
PRESENTAZIONE DELLA IV EDIZIONE

Le coordinate ermeneutiche di diritto penale giungono alla quarta edizione.

È un traguardo che da un lato ci lusinga, dall'altro ci responsabilizza, essendo forte la consapevolezza di non dover deludere le attese di chi individua in questo testo un supporto per uno studio del diritto penale che non si limiti all'analisi della norma giuridica di riferimento, ma si sforzi di offrire una prospettiva più ampia sulle spinte e sulle contraddizioni che agitano l'evoluzione di una materia così affascinante e delicata.

Non abbiamo la pretesa di risolvere tutti i dubbi sollevati dalla disciplina di ogni singolo istituto, ma piuttosto l'ambizione di offrire un approccio critico alla materia che, non trascurando mai l'origine storica dei fenomeni giuridici, si confronti con le molteplici sfumature che si nascondono dietro un precetto normativo, considerato non come una monade, ma come parte di un sistema più ampio, nella consapevolezza del difficile equilibrio tra garanzia individuale e tutela della collettività che contraddistingue da sempre il diritto penale.

Fedele alla sua impostazione originaria, il testo ripropone dunque i richiami storici al diritto romano, per i quali non sarà mai ringraziato a sufficienza il Professor Cosimo Cascione, e al contempo rimane aggiornato alla recente evoluzione normativa e giurisprudenziale, peraltro con l'aggiunta di un nuovo capitolo, dedicato al tema sempre più attuale della rilevanza dei rapporti familiari nel diritto penale.

Un ringraziamento speciale per questa quarta edizione va rivolto inoltre al dottor Federico Noschese, giovanissimo magistrato da poco in servizio presso il Tribunale di Nocera Inferiore, il quale ha fornito un prezioso contributo nel coordinare, con rigore e competenza, il lavoro di altri giovani colleghi e validi studiosi della materia, una "*cupida legum iuventus*", il cui fervido entusiasmo, non disgiunto da una solida preparazione, rappresenta un insostituibile valore aggiunto, oltre che un incoraggiante motivo di speranza per l'avvenire.

Napoli, settembre 2018

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA III EDIZIONE

Il progetto di un testo in grado di coniugare la struttura tradizionale del diritto penale con le imprescindibili esigenze di un costante aggiornamento si rinnova anche quest'anno con la terza edizione delle "Coordinate ermeneutiche di diritto penale".

L'opera si pone sulla scia del cammino intrapreso con la prima edizione del 2014, e proseguito con l'aggiornamento del 2015 e la seconda edizione del 2016, iniziative il cui positivo riscontro ci rafforza nel proposito di rendere il testo chiaro nello stile, completo nei contenuti e capace di suscitare domande, oltre che di provare a fornire qualche risposta.

Nell'ottica di coniugare lo studio degli schemi tradizionali del diritto penale con le ineludibili esigenze di un costante aggiornamento, sono stati aggiunti in questa terza edizione tre nuovi capitoli, uno dedicato ai delitti in tema di terrorismo internazionale, per i quali si impone la necessità di conciliare le istanze di tutela collettiva con il rispetto dei principi di offensività e legalità, un altro in materia di reati-contratto, tema che conferma l'utilità del dialogo del diritto penale con il diritto civile e in generale con gli altri rami dell'ordinamento, e infine un altro avente ad oggetto una prima esegesi della recente legge sul c.d. caporalato, che ha affrontato con strumenti in parte innovativi un antico problema di grave allarme sociale.

Nell'ambito degli originari capitoli, invece, si è tenuto conto delle principali novità registratesi nell'ultimo anno, sia in ambito legislativo, ad esempio con i provvedimenti in tema di depenalizzazione e la legge sull'omicidio stradale, sia in ambito giurisprudenziale, dovendosi richiamare al riguardo, a titolo esemplificativo, i primi interventi della Suprema Corte in tema di autoriciclaggio e di reati ambientali, o ancora il non agevole dialogo tra le Corti in materia di *ne bis in idem*.

Non è mancato neanche in questa occasione il valido contributo di giovani e brillanti giuristi, come pure è rimasto l'efficace apporto del Professore Cosimo Cascione, che ha introdotto molti capitoli con utili riferimenti al diritto romano.

Questa proficua sinergia di conoscenze ed esperienze rappresenta una ben precisa scelta di merito e di metodo, nella convinzione che il costante confronto di idee diverse costituisca una ricchezza preziosa che migliora il proprio bagaglio umano e culturale.

Napoli, marzo 2017

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA II EDIZIONE

Le “Coordinate ermeneutiche di diritto penale” giungono alla seconda edizione.

In questa del 2016, in particolare, non è stata operata soltanto una sintesi critica tra la prima edizione del 2014 e l’aggiornamento del 2015, ma si è rivolto costantemente lo sguardo alle recenti novità legislative e giurisprudenziali che hanno interessato negli ultimi mesi il diritto penale sostanziale.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla riforma dei reati ambientali (l. 22 maggio 2015, n. 68), all’introduzione della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), alla riforma del falso in bilancio (l. 27 maggio 2015, n. 69), o ancora ai numerosi interventi della giurisprudenza: sia di quella costituzionale in tema di recidiva e confisca, sia di quella di legittimità in materia di successione di leggi penali nel tempo o di infortuni sul lavoro, sia ancora della giurisprudenza di merito (da ultimissimo a proposito del c.d. “caso Erri De Luca”), sia infine di quella europea, ad es. in tema di concorso esterno in associazione mafiosa (cd. “sentenza Contrada”) o di prescrizione nei reati tributari (c.d. “sentenza Taricco”).

Pur nella necessità di tener conto del fermento normativo e interpretativo che caratterizza da sempre la materia, non è stata cambiata l’impostazione metodologica iniziale, consistente nell’approfondimento non solo del dato testuale della norma di riferimento, ma anche e soprattutto del rapporto, non sempre armonico, tra il singolo istituto giuridico esaminato e il sistema generale nel suo complesso.

Anche questa volta l’opera è stata impreziosita dagli interessanti e originali riferimenti al diritto romano curati, con il consueto rigore scientifico, dal Professor Cosimo Cascione dell’Università “Federico II” di Napoli.

Un sentito ringraziamento va inoltre ai tanti giovani giuristi che ci hanno affiancato nel lavoro con competenza, serietà e inesauribile entusiasmo.

Infine, *last but not least*, un sincero e duplice grazie: in primo luogo all’Editore, che ha creduto fin da subito nel nostro progetto, e in secondo luogo ai lettori, la cui costante fiducia ci incoraggia ad andare avanti in questa bellissima avventura.

Napoli, febbraio 2016

GLI AUTORI

PRESENTAZIONE DELLA I EDIZIONE

Le “coordinate ermeneutiche di diritto penale” si propongono di offrire una disamina meditata delle più recenti innovazioni normative e giurisprudenziali, nella consapevolezza che lo studio concorsuale e la pratica professionale richiedono un continuo aggiornamento che unisca all'apprendimento della “novità” una solida conoscenza degli istituti fondamentali della materia.

Il diritto penale, da sempre e in modo particolare negli ultimi anni, risente degli echi delle tensioni sociali e del rapido divenire di una realtà nella quale gli avvenimenti si susseguono con una velocità che ogni volta sembra travolgere, in poche ore, le certezze maturate in anni precedenti.

Di qui dunque l'esigenza di una riflessione che aiuti ad orientarsi nell'evoluzione di una disciplina che peraltro, con crescente frequenza, è chiamata a confrontarsi con i nuovi schemi del diritto internazionale, in una dialettica non sempre armonica.

All'iniziativa, nata dalla collaudata sinergia di due amici conosciutisi nelle aule dell'Università Federico II di Napoli, hanno aderito giovani magistrati e docenti universitari, accomunati dal desiderio di approfondire lo studio del diritto penale mediante il confronto costruttivo di idee ed esperienze professionali.

Un ringraziamento speciale, infine, va al Professor Cosimo Cascione, non solo per aver curato i riferimenti al diritto romano, utili per un efficace e originale inquadramento storico dei temi trattati, ma anche per aver messo generosamente a disposizione del progetto la sua preziosa competenza scientifica.

Napoli, gennaio 2014

I CURATORI

PRESENTAZIONE DELL'AGGIORNAMENTO 2015

Confortati dal positivo riscontro delle “Coordinate ermeneutiche di diritto penale”, abbiamo ritenuto necessario un aggiornamento del testo, essendo intervenute nel 2014 e nei primi mesi del 2015 importanti novità sia sul piano normativo (si pensi all'introduzione del reato di autoriciclaggio, alla riformulazione dell'art. 416 *ter* c.p. e alle modifiche in tema di stupefacenti), sia sul versante giurisprudenziale.

A tal proposito, oltre alle pronunce della Consulta in tema di recidiva, vanno ricordate varie sentenze della Suprema Corte, non solo delle Sezioni Unite (da ultimo in tema di furto nei supermercati e da ultimissimo in materia di confisca antimafia), ma anche delle singole Sezioni (si pensi tra gli altri agli interventi in tema di trattamento di dati personali sul web e in materia di linee guida in ambito sanitario).

Nell'illustrare il contenuto delle recenti innovazioni, l'approccio metodologico è rimasto lo stesso: l'analisi della fattispecie concreta, certo, ma anche e soprattutto la verifica del suo rapporto con il sistema normativo nel suo complesso, nel tentativo di ampliare lo sguardo generale e di cogliere pregi e contraddizioni dell'attuale disciplina, la cui profonda evoluzione richiede un approfondimento continuo.

Anche in quest'occasione un prezioso contributo è stato fornito da giovani giuristi accomunati da un costante interesse per la ricerca scientifica e per il confronto di idee: a ciascuno di loro va un sincero ringraziamento per l'impegno profuso.

Napoli, febbraio 2015

GLI AUTORI

Hanno collaborato alla quarta edizione:

Attilio Elio Cicenia, <i>Avvocato</i> :	cap. 19
Ludovica D'Alessio, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 23 e 24
Simone De Martino, <i>Magistrato ordinario</i> :	cap. 15
Pasquale Mandolino, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 21, 22
Federico Noschese, <i>Magistrato ordinario</i> :	capp. 1, 6 e 9
Marianna Zampoli, <i>Magistrato ordinario</i> :	cap. 10

Si ringraziano i seguenti autori che hanno collaborato alla terza edizione:

Antonio Barba, Giuliano Caputo, Gaspare Dalia, Fabio Lauria, Andrea Trappolini.

Si ringraziano i seguenti autori che hanno collaborato alla seconda edizione:

Antonio Barba, Giuliano Caputo, Attilio Elio Cicenia, Gaspare Dalia, Giuseppe Della Monica, Fabio Lauria, Andrea Trappolini.

Si ringraziano i seguenti autori che hanno collaborato alla prima edizione:

Chiara Bardi, Marco Discepolo, Michela Eligiato, Sabrina Fornaro, Giuseppe Orso, Valentina Ricchezza, Manuela Robustella, Valentina Santoro.

Si ringrazia il prof. Cosimo Cascione, che ha collaborato alle premesse di diritto romano inserite nei riquadri che precedono i capitoli in relazione alla prima e alla seconda edizione.

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E FONTI SOVRANAZIONALI

SOMMARIO: 1. Principio di legalità: aspetti introduttivi. – 2. Principio di legalità e nuove frontiere del diritto dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. – 3. Il Trattato di Lisbona: la "comunitarizzazione" della materia penale. – 4. Effetti riflessi della disciplina europea su quella nazionale: la libertà di stabilimento e i reati in tema di concorsi a pronostici (Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767 e Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851). – 5. La prescrizione in materia di reati tributari. La sentenza Taricco (CGUE, 8 settembre 2015) e il suo recepimento da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210). – 5.1. I dubbi di costituzionalità e il dialogo tra le Supreme Corti: il compromesso evita l'attivazione dei controlimiti (Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e Corte di Giustizia dell'U.E. 5 dicembre 2017 Taricco bis). – 6. Principio di legalità e fonti internazionali e sovranazionali. Il potere di disapplicazione del giudice penale con riguardo ai reati in tema di immigrazione clandestina (Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220). – 7. Principio di legalità e potere del giudice penale di disapplicazione dell'atto amministrativo (Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366 e Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 44077). – 8. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale fonte del diritto e la crisi del principio d'intangibilità del giudicato. – 9. Il principio del *ne bis in idem* nel tormentato dialogo tra la giurisprudenza interna e le Corti europee: alla ricerca dell'unicità del fatto e della sanzione. – 9.1. *Ne bis in idem* e reati tributari: la Corte Costituzionale salva ancora il doppio binario sanzionatorio (Corte Cost., sentenza 2 marzo 2018, n. 43). – 10. Principio di legalità convenzionale e misure di prevenzione. – 10.1. La sentenza *De Tommaso c. Italia* (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017) e la crisi del sistema di prevenzione. – 10.2. Le ricadute sul delitto di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159/2011: la genericità delle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi" imposte al sorvegliato speciale (Cass. pen., SS.UU., 5 settembre 2017, n. 40076). – 10.3. Gli ulteriori sviluppi della vicenda (Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2017, n. 49194). La valutazione di stabilità del diritto convenzionale.

Diritto romano. – *ius criminale romano e attualità*. Si reputa solitamente che – a differenza della evidente continuità in tanti ambiti del diritto privato – le significative differenze tra il diritto penale dei Romani e quello odierno, dovute alla distanza cronologica tra i due sistemi e alla connessa evoluzione delle idee (filosofiche e politiche) che fondano i moderni metodi di repressione criminale, non consentano un'utile comparazione. Naturalmente l'affermazione ha i suoi motivi. Palesi quando si pensi anche solo alle discrepanze tra il diritto penale del Codice del 1930 negli anni immediatamente successivi alla conclusione dell'opera legislativa, in pieno regime fascista, e quello contemporaneo. E ciò pur nella formale vigenza di quella legge, invero sempre più scarnificata dalla sua matrice totalitaria (attraverso il lavorio attento di "democratizzazione" portato avanti dalla Corte Costituzionale e anche, ma in misura meno rilevante, dal legislatore). Maggiormente le diversità, ontologiche, risaltano dal raffronto della situazione attuale con le strutture criminali e le prassi punitive dell'*Ancien régime*, tanto più vicino a noi dell'epoca romana antica. Insomma: il tempo, rispetto al quale molti istituti del diritto privato mostrano una significativa forza di resistenza (che ha fatto pensare addirittura all'esistenza di strutture giuridiche *a priori*) scardina più velocemente il diritto penale e lo trasforma fin nella sua essenza, incessantemente. C'è, però, una questione che di solito non si considera abbastanza. La grande tradizione romanistica è incentrata soprattutto su fonti relative al diritto privato. La repressione criminale è, certo, presente nella grande Compilazione giustiniana, ma defilata, soprattutto nei c.d. *libri terribiles* dei *Digesta* e in costituzioni del

Codex spesso di non facile lettura. A un tentativo di misurazione, la sua importanza risulta incomparabile rispetto al *ius privatorum*. Non è – solo – una questione quantitativa. Il problema è che i giuristi romani (che sono i tramiti principali del sapere giuridico antico) si occupavano prevalentemente di questioni relative a rapporti civilistici. La conoscenza approfondita di quello che fu il diritto penale romano, nella sua storicità, è certamente più difficile dal punto di vista della ricerca dei materiali e della loro interpretazione. Questa parte del diritto romano a lungo – si può dire fino ad alcune grandi opere di fine Ottocento (le ricostruzioni di Mommsen in Germania e di Ferrini in Italia costituiscono certamente degli spartiacque) – è stata marginale negli interessi degli studiosi. Oggi, però, si registra un significativo aumento del richiamo di questi temi e forse qualche interessante sorpresa può risultare anche per il giurista dedito al diritto positivo vigente.

1. Principio di legalità: aspetti introduttivi

Il principio di legalità, fondamentale conquista della coscienza giuridica moderna, esprime la necessità che, in uno Stato di diritto, l'esercizio di ogni potere sia vincolato alla legge. In particolare, in materia penale, il principio di legalità svolge una decisiva **funzione di garanzia**, imponendo che siano presidiate dalla legge sia la produzione che l'applicazione delle norme penali; si parla al riguardo di **principio di legalità dei reati e delle pene**¹, per indicare che devono essere previsti dalla legge sia il fatto che costituisce reato, sia la corrispondente sanzione, nella sua natura ed entità².

A livello normativo, il principio di legalità è sancito dall'**art. 25 Cost.**, secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso», mentre, a livello di codificazione europea, la norma principale di riferimento è costituita dall'**art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo**, a norma del quale «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»³.

Per quanto riguarda la normazione primaria, invece, il principio di legalità ha trovato, già nel Codice del 1930, un riconoscimento espresso negli **artt. 1 e 199 c.p.**⁴.

L'orientamento dottrinale ormai prevalente⁵ sottolinea come il principio di legalità

¹ Per un inquadramento sistematico, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2012, p. 47 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 9 ss.; C. FIORE, *Diritto penale I*, Utet, Torino, 1998, p. 60 ss.

² Sebbene un lontano antecedente storico del principio di legalità sia individuato nella *Magna Charta Libertatum* inglese del 1215, il cui art. 39 prevedeva che pene privative della libertà potessero essere inflitte a un uomo libero solo *“per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”*, una formulazione più vicina all'attuale accezione del principio di legalità si deve al pensiero illuministico proteso a limitare gli abusi dello Stato Assoluto. I primi riconoscimenti significativi del principio di legalità sono quindi generalmente ricollegati alla Dichiarazione di Filadelfia del 1774, alle Costituzioni di singoli Stati nordamericani e, a livello europeo, alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. È infine al giurista tedesco Paul Johann Anselm Feuerbach che si deve, agli inizi dell'Ottocento, la formulazione più nota del principio di legalità, espressa dal brocardo *“nullum crimen sine lege”*.

³ Lo stesso art. 7 CEDU, al suo capoverso, stabilisce tuttavia che *“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”*.

⁴ L'art. 1 c.p. recita: *“nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”*, mentre l'art. 199 c.p. stabilisce che *“nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”*. Invero il principio di legalità, a norma dell'art. 1 legge 24 novembre 1981 n. 689, riguarda anche le sanzioni amministrative.

⁵ Inteso in senso formale, il principio di legalità indica la necessità di considerare come reato solo quei

debba essere inteso da un punto di vista non solo formale, ma anche sostanziale, individuando cioè come reato ogni fatto che, oltre ad essere previsto dalla legge come reato, sia anche conforme ai principi costituzionali.

Corollari del principio di legalità, essenziali per tratteggiarne il contenuto, sono la **tassatività** e la **determinatezza** del precetto penale; si tratta invero di elementi distintivi della legalità che vedono come destinatario il legislatore, al quale è imposta una particolare precisione nel descrivere le condotte costituenti reato e le sanzioni per le relative violazioni, al fine di rendere chiaro il contenuto della norma penale (cfr. cap. 2).

Corollari del principio di legalità: tassatività e determinatezza

Strettamente legato ai canoni della tassatività e determinatezza è inoltre il **divieto di analogia in malam partem**⁶; tale divieto, sancito espressamente dall'art. 14 delle preleggi e comunque desumibile dagli artt. 1 e 199 c.p.⁷, trova un fondamento costituzionale proprio nell'art. 25 Cost., ponendosi l'analogia in materia penale in contrasto con il principio di tassatività, perché consentirebbe al giudice di punire oltre i casi rigorosamente previsti dalla legge.

Divieto di analogia in malam partem

Ulteriore e significativa espressione del principio di legalità⁸ è, inoltre, la **riserva di legge in materia penale**, dovendo cioè il precetto penale essere contenuto unicamente in una fonte avente valore di legge.

Riserva di legge

Nel silenzio del legislatore costituzionale, si è discusso in dottrina⁹ circa il carattere di tale riserva di legge, giungendosi alla conclusione della natura assoluta o, quantomeno, tendenzialmente assoluta della stessa: si ritiene, infatti, che nessuna norma di rango subprimario possa contribuire a descrivere il precetto penale, se non per quanto attiene a mere specificazioni tecniche di elementi già individuati dalla fonte primaria¹⁰.

Non collidono con il principio della riserva di legge né la legislazione in materia penale a mezzo di **decreti legge** (purché non vi sia abuso di tale mezzo, concretizzati nella reiterazione di norme dal medesimo contenuto, tali da svilirne la natura provvisoria¹¹), né quella realizzata a mezzo di **decreti legislativi**¹², trattandosi di atti aventi, per previsione costituzionale (artt. 76 e 77), forza di legge.

Discorso diametralmente opposto va, invece, fatto in relazione agli atti regolamentari, sia in ordine alla **legge regionale**, pacificamente inidonea a disciplinare la materia penale in forza di quanto previsto dall'art. 117 II co. lett. l) Cost.¹³.

fatti che siano espressamente considerati dalla legge come tali. Si tratta di un'accezione fortemente tesa alla tutela del *favor libertatis*. La legalità sostanziale, invece, impone di considerare come reato solo i fatti socialmente pericolosi, con ciò determinando un «*adeguamento semiautomatico del diritto penale al divenire della realtà sociale*». Risulta di tutta evidenza come tale accezione non consenta una predeterminazione dei reati e delle pene. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 9 ss.

⁶ L'analogia è il procedimento attraverso il quale vengono risolti i casi non previsti dalla legge, estendendo ad essi la disciplina prevista per i casi simili (*analogia legis*), o, altrimenti, desunta dai principi generali del diritto (*analogia juris*). In termini, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 68.

⁷ Pacificamente ammessa è, invece, l'interpretazione estensiva, consistente nel dare alla norma uno dei suoi possibili significati, senza includere nell'imperatività della stessa un caso non previsto. Cfr. Cass., SS.UU., 10 febbraio 2010, n. 5385, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 3, p. 47 ss.

⁸ Non a caso i riferimenti normativi del suddetto principio sono da individuarsi nelle stesse norme che delineano il principio di legalità: artt. 25 Cost., 7 CEDU, 1 e 199 c.p.

⁹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit.

¹⁰ Si pensi, a mero titolo di esempio, alle tabelle in materia di sostanze stupefacenti.

¹¹ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3147 ss.

¹² La Consulta ha, in particolare, ritenuto pienamente ammissibile la legislazione delegata in materia penale, purché rispetti i requisiti minimi di cui all'art. 76 Cost. (Cfr. Corte Cost., 30 aprile 2003, n. 134).

¹³ Anche prima della riforma costituzionale del titolo V della parte seconda della Costituzione (legge

2. Principio di legalità e nuove frontiere del diritto dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla vigilia dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

L'adesione dell'Italia alla Comunità europea, oltre a comportare una doverosa limitazione della propria sovranità *ex art. 11 Cost.* e la possibilità di adottare norme dotate di efficacia diretta nei singoli Stati membri, ha posto numerosi problemi di compatibilità con i principi regolatori della materia penale¹⁴.

L'assenza di competenza penale dell'Unione Europea

In realtà, l'idea di un'eventuale contrapposizione tra legislatore nazionale e comunitario è stata inizialmente superata alla luce del pacifico difetto di legittimazione del legislatore europeo ad emanare norme volte *a determinare o ad aggravare la responsabilità penale*¹⁵, non potendosi in alcun modo configurare, nell'originario assetto predisposto dal Trattato di Roma, una competenza penale dell'Unione.

La questione si è tuttavia riproposta dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht sull'Unione europea¹⁶ e del successivo Trattato di Amsterdam.

Il primo, *segnando una tappa fondamentale nel passaggio da un'Unione avente fini prevalentemente economici ad una struttura di impianto politico generale*¹⁷, ridisegnava la Comunità europea come un tempio a tre pilastri, collegati tra loro dall'architrave e dalla base. Questi tre pilastri, in particolare, erano l'Unione europea, caratterizzata dal metodo comunitario, la Cooperazione intergovernativa in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC), nonché la Cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni (GAI).

L'istituzione del terzo pilastro ha, quindi, certamente costituito una tappa fondamentale nell'evoluzione del diritto penale della Comunità europea, evoluzione che ha trovato un suo completamento a seguito del Trattato di Amsterdam¹⁸. Questo ultimo, infatti, ha trasformato il GAI nel settore della Cooperazione giudiziaria in materia penale, finalizzando tale pilastro alla tutela degli individui contro il terrorismo, il traffico internazionale di stupefacenti e di armi, la corruzione e la frode.

A seguito del Trattato di Amsterdam, quindi, il terzo pilastro veniva fortemente rinnovato e veniva specificamente finalizzato alla tutela della sicurezza dei cittadini dell'Unione.

Il Trattato in esame, poi, nel modificare l'art. 229 TCE, prevedeva un potere sanzionatorio in capo alla Comunità Europea, attribuendo alla stessa il diritto di prevedere «sanzioni» destinate ad essere irrogate dalla Corte di Lussemburgo¹⁹.

Pur a seguito di tali riforme normative, è stato categoricamente escluso un potere dell'Unione di legiferare in via diretta in materia penale, così intendendo il generico riferimento effettuato dall'art. 229 TCE al potere sanzionatorio, come riferito alle sanzioni di natura esclusivamente amministrativa.

cost. n. 3/2001), si escludeva invero siffatta potestà normativa in capo alle regioni per evidenti ragioni di uguaglianza in relazione a fatti uguali compiuti in diverse regioni del territorio nazionale.

¹⁴ G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 165 ss.

¹⁵ CGCE, 11 giugno 1987, n. 14/86.

¹⁶ Il Trattato di Maastricht è stato firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° novembre 1993.

¹⁷ G. TESAURO, *Diritto sull'Unione Europea*, cit., p. 9.

¹⁸ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999.

¹⁹ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 2 ss.

L'assenza di una specifica competenza penale dell'Unione è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza²⁰, sebbene sia stato attribuito al Consiglio il potere di adottare all'unanimità posizioni comuni volte a definire l'orientamento dell'Unione su specifiche questioni, decisioni quadro di armonizzazione per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, nonché convenzioni internazionali di cui il Consiglio raccomandava l'adozione agli Stati membri²¹. Si precisa, infatti, che tale Trattato attribuisce un potere diretto in materia penale solo nell'ambito del terzo pilastro, caratterizzato dalle garanzie del metodo intergovernativo, ritenuto assolutamente rispettoso del principio di legalità²².

3. Il Trattato di Lisbona: la "comunitarizzazione" della materia penale

Il Trattato di Lisbona ha certamente rivoluzionato il rapporto tra diritto dell'Unione europea e diritto penale, introducendo significative novità idonee a far ritenere ormai consistente e pacifica una competenza dell'organizzazione sovranazionale in ambito penale²³.

La più significativa innovazione, in particolare, è costituita dall'abolizione del sistema dei pilastri introdotto dal Trattato di Maastricht, con ciò determinando la c.d. "comunitarizzazione" della materia penale del terzo pilastro ed assoggettando anche tale settore al metodo comunitario e non più a quello intergovernativo.

A seguito dell'entrata in vigore di tale Trattato, **la materia penale risulta di competenza concorrente**; conseguentemente, alla stessa risulta applicabile il disposto di cui all'art. 2 § 2 TFUE, norma in base alla quale «*gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria*»²⁴.

Di assoluta novità è, poi, la previsione di un'espressa competenza penale indiretta, oggi codificata dall'art. 83 TFUE.

Tale norma, in particolare, al primo paragrafo, attribuisce al Parlamento Europeo ed al Consiglio il potere di emanare mediante direttive, realizzate attraverso la procedura legislativa ordinaria, «*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni*»²⁵.

La competenza penale dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona

²⁰ Tale Trattato è stato firmato il 26 febbraio 2001 ed è entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

²¹ In tale procedura assumeva ruolo di fondamentale rilievo il Parlamento Europeo, poiché lo stesso doveva essere necessariamente consultato prima dell'adozione di tali atti e doveva rilasciare un parere entro un termine non inferiore a tre mesi.

²² Non si può giungere a diverse conclusioni argomentando in base all'art. 280 TCE, norma che consente al Consiglio di adottare le misure nei settori della prevenzione e lotta contro le frodi ed attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità, trattandosi di interventi che, per espressa previsione normativa, non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri.

²³ L. PICCIOTTI, *Superamento della tecnica del "doppio testo" e tutela degli interessi europei*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, Milano, 2008.

²⁴ Con la precisazione che, come meglio si vedrà in seguito, tale competenza penale dell'Unione è sempre una competenza indiretta.

²⁵ Il successivo periodo contiene la specifica indicazione di dette materie, mentre il terzo periodo del primo paragrafo attribuisce al Consiglio il potere di individuare altre sfere di criminalità, corrispondenti a tali criteri, con una decisione adottata all'unanimità previa approvazione del Parlamento Europeo.

Il successivo periodo contiene una, seppure generica, indicazione di dette materie, mentre il terzo periodo del primo paragrafo attribuisce al Consiglio il potere di individuare altre sfere di criminalità, corrispondenti a tali criteri, con una decisione adottata all'unanimità, previa approvazione del Parlamento Europeo.

La norma in esame costituisce, quindi, una disposizione assolutamente innovativa, poiché introduce una **competenza autonoma** dell'Unione in materia penale²⁶. Essa può essere definita, alla luce del dato letterale della norma, come una competenza per materia²⁷.

Si segnala, in particolare, come, a seguito del Trattato di Lisbona, la fonte deputata a disciplinare la materia penale sia la **direttiva**, emanata attraverso la procedura legislativa ordinaria (procedura che, riducendo drasticamente il c.d. «deficit democratico», vede il Consiglio ed il Parlamento Europeo in posizione di sostanziale parità), mentre nel sistema previgente lo strumento normativo utilizzato nel settore della Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale era quello della decisione quadro²⁸.

Il § 2 dell'art. 83 TFUE, poi, consente alle Istituzioni dell'Unione, di introdurre, sempre utilizzando lo strumento della direttiva, «*norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni*», «*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione*».

Tale competenza è strettamente finalizzata alla tutela del c.d. **effetto utile** dei precepti comunitari; è, cioè, strumentale all'effettivo raggiungimento delle finalità proprie delle norme comunitarie e costituisce una competenza di carattere meramente **accessorio**, sia rispetto alla competenza di cui all'art. 83.I TFUE, sia rispetto alla disciplina sanzionatoria adottata dai singoli Stati nei settori oggetto di armonizzazione²⁹.

Si precisa, inoltre, come tali direttive possano essere emanate solo in presenza di due specifiche condizioni: a) si deve trattare di settori già in precedenza oggetto di misure di armonizzazione; b) il ricorso alla disciplina penale deve essere indispensabile per l'attuazione efficace di una politica dell'Unione.

Ancora aperto risulta, invece, il dibattito relativo all'esistenza di una competenza penale "diretta" dell'Unione europea.

Parte della dottrina, infatti, ritiene che l'ammissibilità della stessa debba essere desunta dall'art. 86 TFUE. Tale norma, in particolare, nel prevedere che «*per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust ...*», consentirebbe all'Unione l'emanazione di regolamenti idonei a delineare nuove fattispecie delittuose.

²⁶ Si tratta, infatti, di un potere che prescinde completamente da un precedente intervento di armonizzazione.

²⁷ Particolarmente dibattuta risulta la questione relativa all'ammissibilità di una competenza penale indiretta dell'Unione, ex art. 83 TFUE, sulla parte generale del codice penale. L'orientamento prevalente è, sul punto, assolutamente restrittivo, tendendo ad escludere una siffatta competenza del tutto sganciata dalle materie elencate dalla norma in esame. Si ammettono, tuttavia, interventi relativi alla parte generale del diritto penale, purché riferiti a materie già comprese nell'elenco di cui all'art. 83 (si pensi, a mero titolo di esempio, alla responsabilità da reato delle persone giuridiche).

²⁸ La decisione quadro, ex art. 34 TUE, era adottata all'unanimità dal Consiglio.

²⁹ A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2004, p. 5 ss.

I sostenitori di tale tesi, poi, al fine di ritenere tale competenza diretta legittima alla luce del principio di legalità e della riserva di legge in materia penale, sottolineano come la sanzione per la violazione definita in siffatti regolamenti dell'Unione debba essere individuata da fonti primarie dei singoli Stati membri.

Sembra, tuttavia, preferibile l'interpretazione volta ad escludere tale competenza penale diretta, sulla base dell'argomentazione per cui i regolamenti adottati *ex art.* 86 TFUE devono solo limitarsi ad individuare quali fatti, già costituenti reato negli Stati membri, siano, per la loro connotazione transnazionale, idonei a ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Occorre, infine sottolineare che, in relazione alla competenza penale indiretta dell'Unione, così come novella normativa di cui all'art. 83 TFUE, si è posto il problema di valutare se tali nuove competenze legislative dell'Unione siano compatibili con il principio di legalità e, quindi, con la nostra Carta Costituzionale³⁰.

Art. 83 TFUE in rapporto al principio di legalità

Un primo orientamento dottrinale, in particolare, ritiene che non vi sia alcun *vulnus* al suddetto principio «*in quanto l'armonizzazione comunitaria richiede l'intervento dei Parlamenti nazionali ai fini della definitiva integrazione delle disposizioni esterne nei rispettivi ordinamenti giuridici*»³¹.

Tale orientamento, quindi, sottolinea come la compatibilità con i principi informatori della materia penale sia evidente poiché lo strumento della direttiva pone solo un vincolo di scopo agli Stati membri, tenuti a darvi attuazione con il mezzo dagli stessi ritenuto più idoneo. I sostenitori di questa tesi, poi, precisano come tale compatibilità, inoltre, si giustifichi dovendosi ritenere applicabile il principio, nato in sede giurisprudenziale, per cui la direttiva attuata in modo inesatto o incompleto non può creare, estendere o aggravare la responsabilità penale dell'individuo nell'ordinamento interno³².

Il contrapposto orientamento³³, invece, sottolinea come la competenza penale indiretta dell'Unione non sia pienamente compatibile con il principio di legalità e della riserva di legge. Si precisa, infatti, che il ruolo attribuito ai Parlamenti nazionali non risulta assolutamente decisivo né nella fase c.d. ascendente di formazione di tale precetto normativo, né in quella discendente. Nella prima fase, infatti, ai Parlamenti nazionali non è dato alcun potere di veto vincolante; nella seconda, invece, agli stessi è attribuito esclusivamente il potere di attuare la direttiva, nei soli stretti margini di discrezionalità dalla stessa lasciati.

³⁰ Problema analogo si era già posto a partire dal 2005, a seguito del riconoscimento, seppure solo in via giurisprudenziale, di una competenza penale indiretta dell'Unione. Con sentenza 13 settembre 2005, C-176/03, in particolare, la CGCE aveva ritenuto che seppure «*in via di principio la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità, questa constatazione non può tuttavia impedire al legislatore comunitario ... di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente*».

³¹ Cfr. Conclusioni formulate dall'Avvocato Generale nella causa del 13 settembre 2005 riportate da HONORATI, *La comunitarizzazione della tutela penale e il principio di legalità nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 967 ss.

³² G. GRASSO, *La competenza penale dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona, in L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, (a cura di), G. GRASSO-L. PICOTTI-R. SICURELLA, Giuffrè, Milano, 2011.

³³ A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, n. 1.

4. Effetti riflessi della disciplina europea su quella nazionale: la libertà di stabilimento e i reati in tema di concorsi a pronostici (Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767 e Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851)

Ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur escludendosi, come si è detto, una competenza penale diretta dell'Unione europea, si discuteva sull'esistenza di effetti indiretti e riflessi del diritto comunitario sul diritto penale dei singoli Stati membri.

L'orientamento dominante riteneva ammissibile il verificarsi di un **effetto limitativo** del diritto comunitario sul diritto penale, allorché la norma comunitaria³⁴, dotata di efficacia diretta nel nostro ordinamento, restringesse l'area del penalmente rilevante, così producendo un effetto di *favor rei*. Si sottolineava quindi come, alla luce del **principio di primazia del diritto comunitario**³⁵, il giudice nazionale dovesse considerare la disposizione penale interna in contrasto con siffatta norma sovranazionale *tamquam non esset* e, conseguentemente, disapplicarla.

Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, la giurisprudenza ha più volte negato l'integrazione del delitto di esercizio abusivo di una professione in capo a chi, pur in possesso del titolo abilitativo conseguito in altro Stato membro, era sprovvisto del riconoscimento dello stesso da parte delle competenti Autorità amministrative italiane³⁶.

Più complessa risultava, invece, la questione relativa agli **effetti c.d. espansivi** (nel senso di espansivi delle libertà) del diritto comunitario, sussistenti nel caso in cui l'applicazione di norme europee dotate di efficacia immediatamente vincolante nel nostro ordinamento limitasse l'area del penalmente rilevante. Sede elettiva nella quale la materia è stata affrontata, attraverso un lungo e travagliato iter giurisprudenziale, è stata la questione relativa alla punibilità, *ex art. 4 IV bis co. legge n. 401/1989*, di chi, sfornito del titolo abilitativo richiesto nel nostro ordinamento³⁷, collaborasse con un *book-maker* straniero all'attività di gestione delle scommesse sportive.

Intervenuta già nel 1999, la Corte di Giustizia aveva precisato come la normativa italiana rappresentasse un ostacolo alla libera prestazione dei servizi, ostacolo giustificabile solo se necessario a perseguire scopi legati alla tutela dei consumatori ed alla protezione dell'ordine sociale³⁸.

Tale pronuncia non è stata, tuttavia, idonea a superare ogni dubbio interpretativo, tanto da rendere necessario, a distanza di pochi anni, un nuovo rinvio pregiudiziale alla

³⁴ Si tratta di una norma che non disciplina direttamente la materia penale.

³⁵ Principio che si pone in linea con quello del *favor rei*.

³⁶ Alcune pronunce, in particolare, sono giunte ad una piena assoluzione utilizzando la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato»; altra parte della giurisprudenza, invece, ha preferito la formula «perché il fatto non costituisce reato», ritenendo insussistente l'elemento soggettivo del reato; altre sentenze, invece, affermano l'esistenza, nel caso in esame, della scriminante di cui all'art. 51 c.p., ritenendo sussistente un diritto, da parte dei cittadini della UE, di esercitare la professione (per la quale hanno conseguito un titolo in uno dei Paesi membri) in tutta l'Unione europea.

³⁷ Il nostro ordinamento riserva, in particolare, lo svolgimento di tale attività ai titolari di un regolare titolo abilitativo art. 88 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.) ed, a presidio di tale sistema concessorio/autorizzatorio, l'art. 4 IV *bis* co. legge n. 401/1989 (come modificato dalla legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 37 V co.) sanziona penalmente «*chiunque, privo di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 testo unico delle leggi di pubblica sicurezza approvato con R.D. 18 giugno 1931 n. 773 e successive modificazioni, svolga in Italia qualsiasi attività organizzata al fine di accettare o raccogliere o comunque favorire l'accettazione o in qualsiasi modo la raccolta, anche per via telefonica o telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate in Italia o all'estero*».

³⁸ CGCE, 21 ottobre 1999, causa C-67/98, Zenatti.

Corte di Lussemburgo. Questa ultima, in particolare, con pronuncia del 6 novembre 2003, precisava come tale normativa italiana si ponesse in contrasto con il principio comunitario della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi³⁹. Una siffatta limitazione, ex art. 46 TCE, risultava giustificabile solo in presenza di motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica, motivi tra i quali, per espressa indicazione della Corte di Giustizia, non potevano essere ricomprese ragioni di ordine fiscale⁴⁰.

Il persistente conflitto giurisprudenziale relativo alla sussistenza di tali requisiti ha reso, quindi, necessario l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, intervenute con sentenza 26 aprile 2004, n. 23271, hanno ritenuto la normativa interna compatibile con quella europea, precisando come la stessa fosse finalizzata ad esigenze di ordine pubblico e di prevenzione di infiltrazioni criminali in tali settori.

Le coordinate ermeneutiche fornite dal Supremo Consesso, tuttavia, non sono state pacificamente ripercorse dalla giurisprudenza di merito. Numerose sono state, infatti, le pronunce nelle quali la normativa interna, ritenuta fondata solo su motivazioni di tipo fiscale, è stata disapplicata per contrasto con il principio comunitario della libertà di stabilimento. Tale persistente contrasto ha legittimato una nuova pronuncia del giudice comunitario con cui la Corte di Giustizia, ribadendo come *«una normativa nazionale che vieti l'esercizio di attività di raccolta, di accettazione, di registrazione e di trasmissione di proposte di scommesse, in particolare sugli eventi sportivi, in assenza di concessione o di autorizzazione di polizia rilasciate dallo Stato membro interessato, costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento, nonché alla libera prestazione dei servizi previste rispettivamente agli artt. 43 CE e 49 CE»*, sottolineava come fosse rimessa al giudice nazionale ogni valutazione relativa alla necessità di siffatta restrizione alla luce di esigenze di prevenzione di fenomeni di criminalità organizzata nel settore delle scommesse sportive⁴¹.

Tali argomentazioni sono state ripercorse dalla Corte di Giustizia nel suo successivo arresto del 16 febbraio 2012⁴², seppure con la precisazione di alcuni aspetti della questione relativi all'impossibilità di applicare le sanzioni penali prescritte dall'art. 4 IV bis co. legge n. 401/1989 nei confronti di società regolarmente quotate nei mercati regolamentati, dotate delle prescritte autorizzazioni nel paese di origine ed illegittimamente escluse dalla gara per l'assegnazione delle concessioni ovvero poste in una situazione tale di svantaggio da potersi ritenere loro precluso il diritto di partecipare alla gara in condizioni di parità con gli altri concorrenti.

Nella pronuncia in esame, inoltre, la Corte di Giustizia espressamente precisava come, in ogni altra ipotesi, dovesse ritenersi legittimo il regime concessorio/autorizzatorio

³⁹ Artt. 43 e 49 TCE.

⁴⁰ La Corte di Giustizia, rinviava, quindi, al giudice nazionale la valutazione relativa alla sussistenza di tali requisiti.

⁴¹ In tale pronuncia viene, inoltre, espressamente sancita l'incompatibilità della disciplina interna *«nella parte in cui escludeva (e continua a escludere) dal settore dei giochi di azzardo gli operatori costituiti sotto forma di società di capitali le cui azioni sono quotate nei mercati regolamentati»* e, conseguentemente, *«nella parte in cui impone una sanzione penale nei confronti di soggetti che abbiano esercitato un'attività organizzata di raccolta di scommesse in assenza della concessione o dell'autorizzazione di polizia richieste dalla normativa nazionale, qualora gli stessi non abbiano potuto ottenere concessioni o autorizzazioni proprio a causa del rifiuto da parte di tale Stato membro, in violazione del diritto comunitario, di concederle loro»*.

⁴² Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, Costa e Cifone.

interno alla luce di finalità di ordine pubblico, quali la lotta alla criminalità organizzata.

Ad analoghe conclusioni giungeva la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 18767/12, il cui dispositivo precedeva la pronuncia della Corte di Giustizia, intervenuta a distanza di pochissimo tempo e, comunque, prima della stesura della motivazione da parte della Suprema Corte.

La Suprema Corte, in particolare, dopo aver ripercorso in modo incisivo ed efficace l'iter giurisprudenziale relativo al rapporto tra il principio comunitario della **libertà di stabilimento** e la disciplina interna di cui all'art. 4 IV *bis* co. legge n. 401/1989, precisava come il potere di disapplicazione di una norma nazionale in contrasto con il diritto comunitario da parte del giudice interno fosse possibile soltanto *«allorché si sia in presenza di un diretto contrasto tra una puntuale norma interna e un altrettanto puntuale precetto comunitario, che dovrebbe essere applicato al posto della norma interna incompatibile con esso. Situazione questa che può verificarsi, ad esempio, quando un principio generale posto dal Trattato CE sia stato specificato e concretizzato da una decisione della Corte di giustizia, assumendo così la norma comunitaria carattere immediatamente precettivo, e dandosi, pertanto, luogo non ad un rapporto di conformità – non conformità, ma di applicabilità – non applicabilità, in quanto l'applicazione di una norma esclude l'applicabilità dell'altra. Quando, invece, si sia in presenza di una situazione di non conformità della norma interna con principi generali dell'ordinamento comunitario, il giudice nazionale ha il dovere di operare una interpretazione conforme, ma se questa non è possibile il giudice non potrebbe far altro che eventualmente sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione dinanzi alla Corte di giustizia o una questione di legittimità costituzionale per la indiretta violazione dell'art. 117 Cost., comma 1. Non si tratterebbe, infatti, di “non applicare” la norma italiana per applicare al suo posto la puntuale norma comunitaria incompatibile, bensì in sostanza di, per così dire, “disapplicare” o “eliminare” la norma interna per la non conformità con un principio generale dell'ordinamento comunitario, compito questo che però spetta esclusivamente alla Corte costituzionale, la cui sfera di attribuzioni verrebbe in pratica ad essere aggirata se si ammettesse una sorta di controllo “diffuso” di “compatibilità comunitaria”»*⁴³. Applicando tali premesse ermeneutiche, in particolare, il Supremo Collegio precisava come il regime concessorio/autorizzatorio di cui al citato IV *bis* co. fosse giustificato da evidenti ragioni di pubblica sicurezza⁴⁴ e si inserisse in un sistema integrato di controllo preventivo e di vigilanza continua, idoneo a soddisfare quella imperativa esigenza di ordine pubblico che tende a contrastare le possibili degenerazioni criminali del settore, quali frodi, riciclaggio del denaro sporco, usura e simili. Conseguenza da quanto detto l'assoluta impossibilità di disapplicare la disciplina in-

⁴³ Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767.

⁴⁴ Tali ragioni, in particolare, ad avviso della Corte di Cassazione, sussistono non solo in sede di concessione per l'esercizio delle scommesse (in relazione, ad esempio, alla idoneità dei locali), ma *soprattutto* in sede di rilascio della indispensabile autorizzazione o licenza di polizia richiesta dall'art. 88 T.U.L.P.S., in quanto questa non può essere rilasciata a chi ha determinati precedenti penali; può essere negata a chi ha riportato condanne per particolari delitti; non può essere data a chi sia stato condannato per reati contro la moralità pubblica o il buon costume o per giochi d'azzardo, per delitti commessi in stato di ubriachezza, per contravvenzioni concernenti la prevenzione dell'alcoolismo, o per abuso di sostanze stupefacenti; non può essere concessa a chi è incapace di obbligarci; inoltre, proprio la soggezione alla licenza di polizia consente agli ufficiali e agli agenti di pubblica sicurezza di accedere in qualunque momento nei locali destinati all'esercizio delle scommesse e dei concorsi pronostici e di assicurarsi degli adempimenti prescritti dalla legge, dai regolamenti o dall'autorità. Cfr. Cass., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 18767.

terna per contrasto con il generale principio comunitario della libertà di stabilimento, non essendo, d'altra parte, stata fornita alcuna prova in ordine ad un'eventuale illegittima esclusione (dell'allibratore austriaco CBM) dalla gara in violazione del diritto dell'Unione.

Della materia la Suprema Corte si è occupata anche recentemente, operando un'attenta ricostruzione del contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento⁴⁵. In particolare, dopo aver premesso che l'attività legata alle scommesse lecite è soggetta a concessione rilasciata dalla Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (A.A.M.S.) e che, ottenuta tale autorizzazione, deve essere rilasciata la licenza di pubblica sicurezza di cui all'art. 88 T.U.L.P.S., i giudici di legittimità hanno ribadito che il reato di cui alla legge 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4 IV *bis* co. (svolgimento di attività organizzata per la accettazione e raccolta anche per via telefonica e telematica di scommesse o per favorire tali condotte) risulta integrato da qualsiasi attività, comunque organizzata, attraverso la quale si eserciti, in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, art. 88, (testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), una funzione intermediatrice in favore di un gestore di scommesse, a nulla rilevando l'esistenza di abilitazione in capo al gestore stesso. Il Supremo Collegio ha aggiunto che, a seguito di diversi interventi dei Giudici europei (tra cui la citata sentenza Costa-Cifone), la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è attestata nel senso di ritenere che integra il reato previsto dalla legge 13 dicembre 1989, n. 401, art. 4 la raccolta di scommesse su eventi sportivi da parte di un soggetto che compia attività di intermediazione per conto di un allibratore straniero privo di concessione.

Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851. La Suprema Corte fa il punto della situazione

Qualora il *bookmaker* estero sia provvisto di concessione, la precedente condotta è ugualmente sussumibile nel modello legale descritto dalla legge n. 401/1989, art. 4, in mancanza del preventivo rilascio della prescritta licenza di pubblica sicurezza richiesta ai sensi dell'art. 88 T.U.L.P.S. Tuttavia, poiché le autorizzazioni di polizia sono rilasciate unicamente ai titolari di una concessione, irregolarità commesse nell'ambito della procedura di concessione di queste ultime vizierebbero anche la procedura di rilascio di autorizzazioni di polizia, la cui mancanza non potrà perciò essere addebitata a soggetti che non siano riusciti a ottenere tali autorizzazioni per il fatto che il rilascio del titolo abilitativo presuppone l'attribuzione di una concessione, di cui i detti soggetti non hanno potuto beneficiare in violazione del diritto dell'Unione.

Ne consegue che, in mancanza della concessione e della licenza, per escludere la configurabilità della fattispecie incriminatrice, occorre la dimostrazione che l'operatore estero non abbia ottenuto le necessarie concessioni o autorizzazioni a causa di illegittima esclusione dalle gare o per effetto di un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei confronti dell'operatore comunitario. In siffatti casi, il Giudice nazionale, anche a seguito della vincolante interpretazione data alle norme del trattato dalla Corte di giustizia CE, dovrà disapplicare la normativa interna per contrasto con quella comunitaria. E infatti, ad avviso della Corte, non integra il reato di cui alla legge n. 401/1989, art. 4, la raccolta di scommesse in assenza di licenza di pubblica sicurezza da parte di soggetto che operi in Italia per conto di operatore straniero cui la

⁴⁵ Cass., Sez. III, 16 settembre 2014, n. 37851.

licenza sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di Giustizia CE, del regime concessorio interno agli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

La Corte di Cassazione, in definitiva, riprendendo un suo precedente⁴⁶, ha affermato che **non vi è incompatibilità assoluta tra fattispecie incriminatrice ed i principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi in ambito comunitario** (artt. 43 e 49 Trattato CE), nel senso che non sussiste incompatibilità ed è quindi passibile di rilevanza penale l'attività del soggetto che non abbia richiesto la concessione e la licenza in Italia o di chi, già abilitato all'estero alla raccolta di scommesse, agisca in Italia tramite collaboratori o rappresentanti che non hanno chiesto alle Autorità nazionali le necessarie autorizzazioni.

I principi stabiliti
dalla Suprema Corte

In conclusione, dopo un'ampia ricostruzione degli interventi dei Giudici europei e della giurisprudenza interna, la Corte ha fissato i seguenti postulati:

1) le libertà di insediamento e di prestazione dei servizi costituiscono per il diritto dell'Unione principi fondamentali di cui gli operatori economici devono poter usufruire indipendentemente dal Paese membro in cui sono insediati;

2) tali principi possono conoscere restrizioni nel campo delle attività commerciali connesse ai giochi telematici e alle scommesse su eventi sportivi esclusivamente quando si tratta di limiti, anche consistenti nella previsione di un regime concessorio e di controlli di pubblica sicurezza, che sono fondati su "motivi imperativi di interesse generale" e che rispondono a principi di proporzionalità, non discriminazione, trasparenza e chiarezza;

3) qualora le restrizioni non rispondano ai requisiti ora ricordati, le libertà previste dagli artt. 43 e 49 del Trattato conservano piena espansione e la disciplina nazionale in contrasto con esse deve essere disapplicata.

Per procedere alla disapplicazione della normativa interna anche nei confronti degli operatori comunitari, cui l'indagato era collegato, sarebbe stato necessario allora dimostrare rispetto a quali gare si fosse dispiegato il comportamento discriminatorio nei confronti delle predette società sotto il profilo o di un'arbitraria esclusione oppure di un impedimento a partecipare (nonostante la manifestata volontà) in condizione di parità con gli altri concorrenti oppure individuare un comportamento comunque discriminatorio tenuto dallo Stato nazionale nei loro confronti.

5. La prescrizione in materia di reati tributari. La sentenza Taricco (CGUE, 8 settembre 2015) e il suo recepimento da parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210)

Un'ulteriore questione che, da ultimo, ha posto il problema della compatibilità tra normativa interna e principi sovranazionali, creando potenziali frizioni con il principio di legalità, concerne il delicato tema della prescrizione in materia di reati tributari.

La sentenza Taricco

Al riguardo occorre premettere che la Corte di Giustizia UE, con l'importante **sentenza Taricco** del settembre 2015⁴⁷, ha dichiarato

⁴⁶ Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 19462.

⁴⁷ Sentenza 8 settembre 2015 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE), Grande Sezione, n. C-105/14 (Taricco), pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, con nota di F. VIGANÒ.

l'incompatibilità della normativa italiana in tema di prescrizione del reato (artt. 160 e 161 c.p.) con l'art. 325 TFUE, nella misura in cui impedisca un'efficace e dissuasiva lotta ai crimini fiscali che ledano gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Oggetto della pronuncia del giudice comunitario, in particolare, era un'imputazione relative alla costituzione e all'organizzazione di un'associazione volta a commettere operazioni fraudolente in materia di IVA, aspetto questo di interesse sovranazionale, posto che l'Unione europea si finanzia anche attraverso le entrate derivanti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA, e pertanto la riscossione di tali entrate incide evidentemente sugli interessi finanziari dell'Unione medesima⁴⁸.

Dunque, secondo questa dirompente pronuncia, **il giudice interno ha l'obbligo di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. in tema di interruzione e sospensione della prescrizione**, ove egli ritenga che tale normativa, stabilendo un tetto massimo al prolungamento del termine prescrizione in presenza di eventi interruttivi e producendo un effetto di sostanziale impunità in un numero rilevante di casi, impedisca allo Stato italiano di assolvere gli obblighi di tutela degli interessi finanziari dell'UE, come consacrati dall'art. 325 TFUE.

Ora, l'impostazione della sentenza Taricco è stata recepita dalla Suprema Corte con la recentissima sentenza depositata dalla Sezione III il 20 gennaio 2016, n. 2216⁴⁹.

Cass. 20 gennaio
2016, n. 2210

La Corte è stata in particolare chiamata a decidere il ricorso avverso una sentenza

⁴⁸ Il Tribunale di Cuneo, quale giudice del rinvio, riteneva che le disposizioni italiane in tema di prescrizione autorizzino indirettamente una concorrenza sleale da parte di taluni operatori economici stabiliti in Italia rispetto ad imprese con sede in altri Stati membri, con conseguente violazione dell'art. 101 TFUE. Peraltro, tali disposizioni sarebbero idonee a favorire determinate imprese, in violazione dell'art. 107 TFUE e inoltre creerebbero, di fatto, un'esenzione non prevista all'art. 158 § 2 direttiva 2006/112. Infine, l'impunità *de facto* di cui godrebbero gli evasori fiscali violerebbe il principio direttivo, previsto all'art. 119 TFUE, secondo cui gli Stati membri devono vigilare sul carattere sano delle loro finanze pubbliche. Il giudice del rinvio riteneva tuttavia che, qualora gli fosse consentito disapplicare le disposizioni nazionali, sarebbe possibile garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione. Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale di Cuneo ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) [S]e, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, consentendo la prescrizione dei reati nonostante il tempestivo esercizio dell'azione penale, con conseguente impunità – sia stata infranta la norma a tutela della concorrenza contenuta nell'art. 101 del TFUE;

2) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, privando di conseguenze penali i reati commessi da operatori economici senza scrupoli – lo Stato italiano abbia introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 del TFUE;

3) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, creando un'ipotesi di impunità per coloro che strumentalizzano la direttiva comunitaria – lo Stato italiano abbia indebitamente aggiunto un'esenzione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'articolo 158 della direttiva 2006/112/CE;

4) Se, modificando con legge n. 251 del 2005 l'art. 160 ultimo comma del codice penale italiano – nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di appena un quarto a seguito di interruzione, e quindi, rinunciando a punire condotte che privano lo Stato delle risorse necessarie anche a far fronte agli obblighi verso l'Unione europea, sia stato violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 del TFUE».

⁴⁹ Sul punto cfr. Q.M. NAPPI, *Prescrizione in tema di reati tributari. La Corte di Cassazione si pronuncia dopo il caso Taricco*, in www.iurisprudenzia.it, 2016; sul punto si veda altresì F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016.

della Corte di Appello di Ancona, con cui, in parziale riforma di una sentenza del Tribunale di Pesaro, era stata affermata la penale responsabilità di un imputato per il reato continuato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000, in ordine al compimento di talune operazioni fraudolente per svariati milioni di euro, relative ai periodi d'imposta dal 2004 al 2007, volte a ottenere indebiti vantaggi fiscali.

Nell'affrontare la spinosa questione della rilevanza della prescrizione, intervenuta nelle more del giudizio di legittimità, limitatamente al periodo d'imposta del 2005, il Supremo Collegio ha osservato che i Giudici di Lussemburgo non pretendono che sia disapplicato l'art. 157 c.p. (che stabilisce il tempo necessario a prescrivere il reato), né l'art. 160, nella parte in cui disciplina in linea generale gli atti interruttivi e i loro effetti, trattandosi di previsioni di per sé compatibili con gli obblighi UE; **a dover essere disapplicata, invece, è soltanto l'ultima proposizione dell'ult. co. dell'art. 160 c.p.**, ove si prevede che "in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i limiti di cui all'art. 161 secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui agli articoli 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale". Inoltre la Corte ha chiarito che l'obbligo del giudice interno di procedere alla disapplicazione non concerne solo i procedimenti relativi alle frodi in tema di iva, ma teoricamente si estende a qualsiasi reato tributario che comporti, in concreto, l'evasione in misura grave di tributi IVA, ferma restando al riguardo la difficoltà di attribuire un valore univoco al concetto invero non sufficientemente determinato di "gravità".

La parziale disapplicazione del regime della prescrizione viola il principio di legalità?

Ciò posto, il quesito più problematico affrontato dalla Suprema Corte con la sentenza n. 2210/2016 è se la disapplicazione di una norma del Codice penale in materia di prescrizione contraria al diritto UE, con effetti sfavorevoli per l'imputato, violi di per se stessa il principio di legalità in materia penale.

La Corte di Giustizia aveva dato risposta negativa al quesito, osservando che **i fatti commessi dagli imputati integravano i reati previsti dalle norme allora già in vigore**, ed erano passibili delle stesse pene loro applicabili, il che era già ritenuto sufficiente a garantire il rispetto del principio di legalità.

A sua volta la Corte di Cassazione ha sostanzialmente confermato tale ragionamento, ribadendo che **i giudici europei non hanno censurato l'intero assetto normativo della prescrizione**, ma si sono limitati a delegittimare la previsione di un termine massimo pur in presenza di atti interruttivi; del resto, **la disapplicazione nei processi in corso della parte finale dell'art. 160 c.p.**, contrastante fin dalla sua origine con i principi del Trattato, per come specificato dalla Corte di Giustizia, **non comporta alcun contrasto con l'art. 25 Cost.**, non ravvisandosi un'applicazione retroattiva di norme penali incriminatrici sanzionatorie, e tanto a prescindere dalla disputa circa la natura sostanziale o processuale della prescrizione⁵⁰.

In definitiva, è stata esclusa dalla Corte la riconducibilità dell'istituto della prescrizione nell'alveo del principio di legalità *ex art. 25 Cost.*, **non potendosi attribuire rilievo a una mera aspettativa dell'agente al rispetto dei termini prescrizionali**, a fronte della pre-

⁵⁰ Al riguardo la Corte di Cassazione ha richiamato la sentenza del 12 ottobre 2011, n. 236 con la quale la Corte Costituzionale ha ritenuto irrilevante la questione della natura della prescrizione, posto che "dalla stessa giurisprudenza della Corte Europea emerge che **l'istituto della prescrizione**, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi ordinamenti nazionali, **non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione**".

tesa punitiva dello Stato. Pertanto la Corte, nel caso sottoposto al suo esame, invero non molto diverso da quello affrontato dalla Corte di Giustizia Europea, ha stabilito che, per effetto della disapplicazione dell'ultima parte del III co. dell'art. 160 e del II co. dell'art. 161 c.p., **il termine ordinario di prescrizione ricomincerà a decorrere daccapo dopo ogni atto interruttivo, senza essere vincolato dai limiti massimi stabiliti dall'art. 161 c.p.**

L'impostazione della sentenza n. 2210/2016, non è stata condivisa dalla IV Sezione della Corte di Cassazione che, con sentenza del 25 gennaio 2016, n. 7914, propone una soluzione mediana, dovendosi distinguere, sul piano cronologico, il caso in cui la prescrizione sia già maturata al momento della pubblicazione della sentenza Taricco, da quello in cui il termine sia ancora pendente.

Nella prima ipotesi, l'imputato vanta un diritto quesito al riconoscimento dell'avvenuta estinzione del reato, che non può essere discusso da *«una forma atipica di ius superveniens»*, come quella introdotta dalla pronuncia della Corte di Giustizia. L'allungamento del termine di prescrizione, per effetto della disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., non può quindi retroagire in danno del reo.

Diversamente, qualora il termine di prescrizione non sia ancora spirato, non può configurarsi un diritto all'immutabilità del tempo sufficiente ad estinguere la pretesa punitiva; ne consegue che, in pendenza del termine prescrizionale, il potenziale beneficiario è titolare di una mera aspettativa alla maturazione della causa estintiva del reato, che non lo pone al riparo da un eventuale allungamento del termine medesimo.

La Corte, oltre a questa verifica intertemporale, subordina l'applicazione delle coordinate espresse dalla sentenza Taricco al riscontro di due requisiti sostanziali, espressi dalla stessa Corte di Lussemburgo: la **gravità della frode** dell'imposta sul valore aggiunto, e la sua reiterazione **in un numero considerevole di casi**.

Solo qualora tale verifica dimensionale dia esito positivo, può configurarsi una minaccia agli interessi finanziari dell'Unione che giustifichi la disapplicazione della normativa interna in punto di prescrizione⁵¹.

I suddetti parametri, tuttavia, scontano un'evidenza indeterminatezza, mitigata da un recente intervento della Sezione III della **Corte di Cassazione, con sentenza del 26 ottobre 2016 n. 44584**.

Quanto al **requisito della gravità della frode**, si precisa che deve darsi rilievo alla quantità dell'imposta evasa e alle modalità attraverso le quali la frode è stata posta in essere, *«tenendo comunque presente che nel concetto di “frode” devono ritenersi incluse, non soltanto le fattispecie che contengono il requisito della fraudolenza nella descrizione della norma penale, come nel caso degli artt. 2, 3 e 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, ma anche le altre fattispecie che, pur non richiamando espressamente tale connotato della condotta, siano dirette all'evasione dell'IVA»*.

Per quanto concerne il **requisito del numero considerevole di casi**, esso non può intendersi in astratto, ovvero riferito all'insieme dei procedimenti pendenti dinanzi alle autorità giudiziarie italiane, piuttosto, deve essere valutato in concreto, con riferimento alle fattispecie oggetto del singolo giudizio, potendosi ritenere sufficiente

⁵¹ Nel caso di specie, la Corte di Cassazione esclude la sussistenza del requisito della gravità della frode: i giudici osservano, infatti, come la Corte d'appello avesse già escluso la configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p., nonché che per una parte dell'imposta evasa (relativa all'anno 2004) vi era stata declaratoria di prescrizione divenuta intangibile, riducendo così l'importo complessivo delle somme da tenere in considerazione.

anche una singola frode qualora questa sia di rilevantissima gravità. Nell'applicare tale requisito, il giudice «*dovrà, dunque, considerare il numero e la gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede, nonché il contesto complessivo e le ragioni di connessione fra gli stessi*».

Nonostante i tentativi di attenuare l'impatto degli assunti espressi dalla sentenza Taricco nell'ordinamento interno, la Corte di Appello di Milano prima⁵², e la stessa Corte di Cassazione⁵³, in seguito, hanno sollecitato l'intervento della Corte Costituzionale affinché attivi i cc.dd. "controlimiti" alla supremazia del diritto eurounitario.

Segnatamente, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione dei Trattati istituiti dell'Unione, nella misura in cui da essa discende l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare gli artt. 160 e 161 c.p., prospettandosi un duplice contrasto con il principio di legalità ex art. 25 II co. Cost.: in primo luogo, l'obbligo di disapplicare la disciplina in tema di prescrizione, determinerebbe un'espansione della responsabilità penale oltre quanto previsto dalla normativa interna, violandosi così il principio di riserva di legge nazionale in materia penale.

Ulteriormente, l'obbligo di disapplicazione degli artt. 160 e 161 c.p., contrasterebbe con il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, parimenti previsto dall'art. 25 II co. Cost., (nonché desumibile dal principio di colpevolezza di cui all'art. 27 III co. Cost.), nella misura in cui da esso discenderebbe il dovere per il giudice nazionale di applicare all'imputato una disciplina in materia di prescrizione meno favorevole di quella che era prevista al momento della commissione del reato.

Ebbene, osservano i giudici rimettenti, il principio di legalità in materia penale, sancito dall'art. 25 II co. Cost. sia nel suo corollario della riserva di legge, che in quello di irretroattività sfavorevole, costituisce «*un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale*» e, al tempo stesso, un «*diritto inviolabile della persona umana*», capace di opporsi al principio del primato del diritto dell'U.E. in quanto controlimito alle limitazioni di sovranità autorizzate dall'art. 11 Cost.

Restando in attesa di conoscere gli ulteriori sviluppi interpretativi della vicenda, destinata ad avere un'enorme incidenza sull'attuale assetto dei rapporti tra ordinamento nazionale ed eurounitario, potrebbe auspicarsi un intervento legislativo di riforma della prescrizione, quanto meno nell'ambito dei reati tributari.

Il legislatore potrebbe così disinnescare la tensione sottesa ad un dialogo tra le Corti divenuto ormai difficile, e destinato ad esplodere qualora la Corte Costituzionale decida di accogliere la questione di legittimità sollevata, azionando per la prima volta i controlimiti a difesa della sovranità interna.

⁵² Corte d'Appello di Milano, II Sez. pen., ordinanza 18 settembre 2015.

⁵³ Cfr. Cass., Sez. III, ordinanza 30 marzo 2016, n. 28346. Testualmente, la Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale «*dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, che ordina l'esecuzione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE), nella parte che impone di applicare l'art. 325, § 1 e 2, TFUE, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, 08/09/2015, Causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2, cod. pen., in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, allorché ne derivi la sistematica impunità delle gravi frodi in materia di IVA, anche se dalla disapplicazione, e dal conseguente prolungamento del termine di prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per contrasto di tale norma con gli artt. 3, 11, 25, comma 2, 27, comma 3, 101, comma 2, Cost.*».

5.1. I dubbi di costituzionalità e il dialogo tra le Supreme Corti: il compromesso evita l'attivazione dei controlimiti (Corte Cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e Corte di Giustizia dell'U.E. 5 dicembre 2017 Taricco bis)

Le perplessità di legittimità costituzionale, espresse nelle suddette ordinanze di rimessione, hanno fatto breccia anche presso la Corte Costituzionale, la quale, tuttavia, ha mostrato un atteggiamento prudenziale e ha preferito rimettere nuovamente la questione innanzi alla Corte di Giustizia, svincolandosi dall'attivazione dei controlimiti al fine di evitare un contrasto frontale tra gli ordinamenti.

Ad ogni modo, la Consulta ha preconfezionato tre quesiti stringenti per i giudici europei, sottoponendo agli stessi un'interpretazione dell'art. 325 TFUE e della sentenza Taricco che non contrasti con i principi costituzionali in materia penale, evidenziando vari profili di criticità.

Preliminarmente, nell'ordinanza di rimessione, la Corte ribadisce la primazia del diritto dell'U.E. sulla normativa nazionale, in virtù del viatico degli artt. 11 e 117 Cost., avendo però cura di specificare ancora una volta che tale subordinazione non si estende ai principi fondamentali dell'ordinamento interno.

Nel confermare tale assunto, i Giudici di legittimità scongiurano un contrasto, ritenendolo *“sommamente improbabile”*, ma ricordano che in tal caso l'unica strada percorribile sarebbe quella di dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi.

Il passaggio successivo è tutto volto a riaffermare e valorizzare la portata del principio di legalità nell'ordinamento nazionale, nei due aspetti minacciati dalla sentenza Taricco.

Testualmente, la Corte afferma che *“il principio di legalità in materia penale esprima un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva”*, e chiarisce che *“se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo”*.

I Giudici delle leggi si soffermano poi sulla portata del principio di legalità nell'ordinamento nazionale, che appare più ampio rispetto alle accezioni sovranazionali, non limitandosi alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma includendo ogni profilo sostanziale concernente la punibilità.

In quest'ottica il principio di legalità attrae nella sua sfera garantista anche l'istituto della prescrizione che, nel diritto interno, assume natura sostanziale e non processuale.

Sotto il profilo degli assetti istituzionali, si sottolinea che non vi è alcuna esigenza di uniformità di disciplina nell'ambito europeo, non rientrando l'istituto della prescrizione nelle competenze affidate all'U.E.; ne consegue, chiosa la Corte, che *“ciascuno Stato dovrebbe essere libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale”*.

Chiarita la legittimità della scelta nazionale di attribuire alla prescrizione natura sostanziale, la Consulta sottopone la soluzione interpretativa della sentenza Taricco ad una duplice scrutinio di legalità, sotto la lente dei corollari della sufficiente precisione e determinatezza delle norme penali, e dell'irretroattività sfavorevole delle stesse.

Quanto al primo aspetto, si ribadisce che **le norme di diritto penale sostanziale devono essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti**, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice; ciò comporta la necessità di muovere due ordini di verifiche sulla statuizione della Corte di Giustizia nel caso Taricco, dovendosi stabilire se tale interpretazione fosse prevedibile dai destinatari del precetto al momento di commissione del fatto di reato, e se sia sufficientemente determinata e precisa per poter essere applicata dal giudice penale.

Ebbene, secondo la Corte Costituzionale l'esito di entrambe le verifiche conduce ad una risposta negativa.

Valorizzando il **principio di prevedibilità**, come sancito anche a livello sovranazionale dall'art. 7 CEDU, emerge come *“la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi”*; ulteriormente, la regola enunciata dalla sentenza Taricco non appare idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria, non essendovi modo di definire in via interpretativa e con la necessaria determinatezza il requisito del “numero considerevole dei casi”, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia.

Delineate tali criticità, la Corte Costituzionale passa poi a censurare i possibili effetti nefasti di un'applicazione retroattiva delle coordinate espresse dalla sentenza Taricco, focalizzata su **un'accezione processuale della prescrizione** che non corrisponde alla tradizione giuridica interna, la quale da sempre riconduce l'istituto **al diritto penale sostanziale** e, pertanto, vi estende la garanzia *ex art. 25 II co. Cost. dell'irretroazione sfavorevole*.

Alla Corte non resta allora che sollecitare una diversa lettura da parte della Corte di Giustizia, tale da dissipare i dubbi di legittimità costituzionale appena evidenziati, sottoponendo le seguenti questioni di interpretazione dell'art. 325, parr. 1 e 2 TFUE:

a) *“se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata”*;

b) *“se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”*;

c) *“se la sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco, debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in*

un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

La risposta della Corte di Giustizia non si è fatta attendere a lungo e, con sentenza 5 dicembre 2017, la Grande Sezione si è espressa nuovamente sul caso Taricco.

I Giudici europei, con un inaspettato ed auspicabile ritorno sui propri passi, mitigano la portata della propria precedente statuizione affermando che l'art. 325 TFUE dev'essere interpretato nel senso che “esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

Allineandosi ai principi espressi dalla Corte Costituzionale, la Grande Sezione espresamente chiarisce che l'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può quindi contrastare con il principio di legalità, ricondotto, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile agli artt. 49 e 51 della Carta, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e all'art. 7 § 1 CEDU.

Da tale affermazione discendono due fondamentali compiti applicativi che la Corte di Giustizia affida ai giudici nazionali: essi saranno chiamati da un lato a verificare se la condizione per la disapplicazione richiesta dalla sentenza Taricco – e cioè che le disposizioni sulla prescrizione impediscano l'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione – “conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile”; dall'altro, dovranno evitare che la disapplicazione delle norme interne in materia di prescrizione determini che gli imputati per frodi IVA per fatti antecedenti all'8 settembre 2015 siano retroattivamente assoggettati a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

In questi casi, **la Grande Sezione autorizza i Giudici nazionali a disattendere le indicazioni della prima sentenza Taricco**, affermando che “ogni volta in cui il giudice nazionale dovesse essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene”, non sarà tenuto “a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione”; l'esenzione per il formante giurisdizionale sposta il peso dell'adat-

tamento sul legislatore nazionale il quale dovrà adottare le misure necessarie che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE.

In definitiva, nonostante la chiarezza e condivisibilità di tali statuizioni, non possono tacersi alcune perplessità che residuano.

Il parziale revirement della Corte di Giustizia nella sentenza Taricco bis ha il merito di aver evitato uno contrasto che rischiava di divenire insanabile e che avrebbe gettato non poche ombre sulla tenuta degli equilibri ordinamentali; si è assistito ad un mirabile esempio di fair play tra le due Supreme Corti: la Corte Costituzionale a suo tempo aveva fatto un passo avanti ribadendo la primazia del diritto comunitario, la Corte di Giustizia a sua volta si avvicina accogliendo la concezione interna del principio di legalità, che condivide e fa propria, ancorandola alle fonti sovranazionali di cui agli artt. 49 della Carta di Nizza e 7 CEDU.

L'esigenza di coesione tra gli ordinamenti viene per il momento ricomposta, sotto il collante della necessaria tutela dei diritti fondamentali, ma la frattura potrebbe riproporsi in futuro.

Ed infatti, la stessa Corte di Giustizia nella sentenza Taricco bis afferma di tollerare la visione sostanziale della prescrizione nel diritto nazionale italiano *“solo perché alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione” e che l'Italia era “libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene”*.

Ebbene tale è armonizzazione, assente in passato, è avvenuta successivamente con l'adozione della direttiva 2017/1371/UE 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; tale direttiva dovrà essere recepita dall'Italia entro il 6 luglio 2019 e al paragrafo 1, impone agli Stati membri di prevedere un termine di prescrizione per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'U.E., inteso tempo *“che consenta di condurre le indagini, esercitare l'azione penale, svolgere il processo e prendere la decisione giudiziaria in merito ai reati”*.

Tale disposizione, come evidenziato anche da autorevole dottrina⁵⁴, rivela come il legislatore europeo consideri la prescrizione come istituto esclusivamente processuale, e trascuri la sua valenza sostanziale come causa estintiva del reato. Il recepimento della direttiva impone pertanto allo Stato italiano la previsione della prescrizione come istituto processuale, almeno con riferimento ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Resta pertanto da chiedersi se tale recepimento sia costituzionalmente possibile, proprio alla luce delle affermazioni della Corte Costituzionale nell'ordinanza del 26 gennaio 2017, in cui si è sostenuta con forza la natura sostanziale della prescrizione.

⁵⁴ E. LUPO, *La Sentenza Europea c.d. Taricco – bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i dubbi per il futuro*, in www.penalecontemporaneo.it.

6. Principio di legalità e fonti internazionali e sovranazionali. Il potere di disapplicazione del giudice penale con riguardo ai reati in tema di immigrazione clandestina (Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220)

Questione particolarmente interessante, oggetto di numerose pronunce della Corte di Cassazione, è, infine, quella relativa al potere del giudice penale in caso di contrasto tra la norma incriminatrice interna ed una direttiva comunitaria.

Il problema si è posto poiché, come noto, mentre i regolamenti sono dotati di immediata efficacia diretta nel territorio dell'Unione, le direttive hanno come destinatari solo i singoli Stati membri, tenuti a recepirle nel termine dalle stesse previsto⁵⁵.

La Giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁶, tuttavia, con un orientamento ormai continuo ed incontestato, ha precisato che, scaduto inutilmente il termine per il suo recepimento, la direttiva comunitaria può produrre effetti diretti verticali⁵⁷ negli Stati membri se chiara, precisa e non condizionata ad alcun provvedimento formale dell'Autorità nazionale. In presenza di tali requisiti, il giudice interno, riscontrata un'antinomia tra la direttiva e la disciplina interna, è tenuto a disapplicare la seconda.

A tali conclusioni è di recente giunta la Corte di Cassazione penale, chiamata a pronunciarsi sulla questione in materia di reati di immigrazione clandestina⁵⁸. La disciplina previgente del T.U. n. 286/1998, infatti, presenta numerosi punti di collisione con la D 08/115⁵⁹, rimasta inattuata nello Stato italiano allo scadere del termine di adeguamento e ciò ha consentito al giudice penale, alla luce dell'effetto diretto della direttiva stessa, di disapplicare la disciplina interna con evidente effetto in *bonam partem*⁶⁰. La

⁵⁵ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 139.

⁵⁶ CGCE, 30 aprile 1996, C-194/94, *CIA Security Int.*

⁵⁷ Tale efficacia diretta è solo verticale e, cioè, può solo essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato (e non anche nei confronti di altri individui).

⁵⁸ Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 12220.

⁵⁹ Nel caso di specie, in particolare, il contrasto si pone tra l'art. 11 § 2 della direttiva, a norma del quale «la durata del divieto di ingresso è determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera i cinque anni» e l'art. 13 d.lgs. n. 286/1998, che pone il divieto di reingresso per dieci anni e, comunque, per un tempo non inferiore ai cinque anni.

⁶⁰ Per comprendere pienamente la questione, occorre analizzare storicamente l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della materia. In particolare, la disciplina in vigore in Italia, in relazione all'espulsione dello straniero clandestino, al 24 dicembre 2010, data entro la quale il nostro paese si sarebbe dovuto adeguare alla c.d. «direttiva rimpatri» (direttiva 2008/115/CE), è la seguente (artt. 13 IV co. e 14 V *ter* e *quater* co. d.lgs. n. 286/1998): l'espulsione è eseguita dal questore con accompagnamento alla frontiera a mezzo forza pubblica; la concreta espulsione coatta di cui al punto 1) avviene con tre possibili modalità, tra di loro concatenate: a) accompagnamento immediato dello straniero alla frontiera e affidamento dello stesso a un vettore; b) ove ciò non sia possibile, il questore dispone il trattenimento dello straniero in un c.i.e. per il tempo necessario a rimuovere gli ostacoli che ne hanno impedito il rimpatrio; c) se neppure il trattenimento è possibile o sia trascorso il termine massimo di permanenza, il questore emette ordine di allontanamento volontario entro cinque giorni. Le sanzioni di carattere penale per lo straniero, che, senza giustificato motivo non ottemperava a tale ordine erano, nel testo previgente, le seguenti: a) reclusione da uno a quattro anni e nuovo provvedimento di espulsione (art. 14 V *ter* co. d.lgs. n. 286/1998); b) la mancata ottemperanza, senza giustificato motivo, al nuovo provvedimento di espulsione, comportava la reclusione da uno a cinque anni ed un ulteriore provvedimento di espulsione (art. 14 V *quater* co. d.lgs. n. 286/1998).

La giurisprudenza, allo spirare del termine assegnato all'Italia per adeguarsi alla direttiva 2008/115/CE, si è interrogata sulla compatibilità della normativa interna sull'immigrazione clandestina rispetto al contenuto della normativa comunitaria. Alla luce del contenuto della direttiva, è palese come l'Unione europea ponga in una posizione privilegiata e prioritaria il rimpatrio volontario dello straniero. L'art. 7 della direttiva, infatti, prevede che tale procedura inizi con la notifica all'interessato di una decisione di rimpatrio, contenente l'invito a lasciare il territorio nazionale in un periodo compreso tra sette e trenta giorni. Durante il

conseguenza di tale disapplicazione non potrà che essere una sentenza di assoluzione con la formula «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Tale pronuncia si pone perfettamente in linea con la precedente decisione resa dalla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, nel noto caso *El Dridi*. In tale pronuncia la Corte, preso atto del mancato recepimento della direttiva e del suo carattere di precisione e determinatezza, ha ritenuto che nessuna norma nazionale, neanche in materia penale, potesse *compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva*, in modo tale *da privare così quest'ultima del suo effetto utile*⁶¹ e che, conseguentemente, il giudice penale fosse tenuto a disapplicare ogni norma del testo unico in materia di immigrazione in contrasto con la direttiva stessa.

Risulta, quindi, evidente come tali decisioni circoscrivano il monopolio statale del diritto penale, introducendo, anche in tale ambito, una pregnante incidenza del diritto comunitario sul diritto interno, ormai tenuto al puntuale rispetto delle fonti sovranazionali.

periodo concesso per la partenza volontaria, per evitare la fuga dello straniero, l'Autorità procedente può imporre nei suoi confronti alcuni obblighi, quali l'impegno a presentarsi periodicamente presso l'Autorità stessa, ovvero di versare una garanzia in denaro, ovvero di consegnare il passaporto o altri documenti, oppure ancora di dimorare in un determinato luogo. Secondo quanto è possibile desumere dall'art. 10 della direttiva, la misura di rimpatrio volontario, correttamente ottemperata dallo straniero, non dovrebbe comportare un divieto di reingresso sul territorio nazionale. In presenza di particolari e specifiche circostanze individuate dalla direttiva si può prescindere dal rimpatrio volontario e ricorrere al rimpatrio coattivo, mediante un «ordine di allontanamento». Tale procedura può essere attivata se sussistono, in via alternativa, tali presupposti: l'individuazione di un rischio di fuga da parte del soggetto da espellere, ovvero la presentazione da parte di costui di una domanda di permesso di soggiorno manifestamente infondata o fraudolenta, oppure la presenza di una valutazione di pericolosità sociale ai danni dell'interessato, oppure ancora la mancata osservanza del termine concesso per la partenza volontaria. Nei casi in cui non sia possibile eseguire immediatamente l'allontanamento coattivo e non possano essere efficacemente applicate altre misure sufficienti e meno coercitive, si potrà disporre il trattenimento dello straniero, la cui durata dovrà essere quanto più breve possibile e sarà mantenuto solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle procedure di rimpatrio (art. 15). La misura dovrà essere riesaminata ad intervalli di tempo e dovrà cessare allorché non sussista più alcuna ragionevole prospettiva di allontanamento del cittadino straniero. Il termine massimo di trattenimento previsto dalla direttiva è di sei mesi, prorogabile di ulteriori dodici mesi nei casi eccezionali, in cui l'operazione di rimpatrio rischi di durare più a lungo a causa della mancata cooperazione da parte dello straniero o dei ritardi nell'ottenimento della necessaria documentazione dai paesi terzi. Evidente è il contrasto tra le due normative in esame, poiché, mentre la direttiva UE privilegia ed incentiva la partenza volontaria dello straniero e ricorre al trattenimento come mezzo estremo, il previgente sistema delle espulsioni italiano ha come regola il rimpatrio coattivo immediato. A tale proposito si è sottolineato che anche l'ordine del questore di abbandonare il territorio nel termine di cinque giorni, ordine emesso, come detto, solo quando non siano possibili le altre forme di rimpatrio, deve considerarsi una modalità applicativa sempre del rimpatrio coattivo.

La giurisprudenza che, in prima battuta, ha esaminato la questione ha sottolineato come il menzionato contrasto esorbiti il profilo amministrativo e incida addirittura sul sistema penale. Conseguentemente, allo spirare del termine previsto per l'attuazione della direttiva 115, numerosi giudici, ritenendo che la stessa avesse i requisiti necessari a produrre effetti diretti, hanno disapplicato la normativa interna, pervenendo all'assoluzione dell'imputato «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato».

Parallelamente, la Suprema Corte, nutrendo i medesimi dubbi circa la legittimità della normativa in materia di immigrazione clandestina, già espressi dalla giurisprudenza di merito, ha chiesto, in sede di rinvio pregiudiziale, alla Corte di Giustizia di esprimersi sulla compatibilità delle previsioni penali interne con lo spirito e la lettera dell'ordinamento comunitario; all'esito di tale rinvio pregiudiziale, la Corte, preso atto dell'inadempimento da parte dell'Italia all'obbligo di conformarsi alla direttiva 2008/115 CE, nonché del carattere di precisione e determinatezza della direttiva stessa, ha ritenuto che il giudice interno fosse tenuto a disapplicare la disciplina nazionale in contrasto con quella comunitaria.

Oggi il problema ha perso il suo carattere di attualità poiché il legislatore, tendenzialmente conformandosi alla disciplina comunitaria, ha profondamente innovato l'intera materia, sia in campo amministrativo che penale, novellando, con la legge n. 129/2011, l'originario testo dell'art. 14 d.lgs. n. 286/1998.

⁶¹ CGCE, 28 aprile 2011, C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*, in www.penalecontemporaneo.it.

7. Principio di legalità e potere del giudice penale di disapplicazione dell'atto amministrativo (Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366 e Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 44077)

Di particolare interesse, al fine di una completa disamina del principio di legalità, è la tematica relativa all'ammissibilità ed ai limiti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi.

Risulta evidente come profili di possibile violazione di tale principio si pongano solo qualora dalla disapplicazione dello stesso derivino effetti *in malam partem*. Nel caso contrario, invece, nessun dubbio di ammissibilità della disapplicazione si pone, derivando dalla stessa un effetto di *favor rei*.

La materia è stata interessata da un lungo *iter* giurisprudenziale, volto ad elaborare possibili soluzioni della questione.

In una prima fase, sviluppatasi fino agli anni Sessanta del secolo scorso, in particolare, i giudici di legittimità ritenevano che la disapplicazione dell'atto amministrativo dovesse essere consentita anche al giudice penale ex art. 5 LAC. Tale ultima disposizione, infatti, limitandosi a prevedere il potere di disapplicazione del giudice ordinario, non effettua alcuna distinzione tra effetti civili e penali.

La questione era, invece, risolta da altro orientamento giurisprudenziale in base alla distinzione tra la disapplicazione dell'atto amministrativo idoneo ad incidere *ab externo* sulla fattispecie criminosa e quella relativa all'atto incidente dall'interno di questa ultima.

Nel primo caso, infatti, si riteneva ammissibile la disapplicazione poiché, dispiegando l'atto i suoi effetti tipici sul sistema penale in via diretta, si attribuiva al giudice penale una cognizione diretta ed in via principale sul provvedimento amministrativo.

Nell'ipotesi inversa, invece, si escludeva l'applicabilità dell'art. 5 LAC, essendo il giudice penale tenuto solo a verificare se il provvedimento presentava i requisiti necessari ai fini dell'integrazione del reato.

Tale contrasto è stato, in un primo momento, risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 1987. La Suprema Corte, in particolare, chiamata a pronunciarsi in relazione alla punibilità per il reato di costruzione effettuata in assenza della concessione edilizia di chi aveva realizzato l'opera in base ad una concessione viziata, aveva precisato che l'art. 5 LAC è «*norma con funzione di salvaguardare il principio della tutela dei diritti soggettivi da parte del giudice ordinario, con la determinazione di specifiche regole atte a salvaguardare da un lato, il concreto potere giurisdizionale e, dall'altro, l'attività della p.a.*»⁶².

Le Sezioni Unite avevano precisato che l'illegittimità di un atto amministrativo potesse costituire oggetto di valutazione da parte del giudice penale solo in presenza di una specifica previsione normativa in tal senso (si pensi alla previsione di cui all'art. 650 c.p.), nonché qualora l'illegittimità dell'atto amministrativo fosse elemento essenziale della fattispecie criminosa.

L'estrema rilevanza della questione ha reso necessaria, a distanza di ben pochi anni, una nuova pronuncia delle Sezioni Unite. La soluzione sposata da questa seconda pronuncia della Corte, in particolare, si pone solo parzialmente sulla scia del suo precedente orientamento⁶³, precisando che «*al giudice penale non è affidato alcun sindacato*

⁶² Cass., SS.UU., 3 gennaio 1987, n. 3, in *Riv. giur. ed.*, 1987, I, p. 328.

⁶³ Cass., SS.UU., 21 dicembre 1993, n. 11635, in *Corriere giur.*, 1994, p. 750.

sull'atto amministrativo, essendo egli, invece, tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che la fattispecie penale assume a tutela».

Risulta di tutta evidenza come siano di estrema rilevanza le conseguenze di tale pronuncia poiché, ammettendo, come fa la Corte di Cassazione, che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice non sia il controllo da parte della p.a. del territorio, ma la «*protezione sostanziale e non meramente formale degli assetti*» dello stesso, non può che ritenersi sussistente l'elemento oggettivo del reato ogni volta che una costruzione sia stata realizzata in base ad un permesso di costruire illegittimo (sia pur esistente).

La successiva giurisprudenza di legittimità ha più volte richiamato tali principi⁶⁴, precisando che il bene giuridico protetto da tale fattispecie penale debba essere individuato nella tutela effettiva e sostanziale del territorio. Con la precisazione, tuttavia, che, ove l'iter procedimentale sia in sé indicativo della mancanza di un elemento sostanziale, allora la censura dell'Autorità giudiziaria penale è da considerarsi legittima. Tali principi hanno trovato, nel tempo, plurime riaffermazioni da parte delle sezioni semplici della Suprema Corte che, sviluppando il concetto, hanno asserito che il poterdovere del giudice penale di non tener conto degli atti amministrativi non conformi a legge «*si esercita con riguardo non solo a quelli, fra tali atti, che diano luogo all'estinzione o alla modifica di diritti soggettivi, ma anche a quelli, come le concessioni o le autorizzazioni, che costituiscono diritti soggettivi o rimuovono ostacoli al loro esercizio; e ciò, anche quando tali atti non siano frutto di collusione criminosa fra l'organo amministrativo ed il destinatario, ma siano semplicemente viziati da illegittimità*»⁶⁵. Ulteriore interessante precisazione fornita dalla Suprema Corte⁶⁶ è quella secondo cui, **in caso di giudicato amministrativo**, «*al giudice penale è preclusa la valutazione della legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale qualora sul tema sia intervenuta una sentenza irrevocabile del giudice amministrativo, ma tale preclusione non si estende ai profili di illegittimità, fatti valere in sede penale, che non siano stati dedotti ed effettivamente decisi in quella amministrativa*».

Ne consegue un duplice ordine di valutazioni.

Da un lato la presenza di un titolo abilitativo formalmente legittimo non preclude al giudice penale il sindacato sull'esistenza stessa del reato, ovvero la contrarietà dell'opera in sé rispetto alla normativa urbanistica, atteso che l'offesa racchiusa nei reati edili non riguarda solo la costruzione in assenza di permesso ma la costruzione *in vulnus* alla regolamentazione urbanistica ed edilizia⁶⁷; dall'altro, neanche l'esistenza di un giudicato

⁶⁴ Sul punto si segnala anche Cass., Sez. III, 22 aprile 2008, n. 26144 nella quale si legge: «*per quel che attiene alle deduzioni dei ricorrenti circa la concessione edilizia che avrebbe sanato l'abuso de quo il Collegio rileva che, come ha chiarito questa Corte (v. per tutte Cass. pen. sez. 6[^] sent. 17 febbraio 2003, n. 23255) in materia urbanistica, qualora venga realizzata un'opera sulla base di una concessione edilizia illegittima, l'esame del giudice penale ha ad oggetto l'eventuale integrazione della fattispecie penale prevista dalla l. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 20 ed in questa operazione il sindacato sull'atto illegittimo ha carattere incidentale. Analogamente deve ritenersi che, anche in caso di concessione in sanatoria, il sindacato del giudice penale può essere esteso, in via incidentale, alla legittimità dell'atto amministrativo*».

⁶⁵ Cass., Sez. III, 18 giugno 1999, n. 214976 espressamente richiamata dalla più recente Cass., Sez. Fer., 23 agosto 2012, n. 33600. Da ultimo in termini cfr. Cass., Sez. III, 9 settembre 2015, n. 36366.

⁶⁶ Cass., Sez. III, 23 ottobre 2014, n. 44077.

⁶⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 15 marzo 2017, n. 12389: «*In tema di reati edilizi, il giudice penale può verificare in via incidentale l'illegittimità del permesso di costruire in sanatoria che lo rende privo di validi effetti, in quanto contrastante con le previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disci-*

amministrativo formatosi sulla legittimità del titolo ostacola una diversa valutazione da parte del giudice penale, qualora esso si sia formato sulla base di allegazioni false e incomplete, dovendosi valorizzare l'autonomia del giudizio penale e i più intensi poteri probatori anche officiosi, preclusi nel giudizio amministrativo⁶⁸.

8. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale fonte del diritto e la crisi del principio d'intangibilità del giudicato

Tematica di particolare interesse è quella relativa al ruolo del giudice penale in caso di contrasto tra norma interna e norma internazionale o sovranazionale.

Con riferimento alla CEDU⁶⁹, in particolare, ogni questione relativa al suo valore giuridico ed alla sua collocazione nella gerarchia delle fonti è stata tradizionalmente⁷⁰ risolta nel senso di attribuire alla stessa il rango di legge ordinaria, essendo l'adattamento del diritto italiano alla Convenzione stessa avvenuto con la legge n. 848/1955.

Già prima dell'intervento della Consulta del 2007, si discuteva, alla luce della fondamentale rilevanza dei principi enunciati nella Convenzione, in relazione alla possibilità di ancorare il valore della CEDU ad una base legale di rango costituzionale. Tale fondamento costituzionale, in particolare, veniva da alcuni autori individuato nell'art. 2 Cost.⁷¹; altra tesi, invece, riteneva che tale valore dovesse essere desunto dall'art. 10 I co. Cost., avendo la CEDU codificato principi già aventi il rango di consuetudini internazionali⁷².

La Corte Costituzionale, intervenuta più volte sulla questione, nelle sue più risalenti pronunce, ha confermato il valore di legge ordinaria della CEDU, sottolineando, altresì, il valore ulteriore di parametro interpretativo⁷³ della Convenzione stessa.

Anche la Corte di Giustizia, nella ormai storica sentenza *Pupino*, ha confermato il valore di canone interpretativo della CEDU, sottolineando come *il criterio dell'interpretazione con-*

Valore giuridico della CEDU

Interpretazione della giurisprudenza (interna e della CGCE) prima del 2007

plina urbanistico-edilizia vigente, dovendosi escludere che il mero dato formale dell'esistenza di tale permesso precluda al giudice ogni valutazione in ordine alla sussistenza del reato».

⁶⁸ Cfr., Cass. pen., Sez. III, 24 maggio 2017, n. 31382: «La valutazione del giudice penale in ordine alla legittimità di un atto amministrativo, costituente il presupposto di un reato, non è preclusa da un giudicato amministrativo formatosi all'esito di una controversia instaurata sulla base di documentazione incompleta, o comunque fondata su elementi di fatto rappresentati in modo parziale o addirittura non veritiero, sempre che tali criticità risultino da dati obiettivi preesistenti e sconosciuti al giudice amministrativo, ovvero sopravvenuti alla formazione del giudicato».

⁶⁹ Firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 4 novembre 1953; essa certamente costituisce il più efficace strumento di protezione dei diritti civili e politici. Si tratta, di norma dal carattere vincolante, la cui violazione può essere invocata non solo dagli Stati membri, ma anche dai cittadini, attraverso il ricorso alla Corte di Strasburgo.

⁷⁰ Prima del 2007.

⁷¹ A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1975, p. 59 ss.

⁷² A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Cedam, Padova, 1989, p. 7 ss.

⁷³ La Corte Costituzionale, con sentenza 22 ottobre 1999, n. 388, ha ritenuto che «il contenuto della CEDU spesso coincide con il disposto costituzionale o lo integra, allo scopo di una più effettiva tutela dei diritti fondamentali». Si sottolinea, quindi, come la Consulta attribuisca espressamente valore di parametro interpretativo alla CEDU. Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2991.

forme trovi applicazione in ogni caso in cui la norma nazionale sia in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, a maggior ragione quando la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione. Ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione e non più solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione⁷⁴.

L'interpretazione della Corte Costituzionale: pronunce nn. 348 e 349/2007

La problematica in esame ha avuto un clamoroso arresto nel 2007 a seguito delle pronunce nn. 348/2007 e 349/2007 della Consulta, il cui contenuto può, come si vedrà, essere ancora oggi, pur a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ritenuto la linea guida della materia.

La Corte Costituzionale è intervenuta sulla *vexata quaestio* del valore della CEDU nel nostro ordinamento a seguito della novella del titolo V della seconda parte della Costituzione ed, in particolare, della nuova disciplina di cui all'art. 117 Cost.⁷⁵.

In tali sentenze viene drasticamente negata ogni efficacia diretta a livello interno delle disposizioni della Convenzione, con la conseguenza che il giudice interno non può operare un controllo diffuso sulla rispondenza della normativa interna ai principi della Convenzione e, quindi, non può disapplicare la normativa nazionale con essa contrastante.

Nel caso in cui il giudice interno rilevi l'esistenza di una siffatta antinomia, come precisato dalla Consulta, dovrà preliminarmente procedere all'interpretazione della norma interna secondo il paradigma dell'interpretazione conforme, individuando *un significato della norma interna orientato e conforme al testo ed allo spirito della CEDU*⁷⁶.

Qualora tale criterio interpretativo non sia sufficiente a risolvere il contrasto, il giudice interno è tenuto a sollevare eccezione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., poiché le disposizioni della Convenzione hanno valore *subcostituzionale*, e, cioè, di norma interposta tra Costituzione e legge.

Le norme CEDU, infatti, sono **norme internazionali pattizie**, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte. Il giudice non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con la norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117 I co. Cost., di esclusiva competenza del Giudice delle Leggi⁷⁷. Questo ultimo è tenuto ad effettuare una valutazione di legittimità costituzionale bifasica: potrà dichiarare incostituzionale la norma interna in contrasto con quella CEDU solo se questa ultima è conforme alla Costituzione.

Validità di tale interpretazione anche a seguito del Trattato di Lisbona

A seguito dell'entrata in vigore del **Trattato di Lisbona** e, quindi, del novellato art. 6 T.U.E.⁷⁸, la dottrina si è immediatamente interrogata sulla possibilità di ritenere ancora valide le coordinate ermeneutiche fornite dalla Corte Costituzionale nel 2007.

⁷⁴ CGCE, 16 giugno 2006, causa C-105/03, Pupino, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 640.

⁷⁵ Il novellato art. 117 Cost., infatti, dà, quindi, copertura costituzionale ai trattati internazionali e, conseguentemente, anche alla CEDU.

⁷⁶ Tale interpretazione sarà l'unica costituzionalmente orientata.

⁷⁷ Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 347/07, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475.

⁷⁸ Tale norma, in particolare, prevede che l'Unione riconosce e garantisce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta di Nizza (I co.) e che l'Unione aderisce alla CEDU (VI co.).

Un primo orientamento⁷⁹ ritiene che oggi la CEDU sia stata pienamente *comunitarizzata*⁸⁰ ed abbia, pertanto, conseguito valore *super-costituzionale*, così come la Carta di Nizza. Seguendo tale impostazione, parte della giurisprudenza amministrativa⁸¹ ha ritenuto che le norme della Convenzione siano direttamente applicabili nel sistema nazionale *ex art. 11 Cost. Viene in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero, nel caso in cui ciò non sia possibile, di procedere, in via immediata e diretta, alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno*⁸².

L'orientamento contrapposto, invece, sottolineando che il Trattato di Lisbona prevede la *comunitarizzazione* solo per la **Carta di Nizza**, ritiene che siano ancora pienamente applicabili i principi dettati nel 2007 dalla Corte Costituzionale.

L'art. 6 T.U.E., infatti, prevede esclusivamente che l'Unione *aderisce* alla CEDU, così legittimando un'eventuale successiva adesione dell'organizzazione internazionale alla Convenzione, adesione che, ad oggi, non è ancora stata attuata.

Tale tesi, in particolare, è stata recentemente condivisa dalla Corte di Giustizia⁸³, che pur riaffermando come i diritti fondamentali costituiscano parte integrante dei principi generali del diritto, ha ribadito che *«il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»*.

Sulla stessa scia di tale pronuncia, si è posto un recente arresto della Corte Costituzionale che ha precisato come dall'art. 6 del Trattato non possa farsi discendere la riferibilità della CEDU al diritto dell'Unione europea con conseguente impossibilità per il giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con la Convenzione⁸⁴.

L'orientamento fin qui delineato è stato, infine, anche accolto dal prevalente orientamento della Corte di Cassazione, che ha espressamente escluso la *«trattatizzazione indiretta e piena»* della CEDU⁸⁵. La Suprema Corte ha, in particolare, ritenuto che i principi enunciati nella Convenzione debbano ancora ritenersi quali *fonti interposte*, con la conseguenza che il giudice interno, verificata la difformità di una norma primaria interna alla Convenzione, deve, se possibile, applicare il criterio dell'interpretazione conforme, altrimenti non gli resta altra strada che adire il Giudice delle Leggi.

Questione di ampio spessore e particolare rilievo sussiste qualora la violazione della CEDU sia realizzata da una sentenza interna passata in giudicato. In passato, in assenza di un'espressa previsione norma-

Giudicato interno
in contrasto con
la CEDU

⁷⁹ Cfr. V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010.

⁸⁰ In base a tale teoria, il contrasto tra norma interna e CEDU dovrebbe essere oggi risolto dal giudice interno mediante un controllo diffuso, alla stregua di quanto avviene in caso di contrasto tra norma interna e norma dell'Unione europea dotata di efficacia diretta.

⁸¹ C.D.S., Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220.

⁸² T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 18 maggio 2010, n. 11984.

⁸³ Corte di Giustizia, 24 aprile 2012, C-571/10, Servet Kamberaj.

⁸⁴ Corte Cost., 12 marzo 2011, n. 80.

⁸⁵ Cass., SS.UU., 13 giugno 2012, n. 9595.

tiva, si accordava, alla luce del principio dell'intangibilità del giudicato, esclusivamente la tutela risarcitoria. Ben presto, tuttavia, ritenuta la stessa assolutamente insufficiente, la giurisprudenza ha cercato di individuare meccanismi idonei a garantire una *restitutio in integrum* del diritto leso.

Una delle prime pronunce in tal senso è da individuarsi nella giurisprudenza di merito ed, in particolare, in un incisivo provvedimento del Tribunale per i minorenni di Firenze che, a seguito di una pronuncia della Corte EDU, ha ritenuto necessaria una nuova valutazione del provvedimento di sospensione della potestà dei genitori⁸⁶.

La giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2005, in più pronunce, ha precisato che, a fronte di un processo ritenuto *non equo* dalla Corte di Strasburgo, unico strumento utilizzabile nel nostro ordinamento dovesse essere individuato nell'incidente di esecuzione nella forma partecipata⁸⁷.

Nel 2006, poi, con la storica sentenza "Somogyi", si assiste ad un ulteriore significativo arresto giurisprudenziale, nel quale per la prima volta viene espressamente superato il dogma dell'intangibilità del giudicato. In tale pronuncia, in particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che *qualsiasi sentenza che accerti una violazione dell'art. 6 CEDU posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (...) a collidere con il giudicato nazionale. Ed è appena il caso di sottolineare che il principio dell'intangibilità del giudicato, nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto (basti pensare all'istituto della revisione ovvero al più recente istituto del ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p.)*⁸⁸.

La successiva pronuncia "Dorigo", poi, ha precisato come, a fronte di una pronuncia della Corte di Strasburgo che riconosce il diritto alla rinnovazione del processo ritenuto non equo, *il giudice dell'esecuzione debba dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato stesso*⁸⁹.

Ammissa la possibilità di infrangere il giudicato violativo dei principi CEDU risulta, invero, ancora problematica l'individuazione dello strumento utilizzabile per consentire la penetrazione della pronuncia della Corte di Strasburgo nel nostro ordinamento. Tale strumento è stato, in un primo momento, individuato, in via giurisprudenziale, nell'art. 625 bis c.p.p.⁹⁰.

Proprio per coprire l'innegabile *vulnus* legislativo, più volte è stata riproposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva tra le ipotesi di revisione quella del contrasto tra il giudicato interno ed una pronuncia della Corte di Strasburgo.

Con una prima pronuncia⁹¹, in particolare, la Corte Costituzionale, pur esortando il legislatore ad un intervento volto a coprire il vuoto legislativo, aveva escluso la possibili-

⁸⁶ Trib. Min. Firenze, 18 settembre 2000, Scozzari.

⁸⁷ Cass. pen., Sez. I, 22 settembre 2005, n. 3171.

⁸⁸ Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi.

⁸⁹ Cass. pen., Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, Dorigo.

⁹⁰ Sul punto particolarmente innovativa è la pronuncia della Suprema Corte relativa al caso *Drassich*. In tale caso, in particolare, la pronuncia del giudice interno (passata in giudicato) era stata ritenuta non equa dalla Corte europea perché il giudice interno di ultima istanza, in ottemperanza al principio *narra mihi factum dabo tibi ius*, aveva mutato la qualificazione giuridica del fatto (da corruzione a corruzione in atti giudiziari) senza instaurare il contraddittorio sul punto. Per conformarsi alla pronuncia della Corte di Strasburgo, la Cassazione aveva ritenuto possibile utilizzare lo strumento di cui all'art. 625 bis c.p.p.

⁹¹ Corte Cost., 30 aprile 2008, n. 129.

tà di utilizzare lo strumento revisione, trattandosi di rimedio straordinario utilizzabile nelle sole ipotesi tassativamente elencate dal legislatore e solo in vista del proscioglimento del condannato.

Chiamata nuovamente, a distanza di un anno e mezzo dalla precedente pronuncia, a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. per violazione degli artt. 117 I co. Cost. e 46 CEDU, la Consulta precisava come sia *orientamento ormai consolidato, che, in caso di violazione dell'art. 6 CEDU, lo Stato convenuto non si possa limitare all'equa soddisfazione, ma debba adottare anche misure generali e, se del caso, individuali idonee ad eliminare gli effetti di tale violazione; tra le misure individuali adottande particolare rilievo è dato alla restitutio in integrum, a cui è riconosciuto carattere preferenziale.*

Preso atto dell'inerzia del legislatore, nonostante la pronuncia «esortativa» che la stessa Corte aveva emesso in precedenza, nonché della particolare urgenza dell'intervento, la Consulta opta per una sentenza interpretativa di accoglimento con cui dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p. *nella parte in cui non consente di ricorrere alla revisione per dare attuazione all'obbligo ex art. 46 CEDU*⁹², così rendendo pienamente utilizzabile tale rimedio straordinario per superare il dogma dell'intangibilità del giudicato a fronte di un giudicato ritenuto non equo dalla Corte di Strasburgo⁹³. Sul superamento dell'intangibilità del giudicato, si veda altresì cap. 2, § 5.2.

9. Il principio del *ne bis in idem* nel tormentato dialogo tra la giurisprudenza interna e le Corti europee: alla ricerca dell'unicità del fatto e della sanzione

Il principio del *ne bis in idem* esprime, in via generale, il divieto di reiterazione del giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto.

Il principio del *ne bis in idem*

È una regola antica⁹⁴, che sintetizza nella sua perentorietà la convergenza di diverse *rationes*: da un lato soddisfa esigenze di economia processuale, evitando eventuali duplicazioni dei procedimenti; dall'altro, assicura la certezza del diritto, garantendo la stabilità delle decisioni divenute definitive.

Il divieto, impedendo una pluralità di processi in relazione allo stesso fatto, contribuisce alla certezza obiettiva del diritto, prevenendo anticipatamente un possibile con-

⁹² Corte Cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3299 ss.

⁹³ La Corte Costituzionale ha, inoltre, precisato, come «*la revisione (...) comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo, che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove – costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato [degli artt. 117 co. 1 Cost. e 46 CEDU]*».

⁹⁴ Il principio compare già nel diritto romano, e, precisamente, nell'ambito delle *legis actiones*, vigenti nel II secolo a.C., essendo espresso nel brocardo *bis de eadem re ne sit actio*, con il quale si affermava che un diritto, una volta che fosse stato anche solo in *iudicium deductum* e, anche se non ancora *iudicatum*, non avrebbe più potuto costituire oggetto di un nuovo procedimento. La preclusione si formava al momento della *litis contestatio* che, chiudendo la prima fase del giudizio, cristallizzava il successivo *thema decidendum*.

Successivamente, il *ne bis in idem* venne collegato alla definitività ed irretrattabilità del giudicato, fondando l'assunto secondo cui *res iudicata pro veritate accipitur*.

Sul tema si veda V. ANDRIOLI, *Ne bis in idem*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 185 ss.

flitto tra giudicati (come dimostrato anche dall'art. 669 c.p.p.).

È un valore funzionale al processo e all'autorità della sua decisione finale, edificando la portata preclusiva della *res iudicata*.

La **connotazione processuale** del *ne bis in idem* spiega perché la sua disciplina sia confinata nel Codice di rito, all'art. 649 c.p.p., ove risulta legato alla nozione di giudicato formale (art. 648 c.p.p.), presupponendo per la sua operatività **la sussistenza di una sentenza o di un decreto divenuti irrevocabili**⁹⁵.

L'enunciazione nell'art. 649 c.p.p. si è rivelata, tuttavia, una sede normativa alquanto stretta per una regola che aspiri a divenire un principio generale dell'ordinamento, come sottolineato dalle **Sezioni Unite**, che riconoscono al *ne bis in idem* un duplice ruolo, come «*presidio al principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile*» e come «*diritto civile e politico dell'individuo, sicché il divieto deve ritenersi sancito anche a tutela dell'interesse della persona, già prosciolta o condannata, a non essere nuovamente perseguita*»⁹⁶; l'art. 649 c.p.p. costituisce, pertanto, solo «*un singolo, specifico, punto di emersione del principio del ne bis in idem, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema*».

Tale affermazione consente di sganciare il *ne bis in idem* dal concetto di giudicato⁹⁷, permettendo al divieto di operare anche in presenza di una pronuncia non ancora definitiva, come principio fondamentale del sistema⁹⁸, che disvela anche una **ratio sostanziale** che si affianca a quella processuale esaminata.

Accanto alle esigenze di certezza obiettiva del diritto si collocano imprescindibili esigenze di certezza "soggettiva", come garanzia per il cittadino contro eventuali abusi del potere giurisdizionale.

Il principio viene letto in una nuova ottica personalistica, come tutela per l'individuo contro i rischi derivanti dalla duplicazione del processo, che costituisce di per sé una "pena anticipata"⁹⁹, nonché della sanzione finale.

La visione personalistica facilita la proiezione del *ne bis in idem* dal versante processuale a quello sostanziale del diritto penale, ed agevola l'interpretazione di istituti come il concorso apparente di reati (art. 15 c.p.) e di circostanze (art. 68 c.p.), il reato complesso (art. 84 c.p.), e le clausole di sussidiarietà espressa previste per alcuni reati di parte speciale¹⁰⁰.

⁹⁵ In ciò emerge una differenza con i sistemi di *Common law*, in cui il divieto di c.d. "*double jeopardy*", ha una portata più ampia non presupponendo l'esistenza di un ipotetico conflitto tra giudicati.

⁹⁶ Cfr. Cass., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655.

⁹⁷ Le Sezioni Unite 28 giugno 2005, n. 34655, *cit.*, sanciscono infatti l'improcedibilità dell'azione penale in un secondo processo, avente ad oggetto il medesimo fatto, quand'anche il primo procedimento non sia chiuso con una sentenza non passata in giudicato.

Più di recente, Cass., Sez. I, 26 giugno 2013, n. 27834, secondo cui il principio del *ne bis in idem* assume portata generale nel vigente diritto processuale penale, trovando espressione nelle norme sui conflitti positivi di competenza (art. 28 c.p.p.), nel divieto di un secondo giudizio (art. 649 c.p.p.), e nell'ipotesi di pluralità di sentenze per il medesimo fatto (art. 669 c.p.p.).

⁹⁸ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 27/1995, n. 318/2001 e n. 39/2002.

⁹⁹ Si richiamano, in proposito, le parole di F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma 1946, p. 35, che afferma, icasticamente, come «*il processo di per sé è pena*».

¹⁰⁰ Come quella contenuta, ad esempio, nell'*incipit* dell'art. 323 c.p.

Si tratta di fenomeni che possono essere spiegati proprio riconoscendo al principio del *ne bis in idem* una valenza anche sostanziale, che impedisce di addebitare più volte a carico del medesimo soggetto il disvalore già espresso da altra fattispecie.

Se questa è l'attuale portata del principio in esame, appare ancora più problematica l'assenza di un suo esplicito riconoscimento a livello costituzionale.

Alcuni tentano di agganciarlo all'art. 111 Cost., in quanto corollario del giusto processo, posto simultaneamente a tutela del diritto di difesa, della ragionevole durata del processo e della finalità rieducativa della pena *ex art. 27 III co. Cost.*; altri, rassegnati di fronte alla lacuna costituzionale, valorizzano la copertura derivante dalle fonti sovranazionali, per effetto del viatico di cui all'art. 117 Cost.

Il *ne bis in idem* è, infatti, espressamente sancito dall'**art. 4 del settimo Protocollo della CEDU**, nonché dall'**art. 50 della Carta di Nizza**.

Il richiamo alle fonti sovranazionali, da un lato rafforza la valenza del principio, riconosciuto ad un triplice livello (nazionale, convenzionale ed eurounitario), dall'altro pone delicati problemi di coordinamento tra i diversi sistemi, che divergono in merito al suo ambito applicativo.

Lo scontro si è verificato su due fronti distinti e paralleli, relativi rispettivamente all'individuazione dell'unicità del "fatto", e della "sanzione".

Sotto il primo profilo, l'art. 649 c.p.p., nel sancire il divieto di un secondo giudizio fa riferimento al «*medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze*». Tale locuzione, è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza nazionale come riferita al **fatto nella sua identità normativa**, ovvero come coincidenza degli elementi tipici della fattispecie incriminatrice: soggetto, condotta, nesso di causalità ed evento.

La nozione di "stesso fatto"

Quanto al presupposto soggettivo, si richiede l'identità tra la persona già giudicata e quella che si vorrebbe nuovamente sottoporre a procedimento penale, non essendovi alcuna preclusione per un giudizio che abbia ad oggetto il medesimo fatto sui cui si è formato il giudicato, ma in relazione agli altri concorrenti¹⁰¹.

In relazione al presupposto oggettivo, le Sezioni Unite¹⁰² hanno affermato come «*il medesimo fatto esprime l'identità storico – naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona*».

La valutazione di identità non si fonda solo sulla condotta dell'agente ma sulla triade «*condotta, evento, e nesso di causalità*», talché se uno di tali elementi, nella sua accezione giuridica, si presenta diverso, non può riscontrarsi quel medesimo fatto che impone il divieto di un secondo giudizio.

La coincidenza del fatto oggetto dei diversi procedimenti non dev'essere vagliata, dunque, in relazione alle connotazioni naturalistiche e fenomeniche della condotta, piuttosto con riguardo alle fattispecie criminose integrate¹⁰³; l'identità non riguarda il

¹⁰¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 novembre 2013, n. 46301.

¹⁰² Cfr. Cass., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655, cit.

¹⁰³ Cfr. Cass., Sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645, secondo cui «*la preclusione prevista dall'art. 649 c.p.p. opera nella sola ipotesi in cui vi sia, nelle imputazioni formulate nei due diversi processi a carico della stessa persona, corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni*».

“fatto storico” ma il “fatto giuridico”, ovvero la qualificazione normativa che nel processo viene attribuita alla condotta attraverso l'imputazione.

L'assunto trova conferma in quell'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, che esclude l'operatività del *ne bis in idem* a fronte di un concorso formale di reati, ritenendo il giudicato formatosi sul fatto storico non preclusivo di un successivo giudizio avente ad oggetto la medesima condotta empirica ma valutata sotto il profilo di una diversa violazione di legge¹⁰⁴.

La giurisprudenza della Corte EDU si è schierata invece sull'opposta ricostruzione dell'unicità del fatto nella sua dimensione storica, censurando l'operato delle Corti interne che fondavano il principio del *ne bis in idem* sul raffronto tra fattispecie astratte di reato.

Si è affermato che l'art. 4 del settimo Protocollo CEDU, pone «*il divieto di perseguire e giudicare una persona per un secondo reato quando all'origine di questo vi siano fatti identici o fatti “sostanzialmente” uguali a quelli all'origine del primo reato*»¹⁰⁵.

La preclusione per un nuovo giudizio scatta, dunque, in presenza di un **medesimo fatto storico** già oggetto di un precedente procedimento, a prescindere dalla sua qualificazione giuridica; ne consegue l'inaccettabilità delle coordinate espresse in tema di concorso formale, poiché l'identità della condotta materiale da cui derivano le diverse violazioni di legge, precluderebbe l'instaurazione di un successivo procedimento una volta sceso il giudicato sul fatto storico da cui originano.

Il contrasto interpretativo ha indotto a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo “fatto giuridico”, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo “fatto storico” così come delineato dalla Corte EDU, per violazione dell'art. 117 I co. Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU¹⁰⁶.

Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200

La Corte Costituzionale, con sentenza 21 luglio 2016, n. 200, stigmatizza l'orientamento consolidato dei giudici nazionali, virando verso un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 649 c.p.p.

In primo luogo, i giudici costituzionali, con un delicato lavoro ermeneutico, tentano di ricucire lo strappo tra la giurisprudenza interna e quella della Corte europea.

In particolare, si evidenzia come la dicotomia tra *idem factum* e *idem legale* nell'interpretazione del presupposto oggettivo del *ne bis in idem* vada ridimensionata, dal

¹⁰⁴ Cfr. Cass., Sez. IV, 7 giugno 2004, n. 25305, secondo cui la preclusione del '*ne bis in idem*' non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, «*in quanto la fattispecie può essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge, derivante dallo stesso fatto, con il limite che nel diverso giudizio non sia stata dichiarata l'insussistenza del fatto o la mancata commissione di esso da parte dell'imputato, poiché in questo caso l'evento giuridico considerato successivamente si pone in rapporto di inconciliabilità logica con il fatto già giudicato*».

¹⁰⁵ Cfr. Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009 *Zolotukhine c. Russia*. Il principio è stato poi ribadito dalla sentenza della Corte EDU Grande Stevens c. Italia del 4 marzo 2014, in cui si è ulteriormente precisato che ai fini dell'accertamento della sussistenza del *bis in idem*, non si tratta di verificare se vi sia coincidenza tra gli «*elementi costitutivi degli illeciti*», ma se vi sia sovrapposibilità tra i fatti oggetto, rispettivamente, della prima e della seconda contestazione, perché riconducibili alla «*medesima condotta*».

¹⁰⁶ La questione è stata sollevata dal Tribunale di Torino con ordinanza del 24 luglio 2015, in relazione al caso “Eternit”, dal momento che gli imputati venivano sottoposti ad un nuovo procedimento per omicidio per la medesima condotta di diffusione di polveri di amianto, nonostante fosse sceso il giudicato sull'imputazione per i delitti di cui agli artt. 434 e 437 c.p., a seguito della sentenza della Corte Cass. 23 febbraio 2015, n. 7941.

momento che anche la Corte EDU nella nozione di fatto storico non fa riferimento alla sola condotta dell'imputato, ma vi fa rientrare anche l'evento e il nesso di causalità¹⁰⁷.

Vi è dunque concordanza di vedute circa la considerazione del medesimo fatto nella sua triadica articolazione di condotta, evento e nesso di causalità, sebbene, ed in questa precisazione risiede la svolta fondamentale della Corte, tali elementi debbano essere valutati dal punto di vista empirico e non giuridico.

Il contrasto tra medesimo fatto giuridico e medesimo fatto storico, che sembra sussistere in astratto, non si verifica in concreto perché sia l'art. 4 del settimo protocollo CEDU, sia l'art. 649 c.p.p., fanno riferimento al secondo significato, il quale è pienamente conforme a Costituzione.

Il riferimento all'*idem legale*, porrebbe l'art. 649 c.p.p. in rotta di collisione, non solo con l'art. 117 Cost., ma anche con i principi sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost., recando con sé il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, esponga perennemente l'individuo a continue iniziative punitive nei suoi confronti.

La frattura viene dunque ricomposta mediante la roboante affermazione che «Costituzione e CEDU si saldano nella garanzia che la persona già giudicata in via definitiva in un processo penale non possa trovarsi imputata per il medesimo fatto storico, e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio».

Risolta in via ermeneutica la prima questione di costituzionalità, la Corte prende atto dell'esistenza del suddetto orientamento che esclude l'operatività del *ne bis in idem* a fronte di un concorso formale, e questa volta, giunge alla declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p.; ciò perché il giudice per compiere la valutazione di cui all'art. 81 I co. c.p., deve necessariamente passare dall'*idem factum* all'*idem legale*, cadendo in contrasto con il principio sancito all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU.

Ne bis in idem e concorso formale

Per sciogliere il nodo tra unità e pluralità di reati, l'interprete è chiamato a valutazioni normative dovendosi interrogare, tra l'altro, sul bene giuridico tutelato dalle convergenti disposizioni penali, e guarda all'evento in un'accezione che cessa di essere empirica, spostandosi in una dimensione giuridica incompatibile con il principio del *ne bis in idem*, così come interpretato dalla Corte europea.

Ecco allora che si palesa l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella misura in cui «esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Precisa la Corte che «non vi è (...) alcuna ragione logica per concludere che il fatto, pur assunto nella sola dimensione empirica, si restringa all'azione o all'omissione, e non comprenda, invece, anche l'oggetto fisico su cui cade il gesto, se non anche, al limite estremo della nozione, l'evento naturalistico che ne è conseguito, ovvero la modificazione della realtà indotta dal comportamento dell'agente».

¹⁰⁸ Nel caso "Eternit", da cui è sorta la questione di legittimità costituzionale, non sembra però che possa giungersi ad una declaratoria di improcedibilità, poiché non si riscontrano i presupposti per l'operatività del *ne bis in idem* così come interpretato dalla Corte Costituzionale: se infatti nell'*idem factum* devono rientrare la medesima condotta, nesso di causalità ed evento, nella loro accezione empirica, è innegabile che l'evento di disastro ex art. 434 c.p., su cui è sceso il giudicato nel primo giudizio, sia naturalisticamente diverso dall'evento di omicidio per cui si è aperto il secondo processo.

Ne bis in idem e
sanzioni
amministrative

Lo scontro tra giurisprudenza interna e sovranazionale si è fatto ancora più acceso in relazione alla **nozione di “illecito” e “sanzione” penale**, che si interseca con l’evoluzione subita dal principio del *ne bis in idem*.

La Corte EDU, a partire dalla storica sentenza *Engel*¹⁰⁹ accoglie una concezione autonoma di sanzione penale, fondata sul riscontro dei criteri alternativi della qualificazione giuridica della misura nel diritto nazionale, della natura e dello scopo della stessa, del grado di severità e del procedimento correlato alla sua adozione.

Si accoglie una **nozione sostanziale** che consente di ritenere intrinsecamente penali anche quelle sanzioni formalmente definite diversamente dagli ordinamenti interni.

L’attribuzione della **natura penale alla sanzione**, da parte della Corte di Strasburgo, **determina l’estensione delle garanzie tipiche**, previste dagli artt. 6 e 7 CEDU¹¹⁰, e tra esse, vi rientra certamente il principio del *ne bis in idem*.

Si prospetta allora un diverso profilo di incostituzionalità dell’art. 649 c.p.p., nella parte in cui riferendosi solo a procedimenti sanzionatori formalmente penali, consente l’applicazione per uno stesso fatto di sanzioni non appartenenti al sistema penale, ma giudicate tali dall’interpretazione fornita dalla Corte EDU.

La questione è esplosa in merito alle sanzioni amministrative, connotate da elevato grado di afflittività tale da dover essere sottoposte alle medesime garanzie della pena criminale, tra cui il divieto di cui all’art. 4 Protocollo 7 CEDU.

Nel mirino della giurisprudenza europea si colloca precisamente il sistema del c.d. **“doppio binario sanzionatorio”**, che consente l’instaurazione di un procedimento penale per fatti già puniti mediante l’applicazione di una sanzione amministrativa.

Corte EDU sentenza
4 marzo 2014 *Grande Stevens*

Le criticità del sistema sono state rivelate dalla sentenza della **Corte EDU del 4 marzo 2014 *Grande Stevens***, in cui i giudici europei hanno censurato la normativa italiana in tema di manipolazione del mercato, illecito sanzionato penalmente dall’art. 185 t.u.f., e in via amministrativa dall’art. 187 *ter* t.u.f.

La coincidenza delle condotte descritte dalle due norme rende ingiustificata la previsione con cui l’art. 187 *ter* t.u.f., fa salva l’applicazione delle sanzioni penali, secondo una relazione non di sussidiarietà tra reato ed illecito amministrativo, ma di concorrenza.

Ebbene, la Corte europea ritiene che **le sanzioni pecuniarie inflitte a norma dell’art. 187 *ter* dalla Consob, perseguono uno scopo afflittivo e repressivo**, e pertanto, nonostante il legislatore italiano le qualifichi formalmente come amministrative, in realtà costituiscono una sanzione sostanzialmente penale, creando una duplicazione sanzionatoria rispetto alla fattispecie, formalmente e sostanzialmente penale, dell’art. 185 t.u.f.¹¹¹.

Ciò rende la disciplina italiana in materia di manipolazioni del mercato incompati-

¹⁰⁹ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*.

¹¹⁰ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*.

¹¹¹ Nel caso concreto, la Corte ravvisa una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto i ricorrenti, condannati in via definitiva per violazione dell’art. 187 *ter* t.u.f. in un procedimento davanti la Consob, sono stati successivamente sottoposti ad un nuovo processo davanti al giudice penale, in cui veniva contestato l’illecito penale di cui all’art. 185 t.u.f. Ebbene, la Corte di Strasburgo rileva una violazione del *ne bis in idem* poiché ritiene che oggetto del secondo procedimento sia la stessa condotta già sanzionata nel primo procedimento davanti la Consob.

bile con la CEDU, in quanto lesivo del diritto ad un equo processo *ex art. 6*, e del principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla CEDU¹¹².

L'impatto della sentenza *Grande Stevens* nell'ordinamento interno è stato dirimente, e ha suscitato dubbi di incostituzionalità dell'intero sistema del doppio binario sanzionatorio, nelle sue principali applicazioni: accanto alla fattispecie di manipolazione del mercato esaminata, sul banco degli imputati è stato posto anche il rapporto tra le fattispecie di cui agli artt. 184 e 187 *bis* t.u.f. (in tema di abuso di informazioni privilegiate) e l'apparato repressivo degli illeciti tributari di cui al d.lgs. n. 74/2000¹¹³.

Acclarata l'impossibilità di un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 649 c.p.p., poiché la norma, facendo espresso riferimento ai soli "processi penali", non può spingersi sino a vietare un concorso tra la sanzione amministrativa e quella penale¹¹⁴, la giurisprudenza si è trovata costretta a ricorrere all'incidente di incostituzionalità *ex art. 117 I co. Cost.*, per rimuovere le violazioni denunciate dalla Corte di Strasburgo.

Le strade seguite sono state sostanzialmente due: da un lato si cercato di colpire direttamente l'art. 649 c.p.p., nella sua ristretta formulazione¹¹⁵, dall'altro si è sollecitato un intervento manipolativo della Corte Costituzionale sulle singole fattispecie incriminatrici¹¹⁶, cercando di inserire nelle disposizioni che sanzionano gli illeciti amministrativi una vera e propria clausola di sussidiarietà rispetto alle corrispondenti ipotesi di reato¹¹⁷.

¹¹² Si ricorda che l'Italia, nel ratificare il Protocollo n. 7 della CEDU, aveva espresso un'apposita riserva con lo specifico fine di contenerne l'ambito di applicazione del *ne bis in idem* alle sole decisioni qualificate anche formalmente come "penali" nei rispettivi ordinamenti. Tale riserva è stata giudicata invalida dalla Corte per eccessiva genericità.

¹¹³ La Corte EDU nella sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*, e nella sentenza 27 novembre 2014 *Lucky Dev c. Svezia*, afferma apertamente l'incompatibilità con i principi convenzionali del sistema del doppio binario in materia tributaria. Sul punto si veda M. Dova, *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁴ Come affermato da Cass., Sez. III, 22 giugno 2016, n. 25815, che ha annullato con rinvio la decisione del Tribunale di merito che aveva disposto il non doversi procedere, *ex art. 649 c.p.p.*, in relazione a un fatto di omesso versamento di IVA (art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000) per il quale erano già state irrogate sanzioni amministrative dall'amministrazione tributaria. Sul punto, si veda F. VIGANO, *Omesso versamento di IVA e diretta applicazione delle norme europee in materia di ne bis in idem?*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹⁵ Il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 21 aprile 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., in relazione all'art. 10 *ter* d.lgs. n. 74/2000, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata comminata, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della Convenzione EDU e dei relativi Protocolli.

¹¹⁶ La Sezione V della Corte di Cassazione, con ordinanza del 15 gennaio 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale sulla vigente disciplina in materia di abuso di informazioni privilegiate *ex art. 187 bis* t.u.f., per sospetto contrasto con gli obblighi discendenti dall'art. 4 Prot. 7 CEDU, come interpretato tra l'altro nella sentenza della Corte EDU *Grande Stevens c. Italia*. Poco dopo, la Sezione Tributaria della Corte di Cassazione con ordinanza del 21 gennaio 2015 solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *ter* t.u.f., per contrasto con l'art. 117, I co. Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU. Le due ordinanze, oltre a riferirsi a due fattispecie distinte, guardano al medesimo fenomeno da due angolazioni opposte: la prima sostiene l'improcedibilità del processo penale instauratosi dopo l'applicazione della sanzione amministrativa da parte della Consob; la seconda, viceversa, ritiene inapplicabile la sanzione amministrativa da parte della stessa Autorità, a seguito della formazione di un giudicato nel processo penale per il medesimo fatto.

¹¹⁷ L'ordinanza della V Sezione penale, da ultimo citata, aveva sollevato questione di illegittimità costituzionale proprio dell'art. 187 *bis* t.u.f., nella parte iniziale in cui prevede «*Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato*» anziché «*Salvo che il fatto costituisca reato*». La medesima ordinanza, in via subordinata, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui non prevede la sua applicazione anche quando la persona è stata giudicata in via definitiva per il medesimo fatto punito

La Corte Costituzionale, con sentenza 12 maggio 2016, n. 102, fornisce una risposta evasiva, dichiarando le questioni prospettate inammissibili, sia in relazione all'art. 187 *bis* t.u.f., per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*¹¹⁸, sia in relazione all'art. 649 c.p.p., per l'incertezza dell'intervento additivo richiesto. La pronuncia additiva invocata, non determinerebbe un ordine di priorità tra il procedimento penale e quello amministrativo, affidando l'operatività della preclusione ad un semplice criterio di priorità temporale, ponendo così rimedio a singoli casi ma non alla violazione strutturale del divieto di *bis in idem* come censurata dalla Corte EDU¹¹⁹.

Anche in relazione agli illeciti tributari, la Corte Costituzionale¹²⁰ si è rifiutata di prendere una posizione espressa, restituendo gli atti al giudice remittente per una nuova valutazione della rilevanza della questione sollevata. Alla luce delle modifiche normative intervenute con la recente riforma dei reati tributari, ad opera del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Nel tormentato dialogo, è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'U.E. che, tuttavia, segue un'interpretazione del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza, coincidente solo in parte con l'elaborazione fornita dai giudici di Strasburgo¹²¹.

La Corte non censura l'astratta incompatibilità del sistema del "doppio binario", ma subordina l'eventuale violazione del *ne bis in idem* al concreto accertamento della natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa irrogata.

Pertanto, si ammette implicitamente la possibilità che sia *astrattamente* comminata una pluralità di sanzioni eterogenee per un medesimo fatto, pur non negando il rischio che una tale previsione intercetti il divieto di cui all'art. 50 della Carta di Nizza.

Del resto, la facoltà di predisporre un "doppio binario" sanzionatorio è espressamente prevista da una serie di atti normativi dell'Unione stessa, volti ad imporre agli Stati membri l'adozione di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" a presidio di interessi eurounitari¹²².

con una sanzione amministrativa alla quale debba essere riconosciuta natura penale ai sensi dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU.

¹¹⁸ I giudici costituzionali affermano l'irrelevanza dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187 *bis* t.u.f., dal momento che la sanzione amministrativa era già stata definitivamente applicata, essendo la questione stata sollevata nel successivo procedimento penale per il reato di cui all'art. 184 t.u.f.

¹¹⁹ La Consulta, riuniti i procedimenti, dichiara infine inammissibile anche la questione di legittimità proposta dalla Sezione Tributaria con l'ordinanza del 21 gennaio 2015, in quanto formulata in maniera eccessivamente dubitativa e perplessa.

¹²⁰ Cfr. Corte Cost., ordinanza del 20 maggio 2016, n. 112 che suggerisce al giudice *a quo* di valutare la rilevanza della questione soprattutto in virtù della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 13 *bis* d.lgs. n. 74/2000, che prevede l'estinzione del reato qualora l'imputato abbia saldato il proprio debito con l'Agenzia delle entrate prima dell'apertura del dibattimento di primo grado.

¹²¹ La Corte di Giustizia, nella nota sentenza *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, emessa il 26 febbraio 2013 in causa C-617/2010, affrontando la questione del «se occorra interpretare il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta nel senso che esso osta a che siano avviati nei confronti di un imputato procedimenti penali per frode fiscale, una volta che gli è già stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione» ha stabilito che «l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali. Infatti, per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili ... Esse possono quindi essere inflitte sotto forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due. Solo qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

¹²² Ciò è previsto, ad esempio, in materia di abusi di mercato, dapprima dalla direttiva 2003/6/CE e in

Tale apertura verso il sistema del doppio binario sembra aver fatto breccia anche presso la Grande Camera della Corte EDU¹²³, che con una recente e fondamentale pronuncia ha affermato che l'art. 4 prot. 7 CEDU non esclude, in linea di principio, che uno Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articolano in procedimenti distinti attraverso procedimenti distinti, «*purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato*»¹²⁴.

Accanto a questa valutazione di proporzionalità e ragionevolezza, il sistema del doppio binario sanzionatorio può dirsi astrattamente ammissibile qualora vi sia una «*sufficiente connessione*» tra i procedimenti, talché essi appaiano come un'unica risposta ordinamentale al medesimo illecito.

La Corte osserva che per assicurare il rispetto dell'art. 4 protocollo 7 CEDU, basterebbe prevedere un meccanismo in grado di unificare, in qualche stadio della procedura, i due procedimenti sanzionatori, in modo tale da garantire l'irrogazione delle differenti sanzioni da parte di un'unica autorità e nell'ambito di un unico processo.

La sentenza chiarisce poi che l'art. 4 prot. 7 CEDU, non esclude lo svolgimento parallelo di due procedimenti, purché essi appaiano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta, e purché esistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili.

In altre parole, la condizione di legittimità per il doppio binario sanzionatorio viene individuata nella connessione tra i procedimenti, di modo che i due giudizi paralleli possano coordinarsi tra loro, rendendo così la duplice sanzione finale una risposta ordinamentale all'illecito proporzionata e prevedibile.

Le statuizioni della Grande Camera segnano certamente un parziale ritorno dei giudici di Strasburgo sui propri passi, ma non sembrano idonee a fornire una soluzione definitiva all'annosa questione della compatibilità convenzionale del doppio binario sanzionatorio.

La sentenza attenua la tensione di un dialogo tra Corti divenuto troppo difficile, ma non consente di eliminare le distonie dell'ordinamento interno.

Una possibile soluzione può forse riscontrarsi nell'evidenziata evoluzione del principio del *ne bis idem*. Se la Corte Costituzionale e le Corti europee ormai convergono nell'interpretazione del medesimo fatto nella sua unicità storica, il passo è breve nel ritenere applicabile il divieto anche al rapporto tra sanzioni penali ed amministrative.

Del resto, la sensazione è che il principio in esame stia acquisendo sempre più una portata sostanziale che gli consente di distaccarsi dall'ambito processuale penale in senso stretto, divenendo un valore del sistema.

Il concorso apparente tra illecito penale ed illecito amministrativo, che si pone alla base del doppio binario, potrebbe essere facilmente risolto facendo ricorso ai crite-

seguito dal regolamento UE n. 596/2014 e dalla direttiva 2014/57/UE i quali prevedono l'obbligo di prevedere sanzioni penali e la facoltà di accostarvi misure alternative.

¹²³ Corte EDU, Grande Camera, sentenza 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*.

¹²⁴ Si veda, F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it.

ri della consunzione o dell'assorbimento, che costituiscono espressione proprio del *ne bis in idem* sostanziale.

I tempi, tuttavia, non sembrano maturi per un ritorno ai criteri valoriali in assenza di un intervento normativo, dal momento che la giurisprudenza è ancora compatta nel mettere al bando strumenti di risoluzione dei conflitti apparenti tra norme diversi dal principio di specialità.

9.1. *Ne bis in idem* e reati tributari: la Corte Costituzionale salva ancora il doppio binario sanzionatorio (Corte Cost., sentenza 2 marzo 2018, n. 43)

La tensione tra il sistema del doppio binario sanzionatorio e il principio del *ne bis in idem* si è manifestata anche nell'ambito dei reati tributari, portando a dubitare della legittimità di un sistema che cumula due risposte ordinamentali diverse al medesimo illecito, rispettivamente di carattere penale ed amministrativo.

Con ordinanza del 30 giugno 2016, il Tribunale di Monza aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con l'art. 117, I co. Cost., in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU «*nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi Protocolli*»¹²⁵.

Secondo la prospettazione fornita dal giudice rimettente la sanzione amministrativa tributaria inflitta in via definitiva all'imputato, vagliata alla luce dei criteri della giurisprudenza convenzionale, assumerebbe natura penale, e pertanto, l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione vieterebbe di procedere nuovamente per il medesimo fatto e nei confronti della stessa persona.

L'identità del fatto si desumerebbe in particolare dall'unicità della condotta omissiva contestata, suscettibile di essere inquadrata analogamente nello schema dell'illecito penale ed amministrativo.

Aggiunge inoltre che gli artt. 19, 20 e 21 d.lgs. n. 74/2000 prevengono, «*sul piano sostanziale, la duplicazione delle sanzioni*», ma non impediscono, l'avvio del procedimento penale dopo che la sanzione tributaria amministrativa è divenuta definitiva.

L'art. 19 d.lgs. n. 74/2000 infatti stabilisce che quando il medesimo fatto è punito, in quanto reato, ai sensi del Titolo II d.lgs. n. 74/2000, e allo stesso tempo, in quanto illecito amministrativo, deve essere applicata la sola disposizione speciale, che, nel caso oggetto del processo principale, è quella penale.

Questa regola, tuttavia, non impedisce che il procedimento amministrativo finalizzato all'applicazione della sanzione e il processo tributario siano contemporaneamente avviati e se del caso conclusi, posto che la legge esclude che essi siano sospesi a causa

¹²⁵ Nel caso di specie, l'imputato era stato tratto a giudizio per il reato di cui all'art. 5 I co. d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, per avere omesso di presentare la dichiarazione dell'anno 2008 relativa all'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e all'imposta sul valore aggiunto (IVA), al fine di evadere tali imposte per un importo superiore alla soglia di punibilità.

Per la medesima omissione, all'imputato era stata comminata la sanzione amministrativa, ai sensi degli artt. 1 I co. e 5 I co. d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, pari al 120% di entrambe le imposte evase.

della pendenza del procedimento penale, stante il disposto dell'art. 21 d.lgs. n. 74/2000.

Più precisamente, si osserva che l'art. 19 d.lgs. n. 74/2000, enunciando il principio di specialità nel rapporto tra reato e illecito amministrativo tributario, assicura che un soggetto non possa subire l'applicazione sia della sanzione tributaria sia della sanzione penale; all'esito dei procedimenti parallelamente instaurati, verrà applicata la sola sanzione speciale che, nell'ottica dell'ordinanza di rimessione, sarebbe quella penale.

L'art. 19 scongiurerebbe dunque le ipotesi di *bis in idem* sostanziale, ovvero di cumulo tra sanzione amministrativa e sanzione penale in rapporto al medesimo fatto, operando la clausola di salvaguardia del principio di specialità.

Sotto il profilo processuale, la normativa vigente postula tuttavia che per lo stesso fatto debbano svolgersi due procedimenti distinti, l'uno penale e l'altro tributario, e non esclude che uno di essi possa essere avviato o proseguito anche dopo che l'altro si è definitivamente concluso.

Ed infatti, pur operando il principio di specialità, l'amministrazione è comunque tenuta a irrogare le sanzioni amministrative, che si prestano così a divenire definitive; esse restano ad ogni modo inesorabili, fino a quando il procedimento penale non è stato definito con provvedimento di archiviazione o sentenza irrevocabile di assoluzione o di proscioglimento con formula che esclude la rilevanza penale del fatto (art. 21 II co. d.lgs. n. 74/2000).

In altri termini la sanzione tributaria viene disposta e acquisisce natura definitiva, ma, in virtù del principio di specialità, può essere messa in esecuzione solo se per il medesimo fatto non è stata inflitta una pena. A tal fine, la normativa vigente rende necessario avviare il procedimento penale, quand'anche, come è accaduto nel giudizio *a quo*, esso sia posteriore alla definizione del procedimento e del contenzioso tributario.

Il sistema vigente presuppone perciò una fisiologica duplicazione dell'attività sanzionatoria, che dà vita ad un fenomeno di *bis in idem* sul piano processuale, essendo consentito procedere nuovamente per il medesimo fatto nei confronti dello stesso soggetto.

La Corte Costituzionale con sentenza 2 marzo 2018, n. 43 rigetta le doglianze, sollecitando tuttavia una rivalutazione delle censure di incostituzionalità, alla luce dell'evoluzione dei principi elaborati dalla giurisprudenza convenzionale ed eurounitaria, ed in particolare del criterio della sufficiente connessione tra i procedimenti. Tale parametro, è stato ritenuto dalla Corte EDU l'unico in grado di consentire la conformità all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU di un sistema che preveda la conclusione di un secondo procedimento, nonostante il primo fosse già stato definito, imponendo la condizione dell'esistenza di un legame materiale e temporale sufficientemente stretto tra le due iniziative¹²⁶.

L'applicazione del criterio della connessione, ad ogni modo, è sempre stata esclusa con riguardo al rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale, quando, come accade nell'ordinamento italiano, entrambe le autorità chiamate in gioco sono tenute ad un autonomo apprezzamento dei fatti, dovendosi in tal caso mantenere ferme entrambe le risposte sanzionatorie¹²⁷.

Corte Cost., sent. n. 43/2018

¹²⁶ Cfr., Corte EDU, sentenza 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia*; analogamente, sentenza 17 febbraio 2015, *Boman c. Finlandia*.

¹²⁷ Corte EDU, sentenza 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*; sentenza 20 maggio 2014, *Nykänen c. Finlandia*.

Lo scenario è mutato per effetto della pronuncia della Grande Camera del 15 novembre 2016 *A e B c. Norvegia* la Corte EDU, in cui la Corte EDU, ha mitigato il proprio orientamento precedente, estendendo le maglie applicative del criterio della sufficiente connessione tra i procedimenti.

Si è affermato allora che il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto («*sufficiently closely connected in substance and in time*»), e che la connessione temporale e materiale deve sussistere congiuntamente.

Tuttavia, il **legame temporale non esige la pendenza contemporanea dei procedimenti, ma ne consente la consecutività**, a condizione che essa sia tanto più stringente, quanto più si protrae la durata dell'accertamento; ulteriormente, il legame materiale dipende dal «*perseguimento di finalità complementari connesse ad aspetti differenti della condotta, dalla prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, dal grado di coordinamento probatorio tra di essi, e soprattutto dalla circostanza che nel commisurare la seconda n sanzione si possa tenere conto della prima, al fine di evitare l'imposizione di un eccessivo fardello per lo stesso fatto illecito*».

La c.d. "close connection" tra i procedimenti

Ebbene, secondo l'interpretazione moderna della Corte, il *ne bis in idem* convenzionale cessa di agire quale regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento, ma viene subordinato a un apprezzamento giurisdizionale in merito al nesso che lega i procedimenti, perché in presenza di una "close connection" è possibile procedere ad un secondo giudizio nonostante la definizione del primo.

La vera chiave di volta per attribuire legittimità al sistema è superare la visione processualistica del *ne bis in idem*, valorizzandone la portata di principio sostanziale.

Ciò porta a focalizzare l'attenzione sull'entità della sanzione complessivamente irrogata: se la prima sanzione non risulta aver coperto integralmente il disvalore dell'illecito, è in linea di massima consentito, in presenza del legame temporale, procedere nuovamente al fine di giungere all'applicazione di una sanzione che nella sua totalità non risulti sproporzionata; nel caso opposto il legame materiale tra i procedimenti sanzionatori dovrebbe ritenersi spezzato e il divieto di *bis in idem* pienamente operante.

Questa visione è oggi consentita alla luce dell'interpretazione che la sentenza *A e B contro Norvegia* ha impresso in ambito convenzionale al divieto di *bis in idem*, rispetto al quadro esistente al tempo dell'ordinanza di rimessione: si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla **facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti**, in modo che essi «*possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena complessivamente irrogata*».

È evidente, agli occhi della Corte, come tale svolta giurisprudenziale si riflette sul rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale.

In precedenza, l'autonomia dell'uno rispetto all'altro escludeva in radice che essi potessero sottrarsi al divieto di *bis in idem*.

Nell'attuale sistema, vi è la possibilità concreta che essi siano ritenuti sufficientemente connessi, in modo da far escludere l'applicazione del divieto di *bis in idem*, come testimonia la stessa sentenza *A e B contro Norvegia*, che proprio a tali procedimenti si riferisce.

La “*close connection*” non può tuttavia essere stabilita in astratto, ma deve necessariamente passare da un giudizio casistico, affidato all’autorità che procede, la quale, dovrà valutare il grado di coordinamento probatorio, al fine di ravvisare il legame materiale tra i procedimenti temporalmente connessi.

La Corte Costituzionale, pertanto, non si pronuncia sulla questione di legittimità sollevata, ritenendo che la mutata interpretazione della normativa interposta, sopravvenuto all’ordinanza di rimessione per effetto di una pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo che esprime il diritto vivente europeo, comporta la restituzione degli atti al giudice a quo, ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, il giudice *a quo* ritenesse che il giudizio penale è legato temporalmente e materialmente al procedimento tributario al punto da non costituire un *bis in idem* convenzionale, non vi sarebbe necessità di intervenire sull’art. 649 c.p.p.

La soluzione evolutiva fornita non è tuttavia assoluta: l’interpretazione del principio fornita dalla sentenza *A e B contro Norvegia* rende meno probabile l’applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione dei procedimenti sanzionatori per il medesimo fatto, ma, precisa la Corte, “*non è affatto da escludere che tale applicazione si imponga di nuovo, sia nell’ambito degli illeciti tributari, sia in altri settori dell’ordinamento, ogni qual volta sia venuto a mancare l’adeguato legame temporale e materiale, a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali*”.

In chiusura, pertanto, i giudici di legittimità ribadiscono l’invito per il legislatore ad intervenire per scongiurare possibili profili di contrasto con la normativa convenzionale, manifestando la preferenza per una soluzione normativa sistemica, piuttosto che per un metodo casistico di forgiatura giurisprudenziale.

10. Principio di legalità convenzionale e misure di prevenzione

Il principio di legalità vive oggi in una dimensione complessa dovuta all’osmosi tra fonti diverse. Alle norme interne di rango costituzionale (art. 25 II co. Cost.) ed ordinario (artt. 1 e 199 c.p.), si sono affiancati riconoscimenti a livello internazionale, individuati nell’art. 7 CEDU, nell’art. 49 della Carta di Nizza, nell’art. 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici di New York.

Tale reticolo normativo rafforza le fondamenta del principio e al tempo stesso fa sì che il prisma della legalità e dei suoi corollari (della riserva di legge, della tassatività, dell’irretroattività) si colora di nuove sfumature, che devono essere armonizzate nell’obiettivo di garantire all’individuo la tutela più intensa possibile.

Occorre chiarire, sin da subito, che non è possibile concepire una legalità nazionale, eurounitaria, e convenzionale, come canoni tra loro indipendenti, dovendosi necessariamente fare i conti con il processo di integrazione tra i distinti ordinamenti.

Il risultato è che il principio di legalità oggi deriva dall’intersezione tra comparti ordinamentali diversi che tuttavia non sempre dialogano armonicamente. La stella polare che deve orientare gli interpreti nell’armonizzazione delle diverse fonti è sempre quella di assicurare la maggiore garanzia ai diritti dei cittadini, concependo l’interazione tra le fonti interne e quelle sovranazionali sempre come estensiva dell’area di tutela offerta dai principi fondamentali.

La dimensione
multilevel del
principio di legalità

Così, l'innesto dell'art. 7 CEDU ha determinato un rafforzamento quantitativo e qualitativo del principio di legalità già positivizzato dall'ordinamento nazionale, muovendosi lungo due direttrici: la prima riguarda l'estensione dell'ambito applicativo della portata garantisca del principio anche agli illeciti e alle sanzioni che non vengono qualificati come penali dal diritto interno (cfr. cap. 1, § 9); la seconda, attiene invece agli aspetti qualitativi della legalità, valorizzando i canoni di accessibilità e prevedibilità della norma penali.

Il **principio di accessibilità** impone che le fonti normative in materia penali siano pubblicate e raccolte in modo tale da consentirne agevolmente la conoscenza da parte dei destinatari, configurando un dovere di informazione in capo agli Stati firmatari della Convenzione.

Il **principio di prevedibilità** si articola in due ulteriori sottoprincipi che attengono rispettivamente alla genesi e all'interpretazione della norma penale.

I principi di prevedibilità e accessibilità delle norme penali

Nel momento statico e formativo si richiede che la disposizione incriminatrice sia formulata in termini chiari, precisi e determinati, al punto da consentire al cittadino di regolare la propria condotta in base ad essa; il destinatario del precetto penale deve essere posto in grado di prevedere, con un ragionevole grado di approssimazione rispetto alle circostanze del caso, le conseguenze penali delle proprie azioni¹²⁸.

Successivamente, nel momento dinamico ed applicativo, il principio in esame esige un'interpretazione "prevedibile", di modo che il diritto vivente non stravolga le convinzioni dei cittadini, giungendo ad esiti ermeneutici non preventivabili. Si impone allora una duplice valutazione di **ragionevolezza nell'interpretazione della norma penale**: ragionevolezza dell'interpretazione tecnica, secondo cui l'esegesi deve muoversi nel perimetro del dato testuale, restringendolo o estendendolo ma non può fuoriuscirne con deviazioni analogiche; e ragionevolezza dell'interpretazione storica, ovvero come prevedibile sviluppo delle soluzioni ermeneutiche precedenti¹²⁹.

La **dimensione multilevel** del principio di legalità, le nuove accezioni che ne sono conseguite, pone ciclicamente in discussione istituti tradizionali del diritto penale interno, che rivelano criticità in passato sconosciute.

Il banco di prova eurounitario e convenzionale prima ha interessato le misure di sicurezza patrimoniali¹³⁰, poi come già visto si è rivolto alla prescrizione¹³¹, ed oggi prende di mira le misure di prevenzione¹³².

In verità, il sistema della prevenzione *praeter delictum* ha suscitato da sempre perplessità anche da parte della dottrina nazionale, diffidente verso quelle che appaiono "*pene del sospetto*"¹³³, comportanti notevoli restrizioni alla libertà e ai diritti del pre-

¹²⁸ Cfr. Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*.

¹²⁹ In proposito, si ritiene certamente legittima l'interpretazione evolutiva della norma, a patto che essa non riveli repentine fratture rispetto al passato ma si ponga come logico e coerente sviluppo dello stesso.

¹³⁰ Si pensi alle notissime sentenze della Corte EDU del 30 agosto 2007 e 20 gennaio 2009 nel caso *Punta Perotti*, pronunciatesi sulla confisca urbanistica.

¹³¹ Cfr. CGUE, sentenza 8 settembre 2015 *Taricco c. Italia* (cfr. cap. 1, § 5).

¹³² Cfr. Corte EDU, Grande Camera, sentenza 23 febbraio 2017 *De Tommaso c. Italia*.

¹³³ Così, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 846. Secondo l'Autore, "in ogni società civile e Stato di diritto, le misure di prevenzione personali sollevano gravi dubbi d'ordine morale e giuridico". In materia, si veda anche V. MAIELLO, *La prevenzione ante-delictum: lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura