

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. – 1.1. Il principio di legalità nel pensiero illuministico. – 1.2. La legalità penale come architrave dello Stato di diritto. – 1.3. Ideologie autoritarie e *nullum crimen*. – 1.4. Aberrazioni legali e giustizia sostanziale. – 1.5. La legalità costituzionale. – 1.6. Concezione formale e concezione sostanziale del *nullum crimen*: il concetto di “materia penale”. – 1.7. Misure “extrapenali” di ingerenza statale e legalità. – 1.8. Primato della legge e diritto giurisprudenziale. – 2. Il principio di legalità nella Costituzione. – 3. Il principio di irretroattività della norma penale. – 3.1. Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo. – 3.2. (segue) Il principio di irretroattività e le norme dell’esecuzione penale. – 3.3. (*excursus*) Il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative. – 4. Il principio di retroattività della norma penale più favorevole. – 4.1. *Lex mitior* e prescrizione – 4.2. Dopo la sentenza della Corte EDU, *Scoppola c. Italia*. – 5. I principi di tassatività e determinatezza. – 5.1. L’utilizzo di formule descrittive “esemplificative” o “sintetiche”, di clausole generale o concetti “elastici”. – 5.2. Formulazione legislative e necessaria “verificabilità empirica” dei concetti utilizzati. – 5.3. (*excursus*) Legalità, tassatività e determinatezza in materia di misure di prevenzione. – 5.4. Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi. – 5.4.1. Determinatezza e colpevolezza. – 5.4.2. Determinatezza e offensività. – 6. Il divieto di analogia in materia penale. – 6.1. La ratio del divieto. – 6.2. Il rango costituzionale del divieto. – 6.3. Le recenti pronunce della Corte costituzionale sull’importanza del divieto di analogia. – 6.3.1. Il primato dell’interpretazione testuale. – 6.3.2. Il divieto di analogia come imperativo costituzionale. – 6.4. Criteri interpretativi legittimi e loro gerarchizzazione – 6.5. Deontologia ermeneutica e doveri dell’interprete. – 6.5.1. L’interpretazione letterale. – 6.5.2. L’interpretazione “tassativizzante e tipizzante”. – 6.5.3. Offensività e proporzione come criterio interpretativo. – 6.5.4. *In dubio pro analogia et abstine*. – 6.5.5. Il ripudio del “giudice di scopo”. – 7. Il principio di riserva di legge. – 7.1. *Nullum crimen sine lege parlamentaria*. – 7.2. La ratio della riserva di legge. – 7.3. Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge). – 7.3.1. Delegazione legislativa e diritto penale. – 7.3.2. I limiti della decretazione d’urgenza. – 7.4. Riserva di legge e fonti comunitarie. – 7.4.1. Diritto penale europeo: effetti diretti ed indiretti. – 7.4.2. Il potere di disapplicazione in materia penale. – 7.5. Riserva di legge e fonti regionali. – 7.5.1. Il fondamento del monopolio punitivo statale. – 7.5.2. L’estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità. – 7.5.3. Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Il concetto di “ordinamento penale” [art. 117, comma 2, lett. l), Cost.]. – 7.5.4. (segue) L’ambito di competenza statale in relazione al concetto di “ordine pubblico e sicurezza” [art. 117, comma 2, lett. h), Cost.]. – 7.5.5. Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale: “integrazione tecnica” ed “effetti indiretti”. – 7.6. Riserva di legge e fonti subordinate. – 7.6.1. Il criterio della “sufficiente specificazione legale” dell’incriminazione. – 7.6.2. (segue) Le fatti-

specie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco). – 7.7. Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive *in malam partem*. – 7.7.1. Il sindacato sui vizi procedurali della legge e degli atti aventi forza di legge (artt. 76 e 77 Cost.) e la non ostatività del divieto di pronunce *in malam partem*. – 7.7.2. Il sindacato sulle cc.dd. “norme penali di favore”. – 7.8. Riserva di legge e “diritto giurisprudenziale”.

1. Nullum crimen, nulla poena sine lege

Tra i principi fondanti del diritto penale, il principio di legalità identifica indubbiamente uno dei più significativi “passaggi al moderno”.

1.1. *Il principio di legalità nel pensiero illuministico*

L’idea-forza di porre le scelte punitive “*non sub homine, sed sub lege*” – un vero e proprio cardine dello “Stato di diritto”, inteso appunto come autolimitazione del potere rispetto alla sfera dei diritti soggettivi – si afferma, in particolare, con l’illuminismo giuridico, con MONTESQUIEU e BECCARIA, anche e soprattutto come reazione allo stato di profonda incertezza, oscurità ed arbitrio che regnava in epoca precedente: un’epoca dove la “legge” e la “normatività” erano affidate al diritto “giurisprudenziale” – qui inteso in senso etimologico, ossia alle glosse, alle *opiniones* e i *responsa* degli *iuris prudentes*, gran parte delle quali sedimentatesi sui testi frutto dell’opera di codificazione di Giustiniano –, ben più che alla chiarezza e precisione della *lex scripta*.

Era un contesto ben descritto nell’*incipit* dell’aureo libretto dell’illustre intellettuale milanese CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), sin dalla premessa (“*A chi legge*”): «Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co’ riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell’Europa ha tuttavia il nome di leggi: ed è cosa funesta quanto comune al di d’oggi che una opinione di Carpzovio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iraconda compiacenza suggerito da Farinaccio sieno le leggi a cui con sicurezza obbediscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini».

Su queste premesse, e proprio per reagire a questo stato di cose, BECCARIA – in piena corrispondenza con le posizioni sostenute dagli enciclopedisti francesi, e, a monte, con la dottrina della separazione dei poteri di MONTESQUIEU, affermata nella sua celebre opera *De l’esprit de lois* (1748) – avrebbe da un

lato affermato il *primato della legge* in materia penale («le sole leggi posson decretar le pene sui delitti», con una scelta che «non può che risiedere che presso il legislatore che rappresenta la società unita per contratto sociale»), dall'altro sostenuto la necessità di una applicazione “neutra” e per così dire “meccanica” della legge da parte del giudice, teorizzata nel suo celebre sillogismo giudiziale: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore deve essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto a fare anche solo due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza» (*Dei delitti e delle pene*, cap. IV, *Interpretazione delle leggi*).

Proprio MONTESQUIEU, del resto, aveva evidenziato quanto la separazione del potere legislativo dal potere esecutivo e giudiziario fosse funzionale a garantire la libertà del cittadino in particolare in materia *penale*: «Tutto sarebbe perduto – scriveva l'Illustre giurista francese – se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche, e quello di giudicare i *crimini*»; e proprio con riferimento alla materia penale egli giunse ad affermare perentoriamente il necessario vincolo del giudice alla legge, sostenendo che «i giudici non sono [...] che la bocca della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza né il rigore» (*De l'Esprit des lois*, 1748, ed. 1894, libro XI, cap. VI, p. 129 ss., 134).

Sulla scia del pensiero illuministico, il principio di legalità trovò una sua prima, importante affermazione nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 (art. 7: «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte [...]») venendo poi recepito nelle successive carte costituzionali francesi (le Costituzioni del 1791 e del 1793), e nelle prime carte italiane, tra le quali anche la *Costituzione della Repubblica di Bologna* del 4 dicembre 1796, che all'art. VIII stabiliva che «niuno può essere citato, accusato, arrestato, o detenuto, fuorché nei casi, e giusta la forma prescritta dalla legge».

Esso troverà poi una definitiva affermazione concettuale nella felice formula che tuttora lo esprime, opera di PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH (1847), al quale va anche il merito di aver teorizzato il divieto di analogia: secondo il Maestro tedesco, così come «L'inflizione di una pena presuppone sempre una legge penale (*nulla poena sine lege*)», anche il reato presuppone sempre una pena prevista per legge (“*nullum crimen sine poena legalis*”); e proprio da queste originarie formule germignerà e troverà consolidamento il tratteggio enunciato “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

1.2. *La legalità penale come architrave dello Stato di diritto*

Da quell'epoca, il principio di legalità è entrato stabilmente tra le fondamenta del “**diritto penale liberale**”, declinandosi nelle tre istanze che ancora lo caratterizzano: il **principio di irretroattività** della legge penale, ad un tempo **architrave dello Stato di diritto** – e della **sottoposizione dell'autorità alla legge** – e garanzia per l'individuo contro incriminazioni “a sorpresa”; il **principio della riserva di legge**, garanzia che demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica; i **principi di tassatività e determinatezza della legge penale**, con il corollario del **divieto di interpretazione analogica** in materia penale.

Come si è anticipato ripercorrendo sinteticamente la sua genesi storica, il *nullum crimen*, con i suoi fondamentali corollari, affonda le proprie radici teoriche nella dottrina della **separazione dei poteri**, fungendo da argine contro sempre possibili arbitrî e sconfinamenti dell'un potere rispetto all'altro: la garanzia dell'irretroattività è argine rispetto ad arbitrî dello stesso potere legislativo, giacché la stessa idea di “Stato di diritto” – inteso appunto come autolimitazione del potere pubblico rispetto alla sfera dei diritti soggettivi – sarebbe frustrata se fossero ammissibili punizioni retroattive, attivabili “a sorpresa” dal potente di turno, magari in chiave di lotta politica; la garanzia della riserva di legge è limite contro il possibile arbitrio del potere esecutivo rispetto al potere legislativo, che verrebbe svuotato delle sue attribuzioni se fosse consentito al Governo o alle sue articolazioni di emanare leggi penali; la tassatività/determinatezza, infine, argine rispetto ad invasioni arbitrarie del potere giudiziario rispetto al potere legislativo, giacché il giudice si ergerebbe, di fatto, a cripto-legislatore.

1.3. *Ideologie autoritarie e nullum crimen*

Non sono peraltro mancati – nel corso della storia – momenti di ripensamento, in cui si è inteso svincolare il potere del giudice dal giogo della legge, specie per assecondare ideologie autoritarie e illiberali.

È esattamente quanto accadde in pieno regime nazionalsocialista, quando nel 1935 – in un contesto culturale dove alcuni penalisti, specie quelli appartenenti alla c.d. scuola di Kiel, teorizzavano apertamente, del resto, il necessario abbandono del “diritto penale del fatto” in favore di un “diritto penale della volontà” (*Willensstrafrecht*), delineando i presupposti concettuali per l'affermarsi di un diritto penale marcatamente autoritario – fu approvata l'abrogazio-

ne del divieto di analogia (*Analogieverbot*) con la famigerata riforma del § 2 del codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*). A fianco alla previsione per cui, in linea di principio, si puniva ogni fatto previsto come punibile “dalla legge”, si consentì al giudice di poter applicare al singolo caso – ove mancasse una espressa previsione di legge – una incriminazione la cui “idea di fondo” potesse comunque ad esso in qualche modo adattarsi, e persino considerare reato ogni comportamento contrario al “sano sentimento popolare”: dove il “sano sentimento popolare” poteva venire a coincidere, fatalmente, con la volontà del *Führer*.

Mentre il testo del § 2 del codice penale tedesco del 1871 prevedeva espressamente il *nullum crimen* («Un’azione può essere sottoposta a pena, solo se questa era legislativamente stabilita prima che l’azione fosse commessa»), tale paragrafo fu così modificato con la l. 28 giugno 1935: «Sarà punito chi commette un fatto che la legge dichiara punibile o che merita punizione secondo l’idea di fondo di una legge penale (*nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes*) e secondo il sano sentimento del popolo (*nach gesundes Volksempfindung*). Se non trova diretta applicazione al fatto nessuna legge penale, il fatto sarà punito secondo la legge la cui idea di fondo (*Grundgedanke*) meglio si adatta».

Con il che, l’istanza di legalità era apertamente aggirata e trivializzata, in linea peraltro con una analoga tendenza ad attenuare ed indebolire i “vincoli” previsti in materia processuale, dove parola d’ordine del modello allora propagandato era, appunto, “*Auflockerung*”, ossia “allentamento” e “flessibilizzazione” delle forme processuali, in quanto le stesse erano viste come impedimenti ed ostacoli all’attività del giudice protesa all’accertamento della verità e della “giustizia materiale”.

Anche in Italia, a quel tempo non mancavano (sporadiche) voci che reclamavano analoghe innovazioni, e tra queste quella di GIUSEPPE MAGGIORE, che nel suo celebre scritto *Diritto penale totalitario in uno Stato totalitario* (RIDP, 1939) invocava appunto l’analogia come “integrazione necessaria del magistero punitivo”. Nonostante ciò, il nostro codice penale del 1930 – in ciò dando continuità ad una scelta che aveva informato già le codificazioni italiane dell’ottocento e in particolare il **codice Zanardelli** – non ha mostrato cedimenti formali rispetto a tali folate di autoritarismo, ed ha affermato con nettezza il principio di legalità, in tutte le sue articolazioni, in posizione di primissimo piano: ribadendo la necessaria previsione legale sin dall’art. 1 (“*Reati e pene: disposizione espressa di legge*”) tanto per i *reati* che per le *pene*, e così pure per le *misure di sicurezza*, ai sensi dell’art. 199 c.p. (“*Sottoposizione a misura di sicurezza: disposizione espressa di legge*”), e dando espresso riconoscimento al divieto di analogia in materia penale in seno alle *Preleggi* del codice civile (art. 14 disp. prel.).

Ciò detto, deve comunque evidenziarsi che la riaffermazione formale del principio di legalità nell'ambito della codificazione fascista – pur mantenendo una indubbia valenza “culturale” – si inquadra pur sempre in un contesto istituzionale dove era l'esecutivo il centro propulsore del potere, non certo la Camera e il “legislativo”, e dove il principio di separazione dei poteri era relegato a mero criterio organizzativo formale di distribuzione dei poteri, più che a strumento di equilibrio e isonia tra le diverse forme di manifestazione del potere.

1.4. *Aberrazioni legali e giustizia sostanziale*

Riprendendo il filo del discorso, al di là di esempi emblematici di esplicito ripudio dei vincoli garantistici discendenti dal *nullum crimen*, come appunto quello operato sotto il regime nazionalsocialista a cui si è appena accennato, va ulteriormente avvertito che nel corso della storia non sono mancati esempi di “ossequio formale” al principio di legalità cui si accompagnava, tuttavia, una negazione sostanziale del suo afflato liberale, operata attraverso leggi – ordinariamente approvate, vigenti e dunque formalmente vincolanti – dal contenuto platealmente illiberale e liberticida: a conferma che «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo», come scrisse un grande Maestro del diritto, PIERO CALAMADREI.

Ne sono un primo, triste esempio le leggi razziali – puntellate di gravose sanzioni penali – che hanno caratterizzato la storia italiana in epoca fascista.

Ma anche dopo il superamento del “ventennio buio” che ha funestato il “secolo breve” con i grandi “totalitarismi”, si sono dati casi eclatanti in cui una affermazione formale del principio di legalità si è accompagnata ad uno svuotamento e ad un autentico svilimento del principio, ed ha persino “coperto” la commissione di quelli che sono apparsi autentici “crimini di Stato”.

Basti pensare alle innumerevoli uccisioni dei cittadini della Germania dell'est (DDR) che volevano raggiungere Berlino ovest varcando la frontiera fisata con il muro di Berlino, da parte dei cc.dd. guardiani del muro (*Mauer-schutzen*): i gendarmi – che avevano l'ordine di sparare a vista (*Schießbefehl*) – agivano infatti, eseguendo sotto l'egida della legge precisi ordini gerarchici a cui peraltro dovevano obbedienza, così perpetrando, formalmente, “omicidi legali”; ma la legge che consentiva tali condotte – come si è ritenuto all'esito di molti processi – poteva dirsi contrassegnata da una intrinseca illiceità e da una sostanziale, intollerabile ingiustizia, concretando un “diritto illegittimo” (*gesetzliches Unrecht*) alla luce di un preminente “diritto sovralegale” (*überge-zetliches Recht*), secondo una celebre formula che si deve a GUSTAV RAD-BRUCH.

E ciò ha posto il vertiginoso problema se tali condotte – formalmente liceizzate, al momento dei fatti, per il tramite di una legge formalmente “legittima” ma sostanzialmente “ingiusta” – potessero essere punite, con una eccezionale applicazione retroattiva delle corrispondenti incriminazioni.

Nel contesto di una accesa discussione dottrinale in ordine alla legittimità di una punizione retroattiva di questi comportamenti, la stessa Corte europea – non senza aspetti per vero problematici – ha negato il contrasto con il principio di legalità stabilito, in sede convenzionale, dall’art. 7, § 1, della CEDU («Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»); e ciò ha fatto senza peraltro invocare la c.d. clausola di Norimberga, prevista – per consentire appunto la punizione delle atrocità commesse durante il regime nazista – al § 2 dello stesso articolo, che fissa una espressa eccezione al divieto di retroattività sfavorevole («Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili»), ritenendo le condanne pronunciate da diversi tribunali tedeschi non in contrasto con tale principio in forza del richiamo ivi previsto al “diritto internazionale”, come nei celebri casi decisi dalla Grande Camera, 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, e da Corte EDU, 22 marzo 2001, *K.-H.W.C. c. Germania* (sul punto, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001).

1.5. La legalità costituzionale

Come anticipato, la Costituzione italiana del 1948 ribadisce la centralità del *nullum crimen* prevedendolo espressamente, all’art. 25, comma 2, Cost., con le articolazioni di cui subito si dirà, e ciò fa in una architettura complessiva dove le garanzie dell’irretroattività, della riserva di legge, della tassatività/determinatezza, e lo stesso divieto di analogia sono poste in stringente connessione proprio con il principio di separazione dei poteri, «specificamente riflesso nel precetto (art. 101, comma 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge» (sentenza n. 230 del 2012).

Come vedremo, la necessità che vi siano, in materia penale, “regole legali sufficientemente determinate” è stata costantemente ribadita, nella prospettiva appena segnalata, dalla Corte costituzionale, evidenziando come «[i]n caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l’art. 25, comma 2, Cost. declina una versione particolarmente rigida in materia penale» (ordinanza n. 24 del 2017).

Questa connessione ribadisce dunque al massimo rango della gerarchia delle fonti la **primazia della legge rispetto al giudice**, e visualizza l'**ordinamento penale** come **sistema a base “legale”** (e non giudiziale) e **“tipica”** (e non analogica).

Come si è accennato, proprio la *tipicità legale* è un tratto caratterizzante dell'illecito penale, è un tratto distintivo dell'illecito penale, che in ciò si contrappone alla tendenziale *atipicità* dell'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.).

Essa ha un referente essenziale nella omonima categoria, appunto la *tipicità*, pietra angolare dell'analisi dogmatica del reato, che definisce – o, meglio, scolpisce – il perimetro del penalmente rilevante, cosicché ben può dirsi che ogni comportamento – per quanto riprovevole, abietto, moralmente deprecabile, etc. – che sia solo parzialmente riconducibile al “tipo legale” e/o non rientri compiutamente e perfettamente nel perimetro della fattispecie tipica, non interessa al diritto penale, e, per così dire, *non est de hoc mundo*: e ciò implica che il giudice, ogni volta che manchi anche solo un segmento essenziale della fattispecie, pronunci l'assoluzione «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Peraltro, la tipicità è solo la prima delle diverse categorie in cui si compone l'analisi dogmatica del reato, secondo la più diffusa **concezione tripartita**: come si avrà modo di approfondire nello studio della parte generale del diritto penale, infatti, il reato consiste in un fatto che deve essere a) **tipico**, ossia conforme in tutto e per tutto alla fattispecie legale; b) **antigiuridico**, e cioè realizzato in assenza di cause di giustificazione (o scriminanti) che renderebbero lecita la condotta stessa (ad es., la difesa legittima, ex art. 52 c.p.; o l'esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, ex art. 51 c.p., etc.); e **colpevole**, ossia soggettivamente rimproverabile all'autore, per avere questi agito con dolo o, quanto meno, con colpa.

Ed ogni sequenza di questo accertamento è presidiata, pur con varietà di accenti, dal principio di legalità, come si avrà modo di evidenziare trattando dei principi di tassatività e determinatezza e, in particolare, del divieto di analogia *in malam partem*.

1.6. *Concezione formale e concezione sostanziale del nullum crimen: il concetto di “materia penale”*

Conformemente agli altri principi e garanzie costituzionali in materia penale, il principio di legalità, nelle sue diverse articolazioni, si applica ogni volta in cui si sia al cospetto di un *reato* (delitto o contravvenzione) e, dunque, di una sanzione *penale* (ergastolo, reclusione e multa, per i *delitti*; arresto e ammenda, per le *contravvenzioni*: artt. 17 e 39 c.p.).

Nel nostro ordinamento, dunque, il *nullum crimen* ha tradizionalmente seguito un criterio di applicazione squisitamente formale, che segue le distinzioni – e le dicotomie care all'indirizzo dottrinale allora dominante, il “tecnicismo giuridico” – accolte nel nostro codice: illecito penale/illecito extrapenale;

pena/misura di sicurezza; diritto sostanziale/diritto processuale, diritto sostanziale/diritto dell'esecuzione penale, etc.

Nel solco di queste partizioni, peraltro, trovano spazio regimi differenziati e gradazioni diverse del principio di legalità, nei suoi svariati profili.

Così, mentre il principio di riserva di legge e/o di necessaria previsione legale abbraccia tanto le *pene* (art. 25/2 Cost.; art. 1 c.p.), quanto le *misure di sicurezza* (art. 25/3 Cost., art. 199 c.p.), e si estende anche alle *misure di prevenzione* (o misure *ante o praeter delictum*), il divieto di retroattività sfavorevole si applica solo ai *reati* e alle *pene*, ma non ricomprende – come si è già accennato – né le *misure di sicurezza* né le *misure di prevenzione*, che espressamente seguono il diverso regime previsto dalla **legge vigente al momento dell'applicazione della misura** (c.d. *tempus regit actum*), regime che peraltro ha sempre contrassegnato anche l'operatività delle disposizioni in materia di processo penale (norme procedurali, previste appunto, anzitutto, nel codice di procedura penale) e delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario (c.d. esecuzione penale: l. n. 354 del 1975 e successive integrazioni).

Vero ciò, è vero anche che questo assetto “tradizionale” è stato profondamente modificato – nel solco della integrazione multilivello delle fonti di cui si è accennato (*retro*, cap. I, § 4) – dal diverso inquadramento che il problema delle garanzie registra nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, che come accennato a sua volta prevede il principio di legalità del reato e della pena all'art. 7 CEDU – assegnandogli peraltro una “posizione preminente” cementata da una previsione di assoluta inderogabilità (art. 15 CEDU) –, prevedendo un campo di operatività che segue, tuttavia, un criterio di applicazione non *formale* bensì *sostanziale*.

Più in particolare, le garanzie discendenti dal *nullum crimen*, secondo l'interpretazione evolutiva della Corte di Strasburgo, si applicano al di là delle “etichette formali”, seguendo la **nozione autonoma di “materia penale”** (*matière pénale*): una nozione “antiformalistica” e “sostanzialistica” – e per vero piuttosto articolata e mutevole – che considera rientrante appunto nel “campo di gioco” dell'art. 7 CEDU come di tutte le ulteriori garanzie “penali” – l'art. 6, sul “giusto processo” come l'art. 4 del protocollo n. 7 addizionale alla CEDU, sul *ne bis in idem* – **ogni illecito o sanzione** che, al di là della nomenclatura utilizzata nei diversi ordinamenti (dei 37 Stati membri del Consiglio d'Europa) e/o dal *nomen iuris* utilizzato nel singolo contesto, presenti delle note di afflittività tali da doversi considerare “di natura punitiva” (*criminal in nature*), ossia – “al di là delle apparenze” – illeciti e sanzioni “**sostanzialmente**” o “**intrinsecamente**” penali.

Più in particolare, la **valutazione “contenutistica”** che conduce a ricomprendere una determinata fattispecie nel concetto di “*matière pénale*” segue diversi, **autonomi criteri**, desumibili da una ricca produzione giurisprudenziale a partire da un notissimo

leading case (Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*), che ha avuto peraltro, significativi aggiornamenti (ad es., Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Özturk c. Germania*; da ultimo, Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia* e Corte EDU, *Mihai Toma c. Romania*, 24 gennaio 2012).

Tali criteri sono di regola considerati **alternativi** e non cumulativi, e possono essere fondamentalmente distinti in un triplice ordine: a) la **qualificazione dell'infrazione nel diritto interno** (che però “non ha che un valore formale e relativo”); b) **la natura dell'infrazione o dell'illecito** (carattere e struttura della norma trasgredita, in termini di generalità del precetto e di estensione della cerchia dei destinatari; tipologia degli interessi tutelati; significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico); c) **la natura e il grado di severità della sanzione**, dove la *severità* è messa in rilievo soprattutto dal contenuto della stessa (sanzione detentiva/sanzione limitativa della libertà/sanzione meramente patrimoniale o pecuniaria, insuscettibile di essere convertita in una pena privativa della libertà), mentre la *natura* è desumibile sia alla luce della **pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato**, sia – e soprattutto – alla luce dello **scopo** (**preventivo**, o, all'opposto, **repressivo**) della sanzione stessa (minacciata/comminata/eseguita), oltre che alla luce delle **procedure** correlate alla sua adozione ed esecuzione (giurisdizione; autorità deputata al perseguimento; natura della procedura).

Questo diverso approccio, come si vede, risulta radicalmente differente ed opposto rispetto – ad esempio – al **concetto formale di reato** accolto anche nel nostro codice penale (a partire dai più volte menzionati artt. 17 e 39 c.p.), e del resto ha avuto ricadute scardinanti nel nostro ordinamento, stimolando l'estensione del raggio operativo della diverse garanzie riconducibili al *nullum crimen* nei più svariati ambiti dove, appunto, dietro l'etichetta formale (di misura di sicurezza, di sanzione amministrativa, di norma processuale, etc.) si potevano riscontrare, in concreto, sanzioni sostanzialmente penali o munite di effetti contenutisticamente punitivi: e la stessa Corte costituzionale, come presto si vedrà, in molte importanti decisioni ha seguito questo orientamento garantistico, estendendo la garanzia dell'irretroattività – così come il *ne bis in idem* – a sanzioni amministrative di riconosciuta natura punitiva, così come a forme di confisca punitiva (nonostante la confisca sia istituito formalmente riconducibile alle “misure di sicurezza”), e persino – di recente – a disposizioni dell'ordinamento penitenziario capaci di produrre effetti particolarmente gravosi – e dunque afflittivo-punitivi – sulla sfera giuridica del singolo (e sul regime di detenzione: così la sentenza n. 32 del 2020, sulla quale *infra*, § 3.2).

1.7. Misure “extrapenali” di ingerenza statale e legalità

Ancora con riguardo alle intersezioni tra la dimensione costituzionale e la dimensione convenzionale del *nullum crimen*, preme solo evidenziare – a

chiusura di questa breve panoramica introduttiva – che le misure comunque capaci di incidere sulla sfera individuale che pur ricadono fuori dal campo *penale* – ed anche fuori dal perimetro della nozione convenzionale di “materia penale” che amplia, come si è visto, il raggio d’azione della garanzia – non sono comunque abbandonate, per così dire, ad una *rights-free zone*, ma devono rispettare precisi argini garantistici che la stessa Corte EDU – ancora una volta – ha avuto il merito di fissare al cospetto di ogni forma di ingerenza pubblica nell’esercizio dei diritti fondamentali.

Ciò vale in particolare, e per quanto qui maggiormente interessa, per le *misure di prevenzione*, personali e patrimoniali, che nonostante siano considerate – secondo una opinione non indiscussa – prive di carattere afflittivo/punitivo – e come tali non siano considerate assimilabili, né formalmente né sostanzialmente, alle pene – sono misure contrassegnate da una **penetrante, straordinaria invasività nella sfera dei diritti individuali**, e devono comunque, da un lato, trovare fondamento in una “base legale” che ne consenta l’applicazione “*in accordance with the law*”, richiedendo, segnatamente, una **legge accessibile e prevedibile**, rispettosa, cioè, dei “criteri qualitativi” (*qualitative requirements*) imposti dalla Convenzione per ogni forma di ingerenza statale negli *individual rights*, presupposto minimo per soddisfare comunque quelle esigenze di certezza ricollegate all’idea di Stato di diritto.

Dall’altro, tali misure devono anche rispettare il già menzionato criterio della **proporzionalità**, ossia il canone che limita generalmente e trasversalmente ogni misura che l’autorità può intraprendere nei confronti dell’individuo, ostando ad ogni forma di ingerenza statale sproporzionata nella sfera dei diritti.

Come si vedrà, questa posizione è stata esplicitata dalla Corte di Strasburgo in molte pronunce, tra le quali spicca la celebre sentenza della Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, che molte ripercussioni ha avuto sull’ordinamento domestico.

La sentenza *De Tommaso c. Italia* trae origine dalla vicenda di un individuo pluri-pregiudicato attinto dalla misura prevenzione personale della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza in quanto ricondotto dal Tribunale di Bari alle categorie dei soggetti “abituamente dediti a traffici delittuosi” e “che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose”. Successivamente, tuttavia, la Corte d’appello di Bari revocava la misura escludendo l’attualità della pericolosità per la sicurezza pubblica del medesimo, evidenziando in particolare come le recenti segnalazioni di polizia su cui il Tribunale aveva tra l’altro fondato il proprio convincimento si riferissero in realtà ad un omonimo.

Pronunciandosi sul caso, la Corte EDU ha anzitutto confermato il proprio indirizzo secondo cui deve essere condiviso l’inquadramento *preventivo* anziché *punitivo* della sorveglianza speciale, nonché escluso che la misura costituisca di per sé una limitazione della libertà personale.

Per altro verso, la Corte ha dichiarato la violazione dell'art. 2, Prot. n. 4, CEDU che sancisce la libertà di movimento non soltanto prendendo atto delle peculiari circostanze che, come rilevato dalla stessa Corte d'appello di Bari, avevano reso illegittima l'applicazione della misura al ricorrente, ma anche individuando la causa di tale vicenda nell'estrema indeterminatezza della tipizzazione delle categorie di destinatari "genericamente pericolosi" (oggi previste dall'art. 1 del c.d. codice antimafia). In particolare, i giudici di Strasburgo hanno affermato che tale previsione non indica «con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni, e non fosse pertanto formulata con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione» (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, par. 118).

Su alcuni di questi problemi si avrà modo di tornare; ma sin d'ora va sottolineato che la Corte costituzionale ha prontamente recepito molte indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo, in particolare nella sentenza n. 24 del 2019, che ha rilevato marcati profili di incostituzionalità nel sistema italiano delle misure di prevenzione, mettendo al cospetto l'arsenale preventivo oggi contenuto nel c.d. codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011) e i vaghi presupposti su cui si fondano, in particolare, le fattispecie di "pericolosità generica", non solo con i menzionati limiti discendenti dalla Convenzione EDU, ma anche con i presupposti di legittimazione che discendono, rispettivamente, dall'art. 13 Cost., quanto alle misure di prevenzione personali, e dagli artt. 41 e 42 Cost., quanto alle misure di prevenzione patrimoniali.

Nella sentenza n. 24 del 2019 la Corte – pur sviluppando un percorso argomentativo ampiamente autonomo – ha riconosciuto piena fondatezza ai rilievi della Corte EDU, dichiarando incostituzionale l'art. 1, lett. a), del codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), che includeva tra i potenziali destinatari delle misure di prevenzione «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» per contrasto non soltanto con gli *standard* convenzionali (e quindi con l'art. 117 Cost.) ma anche con gli artt. 13, 41 e 42 Cost.

D'altra parte, nella medesima pronuncia, la Consulta ha deciso di "salvare" la categoria delineata dalla lett. b) della stessa disposizione, ossia quella dei soggetti «che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», la quale sembra invece presentare quei difetti di tipizzazione rilevati dai giudici di Strasburgo nella sentenza *De Tommaso*. Allo stesso modo, non appare scontata la compatibilità con gli *standard* convenzionali delle varie categorie di soggetti aventi "pericolosità qualificata" previste dall'art. 4 del codice antimafia che, per quanto riferite ad ipotesi specifiche di reato, si fondano pur sempre su "indizi".

Oltre ai profili concernenti la necessaria sussistenza di una "base legale"

che assicuri – nei termini evidenziati – accessibilità e prevedibilità all’ingerenza statale, rimane poi da vedere se in futuro la Corte EDU – e di conserva la Corte costituzionale – intenderà adottare un approccio altrettanto (e persino più coraggiosamente) rigoroso anche con riguardo al tema della proporzionalità delle misure di prevenzione rispetto agli scopi perseguiti, specialmente a fronte delle tendenze legislative e giurisprudenziali degli ultimi anni che hanno comportato un’estensione di tale sistema alternativo e parallelo al diritto penale (ed alle sue garanzie) anche in relazione a reati non necessariamente collegati al fenomeno della criminalità organizzata (corruzione, evasione fiscale, *stalking*, etc.).

1.8. *Primato della legge e diritto giurisprudenziale*

Un ultimo punto, cruciale nell’attuale contesto, prima di passare all’anatomia del principio di legalità, ripercorrendo più nel dettaglio la sua fisionomia attraverso la giurisprudenza costituzionale.

Si è visto che la concezione “moderna” del diritto penale – nell’architettura concettuale illuministica – trova la sua base edificativa nel “**primato della legge**”, e nel rifiuto del “diritto dei giudici”, e/o del **diritto di fonte giurisprudenziale**.

Per gli intellettuali che reagirono all’*Ancien Régime*, il ripudio della giurisprudenza come fonte – non solo in materia penale – era chiarissimo, e perentorio: come ebbe del resto a rimarcare lo stesso Robespierre in una celebre invettiva di fronte all’Assemblea nazionale: «La parola giurisprudenza deve essere cancellata dalla nostra lingua. In uno stato che ha la sua costituzione, la giurisprudenza non è altro che la legge».

E si è già visto quale limitatissimo spazio arrivava a concedere BECCARIA al giudice, consentendogli solo una applicazione “sillogistica” della legge penale, e reclamando che questa, come si è già evidenziato, potesse trovare fonte solo «presso il legislatore che rappresenta la società unita per contratto sociale».

Su quelle basi, nei sistemi continentali, il “primato della legge” ha trovato un immediato ancoraggio garantistico, anzitutto, nel principio di “riserva di legge”, ossia nell’idea che solo la legge del Parlamento sia la **fonte politica democraticamente legittimata** a introdurre reati e pene (*nullum crimen sine lege parlamentaria*): il Parlamento, dunque, e non i giudici, che come accennato sono “soggetti (soltanto) alla legge” (art. 101/2 Cost.).

Questo del resto è un tratto distintivo tra gli ordinamenti appartenenti alla “grande famiglia” del *civil law* – come il nostro – e gli ordinamenti di *common law*, dove fonte del diritto può appunto essere “il diritto detto dai giudici” (*judge-made law*) e il “precedente” giudiziale, più o meno “vincolante” (*bin-*

ding precedent) a seconda dei contesti e a seconda delle diverse modulazioni dello *stare decisis*.

Ora, questo assetto originario, nel corso del tempo – e con intensità crescente negli ultimi anni – è molto mutato, e va subito sottolineato che il diritto di produzione giurisprudenziale anche negli ordinamenti di *civil law* ha guadagnato un ruolo crescente, se non protagonista, ed anche nel contesto italiano il “valore del precedente” è sensibilmente cresciuto specie in materia penale, tanto che si è parlato di una progressiva *common law-isation* del diritto punitivo (A. CADOPPI).

Questo fenomeno ha trovato un formidabile acceleratore – ancora una volta – nella giurisprudenza della Corte EDU, che – avendo a che fare con 47 Paesi diversi, taluni riconducibili al paradigma ordinamentale del *civil law*, altri al paradigma del *common law* – nell’applicazione del *nullum crimen* equipara la fonte giurisprudenziale alla fonte legale, limitandosi ad esigere che – quale che sia la fonte – il divieto penale risponda a “requisiti qualitativi” (*qualitative requirements*) identificati nella *accessibilità e prevedibilità*.

Alla Corte di Strasburgo, in altri termini, non interessa quale sia la fonte dell’incriminazione, se politico-legislativa o giurisprudenziale: interessa che, al momento del fatto, quella incriminazione – prevista dalla legge o esito del *judicial law making* – fosse “accessibile” e “prevedibile”, in modo che al tempo dei fatti fosse chiaro il senso del divieto, e che dunque fosse garantita libera scelta d’azione ai consociati, potendo questi riconoscere chiaramente i confini della condotta vietata, e le conseguenze dell’eventuale violazione.

Questa concezione della “legalità come prevedibilità” ha trovato affermazione in diverse pronunce, e tra queste anche in una sentenza di notevole importanza per l’ordinamento italiano, la sentenza *Contrada c. Italia* (Corte EDU, 14 aprile 2015).

Qui la Corte EDU è stata chiamata a valutare se la condanna per “concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso” (art. 110/416-*bis* c.p.) riportata da Bruno Contrada – esponente di vertice della Polizia e dei servizi segreti, a cui si addebitava di aver fornito aiuti ed informazioni a soggetti latitanti appartenenti ad organizzazioni mafiose – fosse “prevedibile” al momento dei fatti allo stesso contestati (1979-1988), quando ancora la giurisprudenza sul “concorso esterno” non era, secondo la Corte, consolidata e stabilizzata (trovando una primo recepimento nella sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 5 ottobre 1994, n. 16, *Demitry*).

Proprio per queste ragioni, secondo il giudice europeo, al tempo dei fatti contestati l’incriminazione non era “prevedibile”: di qui la conseguente, riconosciuta violazione dell’art. 7 CEDU, e la condanna dell’Italia.

La garanzia della legalità ha dunque visto modificare profondamente i propri contenuti, peraltro in modo altamente problematico, sino a prospettare stravolgimenti ordinamentali capaci di alterare lo stesso assetto della Costituzione.

Queste profonde trasformazioni sono state portate anche all'attenzione della Corte, quando le si è chiesto di riconoscere espressamente la ormai raggiunta equivalenza tra legge e diritto giurisprudenziale, reclamando che fosse equiparato alla formale abrogazione di un reato (*abolitio criminis*) il "mutamento giurisprudenziale" determinato da una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione in base al quale il fatto giudicato non fosse previsto dalla legge come reato.

Ma la Corte costituzionale ha risposto negativamente, evidenziando che «ad opporsi ad una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione [...] attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni Unite», perché «[v]i si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, comma 2, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, comma 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge» (sentenza n. 230 del 2012, § 11: cfr. *infra*, § 7.8).

Alla legge dunque non può essere formalmente equiparata l'interpretazione del giudice: nell'assetto costituzionale italiano, la separazione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge, cui è espressamente riservata la competenza penale, non lo consentono, ed impongono non solo di mantenere distinti questi due "formanti" del diritto, ma anche di circoscrivere lo spazio di intervento dell'interpretazione giudiziale entro i confini definiti dalla legge.

Come la stessa Corte costituzionale, anche di recente, ha avuto occasione di rimarcare, sottolineando «il principio che l'attività del giudice [...] deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate», e che «[i]n questo principio si coglie un tratto costitutivo degli Stati [...] di *civil law*», i quali «non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire» (così l'ordinanza n. 24 del 2017, punto 9).

Ma su tutti questi temi e problemi si avrà modo di tornare esaminandoli nelle sedi opportune.

2. Il principio di legalità nella Costituzione

Si è detto che la nostra Costituzione ribadisce espressamente il *nullum crimen sine lege*, all'art. 25, comma 2, precipuamente dedicato alla legalità dei reati e delle pene (mentre, come si è visto, il comma 3 dello stesso articolo

sottopone a previsione legale – ma non al divieto di retroattività – le *misure di sicurezza*).

Dalla disposizione concernente il principio di legalità in materia penale la giurisprudenza costituzionale ha tratto molti corollari, via via arricchiti ed ulteriormente profilati nel corso del tempo: da un lato, tra i contenuti “astorici” del *nullum crimen*, il principio di irretroattività (§ 3) e i principi di tassatività e determinatezza (§ 5); dall’altro, il principio di riserva di legge con le sue diverse implicazioni (§ 7), sul fronte della decretazione delegata e della decretazione d’urgenza, delle fonti comunitarie (e sovranazionali), delle fonti subordinate.

Ne discende dunque – in estrema sintesi – che il precetto penale, e la relativa sanzione, debbano trovare fonte in una previsione legislativa entrata in vigore anteriormente al fatto commesso (ed adeguatamente pubblicizzata per garantirne la conoscibilità in capo ai destinatari: art. 73, comma 3, Cost.), debbano essere formulati con precisione e con pregnanza descrittiva rispetto a dati empiricamente verificabili, e debbano altresì essere applicati tassativamente ai casi indicati, con relativo divieto di estensione analogica in capo al giudice.

Peraltro, la peculiare formulazione dell’art. 25, comma 2, Cost. («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del *fatto* commesso») ha offerto spunto per radicare altre e diverse garanzie contenutistiche, segnatamente i principi di materialità ed il principio di offensività dell’illecito penale (quest’ultimo, peraltro, attraverso un costrutto concettuale articolato anche ad altre disposizioni: *infra*, cap. IV, § 2).

Viceversa, a tale disposizione si ritiene non riconducibile il principio della retroattività della legge penale più favorevole (o principio della c.d. *lex mitior*): nondimeno, la sua quotazione costituzionale – secondo un consolidato orientamento della Corte, ribadito anche di recente – sarebbe garantita dall’art. 3, comma 2, Cost. (con tutte le ricadute consequenziali in termini di ammissibilità di “deroghe ragionevoli”: *infra*, § 4); e questa posizione è stata sempre mantenuta, nella giurisprudenza costituzionale, nonostante la Corte europea dei diritti dell’uomo, come si vedrà, abbia riconosciuto il principio della *lex mitior* come corollario implicito dell’art. 7 CEDU.

3. *Il principio di irretroattività della norma penale*

Come accennato, il principio di irretroattività del reato e della pena – oltre a trovare ormai una vasta eco di riferimenti espressi nelle diverse Carte dei diritti sovranazionali (il già citato art. 7 Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ma anche l’art. 49, comma 1, Carta dei diritti dell’UE e l’art. 15, comma

1, Patto internazionale sui diritti civili e politici) – trova esplicito e specifico riconoscimento sia a livello costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.) che a livello codicistico (art. 2 c.p.), e rappresenta – nelle parole della Corte – un “fondamentale principio di civiltà giuridica” (sentenza n. 148 del 1983), ed «un essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale» (sentenza n. 394 del 2006, e, su quella traccia, n. 236 del 2011).

Infatti, «avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall’art. 27 Cost., **ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo** – sulla base dell’affidamento nell’ordinamento legale in vigore al momento del fatto – **quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione**: aspettativa che sarebbe per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all’epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito meno severamente» (così ancora – richiamando la sentenza n. 364 del 1988 – la sentenza n. 394 del 2006).

A questa funzione di garanzia di ogni soggetto in ordine alla calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni si accosta dunque una funzione altrettanto importante di **protezione dell’individuo** rispetto a possibili abusi del potere legislativo, che potrebbe essere tentato dal fare indebitamente retroagire gli effetti di una legge penale per finalità ritorsive, punendo *ex post facto* fatti che, al momento della realizzazione, erano del tutto leciti.

In altri termini, come è stato rilevato anche in una recente, importante pronuncia, la *ratio* del divieto di retroattività sfavorevole è almeno duplice: «Per un verso, il divieto in parola mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale. E ciò sia per garantirgli – in linea generale – la “certezza di libere scelte d’azione” (sentenza n. 364 del 1988); sia per consentirgli poi – nell’ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico – di compiere scelte difensive, con l’assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna). Ma una seconda *ratio*, altrettanto cruciale, non può essere trascurata. Come già acutamente colse una celebre decisione della Corte Suprema statunitense a qualche anno appena di distanza dalla proclamazione del divieto di “*ex post facto laws*” nella Costituzione federale, il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell’individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti». Quel divieto – scriveva nel 1798 la Corte Suprema – deriva con ogni probabilità dalla consapevolezza dei padri costituenti che il Parlamento della Gran Bretagna aveva spesso rivendicato, e in concreto utilizzato, il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus*

rei publicae, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite. Ma quelle leggi, osservava la Corte, in realtà «erano sentenze in forma di legge»: null'altro, cioè, che «l'esercizio di potere giudiziario» da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari (Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389 (1798) (sentenza n. 32 del 2020, § 4.3.1).

Proprio nella prospettiva della protezione individuale, sembrerebbe peraltro opportuno che la terminologia di uso comune – riferibile ora al “principio di irretroattività in materia” ora al “divieto di retroattività sfavorevole” – fosse superata riconoscendo espressamente “**il diritto fondamentale a non subire punizioni retroattive**”, quale immediato contenuto individual-garantistico del canone costituzionale in esame.

Al di là della terminologia – che però non ha certo valore solo didascalico – non vi sono dubbi che tale principio debba valere ad amplissimo spettro: si è infatti affermato che nella formulazione del comma 2 dell'art. 25 Cost. trovi riscontro il principio in esame «in tutte le sue espressioni: e cioè, non soltanto con riferimento alla nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza represso» (Corte cost., sentenze n. 394 del 2006 e n. 236 del 2011).

In questi termini, è stato altresì precisato che **il divieto di retroattività della norma incriminatrice** – ricevendo una “tutela privilegiata” rispetto, in particolare, al principio della *lex mitior* (Corte cost., sentenza n. 393 del 2006) – si connota come **inderogabile**, ossia «come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (in questi termini, ancora, la sentenza n. 394 del 2006).

Così, ad esempio, «la circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione, non può comunque comportare – come conseguenza della sua rimozione da parte della Corte – l'assoggettamento a pena, o a pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, penalmente lecito o soggetto a pena più mite: derivandone, per tale aspetto, un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 [...]» (così ancora, sulla traccia della sentenza n. 148 del 1983, la sentenza n. 394 del 2006).

3.1. Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo

Come più volte accennato, se è pacifico che il principio di irretroattività comprende non solo la previsione concernente il reato ma anche quella relativa alla pena (ed alla stessa sanzione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 689 del 1981), dalla "formulazione non omogenea" dei commi secondo e terzo dell'art. 25 Cost. si ritiene che la Costituzione non imponga una soluzione analoga per quanto concerne, in particolare, le misure di sicurezza, ed il relativo regime intertemporale.

Al riguardo, si è affermato che l'art. 25, comma 3, Cost. – il quale si limita a stabilire che "nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge" – «lascia ferma nell'ordinamento la disposizione dell'art. 200 del Codice penale, in forza della quale "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione"; cioè non da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via l'ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale» (Corte cost., sentenza n. 53 del 1968).

La Corte, peraltro, ha chiarito che «A giustificare [...] la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità). In altri termini, tale retroattività risulta connaturata alla circostanza che le misure di sicurezza personali costituiscono strumenti preordinati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità; funzione che esse assolvono con i mezzi che dalle differenti scienze, chiamate specificamente a fornirli, potranno essere desunti» (Corte cost., sentenza n. 196 del 2010).

Nondimeno, la Corte ha puntualizzato che (la ammissibilità de) il regime della retroattività presupponga pur sempre «un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti»: ciò al fine di impedire, in particolare, «che risposte di segno repressivo, e, quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene» (Corte cost., sentenza n. 196 del 2010).

In questa prospettiva, la Corte ha espressamente richiamato, facendolo proprio, il citato "approccio sostanzialistico" della Corte europea dei diritti del-

l'uomo, formatosi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, e declinato sul principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo – a prescindere dalla loro “etichetta formale” – devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (e ciò in quanto tali misure sarebbero riconducibili al concetto di “materia penale”, sulla base dei peculiari criteri enucleati dalla Corte EDU, segnatamente focalizzati sulla “natura dell'illecito” e sulla “gravità della sanzione”, sulla precipua finalità, etc.: *retro* cap. II, § 1.6).

Una diversa soluzione, del resto, profilerebbe un contrasto con l'obbligo di adeguamento alle norme convenzionali, censurabile – in base alle già richiamate “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 – ai sensi dell'art. 117 Cost.

Il problema è stato affrontato nella recente sentenza n. 196 del 2010, con riferimento alla **ipotesi speciale di confisca** dell'autoveicolo introdotta per la più grave ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza, applicabile in via retroattiva grazie al rinvio – operato mediante richiamo espresso all'art. 240 c.p. – alla disciplina delle misure di sicurezza, [art. 186, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 285 del 1992 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 92 del 2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza), convertito, con modif., nella l. n. 125 del 2008]¹.

Nella decisione, la Corte, ha anzitutto condiviso le valutazioni del giudice remittente, ampliandole con ulteriori considerazioni, per mettere in luce – “al di là della sua qualificazione formale” – la funzione *sanzionatoria* e *repressiva* (e non già meramente *preventiva*) della misura ablativa in esame (posto che – *inter alia* – la stessa è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile, e che la sua operatività non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva, sicché la misura stessa non sarebbe finalizzata a neutralizzare la situazione di pericolo per cui la prevenzione è stata concepita). Su tali basi, ravvisato dunque il contrasto con l'art. 117 Cost. con riguardo ai profili segnalati, e ritenuta impercorribile una soluzione adeguatrice mediante interpretazione conforme, ha dichiarato la parziale illegittimità della norma, proprio nel-

¹ La norma, nel testo novellato dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. n. 92 del 2008, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 125 del 2008, prevede che sia «sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato», in caso di condanna tanto per la fattispecie criminosa di guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, purché sia stato accertato a carico del conducente un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro di sostanza ematica [art. 186, comma 2, lett. c), codice della strada], quanto per la fattispecie criminosa (art. 187 del codice della strada) di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

la parte in cui prevedeva l'applicazione del regime retroattivo della speciale ipotesi di confisca neointrodotta dal legislatore².

3.2. (segue) *Il principio di irretroattività e le norme dell'esecuzione penale*

In un medesimo contesto logico-argomentativo si iscrive anche una più recente decisione, con la quale la Corte costituzionale – superando ancora una volta il tradizionale “ordine formale” del sistema – è giunta ad una ulteriore «complessiva rimeditazione della portata del divieto di retroattività sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena», estendendo appunto la copertura garantistica alle norme dell'ordinamento penitenziario che abbiano effetti di aggravamento di un determinato regime detentivo, e più in particolare a quelle – di riconosciuta natura afflittivo-punitiva – che comportino «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato» (Corte cost., sentenza n. 32 del 2020).

Come si è accennato, le disposizioni in materia di esecuzione penale – in linea con le rigide dicotomie formali accolte nella sistematica del codice Rocco – erano sempre state sottratte all'operatività del principio di irretroattività, ed affidate al diverso – ed opposto – regime del *tempus regit actum*: anche a fronte di modifiche peggiorative per il condannato, dunque, queste erano considerate immediatamente applicabili, specie per garantire esigenze di governo dell'amministrazione penitenziaria.

Il problema si è posto con la **legge c.d. “spazzacorrotti”** (l. 9 gennaio 2019, n. 3), che aveva incluso nel perimetro dei cc.dd. “reati ostativi” di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. taluni reati contro la PA (scelta solo successivamente rivista, dopo acceso dibattito, con il recente d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito in l. 30 dicembre 2022, n. 199): tale inclusione, infatti, aveva innescato anche per tali fattispecie un regime penitenziario particolarmente gravoso che incide, in modo fortemente restrittivo, sui più diversi benefici e sugli stessi presupposti di accesso alle misure alternative (come ad es. l'affidamento in prova ai servizi sociali).

In particolare, l'inserimento nel famigerato catalogo del 4-*bis* ord. pen. inibisce – anche per i condannati a pena inferiore a 4 anni – la sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.) e quindi impone un forzoso

²La declaratoria di illegittimità della sentenza n. 196 del 2010, dunque, è intervenuta limitatamente «alle sole parole “ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale”, dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione».

“assaggio di pena” prima di poter ambire ad una misura alternativa, subordinando peraltro l’accesso (non solo alla necessaria “osservazione” intramuraria, bensì) alla collaborazione con l’autorità giudiziaria.

Ancor più gravi le conseguenze concrete di tale inclusione, a fronte del tradizionale regime del *tempus regit actum* (e della mancata previsione di una norma transitoria): come si è visto, tale regime implica(va) appunto la immediata applicabilità anche ai reati commessi precedentemente all’entrata in vigore della modifica normativa, ancorché già giudicati secondo itinerari procedurali – patteggiamento, rito abbreviato – scelti in ragione del precedente (e ben più favorevole) quadro normativo.

Interrogata sul punto da numerose ordinanze di rimessione, la Corte costituzionale ha finalmente preso atto che – “al di là delle etichette”, ossia al di là della dicotomia formale norme sostanziali/norme processuali ed esecutive – alcune modifiche delle norme di esecuzione implicano ricadute estremamente gravose per il detenuto, misurabili in termini di concreto sacrificio della libertà personale: «Ciò si verifica, paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita “fuori” dal carcere, la quale – per effetto di una modifica sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita “dentro il carcere”; tra il “fuori” e il “dentro”, infatti, la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un’applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell’art. 25, secondo comma, Cost.» (Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, § 4.3.3).

In definitiva, secondo questa importante pronuncia, in siffatti casi si impone appunto di estendere la garanzia dell’irretroattività *in malam partem* ad ogni modifica normativa successiva al tempo di commissione del reato.

Secondo il giudice costituzionale italiano, in particolare, ogni volta che «la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato», viene in rilievo non solo l’urgenza di garantire la protezione del singolo da variazioni normative di segno peggiorativo, ma – prima e più in alto – «uno dei limiti che stanno al cuore stesso dello “Stato di diritto”, ossia [u]n concetto [...] che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare» (Corte cost., sentenza n. 32 del 2020, punto 4.3.1).

Ed in questo passaggio, si coglie, peraltro, un immediato richiamo a quel concetto di “preminenza del diritto” (*prééminence du droit/rule of law*) evidenziato sin dal preambolo della CEDU (oltre che nella Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948), a cui è indubbiamente connessa l’istanza di legalità penale.

3.3. (excursus) *Il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative*

L'approccio "sostanzialistico", ormai definitivamente sedimentato – sulla scia della Corte di Strasburgo – nella giurisprudenza costituzionale (sin dalla citata sentenza n. 196 del 2010), ha dato spunto alla Corte per estendere espressamente l'operatività del principio di cui all'art. 25/2 Cost. anche alle sanzioni amministrative.

Così, i giudici hanno evidenziato ancora che dalla giurisprudenza della Corte EDU formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU si ricava «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere afflittivo-punitivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», ribadendo che «tale principio è peraltro desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ('Nessuno può essere punito [...]')» – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (così la sentenza n. 104 del 2014, sulla traccia, appunto, della sentenza n. 196 del 2010).

Su tali basi, ricordando come analogo principio è sancito anche dalla disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi prevista dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 (*Modifiche al sistema penale*), ove l'art. 1 stabilisce la regola per cui nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione ("regola" che «costituisce un principio generale di quello specifico sistema»), si è dichiarata l'illegittimità della di una disposizione regionale (l. reg. Val d'Aosta, n. 5 del 2013), prevedendo questa la sanzione amministrativa anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, «in tal modo violando il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost.»³.

³ Con la successiva sentenza Corte cost. n. 223 del 2018, la Corte ha riaffermato in maniera perentoria l'estensione dell'art. 25 Cost. alle sanzioni amministrative precisando che persino nei processi di depenalizzazione occorre verificare che il trattamento sanzionatorio risultante sia in concreto più favorevole rispetto a quello previgente, così superando quella sorta di *pre-sanzione* di maggior favore di tali sanzioni rispetto a quelle penali che, sin dal 1981, informa le norme transitorie volte ad ammetterne la retroattività nelle vicende di c.d. "successione impropria" (ossia, per l'appunto, di successione derivante da depenalizzazione).

4. *Il principio di retroattività della norma penale più favorevole*

A differenza del principio di irretroattività, il principio della retroattività della legge più favorevole (*lex mitior*) entrata in vigore successivamente al fatto – espressamente sancito a livello codicistico (art. 2 c.p.) – non ha trovato “copertura”, a livello costituzionale, nella disposizione dell’art. 25, comma 2, ma è stato nondimeno riconosciuto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006).

Nonostante la Corte, in diverse occasioni, abbia considerato e sottolineato con vigore il progressivo consenso europeo ed internazionale sul principio in parola (richiamando, in particolare, l’art. 49, comma 1, seconda parte, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, l’art. 15, comma 1, terza parte, del Patto internazionale dei diritti civili e politici, e, su quella traccia, la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, giunta a riconoscerlo come «**principio generale dell’ordinamento comunitario**», che fa parte delle «**tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri**»⁴), si è anche di recente ribadito che la diversa collocazione costituzionale segnalata implica che il principio in parola «non riceve nell’ordinamento la tutela privilegiata di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.» (sentenza n. 393 del 2006), né gode della inderogabilità a quest’ultimo riconosciuto.

Tale diverso statuto, nella ricostruzione della Corte, viene del resto ricondotto anche a precise considerazioni contenutistiche, sottolineandosi che – rispetto al divieto di retroattività della norma penale – ben diversa sarebbe la *ratio* che ispira la **retroattività della legge più favorevole**.

Quest’ultimo principio, in particolare, «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l’ovvia ragione che [...] la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l’autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (sentenza n. 394 del 2006), essendo piuttosto «legato [...] ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto

⁴CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi e altri*; CGCE, 11 marzo 2008, C-420/06, *Jager*; da ultimo, CGCE, 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*.

piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente ragionevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena». In questa prospettiva, il principio della *lex mitior* troverebbe fondamento sulla considerazione in base alla quale «se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore» (sentenza n. 394 del 2006).

Alla luce di queste considerazioni, si afferma peraltro che il collegamento con il principio di eguaglianza, oltre a costituire il fondamento del principio della retroattività *in mitius*, «ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni obiettivamente ragionevoli» (sentenza n. 394 del 2006; in termini sostanzialmente analoghi, sul punto, anche le sentenze n. 393 del 2006, n. 72 del 2008 e n. 236 del 2011); ove cioè il limite di operatività introdotto per legge ordinaria sia giustificato dalla tutela di «interessi di analogo rilievo» (in questi termini, si vedano ancora le decisioni da ultimo citate).

Peraltro, si è ancora precisato che le deroghe devono superare un «vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (sentenza n. 393 del 2006).

D'altro canto, la disciplina positiva che – a livello codicistico – regola la **successione di leggi penali nel tempo** muove in questa direzione.

In estrema sintesi: secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 2 c.p., la legge che dispone la formale abrogazione di un reato (**c.d. *abolitio criminis*: retro**, cap. II, § 1.8) è da applicare retroattivamente e determina il venir meno dell'esecuzione e degli effetti delle sentenze di condanna, ancorché si tratti di pronunce definitive. Così, solo per fare un esempio, la depenalizzazione del reato di danneggiamento semplice, attuata attraverso il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, ha comportato la revoca dei provvedimenti di condanna fondati su ipotesi di danneggiamento non aggravato.

Diverso è il caso in cui la norma sopravvenuta si limiti a prevedere un regime più favorevole al reo, lasciando inalterata, rispetto al quadro normativo antecedente, la natura penale di un certo comportamento. Solo si pensi, per citare qualche esempio, all'intervento normativo che alleggerisce il trattamento sanzionatorio previsto per una certa fattispecie incriminatrice o estende l'ambito di applicazione delle cause di giustificazione o, ancora, allunga il termine di prescrizione del reato in questione. In queste ipotesi, non interviene alcuna *abolitio criminis* trattandosi piuttosto di casi di successione di leggi penali nel tempo, dovendo il giudice verificare qual è la regola rilevante per il caso di specie. L'art. 2, comma 4, c.p., stabilisce infatti che se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, **si applica quella le cui**

disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia intervenuta una **sentenza irrevocabile**. Trova, allora, conferma il carattere relativo del principio di retroattività *in mitius* che incontra una deroga espressa nella incontrovertibilità del “giudicato”, che in questa specifica ipotesi – e solo in questa – ritiene prevalenti istanze di certezza sul *favor libertatis*.

Una disciplina particolare è riservata, peraltro, all’ipotesi in cui sia intervenuta una condanna a pena detentiva e la legge posteriore preveda esclusivamente la pena pecuniaria. Secondo quanto previsto dall’art. 2, comma 3, c.p., la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi di quanto stabilisce l’art. 135 c.p.

Passando in rassegna la disciplina della successione delle leggi penali nel tempo, occorre anche accennare all’eventualità – al giorno d’oggi, invero, tutt’altro che remota a fronte dell’ipertrofia della dimensione punitiva (*retro* cap. I, § 2.2) – in cui la norma sopravvenuta abroghi una determinata fattispecie di reato senza però abolire la rilevanza penale del comportamento tipico che è da sussumere in una diversa disposizione incriminatrice (**c.d. abrogatio sine abolitione**). Più nel dettaglio, è ben possibile che la disposizione abrogata abbia carattere speciale rispetto a una diversa previsione generale che, per l’effetto dell’intervento ablativo, si “riespande” fino a ricomprendere il comportamento illecito in precedenza ricondotto alla norma speciale; non si può, del resto, escludere che il caso sia da ricondurre a una diversa previsione incriminatrice capace di ricomprendere il disvalore del precetto abrogato. Un caso emblematico è offerto dalla vicenda del c.d. peculato per distrazione: in origine il reato *ex* art. 314 c.p. sanzionava il pubblico funzionario che si appropriava o *distraeva* (*i.e.*, destinava ad una finalità diversa da quella prestabilita per legge) il bene che aveva a disposizione in ragione del suo ufficio o servizio. La l. 26 aprile 1990, n. 86, è intervenuta per espungere dall’art. 314 c.p. il riferimento al comportamento di distrazione, limitando il perimetro di applicazione del reato di peculato alle sole condotte appropriative. I fatti di distrazione, tuttavia, non hanno cessato di avere rilevanza penale e, piuttosto, sono stati ricondotti dal giudice penale al reato di abuso d’ufficio di cui all’art. 323 c.p., norma di “chiusura” del sistema dei reati contro la pubblica amministrazione.

Questa disciplina ha carattere generale, ma prevede delle eccezioni: ai sensi di quanto previsto *ex* art. 2, comma 5, c.p., le regole sulla successione di leggi penali nel tempo, infatti, non si applicano alle **norme eccezionali o temporanee**, atteso che verrebbero altrimenti compromesse le ragioni straordinarie che hanno legittimato tali specifici interventi normativi.

4.1. *Lex mitior e prescrizione*

Tornando al principio costituzionale della *lex mitior*, ed alle sue “eccezioni”, va evidenziato che il delicato bilanciamento che impone di verificare la ragionevolezza delle “deroghe” alla retroattività della legge penale più favorevole ha trovato un peculiare e problematico banco di prova nella disciplina della **prescrizione penale**, ossia del lasso di tempo trascorso il quale – a parti-

re dal momento di commissione del fatto (c.d. *dies a quo* della prescrizione) – viene a determinarsi l’estinzione del reato, e a “consumarsi” la pretesa punitiva dello Stato.

La **prescrizione** del reato è una **causa estintiva** dipendente dal decorso di un determinato lasso temporale, previamente individuato dal legislatore. Il decorso del tempo, in effetti, determina un fisiologico affievolimento dell’allarme sociale generato dal reato e, conseguentemente, una riduzione delle esigenze di prevenzione generale che presiedono alla sua repressione e che giustificano l’esercizio della potestà punitiva. Come ricordato in più occasioni dalla Corte costituzionale, la prescrizione è «un istituto che incide sulla punibilità della persona» e che «la legge, di conseguenza [...] disciplina in ragione di una valutazione che viene compiuta con riferimento al grado di allarme sociale indotto da un certo reato e all’idea che, trascorso del tempo dalla commissione del fatto, si attenuino le esigenze di punizione e maturi un diritto all’oblio in capo all’autore di esso» (Corte cost. 26 gennaio 2017, n. 24; Corte cost. 31 maggio 2018, n. 155; Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 23).

A seguito della l. 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. ex Cirielli), che ha profondamente modificato l’originaria disciplina codicistica, il tempo necessario a prescrivere il reato è pari al *massimo della pena edittale* stabilita dalla legge e, in ogni caso, non può mai essere inferiore a *sei anni* per i delitti e *quattro anni* per le contravvenzioni (art. 157, comma 1, c.p.). Ai fini del calcolo del tempo prescrizione, non si considerano né le diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti, né gli aumenti di pena per le circostanze aggravanti, ad eccezione delle sole circostanze aggravanti *autonome* (che comportano l’applicazione di una pena di specie diversa da quella ordinaria) e di quelle *ad effetto speciale* (che importano un aumento della pena superiore a un terzo). Sono, invece, *imprescrittibili* i reati per i quali la legge prevede la pena dell’*ergastolo*, anche come effetto dell’applicazione di aggravanti (art. 157, comma 8, c.p.).

L’istituto della prescrizione del reato è da tempo al centro di forte discussione, tanto nella “comunità degli esperti” quanto in sede politica, recentemente ravvivatesi in occasione della approvazione della – molto criticata – l. n. 3 del 2019 (c.d. legge spazzacorrotti), che ha introdotto un originale meccanismo di “sospensione” della prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado; assetto solo parzialmente modificato dalla c.d. riforma Cartabia (l. n. 134 del 2021), che al fianco della prescrizione sostanziale ha introdotto un originale, e farraginoso, regime di improcedibilità processuale che scatta ove i tempi delle diverse fasi processuali (giudizio di appello, giudizio di cassazione) superino determinati limiti.

Prima di tali riforme, tuttavia, in diverse occasioni il legislatore era intervenuto a rimodulare la disciplina della prescrizione, e una delle varie riforme – operata appunto con la l. n. 251 del 2005 – aveva introdotto, per taluni reati, termini più brevi di prescrizione, ponendo dunque il problema dei rapporti intertemporali – ossia della disciplina della prescrizione dei fatti commessi precedentemente alla entrata in vigore della nuova legge, che il legislatore aveva scelto di regolare con una apposita norma transitoria, che disponeva l’inappli-

cabilità dei nuovi e più favorevoli termini ove il processo fosse già giunto alla fase dell'apertura del dibattimento di primo grado, o in fase di appello o di Cassazione (così l'art. 10, comma 3, l. n. 251 del 2005).

E proprio questa disciplina transitoria è stata portata all'attenzione della Corte costituzionale, mettendosi in dubbio – da più parti – la legittimità della stessa alla luce, appunto, del principio della retroattività della norma più favorevole, che secondo una diffusa opinione avrebbe dovuto implicare la retroattività generalizzata della nuova disciplina di favore.

E proprio tali questioni hanno dato alla Corte costituzionale occasione di specificare i presupposti, e i limiti, delle “**deroghe ragionevoli**” a cui può essere assoggettato il principio della *lex mitior*.

Chiamata dunque a verificare la legittimità costituzionale della disposizione transitoria concernente l'operatività della nuova disciplina della prescrizione penale (art. 10, comma 3, della l. n. 251 del 2005), nel caso in cui il nuovo criterio di computo comportasse una riduzione dei termini prescrizionali e, dunque, una disciplina più favorevole, la Corte ha dato per vero risposte differenziate.

Con una prima decisione, la Corte ha accolto la questione, dichiarando l'illegittimità parziale della menzionata disposizione con riferimento alla previsione concernente la inapplicabilità delle nuove norme ove il processo avesse già raggiunto la fase della apertura del dibattimento di primo grado, discrimine ritenuto irragionevole perché non giustificato da controinteressi di rilievo significativo: l'apertura del dibattimento di primo grado non essendo «[...] in alcun modo idonea a correlarsi significativamente ad un istituto di carattere generale come la prescrizione, e al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento, legato al [...] rilievo che il decorso del tempo da un lato fa diminuire l'allarme sociale, e dall'altro rende più difficile l'esercizio del diritto di difesa» (la sentenza n. 393 del 2006).

Viceversa, la successiva sentenza n. 72 del 2008 ha escluso l'illegittimità della previsione nella parte concernente il restante limite di operatività, fissato per i processi già pendenti in grado d'appello alla data di entrata in vigore della legge, ritenendo questo diverso limite assistito da ragionevolezza perché coerente con la funzione che l'ordinamento assegna all'istituto della prescrizione (atteso che, per un verso, la pronuncia della sentenza o del decreto penale di condanna rileva, *ex art. 160 c.p.*, ai fini dell'interruzione della prescrizione, e che, per altro verso, garantisce l'esercizio del diritto di difesa, in quanto l'acquisizione del materiale probatorio è già avvenuta, di regola, in primo grado), e diretto a tutelare «interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti della funzione giurisdizionale)», anzitutto evitando la dispersione delle attività processuali già compiute.

4.2. Dopo la sentenza della Corte EDU, Scoppola c. Italia

Merita evidenziare che la posizione della nostra Corte costituzionale, incline alla derogabilità del principio della retroattività favorevole – pur solo ove le de-

roghe siano, come si è visto, sorrette da “giustificazioni obiettivamente ragionevoli” – non è mutata neppure dopo una importante pronuncia della Grande Camera della Corte europea, la sentenza 17 settembre del 2009, *Scoppola c. Italia*, che – anche alla luce delle fonti sovranazionali ed europee segnalate – per la prima volta ha affermato il principio dell’applicazione retroattiva della *lex mitior* come corollario implicito dell’art. 7 CEDU (*retro*, cap. II, § 4).

Nel percorso argomentativo della decisione *Scoppola c. Italia*, che ha peraltro operato un netto *revirement* rispetto al proprio precedente orientamento, la Corte EDU ha registrato «un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l’applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale».

Rilevato che «è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l’art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata», la Corte ha affermato – qui la *ratio decidendi* – che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell’imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all’imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive».

Senonché, anche dopo questa importante pronuncia dei giudici di Strasburgo, la Corte costituzionale – nuovamente interpellata sulla legittimità della disciplina transitoria della prescrizione di cui al citato art. 10, comma 3, l. n. 251 del 2005 – ha confermato la propria posizione, rigettando le questioni e, con esse, l’idea che il principio della *lex mitior* avesse ormai guadagnato – attraverso l’art. 7 CEDU – uno *status* di inderogabilità.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la nuova questione con la sentenza n. 236 del 2011, ritenendo, anzitutto, che dalla sentenza *Scoppola c. Italia* non emergessero indicazioni circa la inderogabilità del principio della *lex mitior*, e ravvisando, viceversa, in talune affermazioni della pronuncia, indicazioni in senso contrario, inclini a suggerire la legittimità di una modulazione del principio a fronte di ipotesi peculiari.

In particolare, a parere della Consulta, la pronuncia dei giudici di Strasburgo – oltre ad enunciare espressamente il “giudicato” come limite comunque invalicabile dalla retroattività della *lex mitior* – induce a ritenere, «anche se in modo non inequivoco», «che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato all’assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni». Si legge infatti nella sentenza che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell’imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo» e che «ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti favorevoli all’imputato inter-

venuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive. Ma, se la retroattività non può essere esclusa “solo” perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti».

Secondo la lettura che la Corte costituzionale ha dato della sentenza *Scoppola c. Italia*, dunque, anche nella prospettiva convenzionale, si ricaverebbe una precipua declinazione del principio in esame secondo uno schema regola/eccezione: se, infatti, «secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con una certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata *in melius* (...)» – perché ciò implicherebbe l'inflizione di pene che alla luce della rivalutazione legislativa sono ormai considerate eccessive – tale regola dovrebbe essere ribaltata nell'ipotesi – apparentemente eccezionale – della *lex mitior* in cui «vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile», cosicché «la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate».

In definitiva, la Corte, nel caso di specie, non ha registrato alcun contrasto tra CEDU e Costituzione, né ha ravvisato, nelle pieghe della decisione *Scoppola c. Italia*, ragioni peculiari per discostarsi dal tradizionale paradigma di inquadramento della *lex mitior*, né ulteriori motivazioni per riesaminare il precedente bilanciamento tra interessi contrapposti; nella prospettiva tradizionale, del resto, sono state (ri-)valutate le deroghe che limitano la retroattività della *lex mitior*, e sono state ribadite le giustificazioni già adottate dalle precedenti sentenze – e segnatamente, dalla sentenza n. 72 del 2008 – a favore della ragionevolezza dello sbarramento previsto per l'operatività delle nuova più favorevole disciplina per i processi pendenti in grado di appello e di Cassazione, ravvisando la ragionevolezza di tale deroga nella tutela di interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (ossia la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale, oltre che nel più generale “principio di effettività del diritto penale”).

5. I principi di tassatività e determinatezza

Come si è anticipato, l'esigenza di certezza e di garantire ai consociati “libere scelte d'azione” non può dirsi soddisfatta solo dalla previa esistenza di una previsione legale formale, a base dell'incriminazione, ma richiede che i consociati siano messi nelle condizioni di **conoscere chiaramente il divieto**

penale, ossia di distinguere con sufficiente chiarezza i confini tra il lecito e l'illecito.

Una legge penale oscura o ambigua non sarebbe in grado di orientare in alcun modo i comportamenti dei singoli individui, che quindi sarebbero esposti al rischio – intollerabile in uno “Stato di diritto” – di punizioni “a sorpresa”; essa risulterebbe, d’altro canto, nulla più che una “delega in bianco” al giudice, fomentando una – altrettanto intollerabile – giustizia imprevedibile ed arbitraria, o una giustizia del “caso per caso” (proprio come quella che si volle con la famigerata modifica del § 2 del codice penale in epoca nazionalsocialista: *retro*, § 1.3).

A tali istanze sono rivolti gli ulteriori corollari della legalità tradizionalmente declinati nei **principi di tassatività e determinatezza del reato**.

Tali principi presidiano, in particolare, la formulazione della fattispecie penale – “fattispecie tipica” o “tipo” penale – ed hanno un immediato precipitato tecnico, appunto, nella “**tipicità**” che è qualità caratteristica dell’illecito penale: essa impone che la classe di condotte incriminate debba avere una dimensione chiusa – “tipica” appunto e tassativamente limitata ai soli casi “tipizzati” dal legislatore – che caratterizza (o dovrebbe caratterizzare) ogni fattispecie penale, ossia ogni *species facti* cui lo stesso ha attribuito specificamente e puntualmente rilievo penale, in modo congeniale al **carattere frammentario** del diritto penale, il cui intervento è – o almeno dovrebbe essere – sempre selettivo e puntiforme.

Come si è accennato, tale dimensione “tipica” dell’illecito penale è un ulteriore tratto distintivo che vale a distinguerlo dall’illecito extrapenale, ed in particolare dall’illecito civile aquiliano (art. 2043 c.c.), che ha una struttura aperta e una vocazione ontologicamente “atipica”: se le istanze volte ad apprestare massimo raggio di azione al risarcimento del danno possono giustificare questa scelta, nelle scelte punitive il legislatore deve selezionare in modo specifico e puntiforme i comportamenti contrassegnati da un tale coefficiente di disvalore che giustifica la “meritevolezza di pena”, in linea con l’istanza di *extrema ratio* che caratterizza la *pena*.

Per orientamento ormai consolidato – risalente almeno ai primi anni ’60 – si ritiene che i principi di tassatività e determinatezza trovino implicito riconoscimento nell’art. 25, comma 2, Cost., che dunque varrebbe a conferire rango costituzionale a una istanza garantistica che appare peraltro oggetto di diretta menzione nella più esplicita formulazione dell’art. 1 c.p. (ove si stabilisce che «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite»).

Quanto al principio di determinatezza, i “due obiettivi fondamentali” ad esso sottesi consistono – come anche di recente ha ribadito la Corte – «per un verso, nell’evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito;

e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (sentenza n. 327 del 2008).

Le disposizioni penali devono essere “chiaramente formulate”, e devono essere rese altresì conoscibili dai destinatari grazie ad una pubblicità adeguata (art. 73, comma 3, Cost.): i principi in esame comportano dunque – secondo la Corte – l’adempimento da parte dello Stato di precisi doveri costituzionali, attinenti, anzitutto, alla formulazione del divieto, che deve essere tale da consentire di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell’illecito (si vedano, sul punto, i rilievi puntualizzati nella sentenza n. 364 del 1988).

Nel lessico della Corte, i concetti di “tassatività” e “determinatezza” sono mantenuti distinti, pur senza particolari specificazioni distintive [ma v. ad es. la sentenza n. 247 del 1989, che distingue tra tassatività e determinatezza, intendendo quest’ultima, diversamente dalla prima, «quale modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma»]; inoltre, la “precisione” della norma – che pur godrebbe di autonomia secondo parte autorevole della dottrina (G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA) – non sembra considerata come istanza ulteriore ed autonoma rispetto al principio in esame: piuttosto, la “chiarezza” e l’“intelligibilità” dei termini impiegati appaiono affermate come vere e proprie condizioni della determinatezza, assieme alla verificabilità del fenomeno disciplinato e, quindi, alla sua rispondenza alla fenomenologia del reale (si veda, al riguardo, la sentenza n. 96 del 1981, su cui *infra*, § 5.2).

5.1. *L’utilizzo di formule descrittive “esemplificative” o “sintetiche”, di clausole generali e concetti elastici*

Restando ancora al piano dei significati terminologici, la Corte – muovendo dalla non coincidenza tra “tassatività” e “descrittività” della fattispecie – ammette, in linea teorica, la compatibilità con il principio in rilievo di **formule “aperte”** con le quali, talvolta, si chiude la formulazione della fattispecie legale, come i sintagmi “e simili”, “altri analoghi”, “altri mezzi fraudolenti”, etc., espressivi di tecniche “esemplificative” ovvero “sintetiche” (si vedano, ad esempio, le sentenze n. 27 del 1961, relativa all’art. 121 t.u.l.p.s.; n. 120 del 1963; n. 79 del 1982, che ha negato l’illegittimità del reato di cui all’art. 4 della l. n. 110 del 1975, concernente il divieto di portare fuori dalla propria abitazione «qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l’offesa della persona»).

In realtà, formulazioni di questo genere sono sintomo di una fattispecie “ad analogia espressa”, e dovrebbero cadere sotto la scure del principio di tassatività/determi-

natezza: del resto, l'esperienza applicativa segnala che proprio simili formulazioni fomentano, non di rado, autentiche "scorribande analogiche", come si è verificato al cospetto del reato di "*Turbata libertà degli incanti*" (art. 353 c.p.), dove la descrizione del "tipo" (che punisce «Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni o promesse, collusioni o *altri mezzi fraudolenti*, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni [...]») si è prestata alle più diverse, e creative, interpretazioni giurisprudenziali, solo a fatica calmierate dalla più sensibile giurisprudenza di legittimità.

Su analoghe cadenze argomentative si fonda il sostanziale avallo di enunciati caratterizzati dal rinvio a "**concetti extragiuridici diffusi**" (si vedano ad es. le sentenze n. 191 del 1970, in materia di "osceno"; n. 42 del 1972, in materia di violazione dei doveri di assistenza familiare) e a dati "di ordinaria esperienza, o di esperienza tecnica" [sentenza n. 125 del 1971, sull'art. 28 della l. n. 977 del 1967, concernente il divieto di adibire fanciulli ed adolescenti a prestazioni d'opera pericolose o faticose o gravose; ovvero le ordinanze n. 5, 72 e 84 del 1984, in tema di violazioni urbanistiche, ove si è rilevato come «(...) è legittimo anche in riferimento alla materia edilizia l'uso di espressioni di comune esperienza, quali "limitata entità", "limitate modificazioni" e "lottizzazione" (...)]], i quali, esibendo, secondo la Corte, una attitudine «ad individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato», non richiederebbero al giudice un impegno diverso dal normale compito di interpretazione, spettando all'opera ermeneutica di questi di dare contenuto concreto alle espressioni volta a volta utilizzate.

Più in generale, la costante giurisprudenza della Corte afferma che la verifica del rispetto del principio di determinatezza vada condotta «non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce» (sentenza n. 327 del 2008, ma in senso affine anche la decisione n. 25 del 2019). Così, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero (...) di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un **fondamento ermeneutico controllabile**; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» (sentenza n. 5 del 2004).

Significativa del *self restraint* della giurisprudenza di legittimità, a questo riguardo, la sentenza n. 327 del 2008, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità formulata nei confronti di una fattispecie tradizionalmente considerata – in dottrina – emblematica di un evidente *deficit* di tassatività, ossia il delitto di “*Crollo di costruzioni e altri disastri dolosi*” di cui all’art. 434 c.p.: questione sollevata, in particolare, relativamente all’inciso “altro disastro”, alla luce di una lettura teleologica e sistematica della disposizione in questione, e rigettata dalla Corte precisando altresì che «alorché il legislatore – nel descrivere una certa fattispecie criminosa – fa seguire alla elencazione di casi specifici una formula di chiusura, recante un concetto di genere qualificato dall’aggettivo “altro” (...), deve presumersi che il senso di detto concetto – spesso in sé alquanto indeterminato – sia destinato a ricevere luce dalle *species* preliminarmente enumerate, le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del *genus*».

La giurisprudenza costituzionale ha peraltro sostanzialmente confermato questo orientamento anche di recente, evidenziando come la preferenza del legislatore per una **tecnica di formulazione “sintetica”** non implica, di per sé, un *vulnus* al principio di determinatezza.

La Corte, in particolare, è stata chiamata a valutare diverse censure in punto di tassatività/determinatezza rivolte alla formulazione legale del **reato di *stalking***, ossia la fattispecie di cui all’art. 612-*bis* c.p.

Ai sensi della fattispecie prevista all’art. 612-*bis* c.p. (“Atti persecutori”, noto appunto anche come *stalking*), è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi, salvo che il fatto costituisca più grave reato, «*chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*».

In replica a tali censure, nella sentenza n. 172 del 2014, dichiarando non fondata la questione, si è rilevato come «Il fatto che il legislatore, nel definire le condotte e gli eventi, abbia fatto ricorso a una enunciazione sintetica della norma incriminatrice – come avviene, del resto, nella gran parte dei Paesi dove è stata adottata una normativa cosiddetta “anti-stalking” – e non abbia adottato, invece, una tecnica analitica di enumerazione dei comportamenti sanzionati, non comporta, di per sé, un vizio di indeterminatezza, purché attraverso l’interpretazione integrata, sistemica e teleologica, si pervenga alla individuazione di un significato chiaro, intelligibile e preciso dell’enunciato [...]. Invero, come già affermato da questa Corte, l’esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell’art. 25, secondo comma, Cost., non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della stessa, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa [...], op-

pure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi [...], ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica [...]. Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formule elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante la "impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a 'giustificare' l'inosservanza del precetto e la cui valenza riceve adeguata luce dalla finalità dell'incriminazione e dal quadro normativo su cui essa si innesta" [...].»

5.2. Formulazione legislativa e necessaria "verificabilità empirica" dei concetti utilizzati

In un quadro dove l'intervento della Corte è stato davvero limitato, e dove solo in rarissimi casi si è giunti ad una pronuncia di illegittimità costituzionale per contrasto con le garanzie qui in esame, le declaratorie di illegittimità pronunciate per violazione del principio di determinatezza hanno riguardato, piuttosto, altri profili.

Tra le decisioni più importanti, in questo ambito, vi è senz'altro la sentenza n. 96 del 1981, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del **reato di plagio**, che l'art. 603 c.p. definiva come la condotta di «*chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione*» (prevedendo peraltro la severa pena della reclusione da cinque a quindici anni).

La problematicità del reato di plagio ebbe un momento di straordinaria verifica già nel **caso Braibanti** – da cui è stato di recente tratto il film *Il signore delle formiche* (regia G. Amelio, 2022) –, che, alla fine degli anni '60, vide appunto contestare tale reato ad Aldo Braibanti, noto scrittore, sceneggiatore e intellettuale italiano: l'accusa a costui rivolta, in particolare, fu quella di aver indotto un giovane collaboratore in un "totale stato di soggezione" rilevante ex art. 603 c.p. in ragione della situazione di subordinazione psicologica della persona offesa.

Anche all'esito delle polemiche suscitate da quel processo – che ebbe un forte clamore mediatico – e dalla prima sentenza di condanna per il reato di plagio irrogata al noto intellettuale, in un procedimento di pochi anni successivo (1978), fu sollevata appunto la questione di legittimità del "reato di plagio", in ragione di un coefficiente di determinatezza ritenuto, dal giudice a quo, chiaramente insoddisfacente.

La Corte costituzionale, dopo un'approfondita analisi storica, escluse la possibilità di individuare un significato concreto e univoco per la formula normativa impiegata nel reato di plagio: esaminando la dottrina e la giurisprudenza intervenute sul punto, scrissero i giudici, si «rende evidente l'impossibilità di riscontrare nella realtà un totale stato di soggezione, tale cioè da sopprimere integralmente (e non "quasi integralmente") ogni libertà ed autonomia di determinazione del soggetto che si assume plagiato». D'altronde, si osserva, «è estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico e distinguere a fini di conseguenze giuridiche – con riguardo ad ipotesi come quella in esame – l'attività psichica di persuasione da quella anche essa psichica di suggestione [...]» (sentenza 8 giugno 1981, n. 96).

Per quanto qui maggiormente interessa, nella declaratoria di incostituzionalità, la Corte ha sottolineato, in modo innovativo, come il principio di tassatività comporta per il legislatore penale (anche) l'onere di «formulare ipotesi che esprimano **fattispecie corrispondenti alla realtà**», a mezzo del doveroso «riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a **criteri** che allo stato delle attuali conoscenze appaiono **verificabili**».

In particolare, il concetto che alla Corte non è apparso suscettibile di verifica empirica in giudizio era quello riferibile alla nozione di “altrui sottoposizione al proprio potere”, “**in modo da ridurla in totale stato di soggezione**”, non essendo concretamente (o “empiricamente”) dimostrabile in modo certo, appunto, quando una persona possa dirsi assoggettata *totalmente* all'altrui potere, posto che – in particolare – «la formulazione letterale dell'art. 603 c.p. prevede (...) un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe stato oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata» (sentenza n. 96 del 1981).

Con questa importante pronuncia, dunque, la Corte ha dunque posto l'accento sul necessario rispetto, in sede legislativa, dei **vincoli di realtà e di scienza** e – muovendo dall'assunto della distinguibilità concettuale tra il profilo della corrispondenza del precetto al mondo del reale (e della sua verificabilità empirica) ed il profilo dell'intelligibilità dell'enunciato linguistico – ha affermato come la mera comprensibilità (o “intellegibilità”) del precetto penale sia condizione certo necessaria, ma non sufficiente per assicurare la determinatezza della fattispecie, dovendosi al contempo verificare se i presupposti fattuali a cui fa riferimento il termine impiegato dal legislatore siano non solo comprensibili, ma anche dimostrabili in giudizio.

5.3. (excursus) *Legalità, tassatività e determinatezza in materia di misure di prevenzione*

Come pure si è accennato, le istanze garantistiche a cui offre massima tutela il principio di legalità penale con i suoi corollari – e segnatamente la necessità che vi sia una previsione legale chiara e precisa a base di ogni limitazione e/o di ogni “forma di ingerenza” sui diritti fondamentali – non si limitano al solo ambito degli illeciti e delle sanzioni *penali*, cui espressamente si riferisce la gaurentigia dell'art. 25/2 Cost., ma si estendono anche al campo diverso ma contiguo delle misure di prevenzione personali (e tra queste la famigerata “sorveglianza speciale di pubblica sicurezza”) e patrimoniali (la confisca di

prevenzione), misure che del resto, come evidenziato, incidono pesantemente sulla sfera dei diritti individuali e che del pari trovano precisi limiti nella Costituzione, segnatamente riferibili all'art. 13 Cost., per quanto concerne le misure personali, e negli artt. 41 e 42 Cost., per quanto concerne le misure di prevenzione patrimoniali (*retro*, cap. I, § 1.2).

Proprio la notevole invasività delle misure *ante o praeter delictum*, e i congeniti difetti di "tassatività" dei presupposti sulla cui base le stesse possono essere applicate, del resto, hanno in più occasioni condotto a sottoporre tali misure al cospetto del giudice delle leggi, che anche di recente, come pure si è accennato, ne ha scandagliato i diversi profili problematici anche sulla traccia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Per vero, alcuni imperativi costituzionali sottesi alla compatibilità delle misure di prevenzione con le istanze della "legalità" erano stati già chiariti, dalla Corte, in una decisione risalente, e purtuttavia ancora significativa ed attuale, la sentenza n. 177 del 1980, dove la Corte aveva dovuto scrutinare la legittimità della misure di prevenzione applicabili al "**proclive a delinquere**": concetto particolarmente ambiguo e polisemico, che appunto fu ritenuto incompatibile con le istanze garantistiche riconducibili al *nullum crimen*.

In effetti, nella decisione appena citata, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, n. 3, della l. n. 1423 del 1956, evidenziando come il concetto di "proclività a delinquere" implicasse un giudizio che la legge pretendeva di desumere da "manifestazioni" non altrimenti specificate, e dunque concretamente prive – in ultima analisi, di una sufficiente "base legale".

In quella occasione, la Corte – premesso che «non si può dubitare che anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (demandata al giudice e nella cui formulazione sono certamente presenti elementi di discrezionalità) non può che poggiare su presupposti di fatto "previsti dalla legge" e, perciò, passibili di accertamento giudiziale» – ritenne «decisivo [...] che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire», sottolineando come, nel caso di specie, i presupposti del giudizio di proclività a delinquere non avessero, già sul piano della descrizione della fattispecie «alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso», con conseguente violazione della garanzia in rilievo (peraltro invocata mediante il riferimento all'art. 25, comma 3, Cost., essendo all'esame una misura di prevenzione).

Più di recente, la Corte è stata chiamata ad occuparsi nuovamente – ed a più largo raggio – delle misure di prevenzione, e segnatamente dei presupposti sulla cui base può essere disposta la misura preventiva della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e la confisca di prevenzione, giungendo a delineare un vero e proprio "**statuto della legalità preventiva**", stimolato anche – come si è anticipato – da alcune importanti decisioni della Corte di Strasburgo, e tra

queste, anzitutto, la sentenza della Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

Come si è anticipato, nella sentenza *De Tommaso c. Italia*, la Corte EDU ha affermato che le misure di prevenzione disciplinate nell'ordinamento italiano – dopo la scomparsa, nel 1988, dell'obbligo di residenza in un Comune diverso da quello di residenza, che aveva dato luogo ad una precedente condanna dell'Italia (Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*) – costituiscono misure limitative della libertà di circolazione, sancita dall'art. 2 Prot. n. 4 CEDU: così assoggettando la “compatibilità convenzionale” di tali misure alla sussistenza delle condizioni previste al par. 3 della norma convenzionale in questione, ossia alla necessaria sussistenza di una idonea base legale, di una finalità legittima, e della stringente “necessità in una società democratica” – con conseguente, necessaria proporzionalità della limitazione della libertà in rilievo – in rapporto agli obiettivi perseguiti dal legislatore.

Anche su quella traccia, sono state sollevate molteplici questioni di legittimità costituzionale, diverse ma tutte focalizzate – in particolare – sul **difetto di precisione** di due fattispecie astratte “di prevenzione”, ossia su due categorie di soggetti che possono essere attinte dalle misure in rilievo: «**coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi**» (art. 1, numero 1, della l. n. 1423 del 1956, riprodotto in modo pressoché identico dall'art. 1, lettera a, d.lgs. n. 159 del 2011), e «**coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose**» (art. 1, numero 2, l. n. 1423 del 1956; art. 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011).

E a tali censure, di indubbia consistenza, la Corte costituzionale ha risposto con una importante decisione di accoglimento (parziale), la già citata sentenza n. 24 del 2019, nella quale ha precisato presupposti e limiti dell'utilizzo di queste misure nel prisma delle garanzie costituzionali che con le stesse si pongono in tensione.

a) Quanto alle **misure di prevenzione personali** (ed anzitutto, con riguardo alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo di soggiorno), dopo un lungo *excursus* storico e un attento confronto con la giurisprudenza della Corte EDU – si è precisato che esse «possono dirsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione della libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione di “casi e modi” della restrizione) e la riserva di giurisdizione».

Secondo la Corte, «Gli esiti a cui è approdata la giurisprudenza costituzionale italiana [...] finiscono così per attribuire un livello di tutela ai diritti fondamentali dei

destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, che è superiore a quello assicurato in sede europea. La riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione ad ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU» (sentenza n. 24 del 2019, punto 9.7.3).

b) Analogamente, quanto alle **misure di prevenzione patrimoniali**, la Corte – all'esito di una parimenti approfondita ricostruzione storica e sistematica – rimarcando anzitutto che, «[p]ur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano [...] misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)».

In particolare, secondo la Corte, tali misure «dovranno, pertanto, soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui – segnatamente –: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della “base legale” della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione “necessaria” rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (art. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo “*volet civil*”), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta».

Sulla base di queste premesse, la Corte ha dunque tratto le proprie conclusioni, giungendo a dichiarare l'illegittimità dell'art. 1, lett. a), del codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), che includeva tra i potenziali destinatari delle misure di prevenzione «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» per contrasto non soltanto con

gli *standard* convenzionali (e quindi con l'art. 117 Cost.) ma anche con gli artt. 13, 41 e 42 Cost.

D'altra parte, nella medesima pronuncia, la Consulta ha deciso di "salvare" la categoria delineata dalla lett. b) della stessa disposizione, ossia quella dei soggetti «che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», ritenendo – in particolare – che l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza al riguardo offra una lettura sufficientemente "tassativizzante e tipizzante" dei presupposti su cui si basa tale figura di "pericolosità generica", che pur tante perplessità e critiche – merita evidenziarlo – suscita ancora in seno alla dottrina più attenta a questi temi.

Del resto, ed in prospettiva futura, non appare neppure scontata la compatibilità con gli *standard* convenzionali e costituzionali delle varie categorie di soggetti aventi "pericolosità qualificata" previste dall'art. 4 del codice antimafia che, per quanto riferite ad ipotesi specifiche di reato, si fondano pur sempre su "indizi" [basti pensare alla categoria tipologica degli "indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.", ossia ai "sospetti di appartenenza mafiosa", di cui alla lett. a), art. 4, d.lgs. n. 159 del 2011].

5.4. *Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi*

I principi di tassatività e determinatezza hanno, peraltro, importanti collegamenti con altri principi costituzionali, primi fra tutti il principio di colpevolezza e il principio di offensività: di tali principi si tratterà ampiamente nel prosieguo, ma sin d'ora occorre mettere in rilievo le connessioni, da un lato, tra determinatezza del precetto penale, prevedibilità del divieto e rimproverabilità personale e colpevole (nella prospettiva appunto del principio di colpevolezza) e tra determinatezza del precetto e possibilità di percepire e comprendere il grado di disvalore della condotta tipica (nella prospettiva del principio di offensività).

5.4.1. *Determinatezza e colpevolezza*

Sotto il primo profilo, un punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza e tassatività, può rintracciarsi nella "storica" **sentenza n. 364 del 1988**, sull'art. 5 c.p. e sul c.d. *error iuris*, che espressamente richiama il **principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali** e di chiara formulazione di queste ultime: a partire da quella decisione, redatta dall'illustre penalista RENATO DELL'ANDRO, l'accento posto sulle istanze personalistiche sottese all'art. 27, comma 1, Cost. conduce,

nei fatti, ad una rilettura del principio di determinatezza alla luce del principio di colpevolezza (*infra*, cap. III, in pct. § 3), con correlata accentuazione della tassatività in funzione del **rapporto norma penale-cittadino** (piuttosto che in funzione del rapporto norma penale-giudice).

A partire da quella pronuncia, i nessi tra determinatezza del tipo legale e rimproverabilità personale emergeranno, del resto, con progressivo rilievo in diverse decisioni della Corte, che di fatti fanno ampio richiamo alla decisione n. 364 del 1988.

Già nella sentenza n. 282 del 1990 – in cui la questione di legittimità è stata ritenuta fondata tanto sotto il profilo del principio di riserva di legge quanto sotto il profilo del principio di tassatività – gli allora recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul terreno del principio di colpevolezza hanno giocato un ruolo significativo, che emerge chiaramente quando la Corte – chiamata a verificare la conformità all'art. 25/2 Cost. di una **fattispecie costruita sulla c.d. tecnica del rinvio** a fonti subordinate rispetto alla legge – ha avuto modo di rilevare che: «Consegue dunque che la rigidità del rinvio ad uno specifico atto preesistente quando persista il potere dell'amministrazione di revocarlo, di sostituirlo o di modificarlo, rappresenta una tecnica normativa **suscettibile d'indurre incertezze sul contenuto del fatto** ed in questo senso non corrispondente neppure alle esigenze del principio di determinatezza». E lo stesso può dirsi anche in relazione alla sentenza n. 34 del 1995, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-*bis*, comma 1, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, nella parte in cui punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione «che non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente»: la Corte, nella specie, ha affermato che l'indeterminatezza «da un lato pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza (sentenza n. 282 del 1990 e n. 364 del 1988), tanto più che il precetto è rivolto esclusivamente a stranieri, e, d'altro canto, non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nella operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa (sentenza n. 96 del 1981)».

In definitiva, può dirsi che a seguito della celebre pronuncia del 1988 in tema di *error iuris* – sulla quale ampiamente si tornerà (*infra*, cap. III, § 2 ss.) – l'indagine della Corte in punto di determinatezza valorizza sempre più la prospettiva aperta dall'istanza di rimproverabilità personale.

Ne sono ulteriori esempi la sentenza n. 247 del 1989, in materia di frode fiscale; l'ordinanza n. 302 del 2004, in materia di trattenimento nel territorio dello Stato “senza giustificato motivo”; le sentenze n. 327 del 2008, in materia di disastro innominato, e n. 21 del 2009, in materia di favoreggiamento dell'ingresso illegale.

Sintomatico dell'accoglimento di un'impostazione che assume a punto di fuga il principio di colpevolezza, e, dunque, l'istanza di conoscibilità del precetto, è, d'altra parte, l'argomento del "diritto vivente", in virtù del quale la questione in punto di determinatezza viene ritenuta infondata qualora un orientamento costante dimostri che la norma viene chiaramente interpretata, e, che, quindi, la stessa è applicabile in modo univoco (ordinanza n. 983 del 1988, in tema di tutela delle bellezze naturali, e n. 11 del 1989, in tema di armi giocattolo; sentenze nn. 333 del 1991 e 133 del 1992, concernenti la determinatezza dei concetti di "modica quantità" e "dose media giornaliera" nell'uso di sostanze stupefacenti; n. 122 del 1993, in tema di sanzioni di reati ambientali; n. 247 del 1997, ancora in tema di salvaguardia delle bellezze naturali).

Anche se, al riguardo, occorre sottolineare come la Corte – nella sentenza n. 327 del 2008 – abbia affermato che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale», posto che «affermare il contrario significherebbe "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti» [pur concludendo che «l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare (...) la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica e polisenso», colmando dunque – come si è ritenuto nel caso di specie – il profilo di frizione con il principio in esame].

5.4.2. *Determinatezza e offensività*

Di sicuro rilievo anche i nessi che intercorrono tra i corollari della legalità qui in esame e il principio di offensività (*infra*, cap. IV, § 2), giacché proprio la significatività dell'offesa al bene giuridico che la norma intende tutelare consente di accrescere la percepibilità del disvalore che il divieto legale esprime agli occhi dei destinatari, ossia dei consociati: cosicché la ricostruzione del bene giuridico protetto in termini pregnanti può valere a controbilanciare un congenito difetto di tassatività o di determinatezza, elidendo i profili di contrasto con la Costituzione.

In effetti, la stessa Corte, in diverse occasioni, ha indicato il percorso ermeneutico da seguire per colmare l'apparente deficit di determinatezza, spesso facendo leva su una ben precisa ricostruzione del bene giuridico tutelato dalla norma, ossia operando una chiarificazione sull'oggetto di tutela che consente di registrare e meglio focalizzare il coefficiente di tipicità della fattispecie.

Al riguardo, possono essere esemplificativamente richiamate le pronunce che – pur con sfumature differenti – hanno interessato diverse fattispecie del codice penale militare, come, ad esempio, la sentenza n. 263 del 2000, concernente il reato di “Violata consegna” (art. 120 c.p.m.p.), ove la questione viene rigettata ritenendo che «bene giuridico degno di tutela» sia non già la mera «disciplina militare», bensì «la funzionalità e l’efficienza di servizi determinati, che il legislatore ha inteso garantire rendendone rigide e tassative le modalità di esecuzione del militare comandato»; ovvero la sentenza n. 519 del 2000 – concernente i reati di “Attività sediziosa” (art. 182 c.p.m.p.) e di “Manifestazioni e grida sediziose” (art. 183 c.p.m.p.) –, ove la Corte ha dichiarato infondata la questione, in particolare, offrendo una interpretazione dell’aggettivo “sedizioso” tale da farvi rientrare – sia in relazione alle “manifestazioni e grida”, sia in relazione alle “attività” – solo quelle condotte «idonee a suscitare reazioni violente e sovvertitrici dell’ordine e della disciplina militare» (con esclusione di quelle forme di malcontento, di protesta, di critica, o di dissenso prive di carica destabilizzante e di rivolta e, quindi, rientranti nell’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero), anche alla luce di una peculiare ricognizione dell’oggettività giuridica ravvisata nel mantenimento della disciplina militare, intesa non già come valore “fine a se stesso”, bensì quale «fattore essenziale alle esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità delle forze armate».

In sintesi, dalla giurisprudenza della Corte emerge come i costrutti argomentativi seguiti nel sindacato sulla determinatezza e tassatività del tipo legale chiamano spesso in causa anche altri principi e garanzie.

Sui possibili nessi tra principio di determinatezza e principio di offensività (quale “canone interpretativo universalmente accettato”) si avrà modo, peraltro, di tornare (cfr. *infra*, cap. IV, § 2.5).

6. Il divieto di analogia in materia penale

6.1. La ratio del divieto

Come si intuisce, nessuna “tenuta” effettiva sarebbe assicurata ai principi di tassatività e determinatezza se in materia penale fosse concesso spazio al metodo interpretativo dell’analogia, che consente appunto – in assenza di una legge che disciplini direttamente e puntualmente il caso concreto, ossia di una “precisa disposizione” nella quale il caso possa essere “sussunto” – di poter fare ricorso “alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe” (c.d. *analogia legis*) ovvero ancora, “se il caso rimane ancora dubbio” ai “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” (c.d. *analogia iuris*), secondo quanto dispone l’art. 12 delle *Preleggi*.

Se il metodo analogico è consentito – e doveroso – in materia civile, per

consentire di colmare le “lacune” e così assicurare la “completezza” dell’ordinamento giuridico, tale metodo è oggetto di un perentorio divieto in materia penale: dove è chiaro che il divieto è posto a presidio del “primato della legge”, e delle istanze di tassatività e determinatezza che dominano questo peculiare ambito, istanze che sarebbero inevitabilmente frustrate se il giudice – e non il legislatore – potesse dilatare, espandere o colmare le incriminazioni applicando analogicamente la fattispecie ai casi non previsti, e purtuttavia ritenuti – a suo personale giudizio ed arbitrio – meritevoli di tutela penale.

Del resto, in materia penale, le istanze di **sussidiarietà** ed **extrema ratio**, e lo stesso **carattere di frammentarietà** che contrassegna l’intervento punitivo in una dimensione selettiva e puntiforme, rendono persino improprio il richiamo al metodo analogico come strumento suppletivo ed integrativo volto ad assicurare la “tenuta” dell’ordinamento, giacché le aree dove il legislatore penale non ha ritenuto di intervenire non dovrebbero essere concepibili come “lacune” bensì, piuttosto, come “aree di liceità” o “spazi liberi dal diritto penale”.

In questa dimensione, più in particolare, se i principi di tassatività e determinatezza intendono assicurare il primato della certezza e chiarezza della legge penale interpellando i doveri del legislatore chiamandolo ad una rigorosa definizione del comportamento punibile e ad una chiara distinzione del confine tra lecito ed illecito, il divieto di analogia sfavorevole – o analogia *in malam partem* – interPELLA i doveri del giudice, inibendogli di vestire i panni di un “legislatore parallelo”, e di assumere su di sé compiti di “supplenza” quali che siano le presunte esigenze di tutela che egli – con il proprio “soccorso interpretativo” – intenda assicurare.

Questa tentazione è purtroppo molto frequente, e spesso ha condotto a ermeneutiche esuberanti (se non avventuristiche) del tipo penale che sono state tacciate, appunto, di analogia vietata: operazioni molto frequenti, in particolare, in settori dove si avvertiva una particolare esigenza di tutela che si riteneva di dover fronteggiare forzando i limiti delle fattispecie – specie “eliminando per via interpretativa” elementi essenziali del tipo penale in modo da espandere il raggio applicativo del reato –, al fine di contrastare più efficacemente l’una o l’altra emergenza criminale.

Basti qui menzionare il settore dei reati contro la pubblica amministrazione, ciclicamente esposto a notevoli forzature ermeneutiche finalizzate ad irrobustire il contrasto della corruzione politico-amministrativa, al prezzo – tuttavia – di inammissibili applicazioni analogiche (o criptoanalogiche) dei singoli reati, come quelle che – *inter alia* – hanno ritenuto applicabile il reato di concussione (art. 317 c.p.) anche in assenza (della prova) di una condotta costrittiva o induttiva da parte del pubblico agente (secondo lo schema della c.d. “concussione ambientale”), o quelle che hanno ritenuto – prima della riforma dell’art. 318 c.p. – applicabile il reato di corruzione anche in assenza (della prova) di un atto di ufficio oggetto del mercimonio.

La stessa fattispecie di abuso d’ufficio (art. 323 c.p.) è stata da sempre al centro di questi problemi, giacché il pur apprezzabile – e notevole – sforzo di tipizzazione del

legislatore (prima con la riforma del 1997, poi con la riforma del 2020) si è dovuto misurare con interpretazioni che spesso hanno finito con lo svilire le pur precise indicazioni legislative, tanto da alimentare nuove esigenze di riforma giunte a reclamare persino – nelle più recenti proposte – l’abrogazione di questo tradizionale presidio punitivo.

A questo riguardo, si è parlato di “autoritarismo ben intenzionato” (D. PULITANÒ), per descrivere un contengo di supplenza giudiziaria pur ammantato da finalità comprensibili, ma contrassegnato da metodi e finalità incompatibili con un assetto costituzionale che assegna alla legge, e non al giudice, la riserva sulle opzioni punitive.

Se da un lato, dunque, aspira ad impedire che un organo democraticamente non legittimato svolga improprie funzioni paralegislative e così a garantire – anche qui – la separazione dei poteri, d’altro canto il divieto di analogia ha un immediato valore in chiave di **protezione dell’individuo**, che sarebbe esposto all’arbitrio del giudice tanto se il legislatore avesse adottato una fattispecie vaga e dai confini incerti, quanto se fosse consentito al giudice di adattare e dilatarne i margini secondo l’occorrenza e la necessità del caso concreto, ponendo – in sostanza – chi ritiene meritevole di punire.

Si è visto, del resto, che la prima “vittima concettuale” del regime nazionalsocialista fu proprio il divieto di analogia (*Analogieverbot*), eliminato con la famigerata modifica del § 2 dell’allora vigente codice penale, che giunse a considerare reato non solo ogni comportamento previsto dalla legge come tale, ma anche ogni comportamento contrario al “sano sentimento popolare”: una scelta volta a lasciare “mani libere” al giudice, per distribuire condanne e pene secondo necessità, *in primis* nei confronti degli oppositori politici o dei soggetti ritenuti “odiosi” (specie per ragioni di “razza”) dal regime.

Proprio **nella prospettiva di protezione dell’individuo**, non diversamente da quanto si è detto per il principio di irretroattività, sarebbe dunque opportuno superare la tradizionale declinazione lessicale del “divieto di analogia” e riconoscere, apertamente, cittadinanza costituzionale al “**diritto fondamentale a non vedersi applicare la legge penale per analogia**”, come ulteriore pilastro dello “Stato di diritto” e della “democrazia penale”.

6.2. Il rango costituzionale del divieto

Come si è accennato, il codice penale del 1930 ha implicitamente rifiutato l’analogia, ribadendo a chiare lettere il principio di (legalità e) tassatività all’art. 1 c.p. («Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla legge [...]»), con cadenze terminologiche persino più accentuate rispetto a quanto è dato riscontrare nella formulazione for-

male del *nullum crimen* successivamente accolta nella Carta del 1948: nondimeno, la giurisprudenza della Consulta ha comunque da tempo riconosciuto la (parimenti implicita) costituzionalizzazione del divieto di analogia sempre nel dettato dell'art. 25, comma 2, Cost., ravvisandolo quale fondamentale implicazione delle garanzie concernenti la determinatezza e, soprattutto, la tassatività della norma penale.

Vero ciò, va tuttavia evidenziato che il controllo di costituzionalità, in quest'ambito, si è mostrato sempre piuttosto debole, anche perché per essere attivato necessita di un giudice che condivida il sospetto di incostituzionalità in merito ad una certa interpretazione, magari già accolta – come il più delle volte accade – in una precedente decisione giudiziale, ossia che riconosca espressamente che un determinato esito ermeneutico non è solo frutto di una **ammissibile interpretazione estensiva**, bensì è frutto di **analogia vietata**: e ciò accade in casi davvero sporadici, tanto che il divieto di analogia è sempre stato considerato una sorta di *lex imperfecta*, ossia un principio privo di effettivo controllo, e soprattutto privo di sanzione.

In effetti, sembra proprio che il divieto di analogia – o, meglio, il diritto a non vedersi applicate disposizioni penali per analogia – sia destinato a restare un “diritto infelice”, il cui sacrificio resta spesso “strutturalmente” nascosto sotto le pieghe dell'interpretazione estensiva, e solo raramente trova un freno nel controllo critico del giudice superiore.

D'altronde, nei rari casi in cui la Corte costituzionale si è occupata del problema, anche al cospetto di generiche formule di chiusura “ad analogia implicita”, il vaglio di legittimità ha fatto leva sul criterio della omogeneità/eterogeneità dei casi presi in considerazione dalla norma incriminatrice (o, meglio, delle indicazioni esemplificative contemplate da quest'ultima), per escludere che la stessa potesse dar spazio a casi di analogia vietata.

Così, ad esempio, nella già citata sentenza n. 327 del 2008, in materia di disastro innominato: in relazione alla formula “altro disastro” di cui all'art. 434 c.p., la Corte ha affermato che «[...] l'“altro disastro”, cui fa riferimento l'art. 434 cod. pen., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai “disastri” contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza”».

Senonché, un simile criterio appare troppo duttile e malleabile, ed infatti la Corte lo ha costantemente invocato per respingere le censure di illegittimità, come appunto accaduto nella sentenza n. 327 del 2008, dove la questione di costituzionalità è stata rigettata.

6.3. *Le recenti pronunce della Corte costituzionale sull'importanza del divieto di analogia*

Questo scarso rigore nella tenuta costituzionale della garanzia in esame, in uno con la crescente complessità delle fonti e la progressiva ingravescenza del problema interpretativo (anche a fronte della moltiplicazione dei metodi e dei criteri astrattamente percorribili) ha determinato un quadro di autentica **disso-luzione dei limiti interpretativi** dove trova facile presa – e poca resistenza – la ciclica tendenza giurisprudenziale ad accogliere interpretazioni “lasche” e poco inclini al rigoroso rispetto del divieto di analogia, e dove, conseguentemente, è ormai costante la denuncia circa la assoluta imprevedibilità degli esiti ermeneutici, e la preoccupante “incalcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali.

Si spiega così, verosimilmente, la recente, rinnovata attenzione al riguardo mostrata dalla Corte costituzionale, che in diverse importanti pronunce si è sentita in dovere di ribadire – con toni vibranti – i confini dell’interpretazione costituzionalmente legittima in materia penale, e il primordiale contenuto assiologico del divieto di analogia.

6.3.1. *Il primato dell’interpretazione testuale*

In una prima decisione – ossia la sentenza n. 115 del 2018, concernente un complesso problema di disapplicazione con effetti *in malam partem* di una norma penale interna sulla disciplina della prescrizione (art. 161 c.p.) per asserito contrasto con il diritto UE –, la Corte, dopo avere richiamato «la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all’individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, **in base al testo della disposizione** rilevante e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici», ha rimarcato che «[p]er lo meno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora [...] l’imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in **testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati**», e soprattutto che, «[r]ispetto a tale origine nel **diritto scritto** di origine legislativa, **l’ausilio interpretativo del giudice non è che un *posterioris* incaricato a scrutare nelle eventuali zone d’ombra**, individuando il significato corretto della disposizione **nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza** e che la persona può raffigurarsi leggendo»; per concludere che «[s]e è vero che anche “anche la più certa delle leggi ha bisogno di ‘letture’ ed interpretazioni sistematiche” (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla previa *lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione” (sentenza n. 364 del 1988)» (così la sentenza n. 115 del 2018, in esito alla c.d. saga Taricco, sulla quale si tornerà *infra*, § 7.4.2).

D'altra parte, il giudice delle leggi ha ribadito, in una seconda decisione in tema di misure di prevenzione personali, che «In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), **la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo** e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L'attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell'interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l'area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo» (così la già citata sentenza n. 25 del 2019).

6.3.2. *Il divieto di analogia come imperativo costituzionale*

Una ulteriore, più recente pronuncia – la sentenza n. 98 del 2021 – ha dato occasione di ribadire queste affermazioni in termini altrettanto perentori, in un caso peraltro non poco problematico: si trattava di verificare, per quanto qui interessa, la possibilità di applicare il reato di “Maltrattamenti in famiglia” (art. 572 c.p.) – disposizione riferibile a chiunque “maltratta”, per la parte che qui rileva, “una persona della famiglia o comunque convivente” rispetto a condotte realizzate nel contesto di una relazione affettiva priva, però, di stabile “convivenza”, e caratterizzata da una coabitazione solo saltuaria (essendosi trattata, in particolare, di «un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro»).

E la Corte ha escluso, recisamente, la legittimità di una tale estensione ermeneutica, appunto alla luce del divieto di analogia, rilevando come tale divieto «non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un **limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative** a disposizione del giudice **di fronte al testo legislativo**»; e rimarcando come «nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il **testo di legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte**; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore».

Come la Corte ha evidenziato, «Ciò vale non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del

Tribunale costituzionale tedesco, secondo cui in materia penale “il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice” [...]».

Ed ancora: «Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale [...]: corollari posti a tutela sia del principio “ordinamentale” della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti [...], nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia “soggettiva”, riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d’azione [...]. È evidente infatti che la *ratio* della riserva assoluta di legge in materia penale, che assegna alla sola legge e agli atti aventi forza di legge il compito di stabilire quali siano le condotte costituenti reato, sul presupposto che una simile decisione – destinata potenzialmente a ripercuotersi in maniera drammatica sul diritto “inviolabile” (art. 13 Cost.) alla libertà personale dei destinatari della norma penale – spetti soltanto ai rappresentanti eletti a suffragio universale dall’intera collettività nazionale [...], verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge. Per altro verso, il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce l’ovvio *pendant* dell’imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di “formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intelleggibilità dei termini impiegati” [...]. Tale imperativo mira anch’esso a “evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito” [...], nonché quelli tra le diverse fattispecie di reato; ma, al tempo stesso, mira altresì ad assicurare al destinatario della norma “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta [...]. Tanto che proprio rispetto al mandato costituzionale di determinatezza della norma incriminatrice questa Corte ha recentemente rammentato che “l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” [...]. La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch’essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura».

Su queste perentorie premesse, la conclusione – altrettanto importanti – cui è giunta la sentenza n. 98 del 2021: «[...] E dunque, il pur comprensibile intento, sotteso all’indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell’ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l’interrogativo se il

risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali [...]», giacché, altrimenti, l'esito sarebbe «una interpretazione sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustre dal rimettente, ma comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost.».

Preclusa, cioè, dal divieto di analogia *in malam partem*.

6.4. Criteri interpretativi legittimi e loro gerarchizzazione

Dai passaggi richiamati nelle sentenze da ultimo citate, emerge chiaramente il rilievo delle affermazioni in essi contenute, ma la loro significatività e forse, la portata propriamente innovativa si colgono appieno – a nostro avviso – in alcune precisazioni di contorno.

La Corte non si limita, infatti, ad affermare la valenza primordiale – nell'architettura costituzionale – del divieto di analogia *in malam partem*, evidenziandone – come accennato – la duplice valenza garantistica nella dimensione della separazione dei poteri e dell'istanza di protezione del singolo; ma si diffonde in una chiara **gerarchizzazione tra i vari criteri interpretativi**, che come accennato contano ormai un novero amplissimo e, soprattutto, sono frequentemente invocati dall'interprete senza precise regole di prevalenza dell'uno sull'altro, dando volta a volta rilievo – a seconda dell'esito che si intende avvalorare – all'interpretazione testuale, contestuale, storica, originalista, intenzionista, sistematica, teleologica, evolutiva, orientata ora alla *ratio legis*, ora alla ragionevolezza, ora alle conseguenze, ovvero evocando la tradizionale interpretazione conforme a Costituzione, o – sempre più – all'interpretazione conforme al diritto UE, alla Convenzione EDU, etc.

Quasi prendendo atto che i diversi criteri interpretativi disegnano ormai un Pantheon dove nessun dio domina sull'altro, la Corte – in particolare nella sentenza n. 98 del 2021 – ribadisce la **primazia del criterio letterale** tanto rispetto al criterio teleologico quanto rispetto al criterio sistematico, e rimarca inoltre che ogni “torsione ermeneutica” trova – sempre e comunque – un limite nella *littera legis* anche al cospetto di “pur comprensibili” istanze di tutela – e di pressanti esigenze general-preventive, verrebbe da dire – che possano affiorare nel caso concreto.

Il giudice penale, insomma, deve arrestarsi ai “cancelli delle parole” (N. IRTI): e non è superfluo evidenziare che la preminenza assiologica del divieto di analogia viene riconosciuta anche qualora le istanze di tutela che sollecitano letture teleologiche o estensive possano vantare una precisa caratura costituzionale, come appunto era nel caso concreto al cospetto della valorizzazione dei profili personalistici sottesa alla dilatazione delle nozioni di “famiglia” e di “convivenza”.

Ancora: sempre nella sentenza n. 98 del 2021 sembra emergere – in filigrana – anche una preminenza assegnata alla *tassatività della legge* rispetto alla *prevedibilità dell'interpretazione*, e dunque un ritorno alla “legalità legale” rispetto alla “legalità giurisprudenziale”, visto che l'interpretazione che la Corte ha ritenuto impercorribile in quanto esito di “analogia vietata” poteva dirsi, non implausibilmente, in concreto “prevedibile”, in quanto maggiormente congeniale all'evoluzione sociale del concetto di “rapporti di famiglia” e ad una nozione “dinamica” di convivenza, e dunque maggiormente consentanea – verrebbe da dire – al *common law of the land*.

In definitiva, non vi è dubbio che questa criteriologia e – soprattutto – la precisa gerarchizzazione che ne segue rappresentino una importante accentuazione ed un significativo sviluppo nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale: sviluppo non scontato né banale, come testimoniano pronunce giurisprudenziali dove l'argomento testuale “immediato e diretto” per comprendere il senso del divieto è spesso superato da “sovrascritture ermeneutiche” generate dal ricorso ai più vari criteri – ora teleologico, ora sistematico, etc. – con esiti interpretativi, tuttavia, inammissibilmente curvati *in malam partem*.

6.5. Deontologia ermeneutica e doveri dell'interprete

Più in generale, dalle decisioni appena ripercorse emergono non solo indicazioni di assoluto rilievo per registrare i criteri interpretativi legittimi in materia penale, e soprattutto, per la loro compiuta gerarchizzazione, ma anche i lineamenti di quella che – si è detto – dovrebbe essere una precisa “**deontologia ermeneutica**” in materia penale, dove l'interpretazione – come è ormai chiaro – non è “libera”, ma è sempre vincolata a precisi limiti costituzionali e come tale implica precisi doveri che discendono, in capo all'interprete, dalle garanzie esaminate.

Proviamo ad approfondire ed a mettere a sistema le linee di una tale “ermeneutica prescrittiva” in un quadro sinottico d'insieme, che sintetizzi e valorizzi le indicazioni desumibili dal percorso sin qui compiuto.

6.5.1. L'interpretazione letterale

Anzitutto, come si è visto, il primo criterio-guida resta, in posizione centrale, il **criterio letterale**, cui l'interprete deve rigoroso rispetto giacché – con le parole della citata sentenza n. 98 del 2021 – «il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice».

Solo per fare un esempio, è certo che il reato di turbata libertà nella scelta del contraente ricomprende comportamenti collusivi e fraudolenti posti in essere nelle procedure che regolano gli appalti pubblici in base alla lettera dell'art. 353-*bis* c.p. All'opposto, la possibilità di contestare tale disposizione incriminatrice in caso di irregolarità compiute nelle procedure di reclutamento del personale pubblico integra una estensione analogica vietata per contrasto con il testo della previsione normativa (in questa direzione la Corte di cassazione nella sentenza n. 5536 del 2021).

Infatti, come ha ribadito ancora la Suprema Corte di cassazione – sulla traccia delle citate sentenze della Corte costituzionale n. 115 del 2018 e n. 98 del 2021 – **«l'attività di interpretazione trova un limite nel significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore** a cui il giudice non può assegnare un significato diverso da quello proprio, da quello semantico, al fine di ricercare profili ulteriori in grado di colorare in senso estensivo il perimetro dell'illecito» (Cass., sez. VI, 24 maggio-18 settembre 2023, n. 38127, confermando l'impossibilità di ricondurre all'art. 353 c.p. l'ipotesi di turbativa nei concorsi pubblici per il reclutamento del personale).

«La formula semantica utilizzata dal legislatore – “gare nei pubblici incanti e nelle licitazioni private” – è chiara e, nonostante la interpretazione estensiva di cui è già detto, non può essere ricondotta all'interno della fattispecie ciò che ad essa è *aliunde*, come appunto le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni. È stato acutamente evidenziato in dottrina, da una parte, che le definizioni propriamente tecniche, come nel caso di specie, sono in rapporto di eterogeneità col linguaggio comune, con l'effetto che il loro significato ha un contenuto evidente, stabile, insuscettibile di modifiche, e, dall'altra, che il sistema dei reati contro la pubblica amministrazione ha sempre distinto tra la scelta delle persone e la valutazione delle cose» (Cass., Sez. VI, 24 maggio-18 settembre 2023, n. 38127, cit.).

Senonché, volendo tralasciare la disputa tra uso *comune* e uso *tecnico* dei segni di comunicazione, occorre soffermarsi sul carattere strutturalmente polisensu del linguaggio, che caratterizza – non di rado – anche il linguaggio giuridico. È ben possibile che una pluralità di sottofattispecie siano legittimamente riconducibili a un'unica previsione incriminatrice in ragione della flessibilità insita negli strumenti di comunicazione verbale (F. PALAZZO). Tale problema si pone anche in ragione della costante evoluzione degli strumenti scientifici e tecnologici a disposizione della comunità di riferimento: così, solo a titolo di esempio, sono stati sollevati dubbi significativi sulla possibilità di ricomprendere nel reato di diffamazione a mezzo stampa le testate *online* e, ancor più, i messaggi pubblicati su *blog* o *social network*.

Al riguardo, in caso di enunciati che potenzialmente richiamano diversi significati (*open textured*), il giudice penale deve anzitutto valorizzare il rappor-

to con il contesto legislativo di riferimento così da delineare in termini chiari il perimetro di applicazione della fattispecie (in questo senso, le menzionate sentenze n. 25 del 2019 e 327 del 2008: *retro*, cap. II, § 5.1).

Ciò non toglie, tuttavia, che l'interpretazione letterale-contestuale possa – peraltro in un numero consistente di casi – rivelarsi di per sé insufficiente per ricostruire i confini della norma incriminatrice, dovendo l'interprete ricorrere a ulteriori strumenti ermeneutici che ammantano di complessità la fase di applicazione delle disposizioni penali. Sempre solo a titolo di esempio, se è indubbio che la condotta del pubblico ufficiale che s'impadronisce e dispone *uti dominus* di un bene della pubblica amministrazione integra un'ipotesi di peculato rilevante *ex art. 314 c.p.*, non è altrettanto pacifico che il reato sussista qualora detto bene sia destinato a una finalità diversa da quella prescritta dalla legge (essendo una tale condotta non già appropriativa – come evoca la *littera legis* – bensì una mera condotta *distrattiva*).

Ed è proprio nella contrapposizione tra i c.d. casi facili e casi difficili, quindi, che assume particolare rilievo la costruzione di una deontologia ermeneutica che assicuri al giudice le indicazioni prescrittive necessarie per guidarlo nella interpretazione del diritto penale.

6.5.2. *L'interpretazione “tassativizzante e tipizzante”*

Su questa linea, ove il testo manifesti – come non di rado accade – profili di possibile ambiguità, e presenti cioè una “*penumbra of meaning*” bisognosa di necessario chiarimento, i principi di tassatività e determinatezza chiamano l'interprete ad accogliere una interpretazione in grado di colmare il difetto legislativo adottando, appunto, una **interpretazione “tassativizzante e tipizzante”**, e non una interpretazione che accentui il difetto di precisione del tipo legale.

Emblematica in tal senso è la decisione pronunciata dalle Sezioni Unite in tema di misure di prevenzione (sentenza n. 40076 del 2017). Il caso riguardava, in particolare, la possibilità di applicare il reato di cui all'art. 75 del menzionato Codice Antimafia, che sanziona la violazione delle prescrizioni previste in caso di sorveglianza speciale, in relazione alle ipotesi normative che impongono al preposto di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”. Atteso il carattere ambiguo del testo di legge, il giudice di legittimità ha attuato una interpretazione della previsione normativa orientata ai canoni di tassatività e tipicità, escludendo in via ermeneutica la rilevanza penale di tali comportamenti e operando una riduzione chirurgica della norma penale a prescindere da una espressa riforma del testo di legge. Tale soluzione, del resto, è stata poi avallata dalla stessa Corte costituzionale che ha confermato l'impossibilità di sanzionare condotte che non siano ragionevolmente riconoscibili dal destinatario del divieto per difetto di tassatività e tipicità dell'incriminazione (così, la richiamata sentenza n. 25 del 2019).

D'altronde, la scelta di interpretare eventuali aspetti oscuri del testo di legge in prospettiva "restrittiva", così da escludere l'intervento arbitrario o "a sorpresa" della sanzione penale si ritrova nelle più avanzate pronunce delle Corti europee ed internazionali.

Ed anche negli ordinamenti di *common law* si registra una analoga indicazione, ritenendosi discendere dagli stessi fondamenti dello Stato di diritto (*rule of law*) una regola sull'interpretazione che impone al giudice penale, in caso di ragionevole dubbio interpretativo, di optare sempre per l'alternativa più favorevole al reo (*rule of lenity*). Tale canone ermeneutico a carattere sostanziale mira a contenere l'intervento giudiziario e riportare il Parlamento al centro delle scelte di politica criminale, in omaggio alla separazione tra i poteri e – al contempo – alla riconoscibilità delle norme penali da parte del destinatario del divieto. Nel caso in cui, infatti, il testo legislativo non sia sufficientemente chiaro e preciso, il giudice è tenuto a escludere la rilevanza penale del comportamento controverso, enfatizzando la prospettiva di *favor libertatis* che maggiormente tutela i diritti della persona dagli abusi del potere punitivo.

Solo a titolo di esempio, si può menzionare la sentenza della Corte Suprema Statunitense nel caso *Yates c. Stati Uniti* del 2015 (Justice Ginsburg). Si trattava di decidere se il reato previsto per le ipotesi di distruzione, alterazione o falsificazione di documenti nonché di altri "beni tangibili" (*tangible objects*) rilevanti per le investigazioni federali potesse essere contestato al capitano *John Yates*, per aver gettato in mare alcuni pesci di dimensioni inferiori a quelli autorizzati dalle regole sulla pesca nel Golfo del Messico e, per l'effetto, aver impedito le indagini avviate a suo danno dall'autorità pubblica. Secondo l'opinione di maggioranza della Corte, vero è che il criterio letterale-semanticamente potrebbe portare ad annoverare i pesci nella categoria piuttosto ampia – e quanto mai vaga – dei "beni tangibili" espressamente ricompresa nel precetto penale. Nondimeno, laddove le disposizioni di legge non siano ragionevolmente intelleggibili, la *rule of lenity* richiede di interpretare la fattispecie incriminatrice in senso restrittivo (*strict constructivism*), escludendo la rilevanza penale della condotta controversa in assenza di chiare indicazioni normative sul confine tra lecito e illecito.

6.5.3. *Offensività e proporzione come criterio interpretativo*

Nella direzione di una ermeneutica "restrittiva", come vedremo anche oltre, un contributo particolarmente significativo può essere dato, peraltro, dai **principi di offensività e proporzionalità**, che possono appunto fungere da ulteriori criteri-guida per registrare la tipizzazione interpretativa del reato conferendole maggior "tassatività".

In questa prospettiva, il principio di offensività quale criterio interpretativo esige che il giudice, appunto, interpreti la fattispecie focalizzandola su un bene giuridico dotato di concretezza, ossia "afferrabile e tangibile", e non su un bene giuridico vago, astratto, "spiritualizzato", e come tale incapace di significative prestazioni restrittive e/o di guidare l'interprete in una "prevedibile" ricostruzione del "senso del divieto".

Quale applicazione emblematica del criterio di offensività in funzione di una interpretazione “tassativizzante e tipizzante”, può menzionarsi quella esperibile con riguardo alla nozione di “atti sessuali” di cui all’art. 609 *bis* c.p., al cui cospetto, in effetti, il giudice penale si trova di fronte (almeno) a due opzioni alternative: da un lato, è possibile assecondare l’indirizzo “contestuale-relazionale” secondo cui le parti del corpo interessate dall’atto di possibile natura sessuale non hanno carattere decisivo ai fini della configurazione della fattispecie incriminatrice; dall’altro, è possibile accedere una opposta (e più restrittiva) nozione a carattere “anatomico-culturale”, che qualifica come “sessuale” solo gli atti che coinvolgono determinate e peculiari parti del corpo (segnatamente, le zone erogene). Ebbene, proprio in una prospettiva ermeneutica di segno restrittivo, appare preferibile l’opzione “anatomico-culturale” che rafforza il profilo di offensività della incriminazione, scongiurando il pericolo di ampliare la fattispecie in sede interpretativa fino a ricomprendere comportamenti che il destinatario del divieto penale non sarebbe in grado di riconoscere *ex ante*.

In una analoga direzione restrittiva, il principio di proporzionalità come canone ermeneutico impone invece al giudice di interpretare gli elementi della fattispecie – e il coefficiente di disvalore del fatto “tipico” – in una prospettiva congeniale alla gravità della cornice edittale della pena prevista: esigendo dunque che sia rispettato l’equilibrio che sempre deve esservi tra il comportamento vietato e la pena minacciata, e lasciando al di fuori del perimetro dell’area di tipicità penalmente rilevante condotte che, per la ridotta carica di disvalore, siano incompatibili con la gravità della penale minacciata.

Per quanto attiene alla proporzionalità come criterio interpretativo, può evocarsi, sempre a titolo di esempio, quella che ha avuto ad oggetto, in un caso giurisprudenziale recente, il reato di concussione *ex art.* 317 c.p., reato che punisce – con la gravissima pena della reclusione da sei a dodici anni – la condotta del pubblico ufficiale, o dell’incaricato di pubblico servizio, che “abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro o altra utilità”. In effetti, in tale fattispecie la condotta consistente in un mero “abuso della qualità” – a differenza della condotta di “abuso dei poteri”, contrassegnata da un disvalore più significativo e pregnante – rischia di tradursi nella mera strumentalizzazione del ruolo rivestito dall’imputato, specie se non si accerta in modo rigoroso la coartazione che deve contrassegnare la condotta di “costrizione” che esprime la reale carica di disvalore del “tipo”: e rischia di aprirsi ad interpretazioni eccessivamente estensive e, per l’effetto, incoerenti con il “draconiano” trattamento sanzionatorio previsto, in contrasto – appunto – con il principio di proporzionalità.

Proprio in forza di questi argomenti, si è esclusa la configurabilità del reato di (tentata) concussione nell’ipotesi in cui, durante una competizione elettorale, il candidato alla carica di Presidente regionale aveva affermato, in una telefonata dai toni aspri, la frase «se vinco io tu e il tuo comune siete finiti»: ad avviso del giudice, infatti, una tale conclusione è apparsa imposta da «[...] quella logica di proporzionalità che deve comunque sussistere tra la formulata ipotesi di reato e la condotta concreta-

mente realizzata per cui [...] nell'espressione utilizzata difetta quella prorompente carica intimidatoria necessaria ad indurre il soggetto concusso a sottostare a quanto richiesto» (GIP Ferrara, 25 gennaio 2022, inedita).

6.5.4. In dubio pro analogia et abstine

Ancora, e soprattutto, di fronte a possibili esiti ermeneutici che si prospettino come plausibili, l'interprete dovrebbe sempre dare preferenza ad una **interpretazione** rigorosamente **antianalogica**, preferendo l'opzione ermeneutica più "stretta" anche e soprattutto nei di dubbia analogia (*in dubio pro analogia et abstine*).

A questo riguardo, è opportuno quantomeno accennare alle difficoltà di **distinguere** le ipotesi di **interpretazione estensiva** legittima dalle operazioni di **analogia** vietata, anticipando che questa distinzione solo in astratto appare priva di difficoltà.

Secondo l'impostazione tradizionale, si resta nei margini della (ammissibile) interpretazione estensiva ogni qual volta il giudice penale individui uno dei significati possibili della disposizione, entro i limiti stabiliti dal perimetro semantico del testo della disposizione. Per contro, viene in essere una (inammissibile) operazione analogica di segno creativo qualora l'interprete superi il confine testuale della fattispecie incriminatrice, colmando in via ermeneutica una vera e propria lacuna della disposizione.

I problemi emergono, tuttavia, sul piano applicativo, dal momento che entrambi i procedimenti logico-interpretativi si basano sulla valorizzazione – ovvero sulla "ottimizzazione" – della *ratio* della fattispecie incriminatrice (o della "*eadem ratio*" che consentirebbe di risolvere il caso concreto pur non espressamente evocato dalla disposizione legale): tende così a sfumare il criterio che distingue le due tecniche ermeneutiche, mascherando i giudici penali sempre più spesso forzature del dato testuale a carattere analogico come ipotesi di interpretazione estensiva in linea con il *nullum crimen*.

Del resto, come osservato in precedenza (*retro*, cap. II, § 6 ss.), il ricorso al procedimento analogico è sempre implicito nella motivazione della decisione, e necessariamente sottaciuto dall'interprete, a meno di non voler incorrere nella illegittimità della soluzione prospettata. Ed è proprio in relazione al carattere "subdolo" e silente del procedimento analogico, d'altronde, che la più attenta dottrina suole definire "criptoanalogiche" tali letture ermeneutiche incompatibili con il perimetro testuale della disposizione (A. CADOPPI).

A titolo di esempio, si consideri la vicenda che ha interessato l'estensione del reato di appropriazione indebita ai dati informatici.

Il reato di cui all'art. 646 c.p., in particolare, si riferisce espressamente all'appropriazione di "denaro" o altra "cosa mobile altrui", generando il dubbio che sia possibile ri-

comprendere in quest'ultima categoria altresì i *files* e i dati informatici. Vero è che l'interpretazione tradizionale della nozione di "cosa mobile" s'incentra sulla materialità e sulla fisicità dell'oggetto, escludendo il rilievo dei beni c.d. immateriali. Nel silenzio della legge, tuttavia, il progresso tecnologico genera casistiche inedite, inimmaginabili per il legislatore storico, che possono evocare evidenti vuoti di tutela. Di qui, l'interrogativo che "attanaglia" il giudice penale con riguardo alla possibilità di sanare la lacuna in via ermenutica, ignorando la natura analogica dell'interpretazione ampliativa o, al contrario, di attenersi al testo della disposizione nell'attesa che sia il Parlamento a occuparsi della questione in termini chiari e puntuali. D'altra parte, si osserva, non sono mancate le iniziative legislative di segno estensivo: l'introduzione delle ipotesi di danneggiamento in presenza di informazioni, dati o programmi informatici (art. 635-*bis* c.p.), infatti, conferma l'impossibilità di risolvere il problema in via interpretativa.

Ora, "prendere sul serio" il divieto di analogia in materia penale significa accettare che la scelta di criminalizzare condotte che hanno a oggetto dati informatici attiene alla discrezionalità politico-criminale del legislatore e che il giudice – anche quando è posto al cospetto di evidenti "lacune" di tutela – non può mai prescindere dall'intervento di puntuali riforme, appunto per garantire il rispetto del superiore principio *nullum crimen sine lege*; scelta doverosa che, peraltro, contribuisce anche a mettere il legislatore di fronte alle proprie responsabilità.

In definitiva sul punto, la deontologia ermeneutica che si impone in materia penale vieta di accedere a letture anche solo "sospettate" di nascondere una analogia vietata, e di cadere nella tentazione di voler colmare una (presunta) lacuna di tutela, riparandosi dietro una asserita interpretazione estensiva.

6.5.5. *Il ripudio del "giudice di scopo"*

Dunque, e conclusivamente, nella gerarchia di metodi e criteri interpretativi ammissibili in materia penale – come ha espressamente evidenziato la Corte costituzionale nella sentenza n. 98 del 2021 – non può trovare spazio «il pur comprensibile intento [...] di assicurare una più intensa tutela penale» agli interessi in rilievo, quand'anche del tutto apprezzabili e bisognosi di maggior protezione: è compito infatti del legislatore, e non del giudice, adempiere a questo "compito di tutela", che non può mai valicare i confini dell'interpretazione legittima in materia penale.

Se da un lato non è difficile comprendere la propensione del giudice penale di porre rimedio a gravi vuoti di tutela, che magari rischiano di esporre a rischi significativi beni/valori/interessi di pregnante rilievo, dall'altro deve essere chiaro che la funzione del "giudice di scopo" è radicalmente incompatibile con i limiti di rango costituzionale imposti all'esercizio del potere punitivo dal *nullum crimen* e dalla separazione tra poteri (come del resto espressamente chiarito dalla stessa Corte costituzionale nella menzionata ordinanza n. 24 del 2017 sul c.d. caso *Taricco*).

Vero ciò, sono purtroppo non poco frequenti le ipotesi in cui l'interprete si è spinto ad ampliare l'ambito di applicazione delle fattispecie penali fino a ricomprendere comportamenti che, pur distanti dalla descrizione del tipo legislativo e dalla *littera legis*, risultavano – nella prospettiva del giudice – irragionevolmente trascurati dal legislatore, e meritevoli di tutela.

Basti pensare alla vicenda che ha interessato l'estensione interpretativa del divieto di finanziamento illecito ai partiti politici ai candidati per la carica di sindaco (così, la sentenza della Corte di cassazione n. 16781 del 2020).

Stando alla *littera legis*, la previsione di legge, infatti, riserva la responsabilità penale a un puntuale elenco di soggetti politici che annovera diverse categorie, e tra questi – per quanto qui interessa – a coloro che rivestono la posizione di consigliere comunale; la disposizione incriminatrice non ricomprende, invece, i candidati alla carica di sindaco, esclusi dall'enumerazione normativa (cfr. l'art. 7, commi 2 e 3, l. n. 195 del 1974, a mezzo del rinvio operato dall'art. 4, comma 1, l. n. 659 del 1981, che estende il reato di finanziamento illecito «ai membri del Parlamento nazionale, ai membri del Parlamento europeo, ai consiglieri regionali, provinciali e comunali, ai candidati alle predette cariche, ai raggruppamenti interni dei partiti politici nonché a coloro che rivestono cariche di presidenza, di segreteria, e di direzione politica e amministrativa a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale nei partiti politici»).

Senonché, attraverso un radicale mutamento interpretativo rispetto all'indirizzo precedente, la Corte di cassazione ha ritenuto che non potesse essere permesso ai candidati sindaci “ciò che è a tutti gli altri vietato”, estendendo in via ermeneutica la portata applicativa della fattispecie: trascurando, peraltro, che l'assunzione della carica di consigliere comunale – nella dinamica elettorale – è solo eventuale e incerta, dipendendo interamente dal fatto che il candidato sindaco si aggiudichi un seggio in Consiglio.

In ogni caso, in simili decisioni, il significato letterale appare sacrificato sull'altare della necessaria tutela di interessi superiori, e l'esito è quello di una evidente applicazione analogica *in malam partem*, a prescindere dalle preoccupanti conseguenze tale approccio produce sul piano della suddivisione tra poteri e della prevedibilità dell'intervento punitivo.

7. Il principio di riserva di legge

7.1. Nullum crimen sine lege parlamentaria

Si è visto come il “primato della legge” – al cuore delle istanze sottese al *nullum crimen* – abbia trovato, a partire dall'illuminismo, un necessario riscontro, e un fondamentale ancoraggio, nella legittimazione democratica della scelta punitiva che – per riprendere le parole di BECCARIA – deve spettare solo al “legislatore che rappresenta la società unita per contratto sociale”.

Da quell'epoca, l'idea che l'**unica fonte democraticamente legittimata** a

compiere valutazioni di politica criminale e le conseguenti scelte di incriminazione sia la **legge parlamentare** si è consolidata ed ha trovato recepimento nelle costituzioni moderne e contemporanee, non solo nei diversi contesti europei, cosicché il principio di legalità – specie nelle diverse forme di governo dove democrazia è parlamentarismo – si è via via declinato come *nullum crimen sine lege parlamentaria*.

Ed anche la nostra Costituzione come si è accennato, recepisce espressamente questa idea-forza, nell'art. 25/2 Cost., riconoscendo la **riserva di legge** come autentica regola *ad excludendum*: regola che cioè **esclude il ricorso a fonti diverse dalla legge per disciplinare reati e pene**, e che così delinea, come si è accennato, “una versione particolarmente” rigida del principio di separazione dei poteri nella materia penale (così la Corte costituzionale nella citata ord. n. 24 del 2017, punto 5).

Diversamente, tanto l'art. 7 della Convenzione EDU quanto l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) non prevedono la garanzia della riserva di legge tra le garanzie della legalità penale: e ciò, coerentemente al fatto che – come si è visto – se il dominio esclusivo della *lex parlamentaria* è prerogativa tipica degli ordinamenti di *civil law*, come il nostro, lo stesso non può dirsi per gli ordinamenti di *common law*, dove fonte in materia penale può essere tanto la “fonte politica” – la legge del parlamento, appunto – quanto il diritto giurisprudenziale (la *judge made law*).

7.2. La ratio della riserva di legge

Tornando al nostro ordinamento, nel chiarire il fondamento del principio di riserva di legge, consacrato nell'art. 25, comma 2, Cost., la Corte ne ha sottolineato a più riprese il profilo eminentemente politico, di matrice illuministica, che come si è visto edifica la *ratio* del **monopolio penale del legislatore statale** «sul suo essere **rappresentativo della società tutta**, “unita per contratto sociale”», perché «è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente o attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì “per il suo bene e nel suo interesse”» (così la sentenza n. 487 del 1989). Ma nei percorsi argomentativi più articolati si è del pari evidenziato, altresì, il profilo storico-ideologico della garanzia, che rimanda ancora alla concezione illuministica della legge come strumento di **superamento del pluralismo giuridico tipico dell'Antico Regime**, in linea con un programma di riduzione dell'ambito di rilievo penale che del resto trova riscontro nel sistema penale delineato dalla Costituzione, il quale – sono parole della Corte – «tende ancor oggi (...) a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima *ratio*) di pochi

beni, significativi od almeno “importanti”, per l’ordinato vivere sociale» (ancora la sentenza n. 487 del 1989).

Dunque, la riserva di legge (statale) in materia penale si assume a garante non solo della sovranità dell’organo-Parlamento, e – in quella sede – della dialettica democratica, ma anche della limitazione delle possibili fonti di produzione normativa, in una prospettiva che, dunque, non implicherebbe soltanto **l’esclusione di possibili arbitri da parte di altri poteri dello Stato** (c.d. “profilo negativo della riserva di legge”), ma altresì una **riduzione della sfera del penalmente rilevante** congeniale all’idea del **diritto penale quale *extrema ratio*** di tutela dei beni giuridici (c.d. “aspetto positivo del principio di riserva di legge”).

Le istanze garantite dalla **riserva di legge**, infine, concernono non solo la **fissazione del precetto**, ma anche la **individuazione della pena**, la cui pre-determinazione legale costituisce un requisito essenziale «affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio» [così, ad esempio, la sentenza n. 299 del 1992, sottolineando l’esigenza «che l’ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo (...) non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l’individualizzazione della pena (...)»].

7.3. *Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge)*

Se dunque non vi è dubbio in ordine al fatto che l’art. 25/2 Cost. recepisca pienamente la garanzia della riserva di legge, più fluidi sono i termini e i contenuti di questa “regola di esclusione”, e, soprattutto, il limite di tollerabilità rispetto all’impiego *in criminalibus* di fonti diverse dalla legge parlamentare, a partire dal margine di intervento che in materia penale può essere concesso non già alla legge *formale* (artt. 70 ss. Cost.) bensì alle “**leggi in senso sostanziale**”, o agli “**atti aventi forza di legge**” (decreti legislativi e decreti-legge).

A questo riguardo, ed almeno in linea di principio, la giurisprudenza costituzionale appare indicativa dell’accoglimento di una nozione di riserva di legge come **riserva di fonte** (ancorché, come si vedrà, solo statale) piuttosto che come riserva di *organo*, con conseguente **ammissibilità dei decreti legislativi e dei decreti-legge** entro il novero delle **fonti di produzione delle incriminazioni**; e ciò, anche se in pronunce recenti – come pure si dirà – emerge una tendenza maggiormente restrittiva e rigoristica, incline a riaffermare la riserva assoluta in ragione della delicatezza e complessità della materia (si veda, in particolare, la sentenza n. 32 del 2014, sulla quale *infra*, in questo paragrafo).

Va evidenziato che tanto lo strumento del decreto-legge, quanto lo strumento del decreto legislativo, hanno rappresentato da sempre modalità di intervento del tutto ordinarie in materia penale.

Anzi, della **decretazione d'urgenza** si è fatto spesso un uso particolarmente accentuato e quasi “compulsivo”, specie in tempo passato, come strumento elettivo per fronteggiare le diverse “stagioni dell'emergenza”: dalla lotta al **terrorismo**, negli “anni di piombo”, alla **contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso** (basti citare il d.l. 8 giugno 1992, n. 206, “Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa”, poi convertito nella l. n. 356 del 1992, decreto che fu adottato subito dopo la strage di Capaci, introducendo, tra l'altro, misure patrimoniali di contrasto particolarmente forti contro l'accumulazione delle ricchezze illecite); ma anche di recente si è fatto ricorso a tale tipologia normativa per diversi “**pacchetti sicurezza**” volti a dare risposta a vere o presunte esigenze di sicurezza pubblica.

D'altro canto, specie nell'ultimo periodo, la **decretazione delegata** è stata lo strumento privilegiato attraverso il quale sono state “messe in cantiere” e poi realizzate importanti riforme di sistema: dalla disciplina della **responsabilità da reato delle persone giuridiche** (decreto legislativo n. 231 del 2001), al c.d. **Codice antimafia** (e delle misure di prevenzione: d.lgs. n. 159 del 2011), sino all'ultima riforma in materia di giustizia penale (la c.d. **riforma Cartabia**: d.lgs. n. 150 del 2022).

Nei tracciati della giurisprudenza costituzionale, l'ammissibilità della decretazione delegata e della decretazione d'urgenza in materia penale emergeva già in talune pronunce in merito al rapporto tra normativa primaria e fonti subordinata, in cui, come si vedrà, si precisava «la necessità che sia la legge (od un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (sentenza n. 26 del 1966, e, su quella traccia, n. 282 del 1990; corsivo nostro). E questa opzione trovava del resto conferma, sotto traccia, nelle pronunce della Corte relative alla legittimità costituzionale della delegazione legislativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (in tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza n. 53 del 1961).

Del resto, almeno di recente, non risultano significative questioni incidentali di costituzionalità prospettate con esplicito riferimento ad un'incompatibilità di principio della riserva in materia penale con atti normativi dotati soltanto della *forza* e non della *forma* della legge (venendo spesso portata all'attenzione della Corte, piuttosto, l'eccessiva genericità dei principi o criteri della legge delega, ovvero un vizio di eccesso di delega)⁵.

⁵ Per un esempio della prima ipotesi, si pensi al profilo di illegittimità sollevato in relazione alle “nuove” fattispecie di false comunicazioni sociali, in relazione alla «previsione di generiche “soglie quantitative”, non accompagnata dall'indicazione di specifici parametri di riferimento», profilo tuttavia rigettato dalla sentenza n. 161 del 2004; per un esempio del secondo

7.3.1. Delegazione legislativa e diritto penale

In effetti, il giudice delle leggi ha spesso ribadito esplicitamente che «la giurisprudenza di questa Corte **ha sempre ammesso** (cfr. sentenze n. 26 del 1966; n. 113 del 1972; n. 282 del 1990), **il ricorso alla delegazione legislativa per l'introduzione di nuove norme penali**, sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione» (ordinanza n. 134 del 2003).

Più di recente, rilevanti precisazioni, tuttavia, sono state offerte dalla sentenza n. 5 del 2014, specie in punto di **verifica dell'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata**, ravvisata quale necessario “strumento di garanzia del principio della riserva di legge in materia penale”.

Il caso di cui si è dovuta occupare la Corte – che ha avuto anche una certa risonanza mediatica – ha avuto ad oggetto una norma di un decreto legislativo con la quale si abrogava una fattispecie penale (il “Divieto delle associazioni di carattere militare”, art. 1 d.lgs. n. 43 del 1948), fattispecie contestata nel contesto di un processo a carico di attivisti della associazione denominata “Camicie verdi” (poi confluita nell'associazione denominata “Guardia nazionale padana”).

Il problema era che tale scelta abrogativa operata per decreto legislativo risultava esser stata operata in assenza – tuttavia – di una esplicita delega legislativa sul punto: con l'ulteriore criticità data dal fatto che una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della norma abrogativa avrebbe fatto rivivere – con effetti evidentemente peggiorativi – la disposizione penale (illegittimamente) abrogata, ponendo l'ulteriore questione – di cui ampiamente si dirà – della ammissibilità di pronunce additive con effetti *in malam partem*: *infra*, § 7.7.1).

Più in particolare, ricorrenti avevano censurato il d.lgs. n. 66 del 2010 per violazione dell'art. 76 e dell'art. 25, comma 2, Cost., non ritenendo che la relativa delega – l'art. 14, commi 14 e 15, della l. n. 246 del 2005, indicato nel preambolo del suddetto decreto – potesse ritenersi fonte autorizzativa di potere di abrogazione ivi esercitato dal Governo: tesi accolta dalla Corte – dopo articolata ricostruzione del quadro normativo – rilevando come l'art. 14, comma 14, della l. n. 246 del 2005 non contenesse alcun diretto potere abrogativo, e su questa base riscontrando un **difetto di delega**, con conseguente esercizio illegittimo da parte del Governo della funzione legislativa, e riscontrata violazione dell'art. 76 Cost.

L'importante pronuncia, peraltro, ha ritenuto non ostativo all'ammissibilità della questione il principio di riserva di legge in materia penale, nonostante le ricadute *in malam partem* della pronuncia: profilo sul quale a breve si tornerà (*infra*, § 7.7.1).

caso, che pure ha condotto ad una pronuncia di manifesta inammissibilità per impugnazione di norma inconfidente, si veda la sentenza n. 382 del 2004, sull'art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998, concernente il reato di *insider trading*.

7.3.2. I limiti della decretazione d'urgenza

Anche in materia di **decretazione d'urgenza** le questioni sollevate in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. non riguardano l'incompatibilità, in linea di principio, della decretazione medesima con le garanzie di cui alla citata previsione costituzionale, concentrando piuttosto il vaglio di costituzionalità sui **presupposti di necessità ed urgenza**, ovvero **sul nesso funzionale tra le disposizioni del decreto-legge e quelle introdotte nella legge di conversione**.

In merito al primo profilo, può vedersi, ad esempio, la sentenza n. 83 del 2010, dove la Corte – confermato il principio in base al quale il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge debba limitarsi alla “evidente mancanza” dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del comma 2 dell'art. 77 Cost., rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell'ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto” – ha escluso tale “evidente mancanza” nel caso concreto, dichiarando non fondata la questione (concernente il d.l. n. 172 del 2008, “Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti in materia ambientale”).

Quanto al secondo profilo, va segnalata la recente **sentenza n. 32 del 2014**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 4-bis e 4-vicies ter, del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 (*Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. 21 febbraio 2006, n. 49, ritenendo fondata la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., per **difetto di omogeneità**, e quindi di nesso funzionale, **tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impugnate**, introdotte nella **legge di conversione**: e ciò perché le due norme “fulmineamente” inserite ed approvate in sede di conversione – “infilate” in un contesto normativo del tutto inconferente concernente, anzitutto, le misure finanziarie da approntare per le Olimpiadi invernali (di Torino del 2006) – apportavano modifiche di estremo rilievo alla disciplina penale degli stupefacenti, eliminando persino la distinzione del trattamento punitivo tra cc.dd. droghe pesanti e cc.dd. droghe leggere.

La Corte ha in proposito richiamato, anzitutto, la propria precedente giurisprudenza, ribadendo che la legge di conversione deve avere un contenuto omogeneo a quello del decreto-legge: «ciò in ossequio, prima ancora che a regole di buona tecnica nor-

mativa, allo stesso art. 77, secondo comma, Cost., il quale presuppone un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, formato dal Governo ed emanato dal Presidente della Repubblica, e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario».

Per valutare l'assenza di nesso funzionale la Corte ha peraltro utilizzato criteri contenutistici (diversità di materia, anche in relazione alla natura sostanziale o processuale delle norme) e teleologici (diversa finalità), per desumere «l'evidente estraneità delle disposizioni censurate, aggiunte in sede di conversione, rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge in cui sono state inserite»; estraneità, peraltro, "riscontrata" alla luce di ulteriori "elementi sintomatici".

Ma in tale pronuncia – come si anticipava – si registra una importante precisazione anche in merito al margine di ammissibilità della decretazione d'urgenza, ove si rileva che «[d]el resto, la disomogeneità delle disposizioni impugnate rispetto al decreto-legge da convertire assume caratteri di assoluta evidenza, anche alla luce della portata della riforma recata dagli impugnati artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* e della delicatezza e complessità della materia incisa dagli stessi». A questo riguardo, premesso che «benché contenute in soli due articoli, le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio, il fulcro della quale è costituito dalla parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette "pesanti" e di quelli aventi ad oggetto le droghe cosiddette "leggere", fattispecie differenziate invece dalla precedente disciplina», la Corte rimarca che «**Una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare**, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.».

Dibattito che evidentemente non era stato possibile garantire, vista la procedura seguita e gli stringati tempi e termini di discussione di una mera legge di conversione del decreto-legge.

Nella medesima decisione, vanno altresì segnalate affermazioni non meno significative anche in ordine al problema degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge di conversione di decreto-legge, così come in ordine al fenomeno della "reviviscenza" della precedente disciplina: questioni indubbiamente complesse che tuttavia – per chi abbia desiderio di approfondire – vanno quanto meno accennate.

Alla luce del peculiare vizio procedurale accertato, in particolare, la Corte ha ritenuto che, a seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, tornino a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate.

Al riguardo, i giudici hanno argomentato la tesi della reviviscenza della precedente disciplina punitiva muovendo, anzitutto, dalla specificità del potere di conversione – diverso dall’ordinaria potestà legislativa delle Camere – e delle peculiarità della legge di conversione: in ragione della sua natura «funzionalizzata e specializzata» (sentenza n. 22 del 2012 e ordinanza n. 34 del 2013), «quest’ultima presuppone un decreto da convertire, al cui contenuto precettivo deve attenersi, e per questo non è votata articolo per articolo, ma in genere è composta da un articolo unico, sul quale ha luogo la votazione – salva la eventuale proposizione di emendamenti, nei limiti sopra ricordati – nell’ambito di un procedimento *ad hoc* (art. 96-*bis* del Regolamento della Camera; art. 78 del Regolamento del Senato), che deve necessariamente concludersi entro sessanta giorni, pena la decadenza *ex tunc* del provvedimento governativo».

Così, «nella misura in cui le Camere non rispettano la funzione tipica della legge di conversione, facendo uso della speciale procedura per essa prevista al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere», che si traduce nella impossibilità della legge di conversione di esplicare effetti abrogativi, poiché «l’atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l’ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa [...]».

Sotto questo profilo, a parere della Corte, la situazione risulta dunque assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega, per le quali nella giurisprudenza precedente si è già riconosciuta, come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, l’applicazione della normativa precedente, in conseguenza dell’inidoneità dell’atto a produrre effetti abrogativi anche per modifica o sostituzione, appunto in ragione del radicale vizio procedurale che lo inficia.

Su queste basi si è quindi affermata la reviviscenza della disciplina dei reati sugli stupefacenti contenuta nel d.P.R. n. 309 del 1990, nella versione precedente alla novella del 2006, non essendosi validamente verificato l’effetto abrogativo.

Il percorso argomentativo è stato, peraltro, ulteriormente avvalorato sottolineando come sulla materia del traffico illecito degli stupefacenti insistano peculiari obblighi di penalizzazione, discendenti, in particolare, dalla decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004, che fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali: «Pertanto – secondo la Corte – se non si determinasse la ripresa dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell’Unione europea, che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

Il che ci da occasione di passare ad affrontare direttamente questo ulteriore profilo – non meno complesso – della riserva di legge.

7.4. Riserva di legge e fonti comunitarie

Un tradizionale corollario del principio di riserva di legge interessa il versante delle fonti del diritto comunitario o “euromunitarie”: fonti che, come si sa, integrano a pieno titolo l’ordinamento giuridico nazionale in forza dell’**art. 11 Cost.**, e persino prevalgono sulle norme domestiche, – in forza del principio di “prevalenza” e della dottrina degli “effetti diretti” –, dovendo tuttavia rispettare i “**principi supremi dell’ordinamento**” ossia i cc.dd. **controlimiti** la cui salvaguardia rappresenta la *conditio sine qua non* perché sia ammissibile, appunto, l’integrazione del diritto UE nell’ordinamento italiano.

7.4.1. Diritto penale europeo: effetti diretti ed indiretti

La domanda fondamentale che ci si è tradizionalmente posti, al riguardo, è se dal principio di riserva di legge derivassero limiti particolari per l’ingresso delle fonti UE in materia penale, ovvero se, appunto, tali fonti trovassero in questo peculiare corollario dell’art. 25/2 Cost. un limite invalicabile: ed in relazione a questo problema ha a lungo tenuto il campo – e tuttora resiste – l’orientamento che asserisce l’**incompetenza in materia penale del diritto comunitario** (specie in ragione dell’asserito *deficit* democratico che ancora caratterizzerebbe il processo legislativo in seno all’Unione) e comunque l’**impossibilità che tali fonti arrivino ad esplicare effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale** senza la mediazione di un atto traspositivo del legislatore interno.

In altri termini, un precetto o una sanzione penale non potrebbero mai derivare da una fonte del diritto UE, potendosi ammettere solo – in linea di principio – che una normativa dotata di effetti diretti (come ad esempio un *Regolamento UE*) possa integrare, in parte, una norma penale nazionale (specie attraverso un “elemento normativo” della fattispecie penale, ossia un elemento la cui definizione o interpretazione rimanda ad una norma diversa ed ulteriore che va ad integrare la fattispecie penale).

Parallelamente, e più in particolare, si esclude che fonti prive di efficacia diretta – come ad esempio una *direttiva* o, nell’assetto precedente al Trattato di Lisbona, una *decisione quadro* – possano produrre effetti estensivi dell’area penalmente rilevante, o cc.dd. effetti *in malam partem*.

Viceversa, si ammette che fonti dotate di tali effetti (come una direttiva “dettagliata” e “*self executing*”) possano “neutralizzare” una norma penale interna, portando alla **disapplicazione** (totale o parziale) **del precetto penale** (o della sanzione) con essa incompatibile: caso, quest’ultimo, al quale non osterebbe il principio di riserva di legge, il quale, secondo la chiara dizione dell’art. 25/2 Cost. (“Nessuno può essere *punito*...”), innesca la propria limita-

zione garantistica solo a fronte di una estensione dei margini di responsabilità penale, e non appunto a fronte di una contrazione o riduzione dell'area della punibilità.

7.4.2. *Il potere di disapplicazione in materia penale*

In questo contesto, il caso più problematico di cui si è dovuta occupare la Corte costituzionale si è registrato, di recente, proprio sul versante dei rapporti tra il principio di riserva di legge e la disapplicazione di una norma penale interna con effetti peggiorativi sulla posizione giuridico-penale del singolo.

Il riferimento è alla c.d. **vicenda Taricco**: un caso del tutto peculiare, dunque, di disapplicazione della norma penale interna con effetti *in malam partem* che ha prospettato – ben oltre l'“innesco” di conseguenze pregiudizievoli sul singolo imputato – un complesso e cruciale problema di rispetto dei principi supremi dell'ordinamento (appunto, i cc.dd. controlimiti), tra i quali, come subito si dirà, è venuto anzitutto in rilievo proprio il principio di cui all'art. 25/2 Cost.

Più in particolare, l'ormai celebre e molto discusso caso è stato generato dall'idea che si potesse disapplicare il termine massimo di prescrizione del reato previsto dalla normativa italiana (in forza del meccanismo degli atti interruttivi: artt. 160 e 161 c.p.)⁶, ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi, per rendere dunque effettiva la repressione penale in materia di frodi all'IVA, e così assicurare adeguata protezione agli interessi finanziari dell'Unione europea (art. 325 TFUE): e ciò, nonostante la portata chiaramente indeterminata e la mancanza di prevedibilità della “regola” che da tale disposizione si era inteso ricavare (tanto marcata da fissare nulla più che un mero “obiettivo di risultato” al giudice penale); e, soprattutto, nonostante le chiare conseguenze peggiorative che tale disapplicazione avrebbe prodotto sulla sfera giuridico-penale degli imputati, che si sarebbero visti estendere *ex post* il termine di prescrizione dei reati a loro addebitati, e con esso la punibilità, in forza appunto della norma comunitaria ed in spregio – per quanto qui maggiormente interessa – alla garanzia della riserva di legge.

In particolare, una tale tesi – tanto originale quanto dirompente – era stata

⁶ Il sistema della prescrizione è stato radicalmente innovato dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando); di recente è inoltre intervenuta la l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. riforma Bonafede), che ha ulteriormente modificato la disciplina, ulteriormente riformata con la l. n. 134 del 2021 (c.d. riforma Cartabia), dove al sistema della prescrizione sostanziale è stato affiancato un originario – e molto criticato – meccanismo di improcedibilità processuale (art. 344-bis c.p.p.), per superamento dei limiti massimi stabiliti per le impugnazioni.

affermata, in replica ad un quesito pregiudiziale inoltrato da un giudice italiano (ai sensi dell'art. 234 Trattato CE), dalla Corte di giustizia nella pronuncia della Grande Sezione, 8 settembre 2015, fomentando una sdegnata reazione nella prevalente dottrina italiana, e notevoli e divergenti ricadute in giurisprudenza, culminate nel duplice intervento della Corte costituzionale, “inframmezzato” da un ulteriore rinvio ai giudici di Lussemburgo.

È opportuno illustrare alcuni dettagli essenziali del caso, che ha dato spunto ad una *querelle* giuridica di notevole interesse e complessità.

Investito di un complesso procedimento per talune frodi fiscali concernenti l'evasione dell'imposta sul valore aggiunto (cc.dd. frodi carosello), che per il protrarsi dell'*iter* processuale rischiava di esitare in una declaratoria di prescrizione degli illeciti penali contestati (con conseguente “estinzione del reato”), il giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Cuneo sospettava che la (asserita) particolare esiguità dei termini di prescrizione previsti – in base alla generale disciplina italiana del codice penale – per i reati di frode in materia di IVA determinava, di fatto, una sostanziale impunità per tali condotte illecite, così pregiudicando interessi (anche) dell'UE ed entrando in contrasto con obblighi discendenti dal diritto UE (ed asseritamente ricavabili dalla disposizione del citato art. 325 TFUE): e su tali basi inoltrava un (ricorso per) rinvio pregiudiziale per chiedere alla Corte di giustizia di chiarire l'interpretazione delle norme in rilievo e, indirettamente, i termini dell'eventuale contrasto.

La Corte di giustizia, nella menzionata decisione della Grande Sezione, riconosceva anzitutto l'incompatibilità della disciplina italiana rilevante con l'art. 325 TFUE che, in via generale, obbliga gli Stati membri dell'Unione europea a combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure dissuasive, effettive e proporzionate. Su queste basi, i giudici invitavano dunque il giudice *a quo* a disapplicare le norme nazionali in materia di prescrizione del reato, nonostante tale disapplicazione fosse tale da determinare chiari effetti *in malam partem* nei confronti dell'accusato dovuti all'allungamento (o addirittura alla completa eliminazione) dei termini prescrizionali.

In particolare, una simile, tranciante soluzione doveva essere seguita – secondo la Corte – ogni volta che il giudice *a quo* avesse accertato che la normativa nazionale in materia di prescrizione impedisse effettivamente di infliggere sanzioni effettive e dissuasive “in un numero considerevole di casi di frode grave”; ipotesi nelle quali – appunto – il giudice domestico avrebbe potuto/dovuto disapplicare il “limite” della prescrizione, applicando al caso (retroattivamente) termini più estesi.

A parere dei giudici del Kirchberg, peraltro, tale soluzione non avrebbe determinato alcun contrasto con il principio di legalità in materia penale, nei suoi diversi corollari – ivi compreso il divieto di retroattività – giacché tale principio – sempre secondo i giudici UE – “coprirebbe” soltanto la previsione legale della condotta punita e la sanzione applicabile, ma non altri istituti, quali appunto la prescrizione.

Di fronte a questa “rivoluzionaria” decisione, la reazione della “comunità degli interpreti” è stata – come si è detto – particolarmente veemente, annove-

rando una vastissima schiera di voci critiche, nel panorama dottrinale, e significative prese di posizioni divergenti anche in giurisprudenza.

In particolare, la Corte costituzionale è stata prontamente investita da penetranti dubbi di legittimità costituzionale della interpretazione accolta dalla Corte di Lussemburgo: questioni perspicuamente volte a far dichiarare la contrarietà dell'obbligo di disapplicazione posto in capo ai giudici interni rispetto a diversi principi fondamentali stabiliti dalla Costituzione, ossia a (alcuni di) quei cc.dd. controlimiti che – come accennato – rappresentano l'argine costituzionale ultimo ed invalicabile per l'integrazione del diritto UE nell'ordinamento “domestico”.

In effetti, ed in estrema sintesi, la “regola *Taricco*” appariva confliggere, sotto diversi aspetti, con il principio di legalità in materia penale, nei suoi diversi corollari: l'istituto della **prescrizione del reato** è infatti pacificamente ricondotto nel nostro ordinamento al **diritto penale sostanziale**, con l'avallo di un'univoca giurisprudenza della Corte costituzionale, cosicché ad esso **si applicano tutti i diversi corollari del *nullum crimen***, ossia i principi di irretroattività, i principi di tassatività/determinatezza, ed appunto il principio di riserva di legge.

Orbene, ed in primo luogo, il corollario del divieto di retroattività sfavorevole in materia penale confliggeva apertamente, anzitutto, con l'obbligo per il giudice di disapplicare i più lunghi termini di prescrizione previsti dal codice penale anche per i fatti commessi precedentemente alla sentenza della Corte di giustizia.

In secondo luogo, anche a non voler considerare il problema intertemporale, la “regola *Taricco*” pareva altresì insoddisfacente in relazione al corollario della determinatezza/tassatività della norma in materia penale: risultando quanto meno difficile – per usare un eufemismo – attribuire significato univoco al termine “grave” che doveva connotare la frode, così come alla locuzione “in un considerevole numero di casi” (caso quest'ultimo nel quale non sarebbe stato comunque possibile per il giudice del singolo processo procedere all'accertamento di un tale fatto extraprocessuale).

Profili di critica altrettanto gravi erano basati anche e proprio sulla **riserva di legge** e, a monte, sul principio ordinamentale di **separazione dei poteri**. La “regola *Taricco*” infatti finiva per modificare irreversibilmente il ruolo del giudice nel suo rapporto con il legislatore. Il potere di disapplicazione, per come delineato, pareva infatti consentire al giudice di sostituirsi al legislatore, stabilendo di volta in volta una diversa disciplina della prescrizione sulla base di esigenze di prevenzione generale (...fino a trasformarlo in una sorta di – inammissibile – “giudice di scopo”!). Di fatto, in contrasto con la garanzia imposta dalla riserva di legge, il consociato si trovava sottoposto alla sanzione penale non sulla base di una decisione del legislatore democratico, ma sulla base della volontà di un giudice.

Ora, condividendo molti dei dubbi prospettati dai giudici rimettenti, la Corte costituzionale italiana, con l'ordinanza n. 24 del 2017, ha esperito un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sottoponendole a sua volta diverse questioni interpretative, peraltro puntellate da ulteriori, perentorie affermazioni.

In particolare, la Consulta ha anzitutto confermato il proprio consolidato orientamento in ordine all'**applicabilità del principio di legalità penale anche all'istituto della prescrizione**; su tali basi, ha ravvisato un contrasto ineludibile tra tale principio e la "regola" affermata dalla Corte di giustizia nel caso *Taricco*, evidenziando il contrasto specie con le garanzie della determinatezza e dell'irretroattività, non senza rimarcare l'appartenenza del principio di legalità penale al nucleo duro dei principi e delle garanzie fondamentali facenti parte dell'identità nazionale (c.d. controlimiti) e dunque prevalenti rispetto al diritto eurounitario.

La celebre ordinanza della Corte costituzionale ha ripreso e fatto proprie, con dozzina di argomentazioni, le più importanti critiche rivolte alla sentenza della Corte di giustizia dalle ricche ordinanze di rimessione dei giudici *a quo*, ma soprattutto ha colto l'occasione per (ri-)posizionarsi sul tema dei c.d. controlimiti, anche alla luce delle novità normative intervenute in proposito con il Trattato di Lisbona.

Partendo dal principio cardine dell'integrazione europea dell'"unità nella diversità", la Corte costituzionale ha ricordato che la leale cooperazione con l'Unione europea e il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea, e delle sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato, «non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale», ciò in ossequio all'art. 4.2 TUE che sancisce il rispetto da parte dell'Unione europea dell'identità nazionale degli Stati membri e all'art. 6.3 TUE per il quale «i diritti fondamentali...risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». La Corte costituzionale ha inoltre chiarito che spetta «alle autorità nazionali la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale», chiarendo come per l'ordinamento italiano tale verifica sia accentrata, in ossequio al testo costituzionale, nelle mani della stessa Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha posto dunque la Corte di giustizia di fronte ad una scelta obbligata: ritornare sulla scelta fatta nella sentenza *Taricco* oppure confermarla, aprendo tuttavia così all'utilizzo dei controlimiti da parte della Corte costituzionale italiana: un rimedio estremo spesso minacciato, ma mai davvero impiegato dalla nostra Corte.

La risposta della Corte di giustizia – quasi "messa con le spalle al muro" dalla Corte costituzionale – si è dimostrata ragionevolmente aperta al dialogo e capace di stemperare l'iniziale, drastica posizione, e così esorcizzare lo scenario di un probabile, frontale conflitto tra alte Corti (e tra "ordinamenti").

In effetti, con la sentenza della Grande Sezione, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e*

M.B. – pur non affrontando *ex professo* il tema dei controlimiti e della tutela delle identità costituzionali nazionali – la Corte di giustizia ha sottolineato come il giudice domestico abbia sempre facoltà di disattendere l’obbligo di disapplicazione della disciplina interna – affermato nella sentenza Taricco – ove tale «obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene»; e ciò anche «qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione» (par. 61). Ed ha così scelto di “sdrammatizzare” e “disinnescare” i profili di illegittimità che, secondo la nostra Corte costituzionale, l’applicazione della “regola Taricco” avrebbe determinato.

In altri termini, la seconda decisione della Corte di giustizia appare una chiara “ritirata tattica” di fronte alla ferma opposizione della Corte costituzionale, ad evitare improvvise collisioni in un momento di particolare debolezza delle istituzioni europee; e ciò, pur senza rinunciare a talune “ingombranti” affermazioni di principio.

Infatti, pur arrivando a riconoscere di fatto in capo alla Corte costituzionale il potere di ignorare *in toto* la sentenza *Taricco*, la sentenza *M.A.S.* non ne smentisce alcuni passaggi salienti, specie con riferimento all’art. 325 TFUE, pur assoggettandone le ricadute al prioritario, doveroso rispetto dei diritti fondamentali, rimesso all’apprezzamento del giudice costituzionale.

Oltretutto la decisione di apertura della Corte di giustizia nei confronti della Corte costituzionale pare sottoposta sin d’ora ad un termine, poiché essa poggerebbe sulla mancata armonizzazione dell’istituto della prescrizione, ma – e in ciò si identifica il termine – solo fino alla scadenza del termine di trasposizione della *Direttiva 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale* (c.d. *Direttiva PIF*): a partire da quel momento, nell’impostazione della Corte di giustizia, si chiuderebbe lo spazio per l’Italia di qualificazione autonoma della prescrizione come diritto sostanziale, con conseguente *standard* di tutela più elevato nei confronti dei consociati.

All’esito di questo cambio di rotta da parte dei giudici di Lussemburgo, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 115 del 2018, ha infine scritto la pagina finale della “saga Taricco”, affermando senza mezzi termini l’inapplicabilità in ogni caso e in qualsivoglia maniera della regola sancita dalla Corte di giustizia nella “prima sentenza Taricco” (ossia la sentenza della Grande Camera, 8 settembre 2015, cit.), e chiarendo anche i residui margini di ambiguità lasciati aperti dal secondo intervento interpretativo reso con la sentenza *M.A.S.*

In tale, definitiva pronuncia la Corte delle leggi italiana ha avuto peraltro occasione di ribadire con nettezza – ben oltre il tema dei rapporti con l’ordinamento dell’Unione europea – importanti precisazioni in ordine allo statuto co-

stituzionale dell'istituto della prescrizione del reato, diffondendosi, più in generale in rimarchevoli puntualizzazioni in merito al principio di legalità penale, specie con riferimento al corollario della tassatività/determinatezza.

In particolare, in relazione a tale corollario del principio di legalità, la nostra Corte costituzionale ha ricordato che «il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell'attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta [...]» e ha osservato che «se è vero che anche “la più certa delle leggi ha bisogno di ‘letture’ ed interpretazioni sistematiche” [...], resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione” [...]» (sentenza n. 115 del 2018).

Ciò è come dire che una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso, diversamente da quanto accade(va) con la “regola *Taricco*”, che appunto rimetteva ad un incontrollabile valutazione giudiziale la determinazione della punibilità nel caso concreto.

Proprio un tale contrasto frontale con il principio di determinatezza in materia penale, per riprendere le parole della Corte, «sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola *Taricco*” nel nostro ordinamento» (sentenza n. 115 del 2018).

7.5. Riserva di legge e fonti regionali

7.5.1. Il fondamento del monopolio punitivo statale

Quanto ai rapporti tra riserva di legge e fonti regionali, una consolidata giurisprudenza esclude che la potestà punitiva possa trovare origine in atti normativi delle Regioni, saldando il fondamento del **monopolio statale** in materia penale, su questo fronte, da un lato ed anzitutto alla generica *ratio* di garanzia sottesa all'art. 25, comma 2, Cost., in ragione della «particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante pena [...] onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base ad **una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato**»; dall'altro, volta a volta con differenti accenti, richiamando ora l'art. 3 Cost., che garantisce l'**uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge**, ora l'art. 5 Cost., che garantisce l'**unità politica dello Stato**, ora l'art. 117 Cost., che non contempla una potestà punitiva in capo alle Regioni, ora persino ponendo la riserva di legge statale in rapporto con il principio della precostituzione per legge del giudice naturale, ovvero, sotto diverso profilo, con il divieto per le Regioni di «adottare provvedimenti che ostacolino

in qualsiasi modo la libera circolazione di persone tra le Regioni», sancito dall'art. 120 Cost.⁷.

Una ricostruzione particolarmente articolata ed argomentata è stata offerta dalla sentenza n. 487 del 1989, nella quale la questione è stata proiettata nel prisma di una valorizzazione congiunta e “sistematica” dei diversi principi costituzionali in rilievo (artt. 25, comma 2, 3, 5, 13, 24, 27, 112 e 120): dopo aver affermato che «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale», la Corte ha negato alle Regioni legittimazione ad emanare norme penali per «la mancanza di una visione generale dei bisogni e delle esigenze di una intera società», sottolineando, in definitiva, il carattere di «**statualità a doppio titolo del diritto penale: ed infatti statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale**, e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti» (affermazione analoga, pur con qualche ulteriore sfumatura, si riscontra anche in successive sentenze, come ad es. la sentenza n. 185 del 2004, secondo cui la legge statale deve salvaguardare «beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria»).

7.5.2. L'estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità

Va evidenziato che l'ambito dei rapporti tra riserva di legge e normativa regionale in materia penale individua il versante dell'art. 25, comma 2, Cost. più frequentato da questioni e pronunce di illegittimità costituzionale, che hanno interessato – in linea di principio – i più diversi profili sui quali può incidere la normativa regionale, e, segnatamente, non solo le vicende “costitutive” della punibilità ma anche quelle “modificative” o “estintive”.

Così, nel corso degli anni, la Corte ha ritenuto **illegittime leggi regionali che prevedano nuove incriminazioni o che abroghino fattispecie incriminatrici preesistenti** (sentenza n. 79 del 1977); **che sostituiscano la sanzione penale con una sanzione amministrativa** (sentenza n. 309 del 1990); **che contemplino una nuova causa di estinzione del reato** (consentendo, ad esempio, l'estinzione dei reati contravvenzionali urbanistici in assenza dei presupposti richiesti dalla legge statale: sentenza n. 273 del 1995) **o amplino la portata di una preesistente** (anche solo “analogicamente”: sentenza n. 487 del 1989), come appunto nel caso dei cari “condoni edilizi” che si sono succe-

⁷ Cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 21 del 1957, n. 58 del 1959, n. 13 del 1961, n. 128 del 1963, n. 79 del 1977, n. 62 del 1979, n. 239 del 1982, n. 179 del 1986, n. 309 del 1990.

duti – ad opera di diverse leggi volta a volta approvate dalle singole regioni – nel corso del tempo.

Il divieto di introduzione di nuove fattispecie incriminatrici è stato peraltro inteso come preclusione a configurarle anche solo *per relationem* rispetto a sanzioni penali contemplate in norme statali, ed altresì come impossibilità per le Regioni di stabilire autonomamente la sanzione penale da applicare in presenza di violazioni a proprie disposizioni (sentenze n. 58 del 1959; n. 128 del 1963).

In ogni caso, come accennato, l'impossibilità di intervento della normativa regionale in materia penale è stata affermata non solo con riferimento ai profili costitutivi della rilevanza penale (o della punibilità *lato sensu* intesa) – ossia come “riserva statale sulle scelte criminalizzatrici” –, ma anche con riferimento agli ambiti delle cause di giustificazione e della non punibilità, posto che – si è affermato – «Le regioni non possono rimuovere o variare con proprie leggi la punibilità dei reati sancita da leggi dello Stato» (sentenza n. 117 del 1991; analogamente, sentenze n. 185 del 2004 e n. 196 del 2004, in materia di condono edilizio; altresì, sentenza n. 183 del 2006), e che la stessa «previsione di cause di estinzione del reato è riservata alla legge statale, in quanto a quest'ultima spetta la potestà incriminatrice; poiché alla stessa legge compete, conseguentemente, individuare le situazioni a cui si applicano le citate cause; e poiché, pertanto, l'ambito delle predette situazioni, individuato in una legge statale, non può essere illegittimamente esteso o ristretto ad opera di leggi regionali (neppure di quelle che dispongono in materie c.d. “esclusive”)» (sentenza n. 487 del 1989, peraltro meno perentoria in relazione al caso in cui “diritti scriminanti” possano trovare fonte in leggi regionali).

In altri termini, e più in generale, **alle Regioni sarebbe vietato di «interferire negativamente con le norme penali, disciplinando e considerando, quindi, lecita un'attività penalmente sanzionata dall'ordinamento nazionale»** (sentenze n. 370 del 1989; nn. 43 e 309 del 1990; nn. 117 e 213 del 1991; in relazione alle Regioni a statuto speciale, ad esempio, la sentenza n. 185 del 2004 ha dichiarato l'illegittimità della legge della regione Friuli-Venezia Giulia n. 17 del 2002, che, disciplinando l'introduzione di case da gioco nel territorio della Regione, aveva previsto una deroga alle disposizioni penali che vietano il gioco d'azzardo, ai sensi degli artt. 718 ss. c.p.).

7.5.3. *Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Il concetto di “ordinamento penale” [art. 117, comma 2, lett. l), Cost.]*

L'orientamento “tradizionale” della giurisprudenza costituzionale in merito al mancato riconoscimento della titolarità di potestà punitiva in capo alla Regioni non ha peraltro subito alterazioni a seguito della riforma del Titolo V

della Costituzione, che, come è noto, ha rimodulato il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Nella “nuova” cornice costituzionale, da un lato si conferma che **il potere sanzionatorio amministrativo spetta al titolare della competenza per materia, e dunque alle Regioni** nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, in base al principio del parallelismo tra disciplina sostanziale e disciplina sanzionatoria amministrativa (ad esempio, sentenza n. 361 del 2003) e/o dell’autonomia tra disciplina sanzionatoria penale e amministrativa, corollario della riserva di legge e del riparto di competenze Stato/regioni (sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006), e pur nei limiti fissati dall’art. 9 della l. n. 689 del 1981 (il quale prevede che la sanzione penale statale prevalga sulla sanzione amministrativa regionale, salva la possibilità di cumulo a volte rivendicata da singole normative regionali).

Dall’altro, e parallelamente, **si ribadisce l’esclusione di una potestà normativa regionale in campo penale anche con riferimento a materie su cui le Regioni** a statuto ordinario o statuto speciale, ovvero le Province autonome, **abbiano competenza legislativa in via esclusiva o concorrente** (si pensi all’agricoltura, alla caccia e pesca, alla “tutela e sicurezza del lavoro”, alla “tutela della salute”, all’“alimentazione”, al “governo del territorio”, alla “tutela dell’ambiente”), anche in ragione dell’esplicita menzione della materia **“ordinamento penale”** tra quelle assegnate – appunto nel riformato Titolo V – alla **competenza esclusiva statale**, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. l), Cost. [dove per “ordinamento penale” – come ha chiarito la sentenza n. 185 del 2004 – deve intendersi l’intero «sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lettera l)»].

In questa prospettiva, dunque, la Corte ha espressamente chiarito che la riserva allo Stato della competenza nella materia “ordinamento penale” «non è una novità introdotta in sede di revisione del titolo V», bensì un’esplicita conferma dell’orientamento giurisprudenziale precedente (ancora, sentenza n. 185 del 2004) e che «solo il legislatore statale può incidere sulla sanzionabilità penale, disponendo, specie in occasione di sanatorie amministrative, di assoluta discrezionalità in materia di estinzione del reato o della pena, o di non procedibilità» (sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006), pur sottolineando l’esigenza che l’esercizio della potestà punitiva in materia penale – essendo «potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni» – sia sempre contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, in ossequio al criterio dell’*extrema ratio*, alla stregua del quale «la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell’intera collettività tutelabili solo su base egualitaria» (sentenza n. 185 del 2004).

Al tempo stesso, si è affermato che l'intervento sui profili penali è tale da attrarre l'intera materia nella competenza statale, posto che «la considerazione del trattamento penale assume (...) preminenza agli effetti della competenza legislativa, pur nella generica riconducibilità ad altra materia delle norme preceettive la cui violazione è sanzionata» (sentenza n. 183 del 2006, ove si è ritenuta infondata la questione di legittimità proposta in relazione alla disciplina prevista ai commi 36 e 37 dell'art. 1 della l. n. 308 del 2004, la quale – modificando sul punto il Codice dei beni culturali – ha previsto l'inapplicabilità della fattispecie contravvenzionale relativa ad interventi non assistiti da autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa, in ipotesi di accertamento, ad opera della competente autorità amministrativa, della compatibilità paesaggistica dell'opera abusiva, sottolineando che «l'irrelevanza penale dell'abuso non tocca gli aspetti urbanistici, per i quali le regioni non vedono scalfita la loro competenza nella previsione delle sanzioni amministrative in materia edilizia», ribadendo dunque il consueto principio dell'autonomia delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali).

Peraltro, un tale orientamento di fondo, è stato ribadito anche a fronte di disposizioni peculiari, come quella prevista **all'art. 23 St. della Regione Trentino-Alto Adige**, ai sensi del quale «la Regione e le Province utilizzano – a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi – le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie».

Sullo specifico profilo è infatti intervenuta la sentenza n. 387 del 2008, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 22 della l. prov. Bolzano n. 10 del 2007, ritenendo che la norma censurata «prevede un'ampia serie di reati venatori, non mediante un mero rinvio alla legge statale, ma con una specifica ed autonoma determinazione delle fattispecie cui sono collegate le pene previste dall'art. 30 della legge statale n. 157 del 1992», e puntualizzando che «l'art. 23 dello Statuto regionale non consente né l'autonoma determinazione delle fattispecie, con un rinvio alla legge statale solo per l'individuazione delle fattispecie, né l'incorporazione delle stesse in una legge regionale o provinciale».

Con la pronuncia in esame, in altri termini, **non si è attribuita alla disposizione citata alcuna valenza derogatoria** rispetto all'assetto generale, ritenendo possibile, dunque, che la legge della provincia autonoma operi solo un **mero rinvio alla legge penale statale, ma non una autonoma determinazione del precetto** (con rinvio alla legge statale per la sola individuazione delle sanzioni), né una "incorporazione" delle stesse in una legge regionale o provinciale⁸.

⁸ Solo un rapido cenno ad un aspetto diverso, ma contiguo a quello della incompetenza delle Regioni in materia penale, dovendosi evidenziare che un diverso criterio, viceversa, è segui-

7.5.4. (segue) *L'ambito di competenza statale in relazione al concetto di "ordine pubblico e sicurezza" [art. 117, comma 2, lett. h), Cost.]*

Solo per inciso, è opportuno altresì segnalare, in questa sede, come la Corte abbia ulteriormente chiarito i limiti delle competenze regionali anche in relazione all'ambito di competenza statale segnato dai concetti di "**ordine pubblico e sicurezza**" [art. 117, comma 2, lett. h)].

Al riguardo, va anzitutto segnalata la sentenza n. 34 del 2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della legge della Regione Calabria 7 marzo 2011, n. 7 ("Istituzione dell'Agencia regionale per i beni confiscati alle organizzazioni criminali in Calabria").

Nella pronuncia, richiamandosi ad un precedente orientamento, si è infatti affermato, in generale, che «(...) l'istituzione di un'apposita Agencia regionale "il cui nome di per sé evoca un ruolo operativo non riducibile a meri compiti istruttori, consultivi o di studio e ricerca" e il fatto che l'ambito di intervento, inteso nel suo complesso, è "parzialmente sovrapponibil[e] con le competenze statali in materia di sicurezza e di amministrazione dei beni sequestrati" sono stati indicati da questa Corte (sentenza n. 325 del 2011) elementi già di per sé idonei a concludere che la Regione ha invaso la materia dell'ordine pubblico e sicurezza, riservata alla competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost.». Inoltre, e più in particolare, si è rilevato che la legge regionale oggetto di giudizio «(...) ha espressamente conferito non solo delle facoltà (come quella, ad esempio, di richiedere l'assegnazione dei beni confiscati), ma anche precipui compiti di amministrazione, vigilanza e custodia dei beni sequestrati, muovendosi in direzione opposta rispetto

to con riferimento alle sanzioni amministrative: la Corte costituzionale ha infatti rimarcato più volte che la relativa competenza non si radica in un'autonoma materia, ma accede alle materie sostanziali, cosicché la disciplina delle sanzioni spetta al soggetto competente a regolare la materia, la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile.

Per queste ragioni, ad esempio, la Corte ha dichiarato illegittima – segnatamente per contrasto con l'art. 119, comma 1, Cost., con riferimento al principio dell'autonomia finanziaria di spesa – la norma di cui all'art. 13, comma 3, del d.lgs. n. 186 del 2011 (Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del Regolamento CE n. 1272/2008 relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio di sostanze e miscele, che modifica ed abroga e Direttive 67/548/CEE e 1999/45/CE e che reca modifiche al Regolamento CE n. 1907/2006), la quale prescriveva che i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per le violazioni di detto decreto fossero indiscriminatamente devoluti all'entrata del bilancio statale (per essere successivamente riassegnati allo stato di previsione del Ministero della Salute); ciò, in particolare, ritenendo violato il "comune principio in base al quale l'importo della sanzione afferisce al soggetto competente all'irrogazione", non essendosi espressamente previsto che solo i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie di competenza statale fossero versati all'entrata del bilancio dello Stato, e che i proventi derivanti dalle sanzioni irrogate nell'ambito delle proprie competenze spettassero alla Regione (sentenza n. 271 del 2012).

all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale di gestire in maniera unitaria e coordinata i beni sequestrati e di programmare organicamente la loro destinazione», conferendo direttamente all'Agenzia regionale – e non alla Regione – tanto la facoltà di chiedere in assegnazione detti beni, quanto il compito di amministrare quelli eventualmente assegnati alla Regione Calabria, ed attribuendo altresì funzioni di vigilanza (sul corretto utilizzo dei beni da parte dei soggetti assegnatari e sull'effettiva corrispondenza tra la destinazione ed il loro utilizzo) e di coordinamento tali da sovrapporsi con le analoghe funzioni previste in capo alla Agenzia nazionale (ora sostanzialmente disciplinata dal citato d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione); così da prevaricare – in definitiva – l'ambito della competenza legislativa esclusiva statale (sentenza n. 34 del 2012).

In prospettiva analoga, va ancora segnalata la sentenza n. 35 del 2012, con la quale è stata dichiarata – sempre in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost. – l'illegittimità dell'art. 2 della legge della Regione Calabria 7 marzo 2011, n. 4 (Misure per garantire la legalità e la trasparenza dei finanziamenti erogati dalla Regione Calabria), che – nell'intento di contrastare «i rischi di infiltrazione 'ndranghetista, nell'ambito della più globale strategia di contrasto all'illegalità in Calabria» (art. 1, legge cit.) – stabiliva, per chiunque ricevesse ed utilizzasse finanziamenti per importi pari o superiori ad euro 10.000, l'obbligo di impiegare un conto corrente unico e dedicato a tali operazioni [in conformità e secondo le procedure previste dalla l. 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia)].

Al riguardo, peraltro, la Corte aveva già chiarito che l'ordine pubblico e la sicurezza, ai fini del riparto della competenza legislativa, hanno per oggetto le «misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico» (sentenza n. 407 del 2002; in seguito, *ex plurimis*, sentenze n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004).

Su quella traccia – rilevando come nell'esercizio della propria competenza il legislatore statale, specie nel settore degli appalti pubblici, fosse già intervenuto «allo scopo specifico di assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari, e così di prevenire la commissione di reati che possano originarsi dal maneggio di denaro pubblico, con riferimento soprattutto all'infiltrazione criminale e al riciclaggio» – la Corte ha ritenuto la norma impugnata invasiva della competenza esclusiva dello Stato, in particolare alla luce della finalità della stessa legge regionale (consistente «dichiaratamente nella prevenzione dei rischi connessi all'infiltrazione della criminalità organizzata»), del relativo oggetto materiale, e dello strumento normativo impiegato, profili tutti gravitanti «nel campo già occupato dalla normativa statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, rispetto alla quale il legislatore regionale è invece estraneo» [sentenza

n. 35 del 2012, nella quale si è ulteriormente puntualizzato che «Non è infatti in discussione, nel peculiare caso di specie, un'attività che, per quanto connessa a fenomeni criminali, sia tuttavia “tale da poter essere ricondott(a) a materie o funzioni di spettanza regionale ovvero a interessi di rilievo regionale”, la cui disciplina possa per tale motivo venire assegnata alla legge regionale (sentenza n. 4 del 1991; in seguito, sentenze n. 167 del 2010 e n. 105 del 2006). La promozione della legalità, in quanto tesa alla diffusione dei valori di civiltà e pacifica convivenza su cui si regge la Repubblica, non è attribuzione monopolistica, né può divenire oggetto di contesa tra i distinti livelli di legislazione e di governo: è tuttavia necessario che misure predisposte a tale scopo nell'esercizio di una competenza propria della Regione, per esempio nell'ambito dell'organizzazione degli uffici regionali, non costituiscano strumenti di politica criminale, né, in ogni caso, generino interferenze, anche potenziali, con la disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati (sentenza n. 55 del 2001; da ultimo, sentenza n. 325 del 2011)»].

7.5.5. *Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale: “integrazione tecnica” ed “effetti indiretti”*

Pur in questo quadro, diverse pronunce della Corte, sin da tempi risalenti, hanno più volte sottolineato ed ammesso la possibilità che – ove la legge statale abbia già autonomamente operato le scelte fondamentali sopra ricordate – la normativa regionale produca sulla legge penale statale **effetti indiretti** (o effetti “in via mediata”), evidenziando, volta a volta, **lo spazio di legittima incidenza della legge regionale su presupposti del reato**, sulle cc.dd. norme penali in bianco, su elementi normativi di fattispecie, su cause di giustificazione, su fattispecie estintive, “riempiti” da fonti regionali nell'esercizio e nei limiti delle proprie competenze, esclusive o concorrenti: posto che **spetta allo Stato la posizione del divieto e della sanzione penale, ma resta comunque alla Regione, specie nelle materie di competenza esclusiva, la conformazione della disciplina sottesa.**

Chiari, sul punto, i rilievi della già citata sentenza n. 487 del 1989, dove già si affermava, da un lato, che «alle leggi regionali **non è precluso concorrere a precisare, *secundum legem*, presupposti d'applicazione di norme penali statali**, né concorrere ad attuare le stesse norme e cioè non è precluso realizzare funzioni analoghe a quelle che sono in grado di svolgere fonti secondarie statali», ossia di intervenire in funzione di “**specificazione tecnica**” **rispetto a scelte politiche compiute dalla legge statale** (sui rapporti tra riserva di legge e fonti subordinate, cfr. *infra*, § 7.6.); e, dall'altro, si richiamava l'attenzione sul fatto che «[...] dottrina e giurisprudenza ritengono che ampio spazio in materia penale sia consentito alle Regioni allorché dalle leggi statali si subor-

dinino effetti incriminatori o decriminalizzanti ad atti amministrativi (o legislativi) regionali: in tal caso, nel determinare i presupposti dai quali sono condizionati gli effetti penali (e, conseguentemente, nel modificare i presupposti stessi) le leggi regionali indirettamente, e per determinazione delle stesse leggi statali, incidono su fattispecie penali previste da leggi statali» [del resto, la stessa sentenza n. 487 del 1989 rilevava ancora che «la tutela penale dei beni rientranti nelle materie regionali “esclusive” o “concorrenti”, può ben essere autonomamente fornita, attraverso l’incriminazione di violazioni agli stessi beni, dalla legge penale statale», sottolineando come la stessa dottrina, fra l’altro, «comunemente ammette che si diano casi di colpa per inosservanza di leggi cautelari (sempre che si ritenga rispettato l’art. 25, secondo comma, Cost.) e che, in alcune ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione, le leggi regionali possano concorrere a definire elementi costitutivi (es. “dovere”, “atto d’ufficio”, etc.) delle fattispecie tipiche incriminate»].

In questa cornice, ad esempio, l’ordinanza n. 717 del 1988, in merito ad una disposizione della legge regionale veneta [l’art. 6, punto 3, lett. c) 1. della Regione Veneto n. 33 del 1985] che escludeva la necessità di autorizzazione per lo spargimento a fini agricoli sui terreni dei liquami da allevamenti animali e ritenuta dal giudice *a quo* interferire con la c.d. legge Merli, che prevedeva l’obbligo, penalmente sanzionato, di richiedere l’autorizzazione per l’effettuazione di scarichi, ha affermato la manifesta infondatezza della questione ritenendo che «la materia disciplinata dalla norma censurata è prettamente amministrativa in quanto riguarda l’inquinamento del suolo di competenza della Regione e propriamente la determinazione delle fattispecie per cui occorre l’autorizzazione amministrativa e quelle che invece ne sono esenti e non importa alcuna modificazione nella configurazione del fatto-reato» (in una vicenda in parte analoga, si veda altresì l’ordinanza n. 197 del 1991).

Questi orientamenti vanno tuttavia misurati con altro indirizzo, secondo il quale alle Regioni non sarebbe consentito prevedere, ad esempio, che per lo svolgimento di determinate attività per le quali la legge statale esige il preventivo rilascio da parte della regione stessa di un provvedimento di autorizzazione (sanzionando penalmente il divieto), fosse richiesta non già un’autorizzazione individuale (previa verifica della conformità alla legge delle specifiche modalità con le quali veniva svolta in concreto l’attività), bensì una mera generale autorizzazione, contenuta nella stessa legge regionale a favore di tutti coloro che al momento dell’entrata in vigore esercitassero tale attività (sentenze n. 234 del 1995, n. 117 del 1991, n. 43 del 1990).

7.6. Riserva di legge e fonti subordinate

Il principio di riserva di legge statale in materia penale impone limiti precisi anche alle ipotesi in cui il divieto penale richiama od “incorpora” una **fonte subordinata rispetto alla legge**, quale un **regolamento** o un **provvedimento**

amministrativo, sia che si tratti di norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto (direttamente o per il tramite di un c.d. “elemento normativo di fattispecie”), sia che si tratti di norme penali che – più in generale – sanzionano l’inosservanza di provvedimenti amministrativi (secondo il c.d. “modello ingiunzionale”, che appunto pone il precetto penale a garanzia dell’osservanza dell’ordine amministrativo).

L’istanza garantistica specificamente in rilievo viene evidenziata sottolineando la necessità che sia non un atto del potere esecutivo bensì la legge a consentire di «distinguere tra la sfera del lecito e quella dell’illecito, fornendo a tal fine un’indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (sentenza n. 364 del 1988, e, su quella traccia, n. 282 del 1990), pur non richiedendosi che la fonte legislativa debba provvedere ad una integrale descrizione del fatto tipico (secondo le più restrittive posizioni che – nel solco della tralatizia distinzione – si richiamano alla concezione della riserva di legge *assoluta*).

7.6.1. *Il criterio della “sufficiente specificazione legale” dell’incriminazione*

Nell’evoluzione della giurisprudenza sul punto, peraltro, i rapporti che – alla luce della previsione di cui all’art. 25, comma 2, Cost. – possono instaurarsi tra fonti primarie e fonti secondarie sono stati declinati secondo impostazioni teoriche differenti.

Per quanto anzitutto concerne le fattispecie che – direttamente o indirettamente – rinviano a fonti secondarie per la specificazione del precetto, nelle pronunce più risalenti la Corte ha dimostrato preferenza per le ricostruzioni dottrinali che assumevano l’integrazione operata dalla fonte subordinata (ad es., il regolamento) a semplice **presupposto di fatto** del divieto penale, ritenendo così di poter escludere eccessive frizioni con il principio di riserva di legge⁹.

⁹La tesi dei “presupposti di fatto” è stata a più riprese affermata, con implicita o esplicita adesione alla c.d. “teoria della disobbedienza come tale”: così, ad esempio, nella sentenza n. 36 del 1964, concernente il reato di cessione di sostanze stupefacenti (nella specie, l’allora vigente art. 6, l. n. 1041 del 1954), indicate nell’apposito elenco compilato dal Ministero della sanità, richiamandosi al precedente orientamento si afferma che «Atti e provvedimenti dell’amministrazione aventi per oggetto determinazioni di prezzi, denominazioni tipiche di prodotti, modifiche a norme della circolazione stradale, etc., rispondenti a valutazioni di carattere tecnico o contingente, in connessione con precetti penali posti a garanzia della loro osservanza (...) sono stati ritenuti legittime manifestazioni dell’attività normativa dell’Amministrazione, e le loro specifiche statuizioni considerate al di fuori del precetto penale, il quale deve ritenersi già integralmente costituito con la generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti»;

Ma tale tesi è apparsa presto tanto comoda quanto inappagante.

Rispetto a questa linea, un primo mutamento di indirizzo si è registrato nella sentenza n. 26 del 1966, nella quale la Corte adotterà il criterio della c.d. **“sufficiente determinatezza della fattispecie di fonte legale”**. In particolare, nella citata sentenza – che si segnala altresì per le affermazioni in merito ai rapporti tra legge statale e leggi regionali – si opera una significativa distinzione ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost., tra **versante precettivo** e **versante sanzionatorio**; distinzione, peraltro, tuttora dominante.

Sul primo fronte, ossia il versante (della sufficiente determinatezza di fonte legale) del “precetto”, la Corte ritiene che il principio della riserva di legge sia rispettato quando **«sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato** – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un’altra legge – **a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell’autorità non legislativa**, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»; per quanto attiene al versante sanzionatorio, al contrario, l’approccio della Corte si è dimostrato più restrittivo, reputandosi che la fissazione delle pena debba essere considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali (analogamente la sentenza n. 69 del 1971, secondo la quale «il principio di legalità della pena esige, quindi, che “sia sempre ed esclusivamente la legge a determinare con quale misura debba venire repressa la trasgressione dei precetti che essa vuole sanzionati penalmente”»).

Sulla base di questi criteri, la Corte ha ad esempio dichiarato illegittimo «l’art. 11 della legge forestale, per il fatto che demanda alle norme locali di polizia forestale emanate dalle Camere di commercio di stabilire a propria scelta (non importa se entro limiti tassativi, indicati con riferimento a un precetto generale altrimenti applicabile) le sanzioni penali da comminare ai trasgressori» (negli stessi termini di cui alla sentenza n. 26 del 1966, sono, per esempio, le successive sentenze n. 61 del 1969; n. 69 e n. 168 del 1971; n. 58 del 1975; n. 108 del 1982; n. 299 del 1992; diversamente, per taluni aspetti, sentenze n. 9 e n. 113 del 1972).

Alla luce dell’anzidetto parametro della “sufficiente specificazione”, in particolare, la tecnica di formulazione del precetto penale contemplante il rinvio a regolamento o ad atto amministrativo, direttamente o indirettamente ri-

così pure le sentenze n. 36 e n. 96 del 1964, rispettivamente considerando l’elenco delle sostanze stupefacenti e l’elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale non come “elementi intrinseci del precetto penale” ma come meri “presupposti della sua applicazione”; analogamente, nella decisione n. 96 del 1964, l’elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale viene considerato non come “elemento intrinseco del precetto penale” ma come mero “presupposto della sua applicazione”.

chiamato, è stata dunque ritenuta compatibile col principio di riserva di legge nei diversi schemi in cui essa possa prendere forma.

Da un lato, si è ritenuto **non contrastante con il principio di riserva di legge la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo**, rispetto ad elementi normativi della fattispecie sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge e demandati alla determinazione tecnica della fonte subordinata, **quando il contenuto d'illecito** (e la sottesa "scelta di politica criminale") **sia comunque definito dalla fonte primaria**, come appunto nel caso degli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti contenuti in un decreto ministeriale (ai sensi del d.P.R. n. 309 del 1990), correlati ad un divieto i cui essenziali termini normativi risultano legalmente definiti (sentenza n. 333 del 1991)¹⁰.

Dall'altro, si è ritenuto del pari compatibile col principio in rilievo l'ipotesi in cui il precetto penale assuma una funzione *lato sensu* sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, quando sia la legge ad indicarne presupposti, carattere, contenuti e limiti di modo che il precetto penale riceva «intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto» (sentenza n. 113 del 1972), rimarcando nondimeno l'onere del legislatore di determinare con precisione il tipo di provvedimenti cui la tutela si riferisce, consentendone l'individuazione sicura e fissandone i presupposti, e la necessità che «sia soltanto la legge (od atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (così la già citata sentenza n. 26 del 1966).

Peraltro, e più in generale, anche di recente si è ribadito come «la riserva di legge in materia penale non esclude che il legislatore possa inserire nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi "esterni" al precetto penale aventi il carattere della "normatività" – i cosiddetti elementi normativi del fatto – postulando, quindi, una integrazione "eteronoma" della norma incriminatrice», e si è ribadito come unico limite a tale integrazione eteronoma del precetto penale quello che, sul fronte del rapporto con le fonti subordinate, esige che sia la legge a dare «una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena» (sentenza n. 21 del 2009).

Solo in un caso isolato, del resto, la Corte ha dichiarato **l'illegittimità di**

¹⁰Ma a conclusioni analoghe, sul punto, erano già giunte – *inter alia* – le sentenze n. 36 del 1964 e n. 9 del 1972; analogamente la sentenza n. 13 del 1992; negli stessi termini, in materia di disciplina penale dell'igiene degli alimenti si veda pure – con peculiare riferimento all'elenco degli additivi chimici vietati – le sentenze n. 96 del 1964 e n. 61 del 1969, ritenendo l'integrazione contenuta entro «(...) i limiti sostanzialmente tecnici segnati da quei principi cui è ispirata nel suo complesso la legge sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (...)».

una fattispecie per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. a motivo del rinvio contemplato dalla legge (penale) a fonte secondaria, concernente una fattispecie in cui veniva **demandata al regolamento** l'individuazione dei **soggetti attivi del reato**: si tratta della sentenza n. 282 del 1990, con cui è stata dichiarata l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, della l. 7 dicembre 1984, n. 818, in base a cui i soggetti obbligati a richiedere il rilascio o il rinnovo del certificato prevenzione incendi, nonché il rilascio del nulla-osta provvisorio, erano individuati mediante totale rinvio ad un decreto ministeriale (decreto peraltro preesistente alla data di entrata in vigore della legge che vi rinviava, ma con potere dell'amministrazione di revocarlo, sostituirlo o modificarlo).

Più in particolare, la Corte – assunto che la norma «(...) rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma» – ha ritenuto nel caso di specie demandata all'amministrazione «la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, contraddicendo l'esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto» (sentenza n. 282 del 1990, che peraltro ha rilevato anche difetti in punto di determinatezza della fattispecie).

Nella sentenza in discorso, peraltro, parte della dottrina ha ritenuto di non rinvenire alcuna frattura rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, ampiamente richiamata in motivazione; altra parte della dottrina, al contrario, ha ritenuto di potervi rintracciare una distinzione tra fattispecie integrate da fonti secondarie, aventi portata generale, in chiave di mera specificazione tecnica, e fattispecie consistenti nell'inosservanza di provvedimenti amministrativi, per le quali, viceversa, il criterio di verifica della legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., sarebbe quello della sufficiente specificazione. Tale ultima ricostruzione è, a sua volta, messa in dubbio da altra parte della dottrina, che, pur ritenendo rintracciabile una differenziazione nella giurisprudenza costituzionale, reputa che essa corra piuttosto lungo uno spartiacque diverso, rappresentato dalla appartenenza della norma penale di riferimento alla categoria delle norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto o, piuttosto, alla categoria delle norme penali che puniscono l'inosservanza tanto di regolamenti (o atti amministrativi generali) dell'Esecutivo quanto di provvedimenti amministrativi. A tale ultima distinzione corrisponderebbero due schemi di giudizio diversi, che vedrebbero la Corte, nel primo caso, incentrare il proprio giudizio sul contenuto della legge penale, per verificare che essa indichi in modo sufficientemente preciso il contenuto dell'illecito ovvero che essa richieda un apporto della fonte integratrice meramente tecnico; nel secondo caso, spostare il giudizio della norma penale sulla legge che deve conferire la base legale sufficientemente specifica al regolamento o provvedimento la cui inosservanza è punita.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale (e probabilmente anche nella stessa sentenza n. 282 del 1990) non sembrerebbe propriamente rinvenibile una diversità di criteri alla luce dei quali la Corte verifica il rispetto o meno dell'art. 25, comma 2, Cost. da parte della previsione legislativa censurata. Il criterio parrebbe piuttosto unico, quello ovverosia – ed in ogni caso – della **sufficiente specificazione**: alla stregua di esso il caso dell'integrazione in chiave meramente tecnica del precetto ad opera di fonte subordinata rappresenterebbe un'esemplificazione del criterio piuttosto che un criterio esso stesso.

Significativa, in tal senso, appare proprio la già citata sentenza n. 333 del 1991, sugli elenchi ministeriali delle sostanze stupefacenti oggetto del divieto penale, in cui la Corte pone l'accento sulla predeterminazione del contenuto essenziale del precetto penale da parte della fonte legislativa, con ampio richiamo di precedenti concernenti tanto analoga ipotesi di integrazione del precetto ad opera di regolamenti/atti amministrativi generali quanto l'ipotesi di inosservanza di provvedimenti della p.a.

7.6.2. *(segue) Le fattispecie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco)*

Oltre ai casi di norme penali che, direttamente o per il tramite di un elemento normativo, rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto, in base a analoga impostazione è stata ritenuta esente da censure di ordine costituzionale anche la tipologia delle fattispecie volte a sanzionare l'inosservanza di provvedimenti della pubblica autorità (secondo il c.d. “modello ingiunzionale”), normalmente ricondotte alla più generica categoria delle cc.dd. **“norme penali in bianco”**: categoria di cui peraltro la prevalente dottrina ritiene paradigma emblematico l'art. 650 c.p., “Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità”.

La contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. sanziona, con l'arresto fino a tre mesi e con l'ammenda, la condotta di «chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene»: lasciando dunque “in bianco” la concreta definizione del precetto, “delegata” al provvedimento dell'autorità amministrativa cui la norma espressamente rinvia.

Le disposizioni riconducibili al paradigma della “norma penale in bianco”, sono, tradizionalmente, problematizzate sia sotto il profilo della tensione con la riserva di legge – rimettendo ad un provvedimento subordinato la definizione di un segmento essenziale, se non del vero e proprio nucleo costitutivo, del precetto –, sia sotto il profilo della tassatività/determinatezza, visto che il precetto, senza l'integrazione del provvedimento a cui rinvia, non è in grado di chiarire il “senso del divieto”, limitandosi a punire la “disobbedienza come tale”: con conseguenti problemi di comprensibilità ed intellegibilità del comando da parte dei destinatari.

Dopo una prima fase in cui i vari profili di illegittimità volta a volta lamentati sono stati rigettati – in modo ben poco convincente – alla luce degli originali costrutti teorici cui la giurisprudenza si riferiva – affermando, apoditticamente, la legittimità di ogni norma che chiamasse il cittadino ad un dovere di collaborazione e di obbedienza¹¹ –, un orientamento costante ha ritenuto il modello in esame di per sé non contrastante con il principio di cui all’art. 25, comma 2, Cost., ove rispettoso del limite della “**sufficiente specificazione**” **ad opera di fonte legislativa**.

Così, la sentenza n. 168 del 1971, in merito ad una impugnativa direttamente concernente l’art. 650 c.p. ha dichiarato infondata la questione rilevando che «Nel caso dell’art. 650 c.p. la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall’autorità competente per ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene. Spetta al giudice indagare, di volta in volta, se il provvedimento sia stato emesso nell’esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini “con sufficiente specificazione” le condizioni e l’ambito di applicazione del provvedimento» (nello stesso senso, anche l’ordinanza n. 11 del 1977; con riferimento all’art. 665 c.p., “Agenzie di affari ed esercizi pubblici non autorizzati o vietati” – disposizione ritenuta «uno speciale modo d’essere di quella contenuta nell’art. 650 del codice penale» ed ora abrogata –, si veda, con cadenze analoghe, la sentenza n. 21 del 1973).

Il criterio della “**sufficiente specificazione legale**” del precetto, d’altronde, è lo stesso a cui la Corte si richiama per vagliare, più in generale, la compatibilità costituzionale delle cc.dd. “**norme penali in bianco**”, categoria in cui si ricomprendono quelle disposizioni in cui **il contenuto del precetto è individuato da una norma diversa da quella che statuisce la pena**: pur evitando di prendere posizione sulla sottesa questione dogmatica, la Corte ritiene non contrastante questa tipologia strutturale ove sia comunque la legge, e non la fonte subordinata richiamata, a specificare il contenuto del divieto in tutte le sue componenti essenziali (ossia nei relativi presupposti, caratteri e limiti: si veda la sentenza n. 58 del 1975), spesso escludendo che il rinvio a diversa fonte in chiave di ulteriore specificazione valga di per sé a privare di autonomia precettiva la norma (così, ad esempio, in relazione all’art. 348 c.p., la sentenza n. 199 del 1993).

¹¹ Si veda la sentenza n. 52 del 1967, sull’art. 15, comma 1, t.u.l.p.s., approvato con r.d. n. 773 del 1931, ove la Corte affermò che la norma impugnata «(...) si limita a sanzionare la disobbedienza a un ordine legittimo dell’autorità, come in altri numerosi casi previsti dall’ordinamento vigente, e, in via generale, dall’art. 650 c.p.», precisando che «alla base della legittimità della norma impugnata c’è infatti il dovere del cittadino di collaborare con l’autorità di polizia per la prevenzione e la repressione dei reati, per la sicurezza e la pubblica tranquillità (...)».

Del resto, la irrilevanza della validità o meno della definizione come “norme penali in bianco” emerge con chiarezza nella sentenza n. 186 del 1982, nella quale, con riferimento ad una norma della legislazione in materia di armi (art. 2, comma 3, della l. n. 110 del 1975), si afferma che «tuttavia, quand’anche il precitato comma venisse considerato norma in bianco, non per questo dovrebbe ritenersi violativo dell’art. 25 Cost., adempiute le condizioni innanzi indicate», aggiungendosi come «In dottrina si ritiene quasi unanimemente che la norma in bianco non violi, di per sé, il principio di riserva di legge» [per una più recente applicazione, con riferimento all’art. 262 c.p., “Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione”, si veda anche la sentenza n. 295 del 2002, dove la Corte ha ritenuto possibile una lettura del quadro normativo idonea «a sottrarre la disposizione impugnata al sospetto di violazione del principio di tassatività della fattispecie di reato, nonché del principio di legalità in materia penale sotto il profilo della riserva di legge», posto che, con riguardo a quest’ultimo profilo, «risulta (...) rinvenibile nella legge una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell’atto di natura amministrativa che impone il divieto assistito da sanzione penale, tale da permettere un efficace controllo incidentale di legittimità dell’atto medesimo»].

7.7. *Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive in malam partem*

La garanzia della riserva di legge opera non solo sul fronte dei possibili margini di intervento concessi a fonti normative diverse dalla legge del Parlamento (come appunto la normativa UE, la legge regionale, i provvedimenti amministrativi, etc.) ma anche sul versante dei poteri di intervento di quel “legislatore negativo” che è la Corte costituzionale: poteri che spesso – come è stato detto – sfociano in una vera e propria attività “paralegislativa”, specie quando la Corte interviene con sentenze manipolative o additive, che astrattamente possono – come tali – avere anche l’effetto di modificare il perimetro di una norma penale in senso estensivo e/o con effetti *in malam partem*, ossia con ricadute pregiudizievoli per i destinatari della norma.

Ad un tale esito ampliativo osta fermamente, appunto, il principio del *nulum crimen sine lege parlamentaria*.

Infatti, ed in particolare, per giurisprudenza costante, il comma 2 dell’art. 25 Cost. «nell’affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, **esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l’effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti**» (sentenza n. 161 del 2004).

E su queste basi la Corte ha costantemente concluso non già per l’infondatezza nel merito, bensì per la stessa **inammissibilità** delle questioni che

comportavano la richiesta «di un intervento additivo che si risolva in un aggravamento della posizione sostanziale dell'imputato» (ordinanza n. 175 del 2001).

A mero titolo esemplificativo si possono citare, tra le molte, la sentenza n. 411 del 1995, secondo la quale non rientra fra i poteri spettanti alla Corte introdurre nell'ordinamento una nuova norma diretta ad assoggettare a sanzione penale l'uccisione immotivata di un animale da parte del proprietario, richiesta dal rimettente per ovviare all'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla condotta di chi compie sevizie e maltrattamenti nei confronti dell'animale, sanzionata penalmente; la ordinanza n. 580 del 2000, che ha escluso la possibilità di estendere interpretativamente la portata dell'art. 203 della legge fallimentare a condotte incidenti sul patrimonio personale del socio, non comprese nell'incriminazione; o, ancora, l'ordinanza n. 175 del 2001, per la quale la questione, volta ad ottenere la reintroduzione della fattispecie di oltraggio, espressamente abrogata, «manifestamente eccede i compiti di questa Corte, poiché la qualificazione delle condotte ai fini della repressione penale è espressione di una scelta discrezionale riservata al legislatore».

Questo limite di intervento condiziona anche le decisioni volte a ripristinare la ragionevolezza della norma, condizionata dalla presenza di un riferimento discriminatorio (sul punto, più diffusamente): così, nella sentenza n. 508 del 2000, la Corte – nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p. in tema di **vilipendio della religione di Stato**, in quanto viola i principi fondamentali di eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, si sottolinea che, «sebbene il ripristino dell'eguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati», questa seconda soluzione non è percorribile, poiché ad essa osta «la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene» (tuttavia, nella sentenza n. 440 del 1995, con riferimento al **reato di bestemmia** previsto all'art. 724 c.p., si era adottata la diversa soluzione volta ad abolire il riferimento discriminatorio alla sola “religione dello Stato”, estendendo di fatto la portata incriminatrice della norma).

Non sono, dunque, ammissibili interventi della Corte che, incidendo su taluni elementi del “tipo legale”, abbiano l'effetto di estendere l'incriminazione, alterando le linee di politica criminale seguite dal legislatore: e ciò può accadere sia quando la rimozione del vizio di costituzionalità implica l'eliminazione di un requisito di fattispecie che descrive il comportamento tipico, sia quando implica l'eliminazione di un ulteriore elemento che condiziona la punibilità (come la presenza di determinate **soglie quantitative di rilevanza** al di sotto delle quali il fatto non rileva penalmente, come nei reati tributari) o la procedibilità del reato, come ad esempio la **querela di parte**, che è appunto una condizione di procedibilità che il legislatore può introdurre condizionando appunto la procedibilità di taluni reati, alla luce di specifiche ragioni di opportunità, volte alla deflazione processuale (come nel furto: art. 624, comma 3,

c.p.) o ad una particolare necessità di tutela della vittima (come nella violenza sessuale: art. 609 *septies* c.p.).

Così, nella sentenza n. 161 del 2004 concernente le (previgenti) fattispecie di false comunicazioni sociali (il c.d. “falso in bilancio”: artt. 2621-2622 c.c., poi modificate con l. n. 69 del 2015), la Corte ha escluso di poter adottare una pronuncia che – intervenendo sul regime di procedibilità a querela previsto per una delle ipotesi di mendacio societario, ovvero sulle soglie di rilevanza percentuale che condizionano la punibilità, – avrebbe comportato l’estensione dell’ambito applicativo delle norme penali, confermando il principio in base al quale tale scelta «resta comunque [...] sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, comma 2, Cost., al legislatore, sovrapporre ad essa [...] una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l’area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice» (analogamente, con riferimento a riequilibri in *malam partem* proposti in materia penale tributaria, sentenza n. 49 del 2002).

Analogamente, l’ordinanza n. 164 del 2007, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, della l. n. 251 del 2005, nella parte in cui, sostituendo l’art. 99 c.p., ha limitato la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendo così che gli aumenti di pena per essa previsti possano applicarsi a chi commetta una contravvenzione, ha ribadito l’impossibilità di un intervento che si tradurrebbe in una pronuncia additiva in *malam partem*, comportando l’estensione dell’ambito applicativo di un istituto, la **recidiva**, che implica una serie di effetti negativi per il reo, posto che la riserva di legge «demandando in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedisce alla Corte [...] anche di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità».

L’inammissibilità di pronunce creative od ampliative di fattispecie penali è stata riaffermata costantemente, ribadendo che la stessa preclusione vige anche con riferimento agli interventi volti ad incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità (ordinanze n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009).

In questa cornice, una questione portata a più riprese all’attenzione della Corte ha interessato la **speciale causa di non punibilità** prevista dall’**art. 649 c.p.** per taluni **delitti contro il patrimonio**, che – al fine di tutela l’integrità dei rapporti di famiglia, che sarebbe irreparabilmente compromessa dall’apertura di un procedimento penale tra “familiari” – rende appunto “non punibile” taluni reati (di furto, appropriazione indebita, truffa, etc.) se commessi in danno di “parenti” e “affini” (il coniuge non legalmente separato o la parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso; l’ascendente o il discendente o un affine in linea retta, ovvero l’adottante o l’adottato; il fratello o la sorella convivente).

Tale disposizione, che aveva forse una sua ragion d'essere nella temperie culturale del codice del 1930, è stata in più occasioni sospettata di irragionevolezza (art. 3 Cost.), e tacciata anche di anacronismo – considerata l'evoluzione dei rapporti di famiglia – e da più parti sono state indirizzate alla Corte costituzionale questioni volte a censurarne, in tutto o in parte, la legittimità.

Ma la Corte ha sempre escluso di poter intervenire, posto che l'accoglimento delle questioni prospettate – volte a limitare il raggio di azione della causa di non punibilità – avrebbe avuto, simmetricamente, effetti ampliativi dell'ambito di punibilità, con un esito precluso – come si è visto – ai poteri di intervento della Corte.

Così, la Corte ha giudicato manifestamente inammissibile, una questione volta a censurare l'irragionevolezza della disposizione di cui all'art. 649, comma 3, c.p. nella parte in cui non ricomprende tra i reati per i quali è esclusa l'operatività di tale speciale causa di non punibilità (e segnatamente i delitti di rapina, estorsione, sequestro a scopo di estorsione “ed ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone”) anche il delitto di usura *ex* art. 644 c.p. (ordinanza n. 285 del 2012).

Più di recente, una più generale censura di legittimità è stata nuovamente indirizzata alla Corte, con riferimento all'art. 649, comma 1, c.p., ritendo il giudice *a quo* irragionevole l'esclusione della punibilità del coniuge per fatti di truffa commessi ai danni della moglie (all'epoca convivente e non legalmente separata): ma la Consulta, pur rilevando l'evidente anacronismo della norma e la “forte opportunità di un intervento legislativo di riforma”, ha ritenuto di non poter accogliere la questione, richiamandosi “al dovere di rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale” (sentenza n. 223 del 2015).

7.7.1. *Il sindacato sui vizi procedurali della legge e degli atti aventi forza di legge (artt. 76 e 77 Cost.) e la non ostatività del divieto di pronunce in malam partem*

Ferma la sua perentorietà nei termini appena precisati, il divieto di pronunce *in malam partem* tuttavia, non risulta ostativo ad un intervento della Corte ove oggetto di censura sia un **vizio procedurale nella formazione della legge**, sul presupposto che ad essere salvaguardata, in tali casi, sia in fondo l'istanza garantista sottesa al principio di riserva di legge.

Questa ipotesi, dunque, rappresenta una **chiara eccezione** – non certo immotivata – ai tradizionali limiti che ostano ad un intervento della Corte con effetti *in malam partem*.

La Corte ha avuto modo di diffondersi in significative affermazioni, al riguardo, nella già citata sentenza n. 5 del 2014 (sulla abrogazione del “Divieto di associazioni di carattere militare” e sulle cc.dd. “camicie verdi”), che ha ac-

colto la questione prospettata rilevando un difetto di delega e la conseguente violazione dell'art. 76 Cost. (cfr. *retro*, cap. II, § 7.3.1).

Come già accennato, nella pronuncia, i giudici hanno puntualizzato che il principio di riserva di legge «[...] rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. La verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, comma 2, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare **zone franche dell'ordinamento**, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione».

Di qui alcune ulteriori, importanti precisazioni, specie con riferimento alle possibili ricadute peggiorative della pronuncia ed ai poteri del giudice: per superare il paradosso ed evitare al tempo stesso eventuali effetti impropri di una pronuncia *in malam partem*, «occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali» (sentenza n. 28 del 2010). È da aggiungere che, secondo il consolidato orientamento della Corte, «le questioni incidentali di legittimità sono ammissibili quando la norma impugnata è applicabile nel processo d'origine e, quindi, la decisione della Corte è idonea a determinare effetti nel processo stesso; mentre è totalmente ininfluenza sull'ammissibilità della questione il "senso" degli ipotetici effetti che potrebbero derivare per le parti in causa da una pronuncia sulla costituzionalità della legge» (sentenza n. 98 del 1997)» (sentenza n. 294 del 2011). Compete, dunque, ai giudici rimettenti valutare le conseguenze applicative che potranno derivare da una eventuale pronuncia di accoglimento, mentre deve escludersi che vi siano ostacoli all'ammissibilità delle proposte questioni di legittimità costituzionale (sentenza 5 del 2014).

Non diverse, nella sostanza, le argomentazioni che sono state poste a base di altre decisioni: tra queste, in particolare, la già citata sentenza n. 32 del 2014, ove – nel dichiarare illegittima la disposizione impugnata per violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. per difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto-legge e quelle impuginate, introdotte nella legge di conversione (*retro*, cap. II, § 7.3) – si è confermato che «gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo re-

stando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di «configurare nuove norme penali» [...], siano esse incriminatrici o sanzionatorie» (ipotesi insussistente nel caso concreto); e dove i giudici hanno altresì ribadito che «quanto agli effetti sui singoli imputati, è compito del giudice comune, quale interprete delle leggi, impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della loro posizione giuridica, tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penale nel tempo *ex art. 2 cod. pen.*, che implica l'applicazione della norma più favorevole al reo».

7.7.2. *Il sindacato sulle cc.dd. "norme penali di favore"*

Ancora, il limite posto dal divieto di pronunce con effetti *in malam partem* registra una ulteriore, singolare eccezione nell'ipotesi in cui oggetto di sindacato siano cc.dd. "**norme penali di favore**", ossia «le norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni» (nella definizione generale offerta dalla sentenza n. 394 del 2006).

Questa peculiare tipologia di norme – irragionevolmente discriminatorie *in melius*, giacché sottrarrebbero all'operatività del divieto penale talune categorie di soggetti o di condotte, così introducendo un immotivato "privilegio" – **possono essere dunque censurate dalla Corte**, per contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost., con l'effetto di fare rivivere, dunque, l'eventuale disciplina più generale, applicabile nel giudizio a quo ancorché più sfavorevole.

A questo risultato, che dunque ammette il sindacato della Corte costituzionale sulle cc.dd. norme di favore, si è peraltro giunti all'esito di un lungo e travagliato percorso.

Infatti, secondo un orientamento prevalente in passato (espresso, ad esempio, nelle sentenze n. 91 del 1979, n. 122 del 1977, n. 85 del 1976 e n. 25 del 1975), la Corte considerava l'impugnativa di tali norme **inammissibile, per difetto di rilevanza**, considerato che, in base al disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., e dell'art. 2 c.p., il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare alla fattispecie concreta la disposizione impugnata, pena la violazione del principio di irretroattività delle norme incriminatrici (che sarebbe conseguita all'applicazione della disposizione più sfavorevole previgente che riprende vigore in seguito alla declaratoria di illegittimità della norma di favore).

L'indirizzo iniziale ha subito un chiaro mutamento con la sentenza n. 148 del 1983, dove la Corte – pur ribadito che «nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale la norma penale abbia escluso l'antigiuridicità, potrebbe venir condannato [...] per il solo effetto di una sentenza [...] che dichiarasse illegittima la norma stessa» – ha ammesso la possibilità di poter sindacare tali peculiari norme penali, a fronte dell'ineludibile esigenza di **evitare**

la creazione di «zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile».

Nella nota pronuncia, del resto, si è altresì puntualizzato che non è esatto affermare la irrilevanza nel giudizio *a quo* di una decisione avente ad oggetto norme di favore, sia perché «l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze», sia perché la decisione della Corte «non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi*» (senza contare che il vaglio sulla norma di favore potrebbe comunque condurre alla possibilità di una “sentenza interpretativa di rigetto” o di “una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione”).

Sulla traccia aperta dalla sentenza n. 148 del 1983, e seguita già da altre decisioni (sentenze nn. 167 e 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988), anche in rapporto a questioni di costituzionalità dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (sentenza n. 25 del 1994; e si vedano, altresì, le ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1988), la possibilità di sindacare le norme di favore è stata riaffermata in linea generale dalla importante sentenza n. 394 del 2006, che ha dichiarato l'illegittimità di talune norme penali in materia di falsità elettorali (l'art. 1, della l. n. 61 del 2004, nella parte in cui ha sostituito il comma 3 dell'art. 90 del d.P.R. n. 570 del 1969, e il comma 3 dell'art. 100, del d.P.R. n. 361 del 1957), che avevano introdotto una disciplina penale speciale, e significativamente attenuata rispetto alle comuni fattispecie codicistiche in materia di falsità documentali (previste dai Capi III e IV del Titolo II del Libro II del codice penale), nell'ipotesi in cui la falsità avesse ad oggetto “l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati” ovvero consistesse nella falsa formazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

Nella decisione, si è anzitutto ribadito che il peculiare sindacato sulle norme penali di favore, nonostante gli effetti *in malam partem* che ne conseguono, non appare in contrasto con il principio di riserva di legge: infatti «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo: e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico attraverso cui tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: **l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove**

norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; **esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria**. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale e meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva» (sentenza n. 394 del 2006).

Quanto alla **nozione di norme penali di favore**, la sentenza n. 394 del 2006 ha avuto inoltre modo di puntualizzare che sono tali quelle disposizioni che «“sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», che sia compresente nell'ordinamento, «rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva». Più in particolare – anche sulla base dell'orientamento precedente – la Corte ha ribadito come «occorra distinguere fra le previsioni che “delimitano” l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», precisando che «solo a queste ultime si ataglia in effetti – ove l'anzidetta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato – la qualificazione di norme penali di favore [...]» (mentre le prime sarebbero espressive di «una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno di pena”, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale», e come tale insindacabile dalla Corte: così, infatti, la sentenza n. 161 del 2004, con riferimento alle strategie – giudicate appunto “delimitative” – affermate con la riforma delle fattispecie di false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622 c.c.).

Per quanto concerne, infine, i profili di ordine processuale, la Corte non ritiene ostativi all'accoglimento della impugnativa concernente norme di favore né il principio di irretroattività né il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

In merito al primo, che verrebbe in rilievo ove il fatto oggetto di giudizio sia stato commesso “sotto l'impero della norma di favore”, la Corte osserva che – «ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva reato meno grave» – anche in tali casi le pronunce in esame «potrebbero comunque influire sull'esercizio della funzione giurisdizi-

zionale», sotto un triplice profilo (peraltro già tratteggiato, come si è visto, nella sentenza n. 148 del 1983): in primo luogo, potendo incidere sulle formule di proscioglimento, o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali (i quali dovrebbero impernarsi sul comma 1 dell'art. 2 c.p. anziché sulla disposizione annullata); in secondo luogo, «perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema, e lo stabilire in qual modo il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è problema che i singoli giudici debbono affrontare caso per caso»; in terzo luogo e da ultimo, «perché non può escludersi che il giudizio della Corte sulla norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fonda l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni suscettibili di influire sull'esito del giudizio pendente» (sentenza n. 394 del 2006).

Quanto poi ai fatti commessi nella vigenza della originaria fattispecie più grave, alla riespansione di quest'ultima, conseguente alla declaratoria di illegittimità della norma di favore, non pone ostacolo neppure il principio dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole, il quale – trovando fondamento e limiti nel principio di eguaglianza – da un lato «è suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli», dall'altro «è destinato a trovare applicazione in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», come appunto è da escludersi nel caso delle norme in esame (sentenza n. 394 del 2006).

7.8. Riserva di legge e “diritto giurisprudenziale”

Benché la questione abbia una valenza sistematica ben più complessa e trasversale, nel “capitolo” della riserva di legge può essere anche ed anzitutto analizzata la posizione della Corte costituzionale in relazione al ruolo rivestito dalla “fonte” giurisprudenziale: fonte che – come è noto – negli orientamenti delle Corti europee, e segnatamente nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, in più occasioni è stata equiparata alla fonte legislativa, specie per estendere al “diritto detto dai giudici” talune garanzie discendenti dall'art. 7 CEDU (*Nessuna pena senza legge*) [retro, cap. I, § 4].

Proprio muovendo da questa equiparazione è stata recentemente indirizzata alla Corte una questione di legittimità concernente l'art. 673 c.p.p. (“*Revoca della sentenza per abolizione del reato*”), nella parte in cui non include, appunto tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, anche il “**mutamento giurisprudenziale**”, determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato.

Nel caso concreto, una decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – operando appunto un “mutamento giurisprudenziale” rispetto ad un precedente indirizzo – aveva optato per escludere la configurabilità della contravvenzione di omessa esibizione dei documenti di identificazione e di soggiorno (art. 6, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, c.d. Testo unico sull’immigrazione), ritenendo che il precetto penale – a seguito della modifica legislativa operata dalla l. n. 94 del 2009 – non fosse più applicabile agli stranieri *irregolari* (quali il soggetto protagonista nel procedimento a quo, uno straniero irregolare di origini malesi), ma solo agli stranieri *regolarmente soggiornanti*.

Per questo, il giudice *a quo* – quale giudice dell’esecuzione – aveva ritenuto doveroso prendere atto del “*novum ius* giurisprudenziale” per revocare la sentenza di condanna precedentemente irrogata, secondo quanto previsto dall’art. 673 c.p.p.: tale istituto, però, ammette la revoca della condanna nel caso in cui sia intervenuta l’abolizione del reato – ossia la sua formale abrogazione per via legislativa, o *abolitio criminis*, che come tale esplica effetti retroattivi *in bonam partem* – ma non contempla l’ipotesi in cui non sia una legge, bensì una diversa interpretazione giurisprudenziale, ad aver ritenuto non più configurabile il reato.

Di qui le censure di legittimità lamentate dal giudice torinese, e sottoposte alla Corte, volte appunto a sollecitare una sentenza di accoglimento a carattere additivo che estendesse l’istituto della revoca previsto dall’art. 673 c.p.p. anche ai casi (non di *abolitio criminis*, bensì) di mutamento giurisprudenziale favorevole, sancito da una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, che avesse appunto ritenuto il fatto non (più) previsto dalla legge come reato.

La norma censurata, ad avviso del giudice rimettente, avrebbe comportato – appunto ed *inter alia* – una violazione dell’art. 7 CEDU (e per quella via dell’art. 117, comma 1, Cost., secondo la nota teoria della “norma interposta” fatta propria dalla Corte a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007), posto che tale disposizione convenzionale – secondo l’interpretazione datane dalla Corte EDU – da un lato sancisce implicitamente anche il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli, e, dall’altro, ingloba appunto nel concetto di “legalità” in materia penale non solo il diritto di produzione legislativa, ma anche quello di derivazione giurisprudenziale.

La Corte, tuttavia, ha giudicato infondata la questione con una argomentazione articolata e perentoria (sentenza n. 230 del 2012).

Anzitutto, si è rilevato come la Corte EDU non abbia «mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza», ricordandosi altresì come il principio stesso – diversamente dal principio di irretroattività – sia stato sempre considerato compatibile con deroghe ragionevoli; e così giungendo alla conclusione – sul punto – «che l’ipotetica “norma convenzionale interposta”, chiamata a fungere da parametro di verifica della legittimità della disposizione denunciata, risulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea» (sentenza n. 230 del 2012).

Ma per quanto maggiormente interessa, si è soprattutto puntualizzato come la richiesta pronuncia additiva – oltre a comportare **«una vera e propria sovversione “di sistema”**, venendo a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni Unite e i giudici dell’esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio (...) con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, **stante l’estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell’ordinamento**» – fosse basata, appunto, su una premessa chiara quanto inaccettabile, ossia che «la *consecutio* tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione legislativa»: sennonché, come si è già evidenziato, secondo la Corte «[a]d opporsi ad una simile equazione – secondo la Corte – non è, peraltro, solo la considerazione [...] attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite», giacché «[v]i si oppone anche, e prima ancora – **in uno alla più volte evocata riserva di legge in materia penale**, di cui allo stesso art. 25, comma 2, Cost. – **il principio della separazione dei poteri**, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, comma 2, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge» (sentenza n. 230 del 2012).

«Né la conclusione perde di validità – aggiunge ancora la Corte – per il solo fatto che la nuova decisione dell’organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una *abolitio criminis*. **Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione** – totale o parziale – **non può, infatti, dipendere**, nel disegno costituzionale, **da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore** (*eius est abrogare cuius est condere*)» (sentenza n. 230 del 2012).

Anche in relazione ad ulteriori censure prospettate dal rimettente (con riferimento agli artt. 13 e 27, comma 3, Cost.), del resto, la Corte ribadisce l’errore della premessa concettuale su cui poggiano, «ossia la pretesa che la *consecutio* tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo)»: dove “siffatta erronea esegesi” – si afferma conclusivamente – «comporterebbe **la consegna al giudice, organo designato all’esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell’ordinamento costituzionale**» (sentenza n. 230 del 2012).

