazione: la perplessità della motivazione e l'oscurità del *petitum*.

La Corte costituzionale si è occupata, infine, dei dubbi di costituzionalità sollevati dalla Sezione tributaria della Corte di cassazione nell'ambito di un giudizio relativo all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, ancora in corso di celebrazione dopo la conclusione del corrispettivo processo penale con applicazione della pena su richiesta delle parti³⁰¹. Nello specifico, il giudice *a quo* domandava se l'art. 187-ter t.u.f. si ponesse in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. «alla luce della sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014 e alla luce dell'applicazione del principio del «*ne bis in idem*» di cui agli artt. 2 e 4 del Protocollo 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in ragione della definitività della sentenza del Tribunale» conclusiva del processo penale. Anche tale questione di costituzionalità è stata dichiarata inammissibile³⁰², in quanto essa, secondo il Giudice delle leggi, era stata «formulata in maniera dubitativa e perplessa» tanto da determinare «l'incertezza e l'oscurità del *petitum*, giacché il rimettente fini[va] per non chiarire adeguatamente la portata dell'intervento richiesto»³⁰³.

³⁰¹ Cass. civ., Sez. trib., ord. n. 950 del 2015, cit..

³⁰² Come anticipato da FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 12; GUIZZI S.G., *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, 5, 2015, 600.

³⁰³ Corte cost., sent. n. 102 del 2016, cit., n. 6.3 *Cons. dir.*.

Con riferimento al *petitum* della questione – a prescindere dall’erroneo richiamo dell’art. 2 Protocollo n. 7 CEDU quale norma interposta dello scrutinio di costituzionalità³⁰⁴ – non veniva individuato in modo chiaro ed univoco il tipo di pronuncia richiesta alla Corte costituzionale dal giudice *a quo*, con conseguente impossibilità per il Giudice delle leggi di determinare con precisione i confini dell’intervento invocato. Se, infatti, la lettura del dispositivo dell’ordinanza sembrava orientare verso una dichiarazione secca d’incostituzionalità – non vi si indicava in che modo la Corte costituzionale avrebbe dovuto «riscrivere» la disposizione censurata –, alcuni passaggi della non lineare motivazione portavano a ritenere che, in realtà, il remittente avesse inteso richiedere una sentenza di tipo additivo. Il giudice *a quo*, infatti, aveva affermato che il risultato della propria iniziativa avrebbe potuto essere l’introduzione di un «doppio binario attenuato», con una possibile applicazione del principio della progressione illecita tra la fattispecie di reato e di illecito amministrativo, facendo qui espresso riferimento ad «una pronuncia additiva»³⁰⁵.

Quanto, invece, al carattere perplessa e dubitativo della motivazione, esso derivava, secondo il Giudice costituzionale, dal fatto che «la Corte rimettente non scioglie[va] i dubbi che essa stessa formula[va] quanto alla compatibilità tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e i principi del diritto dell’Unione Europea»³⁰⁶, dubbi che «dovevano invece essere superati e risolti per ritenere rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata». Si sembrerebbe suggerire, in questo passaggio motivazionale, che il giudice *a quo*, al fine di sciogliere tali nodi interpretativi, avrebbe dovuto proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea prima di sollevare questione di legittimità costituzionale. Il che pareva indicare un ritorno alla giurisprudenza costituzionale antecedente all’*ordinanza n. 207 del 2013*³⁰⁷, nella quale il

³⁰⁴ Tale disposizione reca il diritto al doppio grado di giudizio in materia penale, ed è quindi inconferente rispetto al principio del *ne bis in idem* convenzionale.

³⁰⁵ Cass. civ., Sez. trib., ord. n. 950 del 2015, cit., n. 3 *Cons. dir.*. A questo riguardo si cfr. GUIZZI S.G., *Hic Rhodus, hic salta: l’incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina del market abuse all’esame del giudice delle leggi*, cit., 601.

³⁰⁶ Il giudice rimettente sottolineava come la normativa europea imponesse l’applicazione di sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive, mentre dall’accoglimento della questione sarebbe discesa l’applicazione delle sole sanzioni penali.

³⁰⁷ Corte cost., ord. 18 luglio 2013. n. 207.

Giudice delle leggi aveva per la prima volta effettuato direttamente rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, senza, peraltro, fornire approfondite spiegazioni al riguardo.

4.2.1.4. La perdurante assenza di interventi nella materia degli abusi di mercato.

Sempre con riguardo alla disciplina repressiva del *market abuse*, nuovi profili di incostituzionalità, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU, venivano sollevati sull'art. 55, comma 2, t.u.f., nella parte in cui la prevista sospensione dall'esercizio dell'attività di consulente finanziario, fino ad un massimo di un anno, può cumularsi, *senza alcuna forma di coordinamento processuale e sostanziale*, con le sanzioni amministrative di cui all'art. 196 t.u.f., fra le quali compare anche una diversa misura di sospensione dell'attività professionale.

Sebbene l'ordinanza di rimessione facesse correttamente riferimento ai sopravvenuti approdi della giurisprudenza convenzionale esplicitati nella sentenza *A e B c. Norvegia*, evidenziabili nella contestata assenza di un adeguato coordinamento fra i procedimenti, la Corte costituzionale, nella *sentenza n. 240 del 2018*³⁰⁸, non ha avuto modo di esaminare specificamente la compatibilità del cd. doppio binario punitivo istituito dalla predetta disciplina con il *ne bis in idem* convenzionale, nella sua nuova configurazione. La declaratoria di infondatezza della questione di costituzionalità ha trovato, infatti, il proprio fondamento nell'erroneità del presupposto interpretativo alla base del percorso ermeneutico seguito dal giudice remittente, il quale aveva attribuito alla misura recata dalla disposizione censurata natura sanzionatoria, ritenendola espressione di un potere *lato sensu* punitivo, quando invece la stessa persegue una finalità cautelare, essendo riconducibile a un diverso potere di vigilanza attiva³⁰⁹.

³⁰⁸ Corte cost., sent. 21 dicembre 2018, n. 240, sulla quale si veda FIDONE G., *Sulla qualificazione sostanziale del potere della CONSOB di cui al previgente art. 55 comma 2 del t.u. finanza: misura cautelare o sanzionatoria?*, in *Giur. cost.*, 2019, 443 ss..

³⁰⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 240 del 2018, cit., n. 4 *Cons. dir.*.

4.2.2. La giurisprudenza costituzionale sul cd. doppio binario punitivo in materia tributaria.

Analogamente, anche la conformità del sistema punitivo di cd. doppio binario previsto in materia tributaria è stato oggetto di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e di diverse questioni di costituzionalità sollevate rispetto alla garanzia del *ne bis in idem*, convenzionale e, in un secondo momento, europeo. In proposito, la Corte costituzionale, dopo che in alcune prime decisioni intercorse aveva disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente per le modifiche normative *medio tempore* intervenute dopo il promovimento del giudizio di costituzionalità³¹⁰, è tornata ad occuparsene con le *sentenze nn. 43 del 2018*³¹¹ e *222 del 2019*³¹², e, da ultimo con l'*ordinanza n. 114 del 2020*³¹³.

4.2.2.1. Le precisazioni di merito contenute nella sentenza n. 43 del 2018 di restituzione degli atti al giudice a quo.

La prima decisione a venire in rilievo, seppure nuovamente di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, è di notevole interesse, sia per l'oggetto del mutamento sopravvenuto – non il dato positivo interno, bensì la giurisprudenza della

³¹⁰ Si vedano Corte cost., ord. 20 maggio 2016, n. 112, su cui VIGANÓ F., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020); ord. 8 settembre 2016, n. 209; ord. 24 ottobre 2016, n. 229.

³¹¹ Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., con note di PEPE F., *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.; TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530 ss..

³¹² Corte cost., sent. 24 ottobre 2019, n. 222, su cui BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile in *giurcost.org*; SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649 ss.; APRILE E., *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il "doppio binario sanzionatorio", penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, 596 ss.; DE LIA A., *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *forumcostituzionale.it*, 2020.

³¹³ Corte cost., ord. 12 giugno 2020, n. 114.

Corte EDU –, sia per l'approfondita disamina del rinnovato parametro interposto, sia per le significative indicazioni *ivi* contenute circa la conformità, rispetto alla garanzia convenzionale, del sistema punitivo nazionale istituito per la repressione di illeciti e violazioni attinenti alla materia fiscale.

Il giudizio di costituzionalità cui la sentenza si riferisce era stato promosso nell'ambito di un processo penale che vedeva imputato per il reato di omessa presentazione delle dichiarazioni relative all'IRPEF e all'IVA un soggetto già sanzionato, per la medesima omissione, in via definitiva sul piano amministrativo. La questione di costituzionalità riguardava l'art. 649 c.p.p., di cui veniva prospettata l'illegittimità per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU³¹⁴, nella parte in cui tale disposizione non opera anche in relazione a procedimenti sanzionatori (amministrativi, ma sostanzialmente) *penali* ai fini convenzionali³¹⁵. Il parametro interposto evocato era stato interpretato dal giudice *a quo*, sulla base della giurisprudenza convenzionale disponibile al momento della proposizione della questione di costituzionalità, nel senso che la garanzia del *ne bis in idem* avesse carattere tendenzialmente inderogabile e natura esclusivamente processuale³¹⁶, trovando conseguentemente applicazione, nel rapporto fra processo tributario e processo penale, ogni qual volta uno dei due procedimenti fosse definito con sentenza passata in giudicato.

Il Giudice delle leggi, pur riconoscendo la correttezza del percorso ermeneutico seguito dal rimettente, ha però dovuto dare atto dei significativi profili di novità impressi alla regola del *ne bis in idem* dalla sentenza *A e B c. Norvegia* resa dalla *Grande Chambre* della Corte europea dei diritti, intervenuta successivamente al promovimento del giudizio di costituzionalità. Tali innovazioni hanno determinato il venir meno dei presupposti interpretativi su cui si era fondata l'ordinanza di rimessione: per un verso, l'operatività del divieto di *bis in idem* ha perduto il carattere di inderogabilità, essendo ora subordinato non soltanto alla definizione del primo procedimento, ma anche a un apprezzamento, di spettanza dell'autorità giudiziaria comune, circa la *connessione* fra i procedimenti

³¹⁴ Il rimettente non aveva preso in considerazione né la garanzia del *ne bis in idem* ex art. 50 CDFUE né norme di diritto derivato dell'Unione europea eventualmente rilevanti.

³¹⁵ Trib. Monza, Sez. pen., ord. 30 giugno 2016, in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

³¹⁶ Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., n. 5 del *Cons. dir.*.

sanzionatori; per un altro verso, la medesima garanzia non ha più natura esclusivamente processuale, in quanto il «criterio eminente» per affermare o negare la predetta *connessione* è costituito dalla proporzionalità complessiva del cumulo di sanzioni applicate³¹⁷.

Si è dato atto, in definitiva, del fatto che in presenza di sistemi di cd. doppio binario punitivo, quale è quello oggetto della questione di costituzionalità, la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale opera in modo meno «rigido» rispetto a quanto illustrato dal giudice remittente, salvo che le sanzioni formalmente extra-penali siano da ricondursi al «nocciolo duro del diritto penale» – è evidente qui il riferimento alla cd. *hardcore criminal law* nell’ appena menzionata pronuncia della Corte EDU –, ipotesi in cui la valutazione di compatibilità con la predetta garanzia deve seguire criteri più stringenti³¹⁸.

Il nuovo significato assunto dal principio del *ne bis in idem* in ambito convenzionale ha così giustificato la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens – rectius*, per sopravvenuta modifica del parametro interposto di costituzionalità³¹⁹ – ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di costituzionalità. Lo stesso Giudice costituzionale non ha però mancato di fornire talune significative indicazioni con specifico riferimento al sistema di doppio binario tributario oggetto della questione, chiarendo che le più recenti affermazioni rinvenibili nella giurisprudenza convenzionale sono suscettibili di assumere rilievo proprio nei rapporti fra procedimento penale e procedimento tributario, sussistendo la «possibilità che in concreto gli stessi siano ritenuti sufficientemente connessi»; e precisando altresì come la valutazione debba «passare da un giudizio casistico, affidato all’ autorità che procede», che tenga in considerazione sia l’ astratta configurazione normativa del sistema punitivo, sia le peculiari dinamiche «con

³¹⁷ Corte cost., sent. cit., n. 7 *Cons. dir.*.

³¹⁸ Si veda *supra*, Cap. primo, § 4.4.4.

³¹⁹ Per un precedente, si veda Corte cost., ord. n. 150 del 2012, cit., su cui, fra gli altri, RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’ anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *giurcost.org*, 2012; MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 2012. Tuttavia, in quel caso, il mutamento del parametro interposto convenzionale era dovuto al fatto che, in relazione alla pronuncia resa da una sezione della Corte EDU su cui si era fondata l’ ordinanza di rimessione, era *medio tempore* intervenuto rinvio alla Grande Camera e successivamente una nuova pronuncia di quest’ ultima.

cui le vicende procedurali si sono atteggiate nel caso concreto»³²⁰.

4.2.2.2. Gli ulteriori *chiarimenti* (anche rispetto all'art. 50 CDFUE) nella giurisprudenza costituzionale successiva.

Il quadro attuale si presenta ancor più complesso, in considerazione delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla portata dell'art. 50 CDFUE, sopraggiunte dopo la *sentenza n. 43 del 2018*. Il rilievo che, a questi fini, assume tale garanzia rende difficoltoso il compito spettante al giudice comune che si trovi investito di un giudizio suscettibile di costituire un *bis in idem*, stanti le differenti conclusioni che, secondo la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale, egli dovrebbe trarre nelle ipotesi di possibile contrasto di una norma nazionale con diritti sanciti nella Costituzione e, al contempo, con diritti affermati nella CDFUE. Mentre, infatti, il Giudice di Lussemburgo riconosce il potere dei giudici nazionali di disapplicare la normativa interna che si ponga in contrasto con la garanzia europea, eventualmente previa proposizione di un rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte costituzionale ritiene la necessità di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità in quanto «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes» della medesima Corte costituzionale.

In quest'ultima direzione si è orientato lo stesso giudice penale cui è affidato il processo, per fatti di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, nel cui ambito era stato effettuato il rinvio pregiudiziale interpretativo deciso con la richiamata sentenza *Menci*³²¹, il quale infatti, pur rilevata l'assenza di complementarità delle due risposte punitive, penale e tributaria – requisito necessario ai fini della compatibilità, con il diritto europeo, della normativa nazionale istitutiva del cumulo sanzionatorio –, non ha ritenuto di fare uso dei propri poteri di disapplicazione, né si è in alcun modo confrontato con i problemi di un eventuale utilizzo degli stessi nel caso concreto. Al contrario, egli ha sollevato una nuova questione di costituzionalità sull'art. 649 c.p.p., rispetto agli artt. 3 e

³²⁰ Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., nn. 8-9 *Cons. dir.*. Resta perciò attuale l'invito al legislatore a «stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni» che il sistema del cd. doppio binario «genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU» (sentenza n. 102 del 2016).

³²¹ Trib. Bergamo, sez. pen., ord. 27 giugno 2018, reperibile in *giurisprudenzapenale.com*, 2018.

117, primo comma, Cost., quest'ultimo in riferimento solamente all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU – e non anche all'art. 11 Cost. e alle rilevanti norme di diritto dell'Unione europea – sul presupposto che, da un lato, l'evocato parametro costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dalla garanzia convenzionale, «eleva a norma di rango costituzionale» la norma interposta ricavabile dall'art. 50 CDFUE e che, da un altro lato, la mancanza dei requisiti di *coordinazione* indicati nel contesto europeo ridondi nell'insussistenza della *connessione* fra procedimenti sanzionatori richiesta ai fini convenzionali.

Nella *sentenza n. 222 del 2019* la Corte costituzionale, pur superando il problema della mancata esplicita evocazione della garanzia europea attraverso la valorizzazione della logica complessiva dell'ordinanza di rimessione, ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni di costituzionalità sollevate per l'insufficiente e non adeguata motivazione fornita dal giudice *a quo* in ordine alle ragioni per cui non avrebbero potuto ritenersi soddisfatti, nella specie, i requisiti di *coordinamento* richiesti dal diritto giurisprudenziale sovranazionale. Ripercorrendo gli approdi, definiti «in larga misura analoghi», della giurisprudenza convenzionale ed europea, il Giudice delle leggi ha ribadito che sistemi punitivi cd. di doppio binario non si pongono in una posizione di radicale contrarietà al *ne bis in idem*, ma che occorre procedere a un approfondito esame degli *scopi* perseguiti dai due procedimenti, della *prevedibilità* della loro instaurazione, dell'*eccessiva onerosità* del cumulo procedimentale e della *proporzionalità* del cumulo sanzionatorio³²².

Nella pronuncia il Giudice costituzionale non si è, però, limitato a rilevare le carenze motivazionali dell'ordinanza di rimessione in relazione a ciascuno di siffatti profili, così come rispetto alla questione della riconducibilità o meno delle sanzioni previste in materia tributaria al «nocciolo duro del diritto penale», e quindi, in sostanza, in punto di non manifesta infondatezza della questione, ma, analogamente a quanto accaduto nella *sentenza n. 43 del 2018*, ha fornito altresì talune significative indicazioni circa la possibile sussistenza di una sufficiente connessione fra procedimenti tributari e processi penali, in particolar modo con riguardo alle rispettive finalità e agli istituti previsti per il raccordo di essi³²³.

³²² Cfr. Corte cost., sent. n. 222 del 2019, cit., n. 2 *Cons. dir.*.

³²³ Cfr. *ivi*.

A ben vedere, l'ordinanza di rimessione presentava non irrilevanti profili di criticità anche sotto il profilo del *petitum*. Sebbene, infatti, la Corte costituzionale, in via interpretativa, abbia circoscritto alle sanzioni tributarie la pronuncia additiva richiesta, invero l'intervento invocato dal rimettente, dai contorni indefiniti, sembrava volto ad estendere l'applicabilità della disciplina del divieto di secondo giudizio penale nei confronti di un qualunque procedimento teso all'applicazione di sanzioni riconducibili alla *matière pénale*. Tale ampiezza e genericità del *petitum* non pareva coerente né con i «nuovi» contenuti del *ne bis in idem* convenzionale – e neppure con la corrispondente garanzia europea, seppure non esplicitamente menzionata dal rimettente – che postula un confronto in concreto fra la garanzia fondamentale e il singolo sistema di cd. doppio binario, né con lo stesso percorso motivazionale seguito dal rimettente, che da un punto di vista metodologico si era, in effetti, correttamente fondato sulle precipue caratteristiche del sistema punitivo degli omessi versamenti dell'imposta sul valore aggiunto.

Sul tema, da ultimo, è intervenuta l'*ordinanza n. 114 del 2020*, con cui la Corte costituzionale ha esaminato una nuova questione di costituzionalità sul cd. doppio binario punitivo in materia tributaria – sorta in un giudizio penale riguardante il reato di omessi versamenti dell'IVA – sempre vertente sull'art. 649 c.p.p., ma in questo caso sollevata rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione, esplicitamente, sia alla garanzia convenzionale sia a quella europea, rilevandone la manifesta inammissibilità per ragioni analoghe a quelle evidenziate nella sentenza dell'anno precedente. In effetti, anche il rimettente Tribunale di Rovigo non aveva adeguatamente dimostrato la non conformità del sistema repressivo in materia tributaria rispetto al divieto di *bis in idem*, convenzionale ed europeo, nel «nuovo» significato ad esso attribuito dai più recenti risultati ermeneutici.

4.2.3. La giurisprudenza costituzionale sul (possibile) cumulo sanzionatorio previsto per l'inadempimento da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli.

Solo da ultimo la Corte costituzionale, nella *sentenza n. 145 del 2020*, è giunta per la prima volta a esaminare nel merito i dubbi di costituzionalità di un cumulo di sanzioni, penali e amministrative. Nella specie, si trattava del sistema sanzionatorio previsto per le ipotesi di inadempimento da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei

confronti della prole in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero di separazione dei coniugi o di affidamento condiviso dei figli.

4.2.3.1. I profili di attrito con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale evidenziati dal giudice remittente.

Secondo il giudice remittente, competente, in pendenza del giudizio sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio, a conoscere delle controversie sorte tra i genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale e alle modalità di affidamento dei minori, la condotta del genitore resosi inadempiente rispetto agli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli avrebbe configurato l'ipotesi di *atti che arrechino pregiudizio al minore* di cui all'art. 709-ter, secondo comma, c.p.c., e avrebbe condotto, quindi, all'applicazione della prevista sanzione amministrativa pecuniaria, da corrispondere alla Cassa delle ammende, per un importo fino a euro cinquemila.

Tale sanzione amministrativa si sarebbe aggiunta alle sanzioni penali già applicate, con sentenza passata in giudicato, nei confronti dello stesso soggetto, per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio, ritenuto integrato dallo stesso fatto illecito, ossia l'aver omesso il pagamento dell'assegno di mantenimento dei figli³²⁴. Attesa la natura *sostanzialmente penale* della sanzione pecuniaria amministrativa, e l'identità del fatto alla base della duplice responsabilità, penale e amministrativa, il giudice *a quo* aveva ritenuto che l'applicazione del predetto art. 709-ter, secondo comma, n. 4), c.p.c. – ossia, la norma sanzionatoria extra-penale – avrebbe dato luogo a un cd. doppio binario punitivo incompatibile con il divieto di *bis in idem* sancito dall'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU; di qui la presunta incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost..

³²⁴ Oggi previsto dall'art. 570-bis c.p., e in precedenza dall'art. 3 legge 8 febbraio 2006, n. 54 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*).

4.2.3.2. Il riconoscimento della convergenza degli approdi della giurisprudenza sovranazionale e della giurisprudenza costituzionale in tema di cd. doppi binari punitivi.

Nella pronuncia il Giudice costituzionale è tornato nuovamente sul contenuto della garanzia convenzionale del *ne bis in idem* e, richiamando anche i propri precedenti³²⁵, ha evidenziato l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU avutasi con la sentenza *A e B c. Norvegia*, e gli analoghi approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, ribadendo che da quest'ultima può ricavarsi che un duplice binario sanzionatorio *ex se* non si pone in contrasto con la medesima garanzia, a condizione che si tratti di procedimenti paralleli e integrati sotto l'aspetto sia sostanziale sia temporale, e cioè il criterio della *stretta connessione nella sostanza e nel tempo*³²⁶.

La Corte costituzionale, nel rilevare la *forte connotazione sostanziale* assunta dal principio del *ne bis in idem* nel diritto giurisprudenziale sovranazionale, affiancatisi alla perdurante natura processuale, ha avuto modo di chiarirne altresì il fondamento interno, costituzionale e legislativo³²⁷. Detto principio, infatti, pur se non espressamente sancito, è garantito dalla Carta costituzionale, correlandosi – si cita, in particolare, la *sentenza n. 200 del 2016*³²⁸ – agli artt. 24 e 111 Cost., e risponde a una duplice esigenza, da un lato, ordinamentale, secondo cui una medesima situazione non potrebbe divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire, e, dall'altro lato, individuale, in base alla quale il singolo non potrebbe essere esposto a una spirale di reiterate iniziative penali per un medesimo fatto. A livello di normativa primaria, la connotazione sostanziale del principio trova, poi, espressione nel generale canone di specialità che regola il concorso di diverse fattispecie di reato e di illecito potenzialmente incidenti su una stessa condotta (sia nei rapporti fra fattispecie di reato sia nei rapporti fra queste ultime e fattispecie di illecito extra-penale)³²⁹.

³²⁵ In particolare la menzionata sentenza n. 43 del 2018.

³²⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit., n. 5.1 *Cons. dir.*.

³²⁷ Cfr. *ivi*, n. 5.2 *Cons. dir.*.

³²⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cit..

³²⁹ Si fa riferimento all' art. 15 c.p., nei rapporti fra reati; e agli artt. 9 legge n. 689 del 1981 e 19 d.lgs. 74 del 2000, nei rapporti fra illeciti penali ed extra-penali.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale è giunta a riconoscere quale *principio cardine del nostro sistema* il fatto che la previsione di sistemi di cd. doppio binario punitivo costituisce un'eccezione, che in tanto si giustifica, in quanto siano rispettate esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo³³⁰. Ed è sulla base di tali presupposti che, secondo la stessa Corte, può registrarsi, in una prospettiva di tutela multilivello dei diritti, una convergenza della giurisprudenza costituzionale con quella della Corti europee³³¹.

4.2.3.3. L'incompatibilità con la garanzia convenzionale dell'interpretazione accolta dal giudice remittente della norma sanzionatoria extra-penale.

Una volta compiute tali precisazioni di carattere generale, il Giudice delle leggi ha quindi esaminato nel merito i dubbi di costituzionalità sull'art. 709-ter, secondo comma, n. 4), c.p.c., nell'interpretazione accolta dal giudice remittente, in base alla quale il mancato pagamento degli assegni di mantenimento in favore dei figli disposti dalla sentenza di separazione coniugale sarebbe riconducibile alla fattispecie di *atti che comunque arrechino danno al minore*, e quindi condurrebbe all'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria prevista dalla censurata disposizione.

In proposito, dapprima, si è riconosciuta la natura *sostanzialmente penale* della predetta sanzione amministrativa sulla base dei criteri *Engel*, in considerazione tanto della sua connotazione pubblicistica e deterrente – evidenziata dal fatto che destinataria degli importi sia la Cassa delle ammende – quanto della sua gravità. Sotto quest'ultimo profilo, deve sottolinearsi come la Corte costituzionale, nel procedere ad applicare direttamente la criteriologia sostanzialistica sovranazionale³³², abbia fornito un'interessante precisazione in ordine al contenuto del sotto-criterio della gravità³³³, chiarendo che quest'ultima non può che essere valutata avendo riguardo dello specifico contesto di misure irrogate in ambito familiare. Sembra potersi desumere, quindi, che il giudizio sulla gravità della sanzione oggetto di considerazione risenta del campo ordinamentale

³³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit., n. 5.2 *Cons. dir.*.

³³¹ Cfr. *ivi*, n. 5.3 *Cons. dir.*.

³³² Si veda *supra*, § 2.

³³³ Si veda *supra*, Cap. primo, § 2.

interessato, e assuma caratteri non già assoluti, bensì relativi.

Il Giudice delle leggi, poi, riconosciuta l'identità fra il fatto suscettibile di sanzione amministrativa e quello già sanzionato con la sentenza penale, si è soffermato sulla verifica del rispetto, da parte del cd. doppio binario in questione, del canone della *stretta connessione nella sostanza e nel tempo*, escludendone l'integrazione. In primo luogo, è stata accertata l'assenza di un nesso sostanziale fra i due apparati sanzionatori, in quanto le due sanzioni previste perseguirebbero una medesima finalità di deterrenza a carattere special-preventivo, risultando sovrapponibili, e non complementari. In secondo luogo, il cumulo sanzionatorio non sarebbe prevedibile, atteso che la sanzione amministrativa pecuniaria costituirebbe un completamento solo eventuale del trattamento complessivo. Da questo punto di vista, infatti, l'irrogazione della medesima sanzione amministrativa, per un verso, dipende dalla proposizione, da parte dell'altro genitore, di un ricorso al giudice competente a conoscere della procedura di separazione coniugale o di scioglimento degli effetti civili del matrimonio e, per un altro verso, non costituisce conseguenza indefettibile del comprovato inadempimento, visto che il giudice potrebbe anche limitarsi ad ammonire il genitore inadempiente o a condannarlo al risarcimento del danno, misure prive di natura punitiva, e quindi insuscettibili di dare luogo a un *bis in idem*. In terzo luogo, la possibilità di assicurare la proporzionalità del cumulo di sanzioni, penali e amministrative, non può di per sé bastare a ricomporre l'appena rilevata assenza di connessione. In proposito, il Giudice costituzionale ha precisato che la proporzionalità del complesso di sanzioni, seppure criterio di preminente importanza, non può *ex se* giustificare la legittimità di un cd. doppio binario punitivo, rappresentando essa *un posterius* rispetto alla valutazione circa la connessione fra i diversi ambiti sanzionatori.

4.2.3.4. La necessaria adozione di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma sanzionatoria extra-penale tesa a «neutralizzare» il cumulo punitivo.

Stante la rilevata incompatibilità con il *ne bis in idem* convenzionale del cumulo sanzionatorio derivante dall'interpretazione prospettata dal remittente dell'art. 709-ter, secondo comma, n. 4) c.p.c., la Corte costituzionale ha affermato la necessità di giungere a una diversa interpretazione, costituzionalmente orientata, della disposizione censurata,

tale da escludere la configurabilità della duplice sanzione nella specifica ipotesi oggetto del giudizio *a quo*, dichiarando infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di costituzionalità.

In particolare, da una ricostruzione complessiva del quadro normativo, la Corte ha rinvenuto la *ratio* e la giustificazione della disposizione nell'esigenza di assicurare il rispetto dell'adempimento di obblighi nei confronti della prole di carattere infungibile, rispetto ai quali mancano altri efficaci strumenti di attuazione e coazione. Non rientrano, però, nel novero di siffatti obblighi quelli relativi ad aspetti patrimoniali fra genitori e figli, stante la possibilità di accedere, in relazione a un loro mancato adempimento, al processo esecutivo per espropriazione, e attesa la configurabilità del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio, oggi previsto dall'art. 570-*bis* c.p. (e, nel caso, anche del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, nell'ipotesi di cui all'art. 570, secondo comma, n. 2), c.p.).

Ne è derivato, secondo il Giudice delle leggi, che la disposizione censurata deve essere interpretata nel senso che le fattispecie da essa descritte non possono ritenersi integrate da condotte di mancato pagamento dell'assegno di mantenimento nei confronti della prole, le quali, quindi, ferma la rilevanza penale, non sono più soggette a un possibile cumulo sanzionatorio. Attraverso una pronuncia interpretativa di rigetto, la Corte costituzionale ha, dunque, indicato un'interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo della norma sanzionatoria extra-penale, idonea a escludere in radice la configurabilità di un cd. doppio binario punitivo in tale specifica ipotesi.

4.2.4. Le soluzioni elaborate dalla giurisdizione comune.

Se in relazione a quest'ultima fattispecie dovrà verificarsi il séguito che avrà, nella giurisprudenza comune, la soluzione interpretativa prospettata nella pronuncia appena esaminata, negli altri ambiti interessati da cd. doppi binari punitivi, in cui finora non si è avuto un intervento nel merito ad opera della Corte costituzionale, la stessa giurisprudenza comune, e in particolare quella di legittimità, si è già dovuta confrontare con i nuovi approdi del diritto giurisprudenziale sovranazionale sul *ne bis in idem*,

affrontando questioni di particolare momento ed elaborando soluzioni anche originali, tese a soddisfare le descritte istanze di tutela³³⁴.

4.2.4.1. La definizione del *perimetro applicativo della garanzia*.

Un primo aspetto controverso nella prassi giudiziaria ha riguardato la riconducibilità delle sanzioni e dei procedimenti extra-penali, di volta in volta oggetto di considerazione, alla nozione convenzionale ed europea di *materia penale*, da cui – lo si è detto – discende la stessa applicabilità della garanzia fondamentale in questione. Al di fuori delle fattispecie legislative già esaminate nelle pronunce della Corti europee, quali i cumuli sanzionatori previsti per la repressione delle condotte di manipolazione del mercato e di abuso di informazioni privilegiate, nonché degli illeciti tributari – il riconoscimento della cui riferibilità a tale nozione è stato semplicemente «recepito» sul piano interno – si riscontra un atteggiamento talvolta piuttosto rigoroso da parte della giurisprudenza nazionale nel riconoscere l'integrazione dei criteri sostanzialistici affinati nelle sedi sovranazionali, i cd. criteri *Engel*. Si è, ad esempio, esclusa la natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative pecuniarie previste nei confronti degli intermediari dall'art. 190 t.u.f., in quanto non comparabili, sul piano della severità e dell'incidenza nella sfera giuridica degli interessati, alle sanzioni esaminate dalla Corte europea dei diritti umani nella sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*³³⁵, delle sanzioni disciplinari nei riguardi di notai, poiché riferite a un ordinamento particolaristico e rivolte a una ristretta cerchia di soggetti³³⁶, e altresì di alcune sanzioni disciplinari previste

³³⁴ Cfr. BINDIE., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, cit.; SCOLETTA M., *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le società*, 2019, 533 ss..

³³⁵ Cfr., fra le altre, Cass. civ., Sez. II, sent. 27 febbraio 2017 (dep. 5 aprile 2017), n. 8855, in *C.E.D.* n. 643735, ove si afferma che dette sanzioni sono equiparabili, quanto a *tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale*, a quelle irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f. per le condotte di manipolazione del mercato, sicché ad esse non può riconoscersi natura sostanzialmente penale.

³³⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 19 ottobre 2016 (dep. 3 febbraio 2017), n. 2927, in *C.E.D.* n. 643162, in cui si è escluso il carattere *sostanzialmente penale* delle sanzioni disciplinari irrogabili nei riguardi dei notai in considerazione del carattere particolaristico, e non generale, di tale sistema sanzionatorio, operante solamente rispetto agli appartenenti a un ordine professionale, e dello specifico scopo da esso perseguiti, quali l'effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti assegnati ai notai dall'ordinamento, valorizzando l'autonomia e l'eterogeneità dell'ambito penale rispetto a quello

dall'ordinamento penitenziario, non implicanti un particolare aggravamento dei modi di esecuzione della pena detentiva³³⁷. Il che rivela come, pur a fronte di una giurisprudenza convenzionale (ed europea) ricorrente nel ribadire la criteriologia sulla cui base vagliare l'operatività delle garanzie fondamentali penalistiche, possano sorgere incertezze allorquando occorra procedere rispetto a casi non ancora precipuamente vagliati nelle sedi sovranazionali.

4.2.4.2. La verifica del *coordinamento* fra i procedimenti sanzionatori.

Negli ambiti in cui, invece, si è pacificamente riconosciuta l'applicabilità del divieto di *bis in idem*, si è posta la problematica della valutazione dei rapporti fra il processo penale e i procedimenti di altra natura, secondo quanto richiesto dalla giurisprudenza convenzionale ed europea. La casistica, seppure riferita a un periodo di tempo non così ampio, non è stata esigua, imponendosi l'esigenza di istruire l'analisi distinguendo fra i differenti campi ordinamentali interessati.

Con riguardo al doppio binario punitivo in *materia tributaria*, ancora prima dei chiarimenti forniti dalla Corte costituzionale nelle pronunce di cui si è detto, è prevalso l'orientamento che riconosce la sussistenza di una *stretta connessione* tra il processo penale e quello tributario, e quindi esclude, in via di principio, profili di incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* di cui agli art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU o dell'art. 50 CDFUE³³⁸. Si è ritenuto che le due diverse tipologie di sanzioni possano

disciplinare.

³³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 9 maggio 2017 (dep. 3 luglio 2017), n. 31873, *P.G. in proc. Basco*, in *C.E.D.* n. 270852, nella quale si è disconosciuta natura *penale* alla sanzione disciplinare di quindici giorni di esclusione dall'attività comune, trattandosi di sanzione che comporta semplicemente una diversa modalità della restrizione carceraria ed è suscettibile di dare luogo ad un aggravamento di afflittività dello *status detentionis* assai modesto, visti la durata ed il grado d'intensità dell'inasprimento al regime limitativo della libertà personale; in senso analogo, Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 novembre 2019 (dep. 16 gennaio 2020), n. 1645, *P.G. in proc. Montella*, in *C.E.D.* n. 278099.

³³⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, *Servello*, in *C.E.D.* n. 272388-01; sent. 12 settembre 2018 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5934, *Giannino*, in *C.E.D.* n. 275833; sent. 7 febbraio 2019 (dep. 20 maggio 2019), n. 22033, *Palma*, in *C.E.D.* n. 276023; Sez. V, sent. 12 aprile 2019 (dep. 28 giugno 2019), n. 28346, *Caroli*, in *C.E.D.* n. 276644; Cass. civ., Sez. trib., sent. 13 febbraio 2019 (dep. 25 febbraio 2019), n. 7131, *imputato*, in *C.E.D.* n. 653320; sent. 24 ottobre 2019 (dep. 16 dicembre 2019), n. 33050.

considerarsi quali parti di un unico sistema sanzionatorio adottato da uno Stato per sanzionare la commissione di un fatto illecito, a tal fine valorizzandosi gli istituti di raccordo fra i procedimenti³³⁹ e la prossimità temporale dell'avvio degli stessi³⁴⁰, o la irrogazione delle relative sanzioni³⁴¹, restando invece «sullo sfondo» il profilo della proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio.

Quanto alla *materia degli abusi di mercato*, un filone giurisprudenziale in via di consolidamento, ponendo particolare attenzione al tema della proporzionalità sanzionatoria, definito come *criterio prevalente* ai fini della verifica della *connessione* fra i procedimenti, ha enfatizzato la discrezionalità giudiziale nella commisurazione delle sanzioni – nello specifico, attraverso un'adeguata lettura dell'art. 133 c.p. nelle ipotesi di giudizi propriamente penali – da esercitarsi avendo riguardo dell'importo delle sanzioni, a seconda dei casi penali o amministrative, già precedentemente irrogate³⁴². E, in tale direzione, si è pervenuti all'affermazione per cui, quando sia per primo definito il processo penale (ad esempio, per la decisione dell'imputato di accedere all'istituto dell'applicazione della pena su sua richiesta), è necessario verificare se la gravità del fatto illecito sia «coperta» dal trattamento punitivo inflitto. Nella diversa situazione in cui siano già state applicate in via definitiva le sanzioni amministrative, e queste non siano da sole adeguate rispetto alla gravità del fatto, il giudice penale può definire il contenuto delle sanzioni detentive ancora da irrogarsi in modo da assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, eventualmente anche «disapplicando» la norma recante il minimo edittale per la fattispecie di reato, in ipotesi eccessivamente elevato³⁴³, norma che, se applicata, darebbe luogo a una violazione della garanzia fondamentale europea *ex art. 50 CDFUE* – dal contenuto assimilabile alla corrispondente garanzia convenzionale –, e quindi assumendo come «nuovo» limite minimo insuperabile quello dettato dalla parte generale del codice penale³⁴⁴.

³³⁹ Cfr. Cass. civ., Sez. trib., sent. 24 ottobre 2019, n. 33050, cit..

³⁴⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 12 settembre 2018, n. 5934, cit..

³⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 2017, n. 6993, cit..

³⁴² Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21 luglio (dep. 16 luglio 2018), n. 45829, *F.*, in *C.E.D.* n. 274179-02

³⁴³ *commina dette sanzioni solo nel minimo edittale, con esclusione della multa, in virtù del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-terdecies t.u.f., e,*

³⁴⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, n. 49869, *Chiarion Casoni*, in *C.E.D.*, n. 274604-

L'approdo mira a scongiurare esiti marcatamente repressivi derivanti dal cumulo di sanzioni, quindi intende evitare, nei singoli casi concreti, violazioni del divieto di *bis in idem* sotto il profilo del raccordo sostanziale fra i procedimenti sanzionatori, e si pone dunque in una logica di conformazione dell'ordinamento nazionale agli obblighi di natura convenzionale e di adeguamento dello stesso al diritto europeo, in questo caso, primario. Ma la soluzione, per quanto meritorio sia lo scopo perseguito, e favorevoli siano gli effetti da essa discendenti per gli imputati, presenta profili di criticità per l'ampia discrezionalità attribuita, per tale via, al giudicante, che, in base ad un apprezzamento di adeguatezza delle sanzioni amministrative pecuniarie già irrogate alla gravità della contestazione, potrebbe, caso per caso, commisurare la pena – qualitativamente differente – della reclusione, senza considerare vincolante il minimo edittale previsto dalle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate.

Sotto tale profilo, evidente appare la tensione rispetto al principio di legalità che, come chiarito dalla Corte costituzionale già nella *sentenza n. 299 del 1992*³⁴⁵, richiede la previa definizione da parte della legge dei *limiti* e dei *criteri direttivi* per l'esercizio del potere discrezionale giudiziale nella commisurazione della pena. In questo caso, infatti, la decisione di infliggere una pena detentiva inferiore al minimo edittale previsto dalla fattispecie incriminatrice, procedendo alla «disapplicazione» della relativa norma sanzionatoria in tesi contrastante con una norma europea di diritto primario, non è vincolata né da indicazioni legislative, posto che l'art. 133 c.p. sovviene esclusivamente per la definizione della pena entro i limiti minimo e massimo originariamente previsti, né da particolari chiarimenti giurisprudenziali, in quanto la giurisprudenza sovranazionale – convenzionale e, in particolare europea – non fornisce elementi utili a guidare la valutazione circa la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, lasciandola nella *disponibilità* del giudicante.

01; Cass. pen., Sez. V, sent. 9 novembre 2018, n. 5679, *Erbetta*, in *C.E.D.*, n. 275314-01. Nella giurisprudenza di merito, la via della disapplicazione in mitius del minimo edittale (della pena reclusiva) è stata seguita, sempre in un caso di market abuse, in Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org* (ultimo accesso: 30 giugno 2020).

³⁴⁵ Corte cost., sent. 24 giugno 1992, n. 299, con nota di GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss..

4.2.5. Problemi nell'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi convenzionali ed europei.

I perduranti profili di attrito con la garanzia fondamentale, talvolta risolti dalla giurisprudenza comune attraverso la disapplicazione del minimo edittale, meritano certamente di essere adeguatamente considerati dal legislatore, da cui soltanto potrebbero provenire mirati interventi normativi di riforma, in relazione ai singoli sistemi punitivi, capaci di dare piena soddisfazione alle istanze di tutela emerse nelle sedi sovranazionali, confermando la logica del cd. doppio binario, cui dovrebbero apportarsi le modifiche atte a coordinare, sotto i vari profili interessati, il processo penale e il procedimento sanzionatorio extra-penale, ovvero, in alternativa, superando tale logica e affidando la repressione delle condotte illecite in questione a un'unica risposta sanzionatoria. Ma, in attesa di una siffatta riforma legislativa, qualunque giudice, investito di un giudizio suscettibile di costituire un *bis in idem*, in quanto esso sia privo di un'adeguata *connessione* con l'altro giudizio già conclusosi, *dovrebbe* – se l'ambito ordinamentale riguardato non rientra nelle sfere di competenza europea – o *potrebbe* – se si versa in un settore di rilevanza europea – sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale, diversa da quello su cui la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi.

4.2.5.1. Excursus: la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* sui cd. doppi binari punitivi.

In proposito, non risulta priva di interesse l'analisi dell'esperienza francese, nella quale, diversamente da quanto accaduto in quella italiana, il *Conseil constitutionnel* ha invece avuto modo di sindacare nel merito la costituzionalità delle disposizioni nazionali che istituiscono sistemi sanzionatori di cd. doppio binario in vari settori dell'ordinamento, e segnatamente in materia di violazioni di norme di legge sulle entrate e sulle spese pubbliche³⁴⁶, di abusi di mercato³⁴⁷, di irregolarità nelle spese relative alla campagna

³⁴⁶ *Cons. const.*, dec. 24 ottobre 2014, n° 2014-423 QPC, *M. Stéphane R. et a.*; cfr. PELTIER V., *Infléchissement de la validation constitutionnelle des cumuls de sanctions pénale et administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2015, n° 1, 36-37.

³⁴⁷ *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n° 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, *M. John L. et a.*; cfr. BUTTON A., *Droit penal des affaires – Délit d'initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in

elettorale per la Presidenza della Repubblica³⁴⁸ e di illeciti tributari³⁴⁹.

Nelle decisioni intervenute sulla problematica, il cumulo di sanzioni amministrative e penali è sempre stato scrutinato in riferimento ai parametri costituzionali interni di sussidiarietà del diritto penale e di proporzionalità delle pene, riconosciuti dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789³⁵⁰, garanzie che nell'assetto costituzionale francese trovano applicazione, anche oltre i confini del diritto penale, rispetto a ogni sanzione avente carattere afflittivo: nel percorso motivazionale e decisorio non si rinviene, invece, alcun esplicito riferimento alle garanzie convenzionali ed europee, né ad affermazioni della Corte EDU o della Corte di Giustizia.

L'approccio seguito nell'esame delle questioni di costituzionalità ha valorizzato la specifica configurazione dei singoli sistemi punitivi in questione, e ha attribuito particolare rilievo alle modalità con cui si realizza, negli ambiti interessati, il cumulo di procedimenti e di sanzioni. È in tale prospettiva che si spiegano, anche in questo caso, le diverse conclusioni raggiunte dal Giudice costituzionale francese in riferimento ai differenti sistemi sanzionatori: se, da un lato, si è avuta la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni che sancivano il cumulo nell'ambito del *market abuse* per la riconosciuta coincidenza degli apparati sanzionatori amministrativo e penale³⁵¹, che ha portato a un adeguamento del sistema in via legislativa³⁵²; da un altro lato, la disciplina

Revue pénitentiaire et de droit pénal, aprile-giugno 2015, n°2, 367-370; STASIAK F., *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aprile-giugno 2015, n° 2, 374-378.

³⁴⁸ *Cons. const.*, dec. 17 maggio 2019, n° 2019-783, *M. Nicolas S.*

³⁴⁹ *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, *M. Alec W. et a.*; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, *M. Jérôme C.*; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, *M. Patrick S.*; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, *M. Thomas T.*; cfr. DETRAZ S., *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n° 27, 49-53; PELLETIER M., *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n° 30-35, 3-5; SALOMON R., *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, *ivi*, 26-28; PELTIER V., *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n° 9, 43-44; ROBERT J.-H., *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n° 1, 39-40.

³⁵⁰ Atto normativo in vigore non solo per il richiamo operato nel Preambolo della vigente Costituzione francese del 4 ottobre 1958, ma anche per il valore prescrittivo a esso riconosciuto, in virtù di tale richiamo, dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*.

³⁵¹ *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n° 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, *cit.*, punti 24-28.

³⁵² È stato introdotto, in particolare, un meccanismo di coordinamento fra azione penale condotta dal Procuratore della Repubblica e azione condotta dall'Autorità dei Mercati Finanziari (AMF) tale da precludere che un medesimo fatto di abuso del mercato possa dare luogo a un duplice procedimento

legislativa concernente gli altri sistemi di doppio binario ha formalmente «superato» il sindacato di legittimità costituzionale³⁵³.

È significativo, però, rilevare che, in queste ultime occasioni, non si è esclusa *tout court* l'incostituzionalità della normativa nazionale, ma si è invece adottata la tecnica della *réserve d'interprétation*, riconoscendosi che la medesima normativa non contrasta con i principi costituzionali nella misura in cui sia garantito il rispetto di tre «condizioni» volte ad assicurare la complementarità e la convergenza delle risposte punitive. Tale schema decisorio è ben evidenziato nelle decisioni concernenti il sistema di doppio binario in materia fiscale³⁵⁴, nelle quali si è evidenziato come il principio costituzionale di sussidiarietà del diritto penale imponga il divieto di pronunciare sentenza penale di condanna per condotte di frode fiscale, qualora una sentenza definitiva resa da un'autorità giurisdizionale abbia escluso, nel merito, la debenza dell'imposta cui si riferirebbe la contestazione penale, in tal modo richiedendosi un pur minimo coordinamento nell'accertamento del *fatto tributario*³⁵⁵. Si è, poi, chiarito che la previsione di un cumulo di risposte sanzionatorie, amministrative e penali, in tale ambito trova giustificazione nell'esigenza, di rilievo costituzionale, di assicurare un'adeguata protezione agli interessi finanziari dello Stato e di garantire l'uguaglianza di trattamento nel prelievo tributario³⁵⁶; e che tale previsione non si pone in contrasto con il principio di *extrema ratio* del diritto penale, a condizione che il cumulo di sanzioni sia eventuale e si realizzi solamente nelle sole ipotesi di illecito, risultanti in un'evasione fiscale, da ritenersi più gravi in ragione dell'entità delle somme non versate a titolo di imposta o dei caratteri delle condotte poste

sanzionatorio, come rilevato in C.Edu, *Nodet c. Francia*, ric. n. 47342/14, 6 giugno 2019, in cui si riconosce la violazione del *ne bis in idem* convenzionale rispetto a procedimenti anteriori alle modifiche sopravvenute.

³⁵³ MASCALA C., *Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale: deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 22 septembre 2016, n° 31, 1839-1841.

³⁵⁴ Sul tema, PELLETIER M., *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n° 13, 20 ss.

³⁵⁵ *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punto 13; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punto 13; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 11.

³⁵⁶ *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punti 17-20; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punti 17-20; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punti 15-18.

in essere³⁵⁷. Infine, si è affermato che allorché, in tali ipotesi, l'instaurazione di due distinti procedimenti possa condurre alla congiunta applicazione di sanzioni di diversa natura, il principio di proporzionalità delle pene richiede che la misura complessiva delle sanzioni irrogate non superi il massimo edittale comminato dal legislatore per la figura di illecito più grave³⁵⁸.

Emerge con evidenza, quindi, come l'assenza di profili di illegittimità costituzionale di norme che diano luogo a un cd. doppio binario sanzionatorio nella materia tributaria – così come negli altri settori rispetto ai quali sono state adottate analoghe pronunce, ossia quelli relativi a violazioni della disciplina sulle entrate e sulle spese pubbliche e a irregolarità nelle spese relative alla campagna elettorale per la Presidenza della Repubblica – si giustifichi solo in presenza di un adeguato *coordinamento* dei due apparati sanzionatori, sia sul piano *processuale* che su quello *sostanziale*: sotto il primo aspetto, si evidenzia la necessità di evitare contraddizioni nell'accertamento dei fatti; quanto al secondo, si richiede di limitare il cumulo di procedimenti e di sanzioni alle fattispecie di maggiore gravità, e comunque di assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio³⁵⁹.

Spostandosi su di un piano più generale, quindi, per quanto il sindacato di costituzionalità sia stato condotto esclusivamente in riferimento a principi costituzionali interni, sembra impossibile non notare come le decisioni del *Conseil constitutionnel* rievochino i concetti di *connessione* e di *coordinazione* definiti nella giurisprudenza delle Corti europee rispetto al divieto di *bis in idem* in materia *penale*, e rispondano ad istanze di tutela analoghe³⁶⁰, cui il Giudice costituzionale francese ha inteso dare soddisfazione,

³⁵⁷ *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punto 21; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punto 21; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 19.

³⁵⁸ *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n° 2016-545 QPC, cit., punto 24; dec. 24 giugno 2016, n° 2016-546 QPC, cit., punto 24; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC, cit., punto 22.

³⁵⁹ Cfr. DETRAZ S., *Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, luglio-settembre 2016, n° 3, 633-636; FOUQUET O.- HATOUX B., *Cumul des sanctions fiscales et pénales possible pour les cas de fraude les plus graves*, in *Revue de droit fiscal*, 18 maggio 2017, n° 20, 62-66.

³⁶⁰ Esamina le decisioni del *Conseil constitutionnel* sul cumulo sanzionatorio in materia tributaria, anche alla luce della giurisprudenza delle Corti europee, DETRAZ S., *La pérennisation jurisprudentielle du*

distinguendo fra singoli sistemi punitivi interessati e, fatta eccezione per la disciplina del *market abuse*, seguendo una via interpretativa che ha «condizionato» la dichiarazione di conformità a Costituzione alla sussistenza di elementi di raccordo fra i procedimenti sanzionatori.

4.2.5.2. Le difficoltà di un intervento da parte della Corte costituzionale.

Anche un ipotetico intervento da parte della Corte costituzionale non potrebbe che confrontarsi con la complessità delle valutazioni che il diritto giurisprudenziale sovranazionale richiede ai fini del rispetto della garanzia del *ne bis in idem*.

Senonché risulta alquanto difficoltoso strutturare una questione di costituzionalità tale da consentire il superamento degli ostacoli che si frappongono a un siffatto intervento volto a risolvere le problematiche derivanti dall'operare di sistemi di cd. doppio binario punitivo: ostacoli, già manifestatisi nelle pronunce esaminate, che sono ravvisabili principalmente nella necessità di considerare le peculiarità di ciascun sistema sanzionatorio e nell'assenza di una *via* univoca e costituzionalmente obbligata idonea ad assicurare l'adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi sovranazionali.

Da questo punto di vista, non appare convincente, infatti, il modo con cui si è finora tentato di promuovere un giudizio di costituzionalità nella materia, visto che la maggior parte delle questioni di legittimità costituzionale sollevate ha interessato, come si è illustrato, l'art. 649 c.p.p., che sancisce un divieto assoluto di secondo giudizio *penale* su fatti già oggetto di un precedente giudizio, quando invece la nuova configurazione del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo non pone in alcun modo una siffatta rigida preclusione alla celebrazione di più procedimenti sanzionatori rispetto a una medesima condotta illecita, salvo che si rientri nella cd. *hardcore criminal law*.

Un *primo* aspetto controverso da tenere in considerazione ai fini della proposizione di nuovi dubbi di costituzionalità attiene, quindi, proprio alla *riferibilità* del singolo, e specifico, sistema punitivo oggetto di considerazione *al cd. nocciolo duro del diritto penale*, una nozione apparsa nella giurisprudenza convenzionale, e ripresa nella

cumul des répressions fiscale et pénale, in *Revue de droit fiscal*, 13 marzo 2019, n° 11, 49-54.

giurisprudenza costituzionale senza che mai se ne sia fornita una chiara definizione³⁶¹. L'assenza di indicazioni certe sul punto lascia ampi spazi alle autorità giurisdizionali precedenti in vista di tale valutazione, dai cui esiti dipende il riconoscimento dell'operatività del *ne bis in idem* nella versione, per così dire, *rigorosa* ovvero in quella *attenuata*.

Solo in quest'ultima ipotesi, e cioè allorché si escluda il rilievo della cd. *hardcore criminal law*, occorrerebbe procedere alla verifica del grado di *coordinamento* fra il processo penale ed il procedimento sanzionatorio extra-penale, secondo i diversi *indici sintomatici* già precedentemente descritti. Ed è proprio sotto questo aspetto che assumono pregnanza sia, sul piano astratto, gli istituti di raccordo processuale e sostanziale previsti dal legislatore specificamente rispetto al singolo sistema punitivo riguardato sia, sul piano concreto, le modalità di applicazione della normativa nazionale e gli esiti cui tale applicazione condurrebbe nel caso di specie oggetto di considerazione. Siffatta verifica palesa, quindi, particolari profili di incertezza, consistendo in un giudizio complessivo di elementi fra di loro eterogenei da condursi, sostanzialmente, in assenza di chiarimenti circa lo *standard* – per così dire, il *quantum* – di *connessione* sufficiente ai fini del rispetto della garanzia sovranazionale, e circa il «peso» che ciascuno dei predetti indici sintomatici può o deve assumere.

Ma, pure ammettendo che tali difficoltà possano essere superate, e che i profili di incompatibilità con la garanzia convenzionale ed europea possano dirsi derivanti dalle norme interne regolanti un determinato sistema punitivo in quanto esse precludano in via generale il configurarsi di un'adeguata connessione fra procedimenti, in tal caso, si dovrebbe anzitutto verificare la possibilità di interpretare le disposizioni rilevanti in modo da assicurare il rispetto della garanzia convenzionale ed europea. Si è visto, infatti, come, con la *sentenza n. 145 del 2020*, la Corte costituzionale abbia rigettato la questione di costituzionalità, reputando praticabile un'interpretazione della norma sanzionatoria extra-penale tale da escluderne l'operatività nell'ipotesi in considerazione nel giudizio *a quo*, con ciò precludendo il configurarsi di un cd. doppio binario sanzionatorio, e di un conseguente cumulo punitivo, e quindi facendo venire meno in radice i dubbi di

³⁶¹ Sul tema, cfr. anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 108 ss..

costituzionalità rispetto alla garanzia convenzionale ed europea del *ne bis in idem*.

Laddove, però, siffatti attriti non siano risolvibili già sul piano interpretativo – e men che meno possano essere risolti con un’interpretazione orientata che «neutralizzi» uno dei due «binari» sanzionatori – sovverrebbero comunque dubbi ulteriori rispetto alla individuazione della norma (o delle norme) da sottoporre al sindacato di costituzionalità e al tipo di richiesta da rivolgere alla Corte costituzionale. In effetti, con riguardo alla delimitazione della questione di costituzionalità, si potrebbe, al più, ipotizzare la prospettazione di profili di incostituzionalità sull’insieme delle disposizioni, il «combinato disposto», regolanti i rapporti fra processo penale e procedimento extra-penale proprio sotto quello specifico aspetto o, a seconda dei casi, quegli specifici aspetti del coordinamento che, in tesi, sembrano difettare nel caso concreto. Si è visto che, al riguardo, la casistica giurisprudenziale – si fa riferimento ai descritti orientamenti della giurisprudenza comune – si è finora concentrata esclusivamente sulla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, e quindi in tale ipotesi la questione di costituzionalità potrebbe riguardare le norme sanzionatorie applicabili nel procedimento in corso di celebrazione. Ma non può escludersi che anche altri ambiti di disciplina possano venire valorizzati, anche quando in ipotesi il criterio della complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio risulti integrato: difatti, come ha avuto modo di chiarire la stessa Corte costituzionale nella già menzionata *sentenza n. 145 del 2020*, tale criterio, pur essendo di preminente importanza, non può costituire l’«unica ragione giustificatrice» della duplice punizione prevista dal sistema sanzionatorio nazionale³⁶².

Quanto, poi, al contenuto dell’intervento richiesto, per le ragioni che si sono espone sembra che solo una *pronuncia additiva di principio* possa consentire alla Corte costituzionale di ricomporre, seppure con alcune criticità, gli attriti fra il singolo sistema repressivo teso a presidiare un particolare settore dell’ordinamento interno e il divieto di *bis in idem*, nella sua versione *attenutata* convenzionale ed europea, senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore, particolarmente ampia in riferimento sia al diritto processuale sia al diritto punitivo sostanziale: la Corte, cioè, potrebbe limitarsi a indicare

³⁶² Cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit., n. 6 *Cons. dir.*.

il «principio» sulla cui base i giudici, sempre in mancanza ed in attesa di un intervento del legislatore nella materia, potrebbero individuare nel caso concreto soluzioni conformi alla garanzia sovranazionale.

4.2.6. La configurazione e l'operatività di sistemi di cd. doppio binario sanzionatorio fra *diritto legislativo, diritto giurisprudenziale e diritti fondamentali.*

In esito all'analisi svolta può quindi riconoscersi che le problematiche determinate dalla coesistenza e dal concorso di diversi apparati sanzionatori non appaiono risolvibili attraverso considerazioni generali, o comunque «generalizzanti», risultando, al contrario, necessaria l'adozione di un approccio adeguato a tenere in considerazione le specificità strutturali di ciascun sistema punitivo. Il tema, dunque, non può che essere affrontato muovendo da una verifica della sussistenza di un adeguato collegamento fra l'apparato sanzionatorio appartenente al diritto amministrativo e quello di tipo penalistico, da condursi non tanto, e non solamente, in astratto, alla luce del quadro normativo rilevante, quanto soprattutto attraverso un apprezzamento dei risultati realizzatisi nel caso concreto, in virtù dell'applicazione della disciplina punitiva.

Nel nostro ordinamento questa verifica è affidata, in prima battuta, alla giurisdizione comune, chiamata a interpretare il diritto nazionale in modo conforme ai principi costituzionali, così come alle garanzie convenzionali ed europee; ed assume i connotati di un giudizio di proporzionalità. I contorni e i possibili esiti di tale giudizio risultano, però, un poco sfocati: non solo, come si è appena visto, i confini indefiniti degli elementi da valutarsi ai fini dell'accertamento sulla sussistenza di una *connessione/coordinazione* fra gli ambiti sanzionatori attribuiscono ai giudici precedenti margini operativi piuttosto ampi, rendendo incerti i caratteri del giudizio medesimo; ma altrettanto incerte sono le conseguenze che gli stessi giudici dovrebbero trarre, una volta riconosciuta eventualmente l'impossibilità di assicurare il rispetto dei predetti criteri di *connessione/coordinazione* attraverso un'adeguata interpretazione, e applicazione, del diritto nazionale, imponendosi, sotto questo aspetto, la distinzione di due diverse ipotesi.

In primo luogo, allorché il doppio binario sanzionatorio sia previsto in una materia

estranea alla competenza del diritto dell'Unione europea³⁶³, la disciplina legislativa interna che non consenta al giudice comune di garantire, neppure in via ermeneutica, una *sufficiente connessione* fra i procedimenti avviati nei confronti di una stessa persona, e che in particolare non impedisca il realizzarsi di esiti sanzionatori sproporzionati, si porrebbe in contrasto con il divieto di *bis in idem* convenzionale; e sarebbe giocoforza sollevare una questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni nazionali che determinino tale preclusione, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU, come interpretato nella conferente giurisprudenza della Corte europea dei diritti³⁶⁴. In tal caso, la formulazione della questione dovrebbe essere volta a dare soddisfazione alle esigenze di coordinamento sorte rispetto allo specifico cumulo di procedimenti e di sanzioni rilevante nel giudizio, e non aspirare a risolvere, in via generale, i rapporti fra processo penale e procedimenti sanzionatori di altra natura³⁶⁵.

In secondo luogo, qualora si rientri, invece, in un settore riconducibile a pieno titolo all'ambito del diritto europeo³⁶⁶, e la relativa disciplina nazionale presenti problematiche analoghe a quelle appena descritte, rendendo impossibile il rispetto dei requisiti di *coordinazione* indicati in riferimento all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla diretta applicabilità del diritto riconosciuto da quest'ultima disposizione dovrebbe discendere il potere del giudice nazionale di *non*-applicare le norme interne con la stessa contrastanti. Senonché, questa opzione decisoria, ove

³⁶³ Ad esempio, la materia dell'omesso versamento di ritenute d'imposta, come riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea: cfr. C. giust. UE, ord. 15 aprile 2015, causa C-497-14, *Burzio*.

³⁶⁴ Nella giurisprudenza di merito si segnalano decisioni in cui si era ritenuto di poter interpretare l'art. 649 c.p.p. in modo conforme alla garanzia convenzionale, nel senso che la chiusura in via definitiva di un procedimento «convenzionalmente» penale dovesse precludere la celebrazione di un secondo procedimento penale: cfr. Trib. Asti, Sez. pen., sent. 10 aprile 2015, in *giurisprudenzapenale.com*, 2015, annullata da Cass. pen., Sez. III, sent. 21 aprile 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25815, *P.G. in proc. Scagnetti*, in *C.E.D.*, n. 267301-01; e, in materia non tributaria, Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, in *penalecontemporaneo.it*, 2014 (e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, ultimo accesso: 30 giugno 2020), pronuncia poi annullata da Cass. pen., Sez. II, sent. 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017, n. 9184, *P.G. in proc. Pagano*, in *C.E.D.*, n. 269237-01).

³⁶⁵ In altre parole, la questione dovrebbe essere tecnicamente riferita alla presunta incostituzionalità del complesso delle norme applicabili «nella parte in cui non consentono» un adeguato coordinamento.

³⁶⁶ Ad esempio, la materia dell'omesso versamento dell'IVA.

perseguita, determinerebbe il sorgere di difficoltà ulteriori, derivante dalla – già segnalata – peculiare configurazione della antinomia, che non può essere risolta con la semplice applicazione della norma europea, sancendo, quest’ultima, un diritto fondamentale immediatamente applicabile, ed essendo pertanto insuscettibile di fornire al giudice la regola del decidere sulla fattispecie di cui egli sia investito. In tale ipotesi, la valutazione circa la compatibilità con il diritto europeo si presenta particolarmente complessa, trattandosi di stabilire se l’applicazione di norme interne, le uniche riferibili espressamente alla fattispecie oggetto di esame, determini, nel caso concreto, incisioni della garanzia fondamentale; e, nell’eventualità di ritenuto contrasto, la *non*-applicazione, anche solo parziale, della norma interna imporrebbe al giudice di rinvenire altre norme suscettibili di disciplinare la stessa fattispecie, con il (mero) vincolo finalistico di assicurare il rispetto della medesima garanzia.

Per altro verso, inoltre, lo strumento della disapplicazione parrebbe in un certo qual modo collidere con la prospettiva della Corte costituzionale italiana, la quale, a partire dal celebre *obiter dictum* contenuto nella sentenza *n. 269 del 2017*, richiede – come si è illustrato³⁶⁷ – che i giudici comuni procedano prioritariamente alla sollevazione della questione di costituzionalità di disposizioni nazionali che, in un ambito di rilevanza europea, appaiano in contrasto con diritti sanciti sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Per concludere, quindi, l’attuale declinazione del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo, e la sua applicazione alle ipotesi di doppio binario, risponde certamente a meritorie esigenze di giustizia, perseguendo l’obiettivo di impedire che la sottoposizione a più procedimenti sanzionatori, o l’inflizione di sanzioni di diversa natura formale, possa condurre ad esiti incongruenti *per eccesso* rispetto alla gravità del fatto illecito posto in essere. Senonché, la «latitanza» del legislatore nell’adeguare i sistemi punitivi interni in coerenza rispetto alle indicazioni provenienti dalle Corti sovranazionali finisce per far ricadere sulla giurisdizione, in particolar modo quella comune, il difficile compito di assicurare il soddisfacimento di tali istanze di tutela: un compito che si apre ad ampi spazi di scelta e di “discrezionalità” quanto al riconoscimento delle norme da applicare, alla

³⁶⁷ Si veda *supra*, Cap. introduttiva, § 4.

interpretazione di esse e, quindi, alla individuazione della soluzione del caso concreto³⁶⁸.

³⁶⁸ La progressiva estensione degli ambiti interessati da esigenze di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali rappresenta, in effetti, uno dei fenomeni che hanno accresciuto la «complessità della realtà» in cui deve svolgersi l'attività giurisdizionale: in proposito, ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, 2015, fasc. 2276, 86-88.

CONCLUSIONI

Il diritto punitivo si è rivelato essere un ambito materiale «privilegiato» per l'osservazione dell'evoluzione dei rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, evidenziando con particolare forza espressiva il progressivo rilievo assunto dal secondo sotto diversi e molteplici profili. La dinamica, che è di più ampio respiro, investendo anche altri settori dell'ordinamento, e che è dovuta al concorso di vari fattori, differenti e talvolta paralleli, seppure convergenti, trova una delle proprie ragioni nella crescente e pervasiva incidenza, sul piano interno, della giurisprudenza delle Corti europee, che ha largamente interessato la materia.

Le pronunce convenzionali ed europee hanno riguardato questioni interpretative e applicative di notevole significato in relazione a istituti centrali del diritto punitivo in senso lato e ad aspetti essenziali delle garanzie fondamentali che sono tradizionalmente ricollegate all'esercizio di poteri punitivi, le quali sono per solito definite come penalistiche, in quanto originariamente elaborate nel settore ordinamentale in cui si è storicamente previsto l'intervento di conseguenze sanzionatorie per la repressione di condotte illecite. La prospettiva accolta nel contesto sovranazionale risponde – anche per motivi di carattere pratico, quale è l'esigenza di interpretare e applicare testi giuridici suscettibili di trovare operatività rispetto a casi sorti in ordinamenti giuridici dissimili – a logiche di natura sostanzialistica, le quali finiscono talvolta per collidere con le categorie giuridiche principalmente formalistiche e, per così dire, processualistiche che ancora informano, tutt'oggi, l'ordinamento italiano, e in particolare la disciplina dei sistemi punitivi.

La problematica è emersa, anzitutto, nell'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti, che ha dato vita a un proprio linguaggio giuridico concretizzantesi nell'elaborazione di nozioni non sempre coincidenti con i corrispettivi concetti

implementati dal legislatore e dai giudici nazionali, oltre che tematizzati dalla relativa dottrina. A questa prospettiva non si sono sottratti i diritti e le libertà di stampo penalistico tutelati nel sistema convenzionale, il cui perimetro applicativo, il cui contenuto e la cui portata sono stati oggetto di articolati sviluppi ermeneutici in senso prevalentemente estensivo. Le linee evolutive analizzate hanno riguardato le cd. nozioni autonome di «materia penale», comprensiva anche del diritto sostanzialmente punitivo, e di «base legale», le cui caratteristiche di accessibilità e prevedibilità sono valutate anche alla luce della stabilità e chiarezza delle interpretazioni giudiziarie, e hanno condotto altresì a innovativi approdi rispetto al contenuto delle medesime garanzie, come si è verificato in riferimento al principio del *ne bis in idem*, con l'implementazione di un criterio, la *sufficiente connessione* fra procedimenti sanzionatori, non desumibile dal tenore letterale della disposizione convenzionale.

Non meno significativi sono i profili di interazione fra sistemi punitivi nazionali e giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la quale, con l'evoluzione dei Trattati istitutivi e con l'estensione degli ambiti di competenza assegnati alle istituzioni e ad atti dell'Unione europea, ha visto accresciute le occasioni per un suo intervento, principalmente a séguito di rinvii pregiudiziali interpretativi, per giudicare del contenuto e della portata di testi normativi di diritto europeo, secondario e primario, incidenti a vario titolo, direttamente ovvero indirettamente, sull'operatività e sull'applicazione di norme punitive nazionali. In effetti, il riconoscimento della incompatibilità europea di una certa interpretazione della disposizione interna da applicarsi nel giudizio in corso di celebrazione o, in alternativa, l'accertamento della incompatibilità della stessa disposizione nella sua interezza (una conclusione che può ricavarsi dal dispositivo delle pronunce europee, in cui si afferma che una data norma europea «osta» o «non osta» all'applicazione della norma nazionale rilevante nel giudizio principale) sono suscettibili di determinare effetti espansivi o riduttivi sull'area di punibilità, effetti il cui dispiegarsi nei singoli casi concreti implica un'attenta valutazione sul piano interno, da parte delle giurisdizioni nazionali, in considerazione del contenuto, favorevole o sfavorevole, degli stessi, così come della tipologia e delle caratteristiche della norma di diritto europeo con cui si realizza il contrasto. Peculiari difficoltà, da questo punto di vista, sono sorte per il configurarsi di nuove ipotesi di antinomia del diritto interno con norme di diritto europeo,

direttamente applicabili o dotate di effetti diretti, le quali non rechino alcuna disciplina della materia interessata, ma si limitino a prevedere un vincolo di risultato (come può essere, per restare a casi studiati nel lavoro, la repressione adeguata di talune condotte illecite, al centro della vicenda *Taricco*) ovvero il necessario rispetto di una determinata garanzia fondamentale (quale, ad esempio, la garanzia del *ne bis in idem*), così dando luogo a particolari problemi, ravvisabili nell'esigenza, per il giudice nazionale, di rinvenire le norme interne la cui eventuale applicazione, nel singolo giudizio, pregiudichi detto risultato e, al contempo, di individuare altre norme interne che possano adeguatamente disciplinare la materia.

Nel contesto della materia punitiva di notevole rilievo sono, quindi, le conseguenze derivate e derivanti dall'ingresso nell'ordinamento nazionale del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo, secondo schemi e costruzioni definite anzitutto dalla Corte costituzionale, anche in dialogo, reale o apparente, per quanto concerne i rapporti con il diritto europeo, con la Corte di Giustizia UE. Le ricadute della giurisprudenza delle Corti europee trovano espressione, fra l'altro, nell'operato delle giurisdizioni nazionali, le quali, in quanto organi statali, sono chiamate, ciascuna nell'esercizio dei propri poteri ed entro i limiti e i confini degli stessi, ad assicurare il rispetto, da parte dello Stato italiano, degli obblighi internazionali: da un lato, in riferimento al sistema del Consiglio d'Europa, esse non solo sono talvolta interessate dalla eventuale fase interna di esecuzione di una sentenza dichiarativa di una lesione di una qualche garanzia fondamentale, ma sono altresì tenute ad «applicare» le norme della CEDU, o, meglio, a evitare che talune interpretazioni e applicazioni delle disposizioni nazionali possano condurre a violazioni delle garanzie convenzionali, il che comporterebbe la responsabilità internazionale dello Stato; da un altro lato, quanto ai rapporti con il diritto europeo, esse sono chiamate a farne applicazione in prima battuta, eventualmente formulando rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia, e, al ricorrere delle previste condizioni, anche «disapplicando» (*recte*, non-applicando) il diritto interno con esso contrastante, o sollevando, nel caso, questioni di legittimità costituzionale.

In tal senso, la necessità o, se si vuole, l'obbligo per le giurisdizioni nazionali di avere riguardo della giurisprudenza delle Corti europee, anche in vista dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme punitive interne, presuppone, e anzi richiede, la capacità di

«governare» la complessità di un sistema di tutela dei diritti fondamentali, come si suole definire, multilivello, che esige particolare precisione nella distinzione fra i diversi piani, ai fini della definizione delle ricadute interne della giurisprudenza convenzionale ed europea. Le autorità giudiziarie nazionali, quindi, devono sapersi confrontare sempre più con un diritto che è di matrice giurisprudenziale, sia comprendendone il relativo linguaggio proprio, composto da nozioni cd. autonome, sia interpretando le singole pronunce rilevanti, o il complesso di pronunce rilevanti, mediante metodi ermeneutici diversi da quelli tradizionalmente usati sul piano nazionale per l'interpretazione del diritto legislativo. Su tutti, viene in rilievo la tecnica del cd. *distinguishing*, che postula anzitutto l'accertamento dell'identità o della similitudine, ovviamente per i profili che interessano in vista della decisione, fra la situazione di fatto cui il precedente giudiziario si riferisce e la situazione in esame oggetto del giudizio in corso di svolgimento.

L'irrompere, nel significato appena delineato, della giurisprudenza convenzionale ed europea, ha contribuito e contribuisce, unitamente ad altri elementi, alla generale tendenza di «rafforzamento» della giurisdizione (*recte*, delle giurisdizioni) rispetto agli altri poteri, e in particolare rispetto alla legislazione. Lo studio che si è condotto ha dimostrato in che termini la giurisprudenza sovranazionale abbia fornito un apporto decisivo agli sviluppi, soprattutto nell'ultimo decennio, evidenziati dallo svolgersi del sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte compiute dal legislatore nella materia punitiva, in cui era tradizionalmente ampia la sfera riservata alla discrezionalità legislativa – sull'*an*, sul *quomodo* e sul *quantum* della punizione – e corrispettivamente più ristretto era il margine per l'operare del controllo di costituzionalità.

Le garanzie convenzionali e il diritto europeo, come interpretati nelle pertinenti pronunce giurisprudenziali, hanno rappresentato vincoli ulteriori all'esplicarsi dell'attività legislativa, non sempre coincidenti con la tradizionale protezione offerta dalle garanzie costituzionali interne. Proprio siffatti innovativi contenuti garantistici hanno concorso a un ampliamento delle possibilità di intervento della giurisdizione costituzionale nell'ambito del diritto punitivo, anche in riferimento a questioni e problematiche rispetto alle quali detto intervento veniva in precedenza ritenuto pacificamente precluso, in virtù di elaborazioni, accolte dalla stessa Corte costituzionale nel fluire della propria giurisprudenza, espressive di una logica che può definirsi di

autolimitazione dei propri poteri, e preclusive di sconfinamenti verso scelte politiche riservate al legislatore.

L'incidenza del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo sull'esercizio del sindacato di costituzionalità ha trovato emersione, nel campo ordinamentale osservato, lungo due diverse ma concorrenti direttrici, che hanno riguardato, per un verso, il momento della interpretazione delle norme atte a costituire parametro di costituzionalità e, per un altro verso, il momento della decisione in sé considerata, e cioè il momento della individuazione della soluzione idonea a rimuovere i prospettati profili di illegittimità, derivanti, anche o soltanto, dalla incompatibilità con le garanzie recate dalla CEDU o con il diritto dell'Unione europea. Con riguardo al primo aspetto, non può che sottolinearsi come le pronunce convenzionali ed europee abbiano talvolta costituito, ciascuna con le proprie peculiarità, elementi ineludibili nel giudizio di costituzionalità, assumendo rilievo sia in via diretta allorché i vizi di legittimità siano stati sollevati con riferimento ai parametri costituzionali atti a consentirne l'ingresso nell'ordinamento interno (vale a dire, l'art. 117, primo comma, Cost. e, per il solo diritto europeo, anche l'art. 11 Cost.), sia in via indiretta fornendo la base, non sempre esplicitata, per un «arricchimento» contenutistico delle garanzie costituzionali interne, corrispondenti a quelle convenzionali ed europee cui si riferivano gli approdi giurisprudenziali valorizzati. Sotto il secondo profilo, la necessità di assicurare il rispetto di quegli obblighi convenzionali ed europei che la disposizione legislativa censurata avrebbe, in tesi, violato ha offerto occasioni nuove per l'intervento del sindacato di costituzionalità sulle scelte punitive, mettendo in discussione anche opzioni legislative piuttosto consolidate nell'ordinamento nazionale.

Di fronte alle istanze di tutela assicurate nel diritto giurisprudenziale sovranazionale, l'atteggiamento della Corte costituzionale è stato diverso a seconda della garanzia oggetto di considerazione e delle specifiche e particolari problematiche cui il riconoscimento della medesima garanzia avrebbe dato luogo in rapporto alla disposizione nazionale di volta in volta interessata dalla questione di costituzionalità portata alla sua attenzione. L'esame dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha messo in luce come sia superficiale tentare di pervenire a conclusioni generiche o assolute, dovendosi invece rilevare, accanto a esempi definibili come di virtuosa contaminazione fra garanzie sovranazionali e garanzie nazionali (e, se si vuole, fra categorie giuridiche e fra linguaggi

diversi), la persistenza di profili di attrito irrisolti, la cui ricomposizione è ancora oggetto di discussione nella letteratura scientifica e di dubbi interpretativi nella prassi giudiziaria.

Nel primo novero di ipotesi rientra certamente l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in merito ai confini applicativi del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., la cui espansione, come si è illustrato, ha seguito una prospettiva diversificata, interessando alcuni soltanto dei corollari da detto principio tradizionalmente ricavabili, in ragione della relativa differente *ratio* giustificatrice. In tale ottica, l'estensione del perimetro di riferimento anche al diritto sostanzialmente punitivo si è affermata in relazione a quelle garanzie, vale a dire i principi di irretroattività e di determinatezza, che mirano a tutelare in via primaria la libera autodeterminazione individuale, assicurando la conoscibilità delle condotte qualificate come illecite dall'ordinamento e del relativo trattamento sanzionatorio: una conclusione, questa, che ha risentito, per espresso riconoscimento del Giudice delle leggi, degli approdi della giurisprudenza sovranazionale, convenzionale ed europea, la quale attribuisce ampio rilievo alle esigenze di prevedibilità delle imputazioni e delle conseguenti sanzioni, a prescindere dall'etichetta formale conferita dal legislatore alla norma punitiva. Sempre nella stessa prospettiva, si spiega, al contrario, la mancata estensione al diritto sanzionatorio extra-penale della riserva di legge assoluta sancita dal medesimo art. 25, secondo comma, Cost., attenendo quest'ultima a un aspetto, il concorso delle diverse fonti del diritto nella regolazione della materia punitiva, invero secondario nelle letture sostanzialistiche sovranazionali.

Al riguardo l'influenza della giurisprudenza sovranazionale si è rivelata, dunque, nell'apertura, da parte della Corte costituzionale, all'utilizzo di criteri di giudizio sostanzialistici ai fini della definizione del campo applicativo del principio di irretroattività e di determinatezza delle norme punitive, volti, cioè, al riconoscimento della effettiva natura punitivo-afflittiva di un determinato istituto giuridico oltre la superficiale qualificazione legislativa. L'elaborazione e l'adozione di tali criteri, se ha certamente prospettato nuovi «spazi» di intervento per la giurisdizione costituzionale, ha determinato, al contempo, il collegamento della loro operatività a presupposti applicativi contraddistinti da una maggiore incertezza, i quali non sono stati sempre chiariti con precisione da parte dello stesso Giudice costituzionale.

Con specifico riguardo, poi, all'espansione della cornice operativa del divieto di irretroattività *in peius*, si deve rilevare che essa è avvenuta talvolta attraverso l'applicazione, sul piano interno, della garanzia convenzionale recata dall'art. 7 CEDU (non è stato finora attribuito particolare rilievo, a questo riguardo, all'art. 49 CDFUE) e dei relativi criteri di giudizio elaborati dalla Corte europea dei diritti (i cd. criteri *Engel*) per la «via» dell'art. 117, primo comma, Cost., talaltra invece mediante l'implementazione, da parte della medesima Corte costituzionale, di analoghi, ma non coincidenti, criteri sostanzialistici utili a circoscrivere la portata applicativa, sotto questo profilo, dell'art. 25, secondo comma, Cost., e cioè in riferimento alla garanzia costituzionale interna. Sebbene la giurisprudenza costituzionale non abbia, invero, sempre mostrato precisione nell'utilizzo dei predetti parametri di costituzionalità e nella indicazione dei relativi criteri interpretativi, è opportuno ribadire che le due garanzie, quella convenzionale e quella interna, per quanto animate da analoghe istanze di tutela, mantengono una propria autonomia, che deriva, peraltro, dalla diversità dei contesti in cui esse hanno trovato originariamente riconoscimento, e altresì dalla diversità dei soggetti «qualificati» deputati alla loro interpretazione, ossia, da un lato, la Corte europea dei diritti e, dall'altro, la Corte costituzionale (lo stesso discorso varrebbe anche per la Corte di Giustizia UE in rapporto alle norme di diritto europeo, e nello specifico rispetto alla CDFUE).

Proprio il rilievo autonomo delle differenti garanzie – nazionale, convenzionale ed europea –, oltre che la loro non perfetta sovrapponibilità, dovrebbe condurre la Corte costituzionale, sempre che ovviamente il remittente abbia evocato tali garanzie in concorso fra di loro, ad «applicare» nel giudizio di costituzionalità quella che rechi la tutela più intensa quando non tutte siano suscettibili di trovare operatività rispetto alla fattispecie in oggetto, secondo una prospettiva coerente con quella massima espansione delle tutele predicata dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Qualora, invece, le medesime garanzie possano, tutte, trovare applicazione, la Corte potrebbe farne un utilizzo congiunto, senza che, in quest'ultima ipotesi, possano peraltro rinvenirsi particolari ordini di priorità nella valutazione dei dubbi di costituzionalità in ragione del differente parametro considerato, come invece vorrebbero talune opinioni dottrinali.

Passando al secondo profilo di interesse esaminato, vistosi attriti con le prospettive

sovrnazionali sono, invece, emersi rispetto a una valorizzazione sul piano interno, ai fini dell'applicazione delle garanzie fondamentali di stampo penalistico, del concetto sostanziale di «base legale», come definito nelle pronunce convenzionali ed europee. Il ruolo protagonista assegnato al diritto giurisprudenziale nel contesto sovranazionale è, d'altra parte, coerente con l'angolo prospettico da cui muovono le Corti europee, e in particolare la Corte EDU, che pongono l'accento su istanze di tutela dei diritti fondamentali emergenti nei singoli casi concreti, attribuendo significato alla predeterminabilità dei risultati dell'esercizio di potestà punitive, da valutarsi avendo riguardo sia al diritto legislativo, e più in generale al cd. diritto scritto, sia al diritto giurisprudenziale. La giurisprudenza costituzionale interna non si è mostrata finora incline ad abbracciare tali prospettive sostanzialistiche e ad ampliare la portata delle rilevanti garanzie penalistiche nazionali alle dinamiche giudiziarie di interpretazione di leggi punitive, escludendo esplicitamente l'assimilazione del diritto di produzione giurisprudenziale al diritto legislativo, e rimarcando con motivazioni non scevre di critiche – come avvenuto, da ultimo, nel séguito interno della vicenda *Taricco* – la contrapposizione fra la nozione convenzionale di «base legale» e il principio interno della riserva di legge, in particolar modo per la *ratio* democratica di quest'ultima, invece assente nella garanzia sovranazionale.

Un terzo profilo meritevole di approfondimento si è, inoltre, manifestato nei «modi» di svolgimento del sindacato di costituzionalità sulla proporzionalità di norme sanzionatorie. La riproposizione nel campo del diritto punitivo extra-penale delle soluzioni innovative adottate rispetto a sanzioni propriamente penali – ossia, il superamento del limite delle cd. rime obbligate e di uno schema decisorio triadico, e dunque il passaggio da un giudizio di razionalità a un giudizio di ragionevolezza delle scelte legislative punitive – si è giustificata anche con il richiamo delle garanzie fondamentali sovranazionali e della relativa giurisprudenza, nel cui ambito la proporzionalità in senso stretto (e cioè, nel linguaggio della giustizia costituzionale interna, la ragionevolezza) di singole misure sanzionatorie, anche non formalmente penali, è stata vagliata con particolare rigore in relazione all'ingerenza nelle garanzie e nelle libertà fondamentali di volta in volta incise dal contenuto delle misure stesse.

Ma l'enfasi assegnata alla proporzionalità delle risposte punitive ha interessato altresì

complessi di sanzioni, tutte extra-penali (ciò che si è definito come cumulo punitivo omogeneo) ovvero penali ed extra-penali (cumulo punitivo eterogeneo). A essere posti in discussione, in quest'ultima prospettiva, sono stati i sistemi punitivi di cd. doppio binario, coinvolti dagli innovativi approdi ermeneutici cui sono pervenute le Corti europee in tema di *ne bis in idem*, approdi che sono stati presi in considerazione e accolti dalla giurisprudenza costituzionale – pur se non hanno finora condotto a declaratorie di incostituzionalità – e che impongono una complessiva valutazione, sul piano sostanziale, della proporzionalità del cumulo di sanzioni e, sul piano processuale, del coordinamento eventualmente sussistente fra i differenti giudizi sanzionatori: un concetto, quest'ultimo invero sfuggente, declinabile, con un poco di approssimazione, come proporzionalità-ragionevolezza del cumulo procedimentale.

Ora, avviandosi alla conclusione, può meglio comprendersi quanto si era accennato nella sede introduttiva, ossia che il diritto giurisprudenziale sovranazionale, per un verso, ha dato ingresso nell'ordinamento nazionale a garanzie fondamentali non corrispondenti a quelle interne, che si atteggiano nel giudizio costituzionale quali nuovi parametri interposti di costituzionalità, e, per un altro verso, ha costituito un argomento per l'affermazione di orientamenti interpretativi particolarmente garantistici anche rispetto all'operatività delle corrispondenti tutele costituzionali interne. Sul punto si è esaminata l'evoluzione avutasi rispetto ai corollari del principio di legalità penale e al principio di proporzionalità sanzionatoria, ma non può omettersi di segnalare che un'analoga evoluzione si è verificata anche in riferimento al principio della *lex mitior*, la cui portata è stata ampliata in modo da ricomprendere anche il diritto sanzionatorio extra-penale.

Lo studio, evidenziando l'incidenza della giurisprudenza convenzionale ed europea sullo svolgersi del sindacato di costituzionalità su norme punitive, ed enucleando i motivi per cui siffatta giurisprudenza possa definirsi come un fattore di «rafforzamento» della giurisdizione costituzionale, ha dato prova, esso stesso, della crescente centralità del diritto giurisprudenziale nel contesto della materia punitiva, penale ed extra-penale, e ha fornito, dunque, un'ulteriore conferma del processo di espansione del diritto di matrice giurisprudenziale rispetto al diritto di produzione legislativa. Il fenomeno analizzato, peraltro, si inserisce nel contesto di una più ampia tendenza evolutiva – dovuta al ricorrere di altri concorrenti fattori – che vede un marcato «interventismo» della Corte

costituzionale sulle scelte punitive e sanzionatorie del legislatore (ciò che è espressione, a tutti gli effetti, di un *judicial activism*) attraverso schemi decisorii innovativi anche sul piano processuale, inducendo a una riflessione complessiva sul ruolo, sulla legittimazione e i suoi poteri spettanti, nel nostro sistema, alla medesima Corte costituzionale. Inevitabile, qui, il riferimento al nuovo «genere» delle ordinanze di rinvio a data fissa, che ha significativamente trovato concretizzazione, ad oggi, in due occasioni, entrambe relative a questioni involgenti il diritto penale.

Ancor più in generale, la problematica si presta a essere istruita in termini di «rafforzamento», in rapporto alla legislazione, della giurisdizione, in un'accezione ampia e onnicomprensiva. Seppure solo «in controluce» – ma il tema meriterebbe specifico e ulteriore approfondimento – si è fatto cenno alla posizione e al ruolo assunto, nell'assetto costituzionale dei poteri dello Stato, dalla giurisdizione comune, cui la necessità di rapportarsi e confrontarsi, nell'esercizio della relativa attività, con il diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo, ha aperto nuovi «spazi» operativi e, in particolare, ha offerto ulteriori strumenti ermeneutici e ulteriori possibilità decisorie, moltiplicando i momenti, e ampliando i confini, in cui possa svolgersi la relativa discrezionalità.

In definitiva, la necessità di assicurare il rispetto delle garanzie convenzionali e degli obblighi discendenti dal diritto europeo, come delineati dalla conferente giurisprudenza della Corte europea dei diritti e della Corte di Giustizia UE, ha contribuito e contribuisce all'«arretramento» della legislazione e al progressivo e corrispettivo rilievo delle giurisdizioni nazionali, concorrendo a evidenziare l'esigenza di un ripensamento delle tradizionali teorizzazioni sul sistema delle fonti (diritto legislativo/diritto giurisprudenziale), sui rapporti fra poteri (Legislativo/Giudiziario) e sulle relative funzioni (legislazione/giurisdizione), e, quindi, l'esigenza di una ridefinizione anche delle concettualizzazioni classiche sul principio di separazione dei poteri dello Stato: un ripensamento e una ridefinizione la cui opportunità è restituita con particolare vigore proprio dalle descritte dinamiche realizzatesi nella materia del diritto punitivo.

BIBLIOGRAFIA

- ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 861 ss.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- 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, 855 ss.
- ALGOSTINO A., *Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020.
- ALGOSTINO A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018.
- ALLEGREZZA S., *Sub Art. 4 Protocollo n. 7*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'“obiter dictum” della sentenza n. 269/2017*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2, 2019.
- AMALFITANO C., *La “saga Taricco”: dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-105/14 all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in Id. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018.
- AMALFITANO C., *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 153 ss.
- 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 da parte della Corte di giustizia?*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- AMARELLI G., *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri “reati-matrice”*, in *Giur. cost.*, 2018, 307 ss.
- AMARELLI G., *Irretroattività e sanzioni sostanzialmente penali: il discorso incompiuto della*

- Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 691 ss.
- ANDREAZZA G., *Il seguito dictum Taricco nella giurisprudenza di legittimità*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- ANDRONICO A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli, Torino, 2012.
- ANGIOLINI G., *Una questione irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.
- ANGIOLINI V., *Notarelle su giurisdizione e politica*, in D'Amico M-Randazzo B. (cur.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.
- ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss.
- ANZON DEMMIG A., *I problemi attuali del sindacato della Corte costituzionale sulla delega legislativa*, in AA.VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Giuffrè, Milano, 2009.
- APRILE E., *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il "doppio binario sanzionatorio", penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, 596 ss.
- APRILE E., *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, 2019, 1004 ss.
- APRILE E., *La Corte costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 1886 ss.
- APRILE E., *La confisca "allargata" ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato "presupposto" è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.
- BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1221-1238.
- BAILO F., *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, 450 ss.
- BARBIERI E.M., *La confisca per equivalente in tema di intermediazione finanziaria secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 773 ss.
- BARON L., *"Spazzacorrotti", art. 4-bis ord. pen., e regime intertemporale*, in

- penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.
- BARTOLI R., *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.
- BASILICO A.E., *Il controllo del giudice amministrativo sulle sanzioni antitrust e l’art. 6 CEDU*, in *Riv. AIC*, 4, 2011.
- BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell’ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016.
- BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1924.
- BELLOCCI M., *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, parte I, 30 ss.
- BENAZZI A., *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in Cadoppi A., Canestrari S., Manna A., Papa M. (dir.), *Diritto penale dell’economia*, I, *Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Torino, 2017.
- BERNARDI A., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell’Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in Id. (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.
- BERNARDI A. (cur.), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015.
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 43 ss.
- BERNARDI A., *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.
- BERNARDI A., *Sub Art. 7*, in Bartole S., Conforti G., Raimondi G. (cur.), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2001.
- BERNARDI A., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in Picotti L. (cur.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea. Atti dell’incontro di studio. Trento, 3-4 ottobre 1997*, Giuffrè, Milano, 1999.
- BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di “sentenza definitiva” e un’occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BERTOLESI R., *Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi

- reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BIANCHI D., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, 259 ss.
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008.
- BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in questionegiustizia.it, 2018.
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in penalecontemporaneo.it, 2015, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BIN R.-PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.
- BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 757 ss.
- BIN R., *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in penalecontemporaneo.it, 2016, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile in giurcost.org.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *La clausola della proporzionalità nel doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. comm.*, 2020, 281 ss.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in federalismi.it, 2019.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1049 ss.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte EDU*, Giappichelli, Torino, 2018.
- BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in federalismi.it, 2018.
- BIONDI F., *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in forumcostituzionale.it, 6, 2019.
- 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 *Riv. AIC*, 2, 2017.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BONOMI A., *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, 891 ss.
- BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015.
- BRANCA M., *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la “doppia pregiudizialità”*, in *Giur. cost.*, 2019, 841 ss.
- BRANCA M., *Un “giro di vite” sulle sanzioni amministrative “penali” nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2017, 1407 ss.
- BRANCA M., *Norme penali di favore: dall’irrelevanza alla sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss.
- BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 1273 ss.
- BUTTON A., *Droit penal des affaires – Délit d’initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, aprile-giugno 2015, n°2, 367-370.
- CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014.
- CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- CALVANO R., *Un caso di frode fiscale occasione per riflessioni di rilievo costituzionale... nel rapporto tra diritto UE e diritto interno e CEDU*, in *Giur. cost.*, 2013, 3615 ss.
- CALVIGIONI S., *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*, in *Foro it.*, 7-8, 2019, parte I, 2288 ss.
- CAMON A., *La torsione d’un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016.
- CANNIZZARO E., *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in Bernardi A. (cur.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.
- CANTARO A., *La sospensione dell’impiegato rinviato a giudizio per delitti di criminalità organizzata: una misura cautelare obbligatoria ma temporanea*, in *Giur. cost.*, 1999,

- 1254 ss.
- CANTARO A., *La decadenza di diritto degli amministratori elettivi*, in *Giur. cost.*, 1994, 3192 ss.
- CANZIAN N., *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe “pesanti” fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 994 ss.
- CANZIAN N., *Le sanzioni amministrative “incostituzionali” fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quad. cost.*, 2017, 378 ss.
- CANZIAN N., *Quando è incostituzionale la sanzione amministrativa sostanzialmente penale (Corte Cost. n. 43 del 2017)*, in *Studium iuris*, 1, 2018, 19 ss.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI M., *L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958.
- CARNEVALE P., *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2, 2019.
- CARNEVALE P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2014, 3587 ss.
- CARNEVALE P., *Qualità della legge e politiche di semplificazione normativa tra istanze del mondo economico e risposte del legislatore*, in Cocco G. (cur.), *L’economia e la legge. Atti del Convegno. Milano, 4 dicembre 2006*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CARROZZA P., *Uso e abuso della decretazione d’urgenza: certezza dei tempi dei lavori parlamentari e programma di governo*, in Zaccaria (cur.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo edizioni, Brescia, 2011.
- CARTABIA M., *Separation of Power and Judicial Indipendence: Current Challanges*, relazione al Seminario tenutosi a Strasburgo presso la Corte europea dei diritti dell’uomo in data 26 gennaio 2018, reperibile in *cortecostituzionale.it*.
- CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.
- CARUSO C., *Dottrina delle “zone franche” e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2014, 122 ss.
- CARUSO C., *La decisione El Dridi della Corte di giustizia secondo il Consiglio di Stato: dall’interpretazione pregiudiziale al sindacato di “legittimità comunitaria”?*, in *Quad. cost.*, 2011, 702 ss.
- CASSETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.

- CECCHERINI E.- RODRIQUEZ S., *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1175 ss.
- CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CERFEDA M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia”*, in *archiviopenale.it*, 2, 2019.
- CHEVALLIER J.-Y., *Droit des peines - Cumul des sanctions pénales et administratives*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, gennaio-marzo 2015.
- CHIBELLI A., *La Cassazione “torna alla carica”: di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l’illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CHIBELLI A., *L’illegittimità sopravvenuta delle sanzioni “sostanzialmente penali” e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CHIRRULLI P., *L’irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014.
- CHIRULLI P., *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D’Orlando E.-Montanari L. (cur.), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CICCONETTI S.M., *La reiterazione dei decreti-legge*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996.
- CIVELLO G., *La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015.
- COHEN-JONATHAN G.-FLAUSS J.-F.-LAMBERT-ABDELGAWAD E., *De l’effectivité des recours internes dans l’application de la Convention européenne des droits de l’homme*, Anthemis, Bruxelles, 2006.
- 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 *Riv. AIC*, 3, 2013.
- CONFORTI B., *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 581 ss.
- CONFORTI B., *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 42 ss.

- CONSULICH F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1231 ss.
- CONSULICH F., *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2019, 467 ss.
- CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949 ss.
- CONSULICH F.-GENONI C., *L'insostenibile leggerezza del ne bis in idem. Le sorti del divieto di doppio giudizio e doppia punizione, tra diritto eurounitario e convenzionale*, in *giurisprudenzialepenale.com*, 2018.
- CONTI R., *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2017.
- CONTI R., *Ne bis in idem*, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 438 ss.
- CONTI R., *Gerarchia tra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *diritticomparati.it*, 2013.
- CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.
- CONTIERI A., *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1661 ss.
- COZZI A., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2018, reperibile in *diritticomparati.it*, 174 ss.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Occhiocupo N. (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- CRISAFULLI V., *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974.
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.
- CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505 ss.

- D'ALESSIO R., *Sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1979, 679 ss.
- D'AMICO M., *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- 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 Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016.
- D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in Zanon N. (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2006.
- D'AMICO M.-BIONDI F., *Sub Art. 134, 1° alinea*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006.
- D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in Bin R.-Brunelli G.-Pugiotto A.-Veronesi P. (cur.), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005.
- D'AMICO M., *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, parte IV, 254 ss.
- D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469 ss.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in Di Stasi A. (cur.), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Padova, 2016, 515 ss.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss.
- DE LIA A., *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *forumcostituzionale.it*, 2020.
- DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 927 ss.

- DE VERO G., *Il Corpus Juris e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998.*, Giuffrè, Milano, 2000.
- DEANA F., *Sanzioni penali a carico degli stranieri irregolari e politica europea di rimpatrio. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso El Dridi*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, 1230 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Économica, Parigi, 1993.
- DELMAS-MARTY M.-TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, Parigi, 1992.
- DETRAZ S., *La pérennisation jurisprudentielle du cumul des répressions fiscale et pénale*, in *Revue de droit fiscal*, 13 marzo 2019, n° 11, 49-54.
- DETRAZ S., *Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, luglio-settembre 2016, n° 3, 633-636.
- DETRAZ S., *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n° 27, 49-53.
- DI FEDERICO G., *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 159 ss.
- DI MARIA R., *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta online*, 1, 2019.
- DI PIETRO A., *Presentazione*, in Di Pietro A. (cur.), *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Milano, 2001.
- DIOTALLEVI G., *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale (art. 7 CEDU)*, in Di Stasi A. (cur.), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2016.
- DOGLIANI M., *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, 585 ss.
- 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.*, 2016, 1956 ss.
- DOLSO G.P., *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure*

- di prevenzione*, in *Quad. cost.*, 2019, 691 ss.
- DOLSO G.P., *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2019, 1867 ss.
- DOLSO G.P., *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- DONATI F.-MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Falzea P., Spadaro A., Ventura L. (cur.), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere o apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 13 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- DUILIO L., *Tendenze recenti nella delegazione legislativa*, in Zaccaria (cur.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo edizioni, Brescia, 2011.
- ELIA L., *Sui possibili rimedi all'abuso della decretazione d'urgenza*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996.
- EPIDENDIO T.E., *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- EUSEBI V.L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FARAGUNA P.-PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controllimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 13 ss., reperibile

in *questionegiustizia.it*.

- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002.
- FICI G., *In tema di tipicizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Giust. Civ.*, 1981, parte I, 2171 ss.
- FIDONE G., *Sulla qualificazione sostanziale del potere della CONSOB di cui al previgente art. 55 comma 2 del t.u. finanza: misura cautelare o sanzionatoria?*, in *Giur. cost.*, 2019, 443 ss.
- FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FINOCCHIARO S., *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. 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 *Riv. AIC*, 3, 2014.
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001.
- FOUQUET O.- HATOUX B., *Cumul des sanctions fiscales et pénales possible pour les cas de fraude les plus graves*, in *Revue de droit fiscal*, 18 maggio 2017, n° 20, 62-66.
- FRANCAVIGLIA M., *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, 586 ss.
- FRANZIN D., *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.
- FURNO E., *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2020.

- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.
- GAETA P., Grande Stevens c. Italia: il «non detto» della sentenza, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.
- GALANTINI N., *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205 ss.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018.
- GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. un. eur.*, 2017, 259 ss.
- GALLUCCIO A., *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 286 ss.
- GALLUCCIO A., *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GAMBARDELLA M., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. legge Severino*, in *Cass. pen.*, 2016, 1884 ss.
- GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *sistemapenale.it*, 2020.
- 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*, 2018, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.
- GIANNITI P., *La «comunitarizzazione» della «Carta» a seguito del Trattato di Lisbona*, in Id. (cur.), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- GIOSTRA G., *La prescrizione: aspetti processuali*, in Beria Di Argentine C. (cur.), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Giuffrè, Milano, 2006.
- GIUGNI I., *La differenza fra "dentro" e "fuori" il carcere è radicale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti*, in *diritticomparati.it*, 2020.

- GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
- GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008.
- GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in Id.-Sicurella R. (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.
- GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea»?*, in *Indice pen.*, 1993, 65 ss.
- GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 617 ss.
- GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. cost.*, 1981, 845 ss.
- GREER S., *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2015.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2003.
- GROSSO C.F.-PELISSERO M. -PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss.
- GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.
- GROSSO E., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1003 ss.
- GROSSO E., *Norme «penali» regionali di privilegio e denegata giustizia costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, 588 ss.
- GUAZZAROTTI A., *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018.
- GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del “socialismo giuridico penale”?*, in *Riv. dir. lav.*, 2011, 956 ss.
- GUIZZI S.G., *Hic Rhodus, hic salta: l'incidenza del principio del ne bis in idem sulla disciplina*

- del market abuse all'esame del giudice delle leggi*, in *Corr. giur.*, 5, 2015, 597 ss.
- INSOLERA P., *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *L'indice penale*, 2018, 247 ss.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- KARACOSTA C., *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. Braum-A. Weyembergh (cur.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, 2009.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it. Einaudi, Torino, 1952 (1934).
- LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 115 ss., reperibile in questionegiustizia.it.
- LATTANZI G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1909 ss.
- LAVARINI B., *Il «fatto» ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 60 ss.
- LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del "doppio binario" sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2014, 82 ss.
- LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 ("spazzacorrotti")*, in sistemapenale.it, 2020.
- LAZZERINI N., *Il contributo della sentenza Akerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2013, 883 ss.
- LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in penalecontemporaneo.it, 2017, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 161 ss., reperibile in questionegiustizia.it.
- LETSAS G., *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- LIBERALI B., *La "ragionevolezza temporale" della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 317 ss.
- LIGUORI A., *Testo unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso di El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, 640 ss.
- LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *questionegiustizia*, 4, 2016, 33 ss., reperibile in questionegiustizia.it.
- LOLLO A., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Cedam, Padova, 2017.

- LOLLO A., *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in *federalismi.it*, 2009.
- LONGO A.-DI STEFANO F.M., *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *federalismi.it*, 2017.
- LORENZON S., *Tanto va la gatta al lardo... Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione*, in *Quad. cost.*, 2011, 699 ss.
- LOSANA M., *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305 ss.
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 429 ss.
- LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2012, 2-3, e oggi anche in *Riv. AIC*, 3, 2012.
- LUPO E., *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- LUPO E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, 2017, in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- LUPO N.-PICCIRILLI G., *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Sifting to a Substantial Concept of "Law"?*, in *Legisprudence*, 2012, 229 ss.
- MACCHIA A., *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss.
- MALFATTI E., *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 116 ss.
- MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 2012.
- MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 3488 ss.
- MANACORDA S., voce *Diritto Penale Europeo*, in *Enciclopedia Treccani On Line*, 2014,

reperibile in *treccani.it*.

- MANACORDA S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la carte”?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in Bertolino M.-Eusebi L.-Forti G. (cur.), *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011.
- 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*, 2018.
- MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *sistemapenale.it*, 2020.
- MANES V.-NAPOLEONI V. (cur.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MANES V., *“Common law-isation del diritto penale”?* *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 955 ss.
- MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANES V., *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.
- MANES V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.
- MANES V., *L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1261.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012.
- MANES V., *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1, 2012.
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.
- MANES V., *Sub art. 7*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in Manes V.-Zagrebelsky V. (cur.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*,

- Giuffrè, Milano, 2011.
- MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 76 ss.
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.
- MARCENÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Quad. cost.*, 2018, 231 ss.
- MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in Epidendio T.-Varraso G. (cur.), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, 3 ss.
- MARCENÒ V., *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sè". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Diritto e società*, 4, 2018, 633 ss.
- MARI A., *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 945 ss.
- MARINI F.S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, 4, 2018.
- MARINI F.S., *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2016.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MARTIN F., *La sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino*, in *giurisprudenzapenale.com*, 3, 2020.
- MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MASCALA C., *Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale: deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 22 settembre 2016, n° 31, 1839-1841.
- MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MASSA M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 1, 2019.
- MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di*

- «controlimiti» costituzionali: è vero dialogo?, in Bernardi A.-Cupelli C. (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.
- MASTROIANNI R., *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791 ss.
- MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1133 ss.
- MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, 1033 ss.
- MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.
- MAZZACUVA F., *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987 ss.
- MAZZACUVA F., *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2591 ss.
- MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, 15 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- 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.*, 2013, 1899 ss.
- MENDITTO F., *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019.
- MENEGUS G., *La sospensione di diritto ex legge Severino supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. 276/2016*, in *Riv. AIC*, 2, 2017.
- MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in Id. (cur.), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile P.-Cheli E.-Grassi S. (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982.

- MONTALDO S., *Ne bis in idem e sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2014.
- MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2013, 574 ss.
- MORRONE A., *Lucciole per lanterne. La n. 17/2019 e la terra promessa di quote di potere per il singolo parlamentare*, in *federalismi.it*, 4, 2019.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.
- 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 della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 164 ss.
- NARDOCCI C., *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 599 ss.
- NASCIMBENE B., *Il divieto di bis in idem nell'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Sistema penale*, 4, 2020, 95 ss.
- NASCIMBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *eurojus.it*, 2018.
- NEAGU N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, 955 ss.
- NICCOLAI S., *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, Pisa, 1996.
- NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 3, 2017.
- NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 554 ss.
- ODDI A., *A proposito di condanne penali e limitazioni del diritto di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2002, 180 ss.
- ONIDA V., *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l'ordinanza n. 17 del 2019*, in *federalismi.it*, 3, 2019.
- ONIDA V., *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. Nascimbene (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 2015 (oggi in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*,

- II, Torino, 2016).
- ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, 2015, fasc. 2276, 86 ss.
- ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, 2015, fasc. 2276, 86 ss.
- ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 997 ss.
- ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Economia e Commercio di Verona*, 1966.
- OROFINO M., *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1139 ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Il giudice interno "primo" organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in Carlassare L. (cur.) *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988.
- PACE A., *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996.
- PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- PALAZZO C.F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.
- PALAZZO C.F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 232 ss.
- PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (cur.), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8- novembre 2014*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.
- PALIERO C.E.- VIGANÒ F (cur.), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- PALIERO C.E.-TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Encicl. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.
- PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988.
- PALIERO, C.E., «*Materia penale*» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.
- PALMIERI F., *Il divieto del bis in idem*, in Gianniti P. (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, Zanichelli, 2015.

- PAONESSA C.-ZILLETTI L. (cur.), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pacini, Pisa, 2016.
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 646 ss.
- PEDRAZZI C., *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss.
- PELISSERO M., *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 10, 2019, 1148 ss.
- PELLETIER M., *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n° 13, 20 ss.
- PELLETIER M., *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n° 30-35.
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 172 ss.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Franco Angeli, Milano, 2015.
- PELTIER V., *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n° 9, 43-44.
- PELTIER V., *L'avenir du principe non bis in idem et ses répercussions sur les cumuls de sanctions*, in *Droit pénal*, febbraio 2015.
- PEPE F., *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.
- PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019.
- PERTICI A., *La delegazione legislativa: dalle distorsioni (con particolare riferimento ai rapporti con i decreti-legge) alle ipotesi di riforma*, in Zaccaria R. (cur.), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Grafo edizioni, Brescia, 2011.
- PETTERUTI C., *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1113 ss.
- PIAZZA M.-PISAPIA A., *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3272 ss.
- PICCARDI M., *Legittima la confisca "allargata" nel caso di condanna per ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 2816 ss.
- PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Giappichelli, Torino, 2019.

- 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*, 2017.
- PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in Grasso G.-Picotti L.-Sicurella R. (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.
- PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, Milano, 1991.
- PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, 216 ss.
- PISTOLESI F., *Crisi e prospettive del principio del "doppio binario" nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 1, 29 ss.
- PITEA C., *Sub Art. 35*, in Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- PITTARO P., *Sentenza Taricco: per la Cassazione non può applicarsi ove la prescrizione sia già decorsa*, in *ilpenalista.it*, 2016.
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, in Galgano F. (cur.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2011.
- PIZZORUSSO A., *Fonti di disposizioni e fonti senza disposizione. I principi generali del diritto*, in D'Amico M-Randazzo B. (cur.), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.
- PIZZORUSSO A., *Ripensando i controlli sui decreti legge alla luce dell'esperienza recente*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996.
- PODDIGHE A., *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo interno*, in *Riv. dir. tribut.*, 2014, 4, 104 ss.
- PRETEROSSO G., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 77 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- PROCACCINO A., *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1073 ss.
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività*

- della fattispecie, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.
- PULITANÒ D., *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- PULITANÒ D., *La “non punibilità” di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1800 ss.
- PUPO V., *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla “legge Severino”*, in *forumcostituzionale.it*, 2018.
- RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018.
- RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2, 2015.
- RANDAZZO B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2015, 617 ss.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in Zanon N. (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, Edizioni scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2006, 320 ss.
- RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, 1303 ss.
- RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 555 ss.
- RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus.it*, 2018.
- REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2487

ss.

- REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.
- REPETTO G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2016, 329 ss.
- RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996.
- RIVELLO P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 101 ss.
- RIVOSECCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, 2385 ss.
- RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Grasso G. (cur.), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998*, Giuffrè, Milano, 2000.
- RIZZA G., *Profili costituzionali della confisca dei beni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 838 ss.
- ROBERT J.-H., *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n° 1, 39-40.
- ROLLAND P., *Article 7*, in Pettiti L.E., Decaux E., Imbert P.H. (cur.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Économica, Parigi, 1995.
- ROMANO A., *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, 1490 ss.
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- ROMBOLI R., *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 6, 2019, parte I, 1892 ss.
- ROMBOLI R., *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice 'a quo' in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861 ss.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 276/2016*, in *Foro it.*, 12, 2017, 3521 ss.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2, 2016, parte I, 412 ss.
- RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario*

- nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 9, 2006, V, 279 ss.
- ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, in *penalecontemporaneo.it*, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- ROSSI L.S., M.A.S. e M.B. *e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono... pur parlando lingue diverse*, in Amalfitano C. (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *osservatoriosullefonti.it*, 1, 2018.
- RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 4, 2019, 1015 ss.
- RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, 825 ss.
- 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 costituzionale AIC*, 2, 2016.
- RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusiva vicenda*, in *Consulta online*, 1, 2019.
- RUGGERI A., *Il "giusto" procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in *Riv. AIC*, 2, 2019.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017.
- RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *giurcost.org*, 2012.
- RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2, 2019.
- RUOTOLO M., *L'incidenza della CEDU nell'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Riv. AIC*, 2, 2013.
- RUOTOLO M., *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in AA.VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre*

- 2008, Giuffrè, Milano, 2009.
- RUOTOLO M., *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2003, 140 ss.
- SALCUNI E., *L'europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011.
- SALOMON R., *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n° 30-35, 26-28.
- SALVEMINI P., *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sezione si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, in *diritticomparati.it*, 2018.
- SANDULLI M.A., voce *Sanzione IV) Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur. Trec.*, XXVIII, 1993, Ist. enc. it, Roma.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983.
- SCACCIA G., *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*, 2018.
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 ss.
- SCARCELLA A., *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3015 ss.
- SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra Corti in materia penale e la giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, 2910 ss.
- SCOLETTA M., *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le società*, 2019, 533 ss.
- SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649 ss.
- 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*, 2014, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero C.E.-Viganò F. (cur.), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- SCOLETTA M., *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 117 ss.
- SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem*, Pavia, 2012.
- SICURELLA R., *Sub Art. 49 CDFUE, Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*,

- in Mastroianni R.-Pollicino O.-Allegrezza S.-Pappalardo F.-Razzolini O. (cur.), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- SICURELLA R., *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- SICURELLA R., *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, e oggi reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- SILVESTRI G., *Sulla conversione in legge dei decreti legge iterati e reiterati*, in AA.VV., *I decreti-legge non convertiti. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nel giorno 11 novembre 1994*, Giuffrè, Milano, 1996.
- SIMONCINI M., *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1951 ss.
- SORRENTINO F., *La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa*, in *federalismi.it*, 4, 2019.
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale “tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 111 ss.
- SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.
- STASIAK F., *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aprile-giugno 2015, n° 2, 374-378.
- TABET G., *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Torino, 2000.
- TARLI BARBIERI G., *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in AA.VV., *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Giuffrè, Milano, 2009.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, 2009, 195 ss.
- TIGANO V., *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in *archiviopenale.it*, 1, 2020.
- TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e*

- condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 3, 2019.
- TORRETTA P., *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, 3, 2016, 258 ss.
- TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530 ss.
- TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.
- TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss.
- TRUCCO L., *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 2017, 173 ss.
- TURCO E., *Nota a Corte di cassazione, sez. unite penali, sent. n. 23428 del 2010*, in *Foro it.*, 2010, parte II, 499 ss.
- UBERTIS G.-VIGANÒ F., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, in Saul M.-Føllesdal A.-Ulfstein G. (cur.), *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Opportunities and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- URBANI F., *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della "continuità dell'illecito"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1832 ss.
- VAGLIASINDI G.M., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. diritto pen. economia*, 2005, 1043 ss.
- VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.*, 1999, 269 ss.
- VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- VAN BOCKEL W.B. (cur.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

- VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, 416 ss.
- VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenale.uomo.org*.
- VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 32 ss.
- VERVAELE, J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 2013, 211 ss.
- VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale delle confische di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 610 ss.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017.
- VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 186 ss.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- 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*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *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*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- 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*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti per jus superveniens*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Il caso Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, e oggi reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 219 ss.
- VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2013, 294 ss.
- WONG C., *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, in Galli F., Weyembergh A. (cur.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, Eclan, 2014.
- ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna, 2018.
- ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La rilevanza: un carattere normale, ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.
- ZAGREBELSKY V., *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in Desana E.- Montalenti P.- Salvadori M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, 2016.
- ZAGREBELSKY V.-CHENAL R.-TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes V., Zagrebelsky V. (cur.), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011.
- ZANCHETTA P.G., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 82 ss., reperibile in questionegiustizia.it.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, in Pellizzone I. (cur.), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.