

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Ruggero Rudoni

Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

**Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino**

Comitato scientifico:

Valeria Marcenò (*coordinatrice*)

Alessandra Algostino

Stefano Barbatì

Roberto Cavallo Perin

Maurizio Cavanna

Federico Consulich

Elena D'Alessandro

Riccardo de Caria

Paolo Gallo

Michele Graziadei

Enrico Grosso

Daniela Izzi

Barbara Lavarini

Anna Mastromarino

Pier Giuseppe Monateri

Simona Novaretti

Michele Rosboch

Michele Vellano

Annamaria Viterbo

Georgia Zara

Ilaria Zuanazzi



Ruggero Rudoni

Il principio di legalità delle sanzioni ‘penali’ in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea



UNIVERSITÀ
DI TORINO



Dipartimento di
Giurisprudenza



Giappichelli

© Copyright 2024 – G. Giappichelli Editore - Torino
10124 Torino, Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0982-5

ISBN/EAN 979-12-211-5962-2 (ebook)

© Copyright 2024 – Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi, 8
www.collane.unito.it/oa/
www.openaccess@unito.it

ISBN/EAN 978-88-759-0339-8

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (double blind peer review). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale
Non opere derivate 4.0 Internazionale

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A Valeria

Indice sommario

	<i>pag.</i>
<i>Premessa introduttivo-metodologica</i>	XV

Capitolo I

La legalità ‘penale’ fra legislazione e giurisdizione

1. Il concetto formale di legalità ‘penale’ tradizionalmente accolto nell’ordinamento nazionale	1
2. I fattori endogeni alla base di una rilettura sostanzialistica del concetto	5
3. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale ulteriore fattore esogeno	15
4. La legalità ‘penale’ nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali: distinzioni, sovrapposizioni e contaminazioni	17
5. Le peculiarità del coordinamento fra i diversi livelli nel campo sanzionatorio	24
6. I criteri di interpretazione di diritti di matrice giurisprudenziale	30
7. Le implicazioni nei rapporti fra giurisdizione e legislazione, e nei rapporti fra giurisdizioni: rinvio	34

Capitolo II

Legalità ‘penale’ e giurisdizioni sovranazionali

Sezione I

La “dottrina” della Corte europea dei diritti dell’uomo

1. Le interferenze fra giurisprudenza convenzionale e norme punitive nazionali	41
2. La ‘materia penale’ convenzionale oltre le forme legislative nazionali	47

	<i>pag.</i>
2.1. I confini della nozione autonoma	49
2.2. L'elaborazione di criteri sostanzialistici e l'enucleazione, in concreto, dei relativi indici sintomatici	50
2.3. L'estensione al diritto punitivo extrapenale	55
2.4. <i>Segue</i> . L'individuazione di un 'nocciolo duro' del diritto 'penale' alla base di una graduazione delle garanzie	70
2.5. La criteriologia per la ripartizione fra diritto punitivo materiale e processuale	72
3. La 'base legale', non necessariamente legislativa, degli interventi punitivi	76
3.1. La nozione autonoma di 'base legale' e i relativi requisiti di accessibilità e prevedibilità	78
3.2. L'estensione al diritto sub-legislativo e a quello giurisprudenziale	80
4. Il <i>ne bis in idem</i> convenzionale come limite all'operatività delle norme punitive nazionali	84
4.1. Il comportamento della garanzia nelle dinamiche interne o esterne all'ordinamento penale in senso stretto	87
4.2. L'elaborazione del criterio della 'connessione sufficientemente stretta' fra procedimenti sanzionatori eterogenei	93
4.3. I caratteri del giudizio di proporzionalità implicato dalla valutazione sulla 'connessione' procedimentale	102

Sezione II

La "dottrina" della Corte di giustizia dell'Unione europea

1. Le interazioni fra diritto dell'Unione europea e norme punitive nazionali: il contributo della Corte di giustizia	108
2. I rapporti con il diritto europeo derivato	115
2.1. Il contrasto fra norme 'regolatrici' nazionali ed europee	116
2.2. I limiti della non-applicazione di norme nazionali in materia punitiva	119
3. I rapporti con il diritto europeo primario	121
3.1. L'emersione di un nuovo genere di antinomie: norme 'regolatrici' <i>versus</i> norme 'di principio'	122
3.2. La creazione di un linguaggio comune nella definizione delle garanzie 'penalistiche' europee	123
3.2.1. Il ricorso a nozioni sostanzialistiche: la 'materia penale'	124
3.2.2. <i>Segue</i> . Il 'diritto' punitivo	129

	<i>pag.</i>
3.2.3. <i>Segue.</i> Il ‘coordinamento’ fra procedimenti punitivi	130
3.3. Le pronunce interpretative “a formula dispositiva aperta”: a proposito di ‘regole’ giurisprudenziali	138
3.4. <i>Segue.</i> Le problematiche poste dall’adozione di tali pronunce in ambito punitivo: riletture della ‘vicenda Taricco’	140

Capitolo III

Le concezioni sovranazionali nella giurisprudenza nazionale

Sezione I

Le ricadute nella giurisprudenza costituzionale

1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze del sindacato di costituzionalità su norme punitive	150
2. L’estensione dei principi costituzionali di legalità e irretroattività delle norme punitive	155
2.1. La duplice direttrice estensiva del principio di irretroattività	161
2.1.1. L’irretroattività di norme punitive extrapenali	163
2.1.1.1. Le origini del nuovo indirizzo interpretativo	165
2.1.1.2. Lo sviluppo di una criteriologia sostanzialistica ‘propria’	174
2.1.1.3. Fra “applicazione” interna delle garanzie sovranazionali e operatività della garanzia costituzionale	178
2.1.1.4. Le conseguenze nella successione impropria di norme punitive eterogenee	183
2.1.2. L’irretroattività di norme punitive formalmente processuali	186
2.2. L’estensione del principio di precisione (tassatività) alle norme punitive extrapenali	194
2.3. <i>Excursus:</i> l’estensione di altre garanzie tipiche del diritto penale	197
2.4. La compresenza di approcci ermeneutici estensivi (sostanzialistici) e restrittivi (formalistici) circa la portata della riserva di legge penale	201
3. L’esclusione del diritto giurisprudenziale dal perimetro oggettivo dei principi costituzionali di legalità e irretroattività	204

	<i>pag.</i>
3.1. I profili di resistenza a riletture sostanzialistiche del concetto di legalità	205
3.2. L'incostituzionalità per contrasto con obblighi sovranazionali quale ipotesi di diritto giurisprudenziale con effetti <i>in malam partem</i>	210
4. Le implicazioni sul principio di legalità degli approdi giurisprudenziali in tema di proporzionalità sanzionatoria	212
4.1. L'enucleazione dello statuto costituzionale del principio di proporzionalità sanzionatoria, penale ed extrapenale	215
4.2. La proporzionalità dei cumuli punitivi omogenei	217
4.3. La proporzionalità dei cumuli punitivi eterogenei	219
4.3.1. ... in materia di abusi di mercato	221
4.3.2. ... in ambito tributario	224
4.3.3. ... in relazione agli obblighi di mantenimento dei figli	228
4.3.4. ... nella disciplina sul diritto d'autore	230
4.3.5. I limiti e le potenzialità di un intervento della Corte costituzionale	235

Sezione II

Le ricadute nella giurisprudenza di legittimità e di merito

1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze della giurisprudizione comune in materia punitiva	240
2. Implementazioni apparenti ed effettive nell'utilizzo interno delle nozioni autonome sovranazionali	243
3. L'applicazione giudiziaria della nozione di 'materia penale'	244
3.1. L'estensione al diritto punitivo extrapenale	246
3.2. La distinzione fra diritto sostanziale e processuale	261
4. La 'ragionevole prevedibilità' di interpretazioni giudiziarie sfavorevoli	266
5. La proporzionalità procedimentale e sostanziale dei 'doppi binari' sanzionatori	272

pag.

Capitolo IV

La giurisprudenza sovranazionale come fondamento e limite del “rafforzamento” delle giurisdizioni nazionali

1. La natura composita dello statuto della legalità ‘penale’ e i caratteri della singola vicenda sanzionatoria 277
2. La circolarità del processo ermeneutico tra i diversi livelli di giurisdizione e le forme di limitazione reciproca: ‘ricadute’ e ‘risalite’ 289
3. Gli obblighi interpretativi gravanti sulle giurisdizioni nazionali 297
4. Il contributo delle giurisdizioni nazionali alla formazione del diritto giurisprudenziale sovranazionale 303
 - 4.1. Il contributo della giurisdizione costituzionale 306
 - 4.2. Il contributo della giurisdizione comune 313
5. Custodire l’ordine: dalle insidie del “labirinto” alle regole della complessità 317

Bibliografia 323

Premessa introduttivo-metodologica

Il diritto punitivo, quale *genus* comprensivo del diritto penale in senso stretto e del diritto sanzionatorio extrapenale, costituisce un ambito ordinamentale sempre più interessato da pulsioni evolutive, che evidenziano una profonda incidenza di quello che si suole definire diritto giurisprudenziale. La dinamica dei rapporti fra quest'ultimo e il diritto di formazione legislativa rappresenta uno degli aspetti di maggiore consistenza del fenomeno, ben più generale oltre che comune ad altri settori, noto come 'crisi della legalità', diffusamente approfondito ormai da più di un secolo a questa parte¹, divenendo protagonista di letture divergenti e prese di posizione anche antitetiche².

Le forme di manifestazione del fenomeno nella materia punitiva presen-

¹ Come ricorda GROSSI P., *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, in ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, 9, alcuni aspetti connotanti tale crisi furono anticipati da Santi Romano nel 1909 in occasione del discorso inaugurale dell'anno accademico tenuto presso la Regia Università di Pisa, ove questi era docente di diritto pubblico: il testo del discorso è ora raccolto in ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.

² La letteratura è invero sterminata; in questa sede ci si limita a richiamare, in termini critici, fra i moltissimi, IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; ID., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999; in senso opposto, è sostanzialmente positiva la valutazione di GROSSI P., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, in ID., *Ritorno al diritto*, cit., VII ss., ove l'A. illustra sinteticamente il proprio giudizio, da un punto di vista storico, sulla crisi di cui si discorre, la quale costituirebbe «un processo liberatorio da pesanti ipoteche culturali ancora pressoché intatte nell'intelletto e nel cuore [...] di parecchi giuristi italiani», riassumibili in «un atteggiamento statalistico e legalistico di remote ascendenze illuministico-giacobine»: di qui il ritorno, appunto, nell'attuale tempo giuridico (secoli XX e XXI) – definito «pos-moderno» – al vero diritto, inteso come ritorno a una visione di esso diversa da quella che ha caratterizzato l'epoca moderna (secoli XVIII e XIX), segnata dall'«onnipotenza» del legislatore e della legge, e dunque dalla predominanza del potere politico sul diritto. In una prospettiva costituzionalistica, più di recente si v. LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023, spec. 93-179; e BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, spec. 19-38.

tano, senza dubbio, una propria specificità e a ragione hanno attirato le attenzioni della letteratura scientifica, che ne ha esaminato i diversi profili di attrito con la tradizionale e rigorosa tutela accordata al principio di legalità penale da parte dei sistemi giuridici di *civil law*, come quello italiano. La tendenza si deve all'interagire di molteplici fattori, almeno in parte correlati e fra loro connessi, che appaiono come forze centrifughe concorrenti, ciascuna meritevole di essere analizzata, quanto alle relative cause e conseguenze, nel suo contributo alla perdita di centralità della legge e della discrezionalità legislativa. Una centralità che, in passato, veniva ritenuta intangibile per ragioni di carattere non solamente giuridico, ma anche culturale³.

I fattori di crisi interni all'ordinamento nazionale sono stati indagati da studi, anche più risalenti nel tempo, i quali intendevano mettere in luce le profonde incisioni subite dal principio di legalità punitiva, se inteso nel suo significato stretto e formale di monopolio del potere legislativo sulle scelte di criminalizzazione, in rapporto allo svolgersi del potere giudiziario⁴. Le problematiche, da questo punto di vista, erano emerse nella dibattuta definizione tanto dei limiti del sindacato di costituzionalità su leggi punitive, quanto dei confini di una fisiologica attività ermeneutica da parte delle giurisdizioni comuni⁵. Erano rimaste più sullo sfondo, pur se non trascurate,

³ In letteratura, si cfr., *ex plurimis*, PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, ESI, Napoli, 2016. In generale, sui rapporti fra le più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale e la discrezionalità legislativa, con implicazione anche nella materia penale: si v., *ex multis*, ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2021, 3, 86 ss., reperibile in *federalismi.it*; LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 185-222.

⁴ La dottrina, anche sotto questo profilo, è amplissima: si cfr., *ex multis*, GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 63 ss.; FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002; PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; PALAZZO C.F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss. In proposito, PALIERO C.E., *Conclusioni*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 280 ss. rileva che la letteratura penalistica, in particolare, si è tendenzialmente orientata verso la conservazione e razionalizzazione dell'esistente, seppure non siano mancate posizioni singolari e diversificate.

⁵ Sulle tendenze del sindacato di costituzionalità in materia penale, si cfr. il recente studio di SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali*

le criticità presentate dal diritto sanzionatorio privo di qualificazione penalistica, a fronte di una ritenuta minore consistenza delle garanzie costituzionali interne ad esso applicabili, o quanto meno in ragione di una minore sensibilità al riguardo, nella prassi e nel dibattito scientifico⁶.

Più di recente, la stessa tematica si è riproposta, e si ripropone, in una veste certamente nuova per l'intervento nell'ordinamento interno di giurisprudenze di carattere sovranazionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, le quali assumono rilievo secondo differenti ricostruzioni dei rapporti, rispettivamente, con il sistema del Consiglio d'Europa e con l'ordinamento dell'Unione europea. Tali organi giurisdizionali interpretano e applicano, nei limiti delle competenze loro affidate, carte internazionali dei diritti fondamentali recanti garanzie correlate all'esercizio di poteri punitivi, che si aggiungono a quelle costituzionali interne, e contribuiscono altresì a un arricchimento qualitativo e contenutistico di queste ultime. In tal modo, le garanzie sovranazionali, come concepite e ricostruite negli approdi giurisprudenziali pertinenti, incidono anch'esse in vario modo sul contenuto e, in radice, sulla stessa applicabilità delle norme punitive nazionali, in quanto ineludibili termini di raffronto per le giurisdizioni interne, sia sul piano ermeneutico che in vista del ricorso agli strumenti processuali e sostanziali di coordinamento fra i livelli dell'attuale dimensione integrata di protezione dei diritti fondamentali⁷.

più recenti, Palermo University Press, Palermo, 2022; e, in precedenza, fra gli altri, MANES V.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019; D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3. Sulle problematiche di ermeneutica della legge penale anche in relazione ai corollari del principio di legalità, si cfr., *ex multis*, FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.; DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶ Si v., in una prospettiva strettamente costituzionalistica, ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss.; e, nella dottrina amministrativistica e penalistica, sul "volto costituzionale" delle sanzioni amministrative, si v. PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988, spec. 135-151, anche per la ricostruzione delle precedenti opinioni dottrinali; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983, spec. 71-151.

⁷ Sugli strumenti di coordinamento («*coordination tools*») ermeneutici, processuali e sostanziali fra i diversi livelli dell'attuale sistema di protezione dei diritti fondamentali e sulle relative implicazioni, in particolare, sul ruolo dei giudici nazionali, i quali sono chiamati a operare sotto differenti vesti («*ordinary judges with different hats*»), si v. RANDAZZO B., *Access to justice in a multilevel constitutional system, protecting human rights*, Giappichelli, Torino, 2023, 46-69; sulla contestualizzazione di tali strumenti in un «sistema integrato di giu-

L'influenza spiegata da parte del diritto giurisprudenziale sovranazionale, in particolare nell'ultimo quindicennio, è tanto significativa da indurre a interrogarsi sull'opportunità di mettere in discussione, se non addirittura ripensare, il significato storico e tradizionale di istituti, concetti e categorie propri del nostro patrimonio giuridico⁸. Le divergenze prospettiche che sono insorte derivano, oltre che dal particolare contesto di riferimento e dal perimetro di attività delle Corti sovranazionali, anche dagli schemi di giudizio da esse adottati che sono inscindibilmente connessi sul piano genetico alle relative sedi processuali⁹, e seguono logiche eminentemente sostanzialistiche, finendo per collidere con le formalistiche elaborazioni nazionali¹⁰.

Anche la tematica delle ricadute degli approdi giurisprudenziali convenzionali ed europei è stata invero largamente dibattuta. Vi si sono avvicinati studiosi delle più diverse discipline, che venivano di volta in volta interessate dagli effetti – diretti o riflessi, effettivi o ipotetici, dalla portata circoscritta o (almeno apparentemente) generale – di una singola pronuncia giurisdizionale o di filoni giurisprudenziali. Dai penalisti e processualpenalisti, che si concentravano sul confronto fra gli opposti approcci ermeneutici, emergenti a livello nazionale e sovranazionale, e altresì sull'estensione di taluni principi propri dei rispettivi settori ordinamentali a contesti sanzionatori nuovi. Ai cultori delle singole materie cui afferiscono quegli strumenti punitivi extrapenal (amministrativisti, civilisti e tributaristi) suscetti-

stizia costituzionale», si v. ID., *Il 'riaccentramento del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 3, 2021, reperibile in *federalismi.it*.

⁸ Si v., *ex multis*, GROSSO E., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1003-1007; e MARCENÒ V., *Il dilemma della materia penale di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 7, 2018, 2-3, reperibile in *federalismi.it*.

⁹ Si v. RANDAZZO B., *Access to justice in a multilevel constitutional system, protecting human rights*, cit., 21 ss.

¹⁰ Sull'incidenza del diritto giurisprudenziale e convenzionale nella materia delle sanzioni punitive, si cfr., *ex multis*, UBERTIS G.-VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016; PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013; MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011; SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011; NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

vi di essere investiti da tale estensione, i quali approfondivano, all'inverso, l'entità di un simile impatto sulle caratteristiche del singolo settore giuridico di appartenenza. E, infine, ai costituzionalisti, interessati allo studio delle sottese questioni che incrociano i rapporti fra differenti ordinamenti e sistemi giuridici, sia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali sia in relazione alle relative implicazioni sul rapporto fra poteri, per il riposizionamento del giudiziario rispetto al legislativo¹¹.

L'ampio risalto di tale dibattito ha sovente riguardato la risoluzione di specifiche difficoltà poste da un singolo caso, involgente uno o più istituti del diritto punitivo nazionale, da interpretarsi o rileggersi alla luce di innovativi risultati giurisprudenziali sovranazionali. Le criticità che si sono oggettivamente palesate sono state affrontate attraverso la ricerca di soluzioni talora anche estemporanee, discutendo in ordine alla bontà e ai difetti di ciascuna di esse, alla loro (presunta o pretesa) accettabilità o inaccettabilità, tanto nel microsistema di riferimento quanto su di un piano generale.

Ciò ha portato a soffermarsi, non di rado, sui profili di novità presentati dalla pronuncia più recente dell'orientamento giurisprudenziale di interesse al fine di verificarne l'eventuale carattere risolutivo, quanto meno rispetto agli interrogativi sollevati, ma lasciati inevasi, dalla pronuncia precedente¹². Una "rincorsa" che in qualche occasione ha portato a trascurare le ineliminabili differenze nelle competenze e funzioni degli organi giudiziari, nel perimetro esterno e interno della relativa azione giurisdizionale, e altresì – non meno significativamente – nei confini oggettivi del caso giudiziario deciso¹³.

Soprattutto in un primo momento, è prevalsa una logica particolaristica,

¹¹ Per la letteratura scientifica, costituzionalistica e di ciascuna delle altre discipline interessate dalle problematiche qui di interesse, si rinvia ai riferimenti che saranno indicati nel prosieguo della trattazione.

¹² Sul punto, si cfr. RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del "dialogo": tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e i controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018, 293 ss.

¹³ Sulla necessità di operare opportune distinzioni nell'ascrizione di significati e nell'utilizzo dei linguaggi elaborati dalle Corti europee e dalle giurisdizioni nazionali, si v. RANDAZZO B., *Access to justice in a multilevel constitutional system, protecting human rights*, cit., 21 ss.; e, con particolare riferimento alla giurisprudenza convenzionale, ID., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012; e ID., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2, 2015.

attraverso la quale si è cercato di rispondere ai quesiti insorti rispetto a una singola, ben determinata fattispecie. E l'accoglimento di un simile approccio non poteva, e non può, che apparire meritorio, oltre che condivisibile, anche allo scopo di guidare l'autorità giudiziaria verso la risoluzione delle questioni giuridiche ancora aperte, tanto più quando – come spesso accade – manchi il pur invocato intervento del legislatore.

Non sembra, invece, potersi esprimere analogo, positivo giudizio a proposito di alcune degenerazioni di quel medesimo approccio, che si manifestavano nella ricerca di un mero espediente, semplificante o semplicistico, in grado di appianare gli attriti in essere. In tali ipotesi, è infatti concreto e – si ritiene – avvertito il rischio di trattare le problematiche in esame – discendenti dal confronto tra il diritto interno e diritto giurisprudenziale sovranazionale – alla stregua di eccezionali, o perlomeno straordinari, momenti di tensione fra sistemi (rispetto a quello del Consiglio d'Europa) e ordinamenti (rispetto a quello dell'Unione europea), e in quanto tali da superare in qualunque modo, meglio se – nei propositi, e solo in tesi – in maniera definitiva, una volta per tutte.

Ora, però, che queste problematiche sono ben note in letteratura e nella stessa prassi giudiziaria, se non altro nei loro termini essenziali, alla prospettiva particolaristica, che si è appena tratteggiata, sembra doveroso associarne una diversa e concorrente. Occorre, cioè, guardare agli episodi di raffronto fra le diverse logiche, nazionali e sovranazionali, come a momenti di inevitabile e – potrebbe dirsi – fisiologica interferenza fra sistemi e ordinamenti differenti, i quali esigono, in quanto tali, di essere coordinati e istruiti in un'ottica di ampio respiro¹⁴.

La prospettiva che si propone, quindi, intende inscrivere le attuali dinamiche in una cornice unitaria, e solo in tale chiave di lettura essa potrebbe definirsi sistematica. A fronte della molteplicità di linguaggi, sedi processuali e modelli decisorii, non si mira certo a giungere alla ricostruzione di un significato univoco delle garanzie della materia punitiva e dei relativi elementi basilari, perseguendo una invero impossibile *reductio ad unum* tramite l'eliminazione delle relative caratteristiche differenziali o comunque la mancata valorizzazione delle stesse. Al contrario, considerate le sovrapposizioni e le ineliminabili differenze nel patrimonio giuridico afferente a

¹⁴ Si cfr. in tal senso, in un'ottica generale, RANDAZZO B., *Access to justice in a multilevel constitutional system, protecting human rights*, cit.; e, in una prospettiva strettamente riferita alla materia punitiva, MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, Giappichelli, Torino, 2020.

ciascun sistema e ordinamento, si cercherà di individuare taluni principi metodologici attraverso i quali governare l'attuale complessità del quadro d'insieme entro cui vengono interpretate e applicate le norme punitive interne. Il che conduce a uno studio sul ruolo delle Corti nazionali, sulla loro attività e sui relativi esiti secondo chiavi di lettura calibrate rispetto al fine perseguito¹⁵.

È proprio da questo angolo prospettico che sembra opportuno muovere per un'indagine di carattere strettamente costituzionalistico in relazione ai sempre più consistenti profili di 'giurisprudenzializzazione' o 'giurisdizionalizzazione'¹⁶ del diritto punitivo dovuti – ma ciò corrisponde a una soltanto delle concause di tale risultato, più generale – al necessario rilievo interno della giurisprudenza convenzionale e di quella europea¹⁷. Un rilievo che, a prescindere dai caratteri – diretti o indiretti – attraverso i quali si mostra, porta allo schiudersi di nuovi spazi per l'attività delle autorità giurisdizionali nazionali e al conseguente insorgere dell'esigenza di ricostruirne i relativi, nuovi confini¹⁸.

L'indagine, in tal senso, porterà a mettere in luce – e, si auspica, in

¹⁵ In questa prospettiva, RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 21-74.

¹⁶ Per l'espressione in questa materia, si v. BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, 99.

¹⁷ Per un approfondimento, anche in chiave comparatistica, si vedano i contributi raccolti nella sezione monografica, a cura di GROSSO E., del fascicolo n. 4/2019 della rivista *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*: ID., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, cit., 1003-1014; BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, ivi, 1049-1072; PROCACCINO A., *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, ivi, 1073-1112; PETTERUTI C., *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, ivi, 1113-1138; OROFINO M., *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, ivi, 1139-1174; CECCHERINI E.-RODRIGUEZ S., *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, ivi, 1175-1220; BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, ivi, 1221-1238; e, se si vuole, RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, ivi, 1015-1048.

¹⁸ In termini generali, sul ruolo del processo di integrazione europea e sulla giurisprudenza sovranazionale quali fattori di indebolimento della legislazione e di rafforzamento della giurisdizione, si cfr. LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC*, 3, 2012, 2-3.

qualche misura chiarire – i termini in cui possa farsi riferimento a una dinamica di “rafforzamento” della giurisdizione nazionale intesa nel complesso, e delle giurisdizioni nazionali singolarmente considerate, ciascuna in riferimento al proprio perimetro di competenze. L’approfondimento di tale dinamica induce a soffermarsi anche sui limiti dell’esercizio di funzioni giurisdizionali che si riconnettono intrinsecamente alla posizione ricoperta dai giudici interni nel sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali, e che discendono, in particolare, dall’accoglimento di specifici canoni di ermeneutica del diritto giurisprudenziale sovranazionale e dall’adozione degli strumenti processuali e sostanziali previsti per il coordinamento fra i diversi livelli del sistema appena menzionato¹⁹.

Del resto, è pur vero che nella materia punitiva – nell’accezione ampia poc’anzi definita – non è inconsueto che la disposizione contenuta nell’atto normativo scritto costituisca niente altro che un punto di partenza, il cui contenuto e la cui stessa applicabilità risenta dell’operare, fra l’altro, di criteri di giudizio e ‘regole’ giurisprudenziali – ricavabili da pronunce convenzionali ed europee – distanti dal mero tenore testuale, tanto più a una prima, più superficiale lettura²⁰. E tuttavia l’utilizzo di siffatti criteri e l’applicazione di tali ‘regole’ di origine giudiziale – peraltro rispondente a precui obblighi ermeneutici – non implicano, o perlomeno non dovrebbero implicare, l’insorgere di “zone franche” dell’attività giurisdizionale, ossia di nuovi spazi privi di limiti, o comunque privi di limiti sufficientemente chiari. In quale modo tutto ciò si manifesti, in quale misura il diritto giurisprudenziale sovranazionale rappresenti, in uno, fondamento e limite del riposizionamento delle giurisdizioni nazionali, e che cosa questo significhi sul piano costituzionale, rappresentano interrogativi che percorrono nella sua interezza il presente lavoro.

Al fine di dare risposta a tali quesiti si muoverà da un’istruzione delle problematiche concernenti i rapporti fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale sovranazionale nel diritto punitivo, nel tentativo di inquadrare le tensioni in atto intorno al concetto di legalità nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali, e di sottolineare le specificità e le difficoltà del coordinamento fra i differenti livelli nella materia di interes-

¹⁹ Si cfr. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 10-21.

²⁰ Su di un piano più generale, si cfr. PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmassiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2014, 1099 ss.

se²¹. In tale contesto, l'esame procederà sui tratti essenziali delle elaborazioni giurisprudenziali della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, mettendo in luce come un'adeguata lettura della casistica permetta di ricostruire il concreto atteggiarsi dei criteri di giudizio da esse adottati, e quindi in via induttiva la portata delle garanzie convenzionali ed eurounitarie di stampo penalistico²². L'approfondimento si rivela necessario, in quanto consentirà di verificare le ricadute di siffatte elaborazioni sovranazionali sull'attività delle giurisdizioni nazionali, disamina che ci si propone di condurre secondo due concorrenti, ma distinte prospettive: da un lato, quella di riscontrare criticamente quanto sia accaduto nelle evoluzioni giurisprudenziali interne; dall'altro, quella di valutarne la congruità rispetto ai principi metodologici proposti²³. Il risultato cui si tende è quello di saggiare, nella descritta chiave costituzionalistica, il contributo della giurisprudenza sovranazionale all'affermarsi della giurisdizione nei rapporti con la legislazione, e altresì all'emergere di rapporti di reciproca limitazione fra le diverse giurisdizioni²⁴.

²¹ Si v. *infra*, Cap. I.

²² Si v. *infra*, Cap. II.

²³ Si v. *infra*, Cap. III.

²⁴ In tale prospettiva, si v. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 47-74, la quale approfondisce in una cornice unitaria le problematiche poste dal coordinamento fra livelli, nazionale e sovranazionale, e dal coordinamento "orizzontale" all'interno di ciascun livello. Sul tema si ritornerà, in particolare, nel Cap. IV.

Capitolo I

La legalità 'penale' fra legislazione e giurisdizione

SOMMARIO: 1. Il concetto formale di legalità 'penale' tradizionalmente accolto nell'ordinamento nazionale. – 2. I fattori endogeni alla base di una rilettura sostanzialistica del concetto. – 3. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale ulteriore fattore esogeno. – 4. La legalità 'penale' nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali: distinzioni, sovrapposizioni e contaminazioni. – 5. Le peculiarità del coordinamento fra i diversi livelli nel campo sanzionatorio. – 6. I criteri di interpretazione di diritti di matrice giurisprudenziale. – 7. Le implicazioni nei rapporti fra giurisdizione e legislazione, e nei rapporti fra giurisdizioni: rinvio.

1. *Il concetto formale di legalità 'penale' tradizionalmente accolto nell'ordinamento nazionale*

Il principio di legalità in materia penale rappresenta, nelle sue molteplici articolazioni e connessioni, l'oggetto materiale privilegiato per il raffronto fra le diverse logiche che storicamente animano le elaborazioni giuridiche nazionali e le giurisprudenze sovranazionali, convenzionale ed europea¹. La garanzia fondamentale, come concepita sul piano interno, vede nella forma della legge una salvaguardia sia per l'assetto costituzionale dei poteri sia per il singolo, e pertanto risente dell'irrompere di prospettive aformalistiche, interamente funzionalizzate a una protezione sostanziale

¹ Si cfr., *ex multis*, LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12, 2022, 105 ss., reperibile in *sistemapenale.it*; MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit.; PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, cit.; MANES V.-ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit.; SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit.; NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit.

dell'individuo di fronte all'esercizio di potestà punitive². Le tensioni sorte intorno al concetto di legalità 'penale' si spiegano per la latitudine e la pervasività con cui sono messi in discussione molti dei caratteri che ad esso vengono tradizionalmente associati³ e che costituiscono una delle manifestazioni più significative di una cultura giuridica di carattere legicentrico⁴.

La cristallizzazione costituzionale del principio, avvenuta nell'art. 25, secondo comma, Cost.⁵, dimostra l'allineamento dell'ordinamento italiano alla tradizione europea continentale, quale precipitato e sviluppo del pensiero illuministico, nelle sue differenti sfaccettature teoriche⁶. L'accoglimento di una rigorosa concezione del *nullum crimen, nulla poena sine lege*

² Si cfr. MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.; MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.

³ Si cfr. MARCENÒ V., *Il dilemma della materia penale di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, cit., che si sofferma sulla contrapposizione fra paradigmi, nazionali e sovranazionali, ingeneratasi intorno a molti dei profili a lungo ritenuti consolidati nella 'materia penale' e sottolinea l'interesse costituzionalistico di una ricerca al riguardo, stante la tensione in atto fra due esigenze difficilmente conciliabili: da un lato, l'armonizzazione del diritto penale a livello europeo e, dall'altro, la conservazione di modelli penalistici espressivi di particolari sistemi interni.

⁴ Sul punto, con riguardo al sistema del Consiglio d'Europa, MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in ID.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 2011, 17, evidenzia il ruolo della Corte europea dei diritti quale ulteriore fattore di trasformazione della sovranità e di revisione della tradizione legicentrica, a cui non sfugge l'ordinamento italiano; quanto al diritto dell'Unione europea, si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit., spec. 3-29.

⁵ Si cfr. BRICOLA F., *Sub Art. 25, secondo comma, Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, 1981, 232 ss.; D'AMICO M., *Sub Art. 25, secondo comma, Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, 534 ss.; più in generale, nella dottrina più risalente nel tempo, GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972; ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Priulla, Palermo, 1953; SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966; SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, ERI, Torino, 1968; NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953.

⁶ Su di un piano generale, per un inquadramento anche storico del principio, si cfr. VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, Giappichelli, Torino, 1994, p. 281 ss.; CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.; BOSCARRELLI M., *Nullum crimine sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.

– secondo un felice, oltre che celebre, brocardo epitomico⁷ – si è materializzato nelle scelte dell'Assemblea costituente, dando manifesta espressione al potenziamento della garanzia nel passaggio dallo Stato liberale di diritto all'attuale Stato costituzionale di diritto. E tale concezione ha trovato, del resto, vigorosa conferma sin dalle prime interpretazioni dottrinali e giudiziarie, su tutte nella giurisprudenza costituzionale⁸.

Dal principio si sono ricavati, in via ermeneutica, una serie di corollari che ne testimoniano e rivelano il duplice fondamento, politico-istituzionale e individualistico⁹. Attribuire al legislatore il compito (*i.e.* il potere) di individuare le condotte da incriminare e di riconnettere ad esse un certo trattamento sanzionatorio¹⁰ significa soddisfare le istanze di separazione dei poteri, mirando a evitare abusi del potere esecutivo e del potere giudiziario¹¹. Al contempo, assicurare che le conseguenze giuridico-penali delle medesime condotte siano previste solo da leggi dotate di indefettibili carat-

⁷ Per una ricostruzione delle elaborazioni intorno al principio di legalità, si rinvia a MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, Milano, 2001, 15-26, i quali ricordano che la paternità del brocardo risale a Paul Johann Anselm von Feuerbach.

⁸ Si cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 12 marzo 1962, n. 15, n. 1 *Cons. dir.*, nella quale si è chiarito che il tenore letterale dell'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale «[n]essuno può essere punito se non in forza di legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», non solo esprime l'esigenza che le norme punitive penali non operino retroattivamente, ma fonda altresì la potestà punitiva del giudice, che si esplica mediante l'applicazione di una pena adeguata al fatto ritenuto antiggiuridico: onde anche l'individualizzazione della sanzione al caso concreto risulta legata al comando della legge.

⁹ A tal riguardo, si v. FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1247-1277; PAJNO S., *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss., che sottolinea come garantismo e democraticità siano le due parole chiave per istruire ogni discussione intorno al principio di legalità, oltre che i nodi concettuali essenziali del problema.

¹⁰ La portata della riserva di legge è stata precisata in Corte cost., sent. 25 ottobre 1989, n. 487, nn. 1-5 *Cons. dir.*; in dottrina, si cfr. CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2 ss., cui pare superfluo chiedersi se l'istituto della riserva di legge risponda ad un'esigenza garantista, o, invece, democratica, dal momento che i due profili risultano in concreto storicamente inscindibili e assolutamente compenetrati, quali elementi essenziali della struttura dello Stato di diritto, che entrambe le ideologie, democratica e liberale, hanno concorso a determinare.

¹¹ Si cfr. MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullo crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 955 ss. e spec. 957-958; PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Franco Angeli, Milano, 2015, 11-61.

teristiche – che siano, cioè, irretroattive¹², precise nella loro formulazione¹³, insuscettive di interpretazione analogica¹⁴ e abbiano un oggetto determinato¹⁵ – istituisce una protezione da incriminazioni arbitrarie e im-

¹² In letteratura sono piuttosto dibattuti i rapporti fra i principi di legalità e di irretroattività. Si può distinguere, in primo luogo, la posizione di coloro i quali predicano una nozione ampia del principio di legalità, comprensiva anche del principio di irretroattività, valorizzando la connessione fra questi non solo su di un piano storico e funzionale, ma anche logico: in questo senso, si cfr., ad esempio, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014; FIORE C., *Diritto penale, Parte generale*, Utet, Torino, 1993, I, 61; MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019. Si riscontra, in secondo luogo, la posizione di chi, assumendo una nozione più ristretta del principio di legalità riducibile a quella di riserva di legge, e dunque afferente alla materia delle fonti del diritto penale, ne evidenzia la distinzione dal principio di irretroattività, che si riferisce all'efficacia nel tempo della legge penale: così, si cfr. MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit. In questa sede non risulta, invero, necessario approfondire la questione, per quanto essa sia di notevole rilievo, essendo sufficiente notare che le due prospettive in esame – quella formalistica nazionale e quella sostanzialistica sovranazionale – riconnettono la caratteristica dell'irretroattività a due oggetti differenti: la prima alla legge, la seconda alla nozione di 'base legale', che si estende anche alle fonti normative di rango inferiore e alle interpretazioni operate dalle autorità giudiziarie interne. Sul punto si tornerà *funditus* nel prosieguo, specialmente nei Capitoli II e III, ma è opportuno precisare sin d'ora che quanto appena illustrato è in sé idoneo a mettere a fuoco un profilo di attrito in ordine al concetto di legalità punitiva, qualunque sia il presupposto teorico da cui si intenda prendere la mosse, sia che si concepisca il principio di irretroattività come un corollario del principio di legalità, sia che lo si qualifichi come principio autonomo.

¹³ Come evidenziato da NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 4 ss., possono individuarsi tre aspetti distinti del principio: «la "precisione", intesa come obbligo del legislatore di "disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali", evitando che "il giudice assuma un ruolo creativo"; la "determinatezza", ossia "l'esigenza [...] che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo"; la "tassatività", quale sinonimo del divieto di analogia a sfavore del reo».

¹⁴ Sul punto, si vedano le riflessioni di BOSCARELLI M., *Nullum crimen sine lege*, cit., 5, che connette il divieto di analogia *in malam partem* al principio di tassatività, il quale è, a sua volta, implicitamente desumibile dalla *ratio* dell'art. 25, secondo comma, Cost., quale corollario e completamento logico dei principi della riserva di legge e della irretroattività. Tale divieto impone al legislatore di procedere, al momento della creazione della norma, a una precisa determinazione della fattispecie legale, affinché risulti tassativamente stabilito ciò che è penalmente lecito e ciò che è penalmente illecito. Sul medesimo profilo, si cfr. anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 97 ss.

¹⁵ Sotto questo profilo, già MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, cit., 25 ss., hanno distinto concettualmente il principio di precisione, che esprime l'esigenza che le

prevedibili per i consociati¹⁶. In tal guisa, questi ultimi sono messi in condizione di conoscere, con chiarezza e in via preventiva, quali siano i comportamenti vietati e le possibili ripercussioni sotto il profilo sanzionatorio¹⁷, ciò che risponde essenzialmente a un'esigenza di certezza del diritto¹⁸.

2. I fattori endogeni alla base di una rilettura sostanzialistica del concetto

Entrambi gli aspetti contenutistici della garanzia hanno iniziato a incrinarsi, ancor prima che le giurisprudenze sovranazionali assumessero l'attuale posizione e pervasività, in ragione di processi endogeni¹⁹, ossia interni all'ordinamento nazionale²⁰. L'osservazione, certo non sorprendente, conferma l'ampiezza del fenomeno di 'crisi della legalità' nelle sue molteplici proiezioni: sul piano delle fonti del diritto, dei rapporti fra poteri e della protezione di diritti fondamentali. E, semmai, la stessa notazione dimostra la complessità del fenomeno nella materia punitiva, ove esso si presta a letture differenti a seconda dell'accezione che ci si propone di indagare. Cia-

leggi penali siano formulate in modo chiaro, e il principio di determinatezza, in base al quale i fatti oggetto di incriminazione debbono poter essere provati nel processo.

¹⁶ La riserva di legge circa le scelte incriminatrici e sanzionatorie, i principi di precisione, determinatezza e tassatività degli illeciti, nonché il divieto di irretroattività *in malam partem* costituiscono garanzie pacificamente ricondotte dalla dottrina penalistica all'art. 25, secondo comma, Cost., come risulta dalla stessa manualistica: si cfr., fra gli altri, GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017, 43-144; MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019, 43-123; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 3-138.

¹⁷ Si cfr. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 10-11.

¹⁸ Sotto questo aspetto, il principio di legalità penale, utilizzando le parole della Corte costituzionale, garantisce ai cittadini che «lo Stato [...] non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato»: così, Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364.

¹⁹ Si v. ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 318-319, il quale distingue fra fattori endogeni ed esogeni di crisi della riserva di legge in materia penale.

²⁰ Anche nella dottrina penalistica si è messa in luce la duplice origine, endogena ed esogena, dei fattori di crisi della legalità penale, su cui, fra gli altri, si cfr. l'ampia elaborazione di GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit.

scuna sfumatura di significato si associa, a ben vedere, all'interagire di componenti distinte – anche se non separate le une dalle altre – e pone l'accento su profili non sempre coincidenti, mettendo in luce peculiari declinazioni e specificazioni di un poliedrico oggetto unitario²¹.

In effetti, accanto a un'area semantica comune ad altri ambiti materiali – corrispondente a quella di declino della legge quale forma giuridica di regolazione del sociale²², di perdita di centralità del potere legislativo²³ nel

²¹ Probabilmente la fortuna dell'espressione di 'crisi della legalità' è dovuta alla sua polise-mia, cui corrisponde la capacità di intercettare e di contenere *in nuce* diverse tendenze in atto nel mondo giuridico, e fra queste anche quelle determinate dall'ingresso nell'ordinamento interno delle giurisprudenze convenzionale ed europea, su cui insiste la presente trattazione.

²² Si cfr. MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000, 2, secondo cui il primo significato di crisi della legge corrisponde alla «crisi di quello che fu – nella società omogenea dello Stato liberale borghese o monoclasse – l'atto normativo primario per eccellenza o per antonomasia, generalmente accettato, produttore – come si dice – di regole generali e astratte, limiti esterni dell'attività fondamentalmente libera dei consociati». Sul tema, si cfr. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 20 ss., il quale ricostruisce la problematica evidenziandone la corrispondenza con il passaggio da uno «Stato liberale di diritto», uno Stato legislativo «che affermava se stesso attraverso il principio di legalità», a uno «Stato costituzionale»; la novità di quest'ultimo risiede proprio nella posizione ricoperta dalla legge, la quale, «per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione».

²³ La crisi della legalità, se osservata da un certo angolo prospettico, può essere intesa anche come crisi del potere legislativo nazionale, ben raffigurata dal venir meno della centralità dei Parlamenti nazionali quali luoghi della discussione e della decisione politica: un esito, questo, che è il risultato dell'operare di diverse forze convergenti. Certamente, i Parlamenti nazionali hanno subito la scelta di trasferire, integralmente o parzialmente, ambiti di competenza legislativa ad altri organi rappresentativi di comunità soggettivamente e territorialmente diverse da quella nazionale, ovvero a organi tecnici (le cc.dd. autorità indipendenti), che sono proliferati in ambito nazionale e in quello sovranazionale. Inoltre, il potere legislativo ha ceduto terreno nei confronti degli altri poteri dello Stato in cui si estrinseca la classica divisione tripartita dell'età liberale, il potere esecutivo e quello giudiziario: per una ricostruzione del modello liberale di divisione dei poteri e sul relativo ruolo storico si cfr., *ex multis*, BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001, 20-54. Con riguardo ai rapporti con l'esecutivo – e rinviando *infra* per l'esame dell'evoluzione dei rapporti con il giudiziario – deve evidenziarsi che l'indebolimento è di fatto riconducibile a due differenti ordini di ragioni. Su un versante, la perdita di rilevanza del potere legislativo è dovuta allo spazio, sempre maggiore, che esso ha lasciato all'attività normativa del Governo, o che quest'ultimo non ha esitato a prendersi. Il riferimento non è ovviamente all'esercizio, per così dire, fisiologico di attività di normazione di carattere secondario, quanto all'ampio ricorso alla nor-

suo livello nazionale²⁴ e dei discussi limiti circa la legislazione intesa come funzione²⁵ – il fenomeno presenta significati particolari dovuti al contesto

mazione di provenienza governativa di carattere primario, il cui abuso è con vigore denunciato da almeno tre decenni. Invero, anche allorché sia effettivamente seguita la via dell'ordinario procedimento legislativo parlamentare, sovente è comunque il Governo a incidere fortemente sui contenuti del risultato normativo: ne è una manifestazione la pratica della posizione della questione di fiducia su un c.d. maxiemendamento parzialmente, o addirittura integralmente, sostitutivo del testo di un progetto di legge. In tal guisa, l'attività di normazione primaria, per quanto formalmente di origine parlamentare, è largamente dipendente da scelte politiche compiute dall'esecutivo, rispetto alle quali il dibattito parlamentare più difficilmente riesce a incidere. Su un altro versante, ancora, viene in rilievo il ruolo di particolare pregnanza ricoperto dal Governo nel suo complesso, e in rappresentanza di esso dai singoli ministri, nelle istituzioni delle organizzazioni di diritto internazionale cui lo Stato italiano aderisce (in modo particolare, nelle istituzioni dell'Unione europea) dotate di competenze a vario titolo incidenti sulla formazione di atti giuridici recanti norme suscettibili di produrre effetti nel contesto nazionale.

²⁴ Il ruolo della legge statale è stato oscurato, in qualche misura, altresì dalla concorrenza di altre forme di manifestazione del dato giuridico, aventi origine sia all'interno sia all'esterno dei singoli ordinamenti nazionali, le quali, per ragioni diverse, sono ritenute maggiormente idonee a soddisfare gli interessi di volta in volta oggetto di considerazione. È accaduto, così, che in certi ambiti materiali la legge statale abbia dovuto cedere il passo a fonti del diritto prodotte *ab interno* da enti territoriali autonomi e, soprattutto, *ab externo* da istituzioni internazionali. Ma anche ove non si è verificato direttamente il prevalere di altre fonti, e la legge è rimasta la fonte regolatrice di una determinata materia, l'indebolimento è stato indiretto, atteso che il contenuto della stessa ha risentito, in modo sempre più pervasivo, della necessità di rispettare vincoli e obblighi internazionali.

²⁵ Quasi una diversa faccia della stessa medaglia è, poi, la problematica della crisi della legislazione intesa come funzione. La ragione dominante di tale tendenza è da ravvisarsi nel tramonto della statualità, considerata come capacità degli Stati nazionali di regolare alcuni dei fenomeni sociali in atto, i quali si rivelano sempre più complessi e, al contempo, sempre meno inclini a restare confinati entro il ristretto territorio nazionale: in proposito si cfr. IRTI N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., 151 ss. e spec. 154-155. Un tramonto che – lo ricorda LUCIANI – è stato il frutto non tanto di meccanismi ineluttabili e inarrestabili, quanto di scelte politiche, e talvolta di mancate scelte politiche, che hanno determinato l'arretramento della legislazione rispetto a nuovi centri di potere esterni. Sottolinea infatti, l'A., come l'inserimento in organizzazioni di carattere sovranazionale non abbia privato, di certo, gli Stati nazionali della relativa posizione di centralità rispetto alle scelte di fondo che in tali sedi debbono essere prese, in particolare, nell'ambito dell'Unione europea, rispetto alla direzione da imprimersi al percorso di integrazione europea, restando essi i «signori dei Trattati»; e, anche volgendo lo sguardo al contesto internazionale in senso più ampio, capisaldi come la libertà di movimento di capitali e investimenti rappresentano il nucleo essenziale di precipue scelte di politica economica: si v.

punitivo di riferimento. Le sue specificità nella materia in esame si sono mostrate principalmente, non già nel diretto affermarsi di fonti del diritto atipiche, come invece accaduto altrove in modo più evidente²⁶, ma nell'incidenza di fonti normative governative, affiancatesi alla legge formale, e nel crescente rilievo del diritto di matrice giurisprudenziale rispetto a quello di formazione legislativa²⁷.

L'evoluzione dei rapporti fra i poteri legislativo ed esecutivo ha implicato un'incisione del principio di legalità per l'operare di fattori almeno in parte comuni ad altri settori dell'ordinamento, fattori che sono tuttavia

LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 2-3.

²⁶ In ambiti ordinamentali differenti da quello punitivo si è verificato il concorso, assieme alla legge, di una molteplicità di altre fonti giuridiche "stratificatesi" nel tempo. Si tratta di una forma di manifestazione della crisi di un sistema delle fonti fondato, in misura predominante, sul principio di legalità, e dunque della crisi "di ordine" del sistema stesso. In tale prospettiva, la legge non rappresenta altro che uno dei molteplici canali di produzione del diritto all'interno di un sistema delle fonti del diritto, caratterizzantesi per l'accresciuta complessità, in ragione del crescente pluralismo giuridico, che trova concretizzazione, per un verso, in fonti del diritto (la Costituzione e leggi costituzionali, il diritto europeo, il diritto internazionale e, in quest'ultimo ambito, le Carte dei diritti) risultanti da processi giuridici realizzati nel corso del Novecento, il costituzionalismo, l'integrazione comunitaria (oggi europea) e la globalizzazione del diritto, vale a dire, secondo GROSSI P., *Ritorno al diritto (a mo' di introduzione)*, cit., X, i «tre grossi filoni di pensiero e di azione nei quali si esprime più compiutamente una visione pluralista del diritto»; per un altro verso, in fonti "altre", che invece non sono direttamente dipendenti da detti processi, ma che non per questo rivestono uno scarso significato. Nel rinnovato quadro di insieme possono, infatti, distinguersi al fianco di fonti, per così dire, "tipiche", cioè formantisi secondo procedimenti formalizzati, e quindi vincolanti in quanto rispondenti al canone della validità, anche fonti "atipiche", per il loro progressivo emergere nella realtà giuridica su di un piano fattuale, e il cui rilievo giuridico non segue la logica della vincolatività bensì della effettività: ne sono un esempio gli strumenti di c.d. *soft law*. Secondo la definizione data da MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, 8, il *proprium* di questi ultimi strumenti è rappresentato dall'«assenza di reazione al mancato adempimento delle norme da esso poste», non essendo queste ultime «assistite, per lo meno in via diretta, né da sanzione né da coazione, intesa in senso specifico».

²⁷ Si cfr. GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, cit., 63 ss.; FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.; PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, cit.; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 29 ss.; PALAZZO C.F., *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., 2695 ss.; PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, cit.

illuminati da una luce affatto peculiare nel contesto punitivo. In quest'ambito, il ricorso a fonti di provenienza governativa costituisce elemento di 'crisi' – per così dire – in sé considerato, in quanto produttivo di attriti con le più rigide interpretazioni della riserva di legge posta dalla norma costituzionale, qualificata in termini assoluti o tendenzialmente assoluti²⁸ come riserva di legge formale²⁹. Lo sviluppo appena descritto, quindi, non esprime solamente un più ampio mutamento in atto nell'assetto costituzionale dei poteri e nel sistema delle fonti del diritto, ma diviene altresì esteriorizzazione di una prassi che concreta una palese frustrazione del principio costituzionale in relazione alla sua componente democratica³⁰.

²⁸ Nel senso della riserva di legge assoluta "pura", si cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 52-53; interpretano, invece, la riserva di legge in termini tendenzialmente assoluti MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale*, cit., 66-69, secondo cui l'integrazione da parte di fonti normative secondarie è consentita unicamente in relazione ad aspetti "tecnici". In talune occasioni anche la Corte costituzionale sembra accogliere la tesi della riserva tendenzialmente assoluta. Ad esempio, nella sent. 11 luglio 1991, n. 331 è stata ritenuta non contrastante con l'art. 25, secondo comma, Cost., sotto lo specifico profilo della riserva di legge, la disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti, di cui alla legge 22 dicembre 1975, n. 685, come modificata dalla legge 26 giugno 1990, n. 162, che stabiliva la punibilità delle condotte di detenzione di quantitativi di sostanze stupefacenti superiori alla dose media giornaliera e rimetteva, poi, a un decreto ministeriale l'indicazione di quest'ultima. In proposito, il Giudice delle leggi ha avuto modo di chiarire che la discrezionalità del legislatore primario era stata esercitata nel momento in cui, tra le diverse soluzioni possibili, aveva optato per il criterio della dose media giornaliera come elemento decisivo per distinguere tra detenzione sanzionata penalmente e non, e che quindi era affidata all'amministrazione solo una determinazione di carattere tecnico sulla base di nozioni di tossicologia, farmacologia e statistica sanitaria, non anche una scelta di politica criminale (si v. spec. n. 12.3 *Cons. dir.*). Nella successiva sent. 27 marzo 1992, n. 133, sempre relativa alla disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti, è stato ribadito l'accoglimento della teoria della riserva di legge tendenzialmente assoluta, come è dimostrato dal fatto che le norme censurate venivano ritenute compatibili con il dettato costituzionale, in quanto il precetto penalmente sanzionato era sufficientemente determinato dalla norma primaria, mentre era demandato al Ministro della Sanità, in funzione di mera integrazione del precetto, l'esercizio di una discrezionalità tecnica, fondantesi sullo stato attuale delle conoscenze scientifiche, senza che fosse consentita alcuna valutazione in chiave di prevenzione o di repressione (si v. n. 6 *Cons. dir.*).

²⁹ Concordano sul fatto che la riserva sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost. si riferisca alla sola legge in senso formale, opera del Parlamento sia FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 53, che MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale*, cit., 45-47.

³⁰ Più precisamente, viene a configurarsi una pratica normativa determinante un sostanziale svuotamento della garanzia nel significato proprio di attribuire in via esclusiva al pote-

Anche nel quadro del diritto sanzionatorio extrapenale, seppure non formalmente riconnesso a una riserva di legge assoluta o tendenzialmente assoluta, si è osservato un sostanziale svuotamento di siffatta componente democratica a causa dell'accoglimento di letture non rigorose della riserva di legge relativa prevista dagli artt. 23 e 97 Cost.³¹. Non sempre si è infatti soddisfatta la fondamentale esigenza di assicurare un adeguato processo politico nel bilanciamento degli interessi privati con quelli pubblici risultante nell'atto legislativo³². E ciò in quanto l'assenza di rigidità nel determinare il contenuto minimo richiesto alla legge, o alla fonte primaria, ha talora aperto ad ampi spazi per l'amministrazione nell'esercizio dei poteri di normazione secondaria, e nello svolgersi dei conseguenti poteri sanzionatori³³.

re legislativo, e segnatamente alla istituzione parlamentare in quanto rappresentativa dell'intera collettività, il compito di selezionare i fatti da incriminare e di graduarne il relativo trattamento sanzionatorio: si cfr. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 25.

³¹ Nella giurisprudenza costituzionale si riconosce, ancora oggi, che la riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost. opera solamente rispetto al diritto penale *stricto sensu*, mentre la predeterminazione legislativa dei presupposti per l'esercizio del potere sanzionatorio extrapenale soggiace all'art. 23 Cost., in quanto all'applicazione di una sanzione conseguono prestazioni personali o patrimoniali, e altresì all'art. 97 Cost., stante il collegamento con il principio di imparzialità dell'amministrazione che deve trovare invero anche nello svolgersi di poteri amministrativi sanzionatori: la ricostruzione è stata ribadita, ad esempio, in Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, n. 5, spec. n. 5.1 *Cons. dir.*; in letteratura, si cfr. ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 227 ss.; PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., spec. 138-141; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit., spec. 71-93.

³² In questo senso, ANTONINI L., Sub *Art. 23 Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 491; più in generale, sul medesimo tema, ZAGREBELSKY G., *Diritto costituzionale. 1. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1987, 54 ss.

³³ Si cfr. ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 231 ss., il quale sottolinea come la giurisprudenza costituzionale abbia spesso interpretato la riserva di legge «in maniera da tollerare spazi di discrezionalità per l'amministrazione talora enormi: la Corte costituzionale ha, ad esempio, mandato assolta da censura, *ex art. 23 Cost.*, la previsione legislativa di una sanzione pecuniaria il cui ammontare poteva oscillare da uno a cinquanta milioni; e ciò adducendo che, comunque, la discrezionalità amministrativa avrebbe potuto essere temperata con il ricorso ai criteri dell'art. 11, l. 689/1981» (il riferimento è a Corte cost., sent. 23 maggio 1986, n. 128). ANTONINI L., Sub *Art. 23 Cost.*, cit., 500, ritiene che l'imposizione di prestazioni di carattere sanzionatorio rientri fra le ipotesi in cui l'esigenza di rispettare la *ratio* democratica della garanzia si manifesta più intensamente, quanto meno nelle scelte fondamentali della disciplina. Si avrà modo di tornare *funditus* sulla problematica nel prosieguo: si v. *infra*, Cap. III, Sez. I, § 2.4.

Sul versante dei rapporti fra i poteri legislativo e giudiziario, la concezione formale di legalità è stata messa in dubbio in una duplice direzione³⁴. Essa risente, anzitutto, dei modi di esercizio del sindacato di legittimità costituzionale su leggi punitive, l'individuazione dei cui limiti, più o meno stringenti, rappresenta una delle più dibattute questioni di giustizia costituzionale³⁵. Basti pensare ai problemi circa l'ammissibilità di pronunce di incostituzionalità con effetti cc.dd. *in malam partem*, tali per cui la normativa da esse risultante sia più sfavorevole di quella dichiarata invalida³⁶, ov-

³⁴ Oltre all'ampia letteratura cui si è già avuto modo di fare riferimento, si v. anche CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

³⁵ Si cfr., per tutti, MANES V.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., cui si rinvia altresì per la letteratura scientifica di carattere generale *ivi* citata, e, di recente, SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, cit.; più in generale, sul problema della "ingerenza" dell'attività della Corte costituzionale negli spazi del potere legislativo, si v. MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE P.-CHELI E.-GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, Bologna, 1982, 44-52, secondo cui quando il Giudice delle leggi, esercitando il proprio potere di interpretazione e di applicazione delle norme costituzionali, adotta sentenze interpretative di accoglimento, additive, sostitutive e in genere manipolative (*i.e.* decisioni che non si limitano a una eliminazione pura e semplice di una o più disposizioni di legge) finisce per conferire un significato talvolta completamente diverso alla normativa sopravvissuta, per innovare nell'ordinamento, per affiancarsi cioè, nell'opera creativa del diritto, al potere legislativo.

³⁶ Come è noto, in passato si dubitava dell'ammissibilità delle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme penali di favore anzitutto su di un piano processuale, sul presupposto che, pur a seguito di un'eventuale pronuncia di accoglimento, il giudice rimettente avrebbe dovuto applicare la norma dichiarata incostituzionale, onde evitare che al reo potessero applicarsi conseguenze penali più sfavorevoli rispetto a quelle previste dalla legge vigente al momento della commissione del fatto illecito: alla problematica è stata data risposta positiva, dapprima, in dottrina, si v. ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Economia e Commercio di Verona*, 1966, 353 ss. e, in seguito, nella giurisprudenza, da Corte cost., sent. 3 giugno 1983, n. 148, su cui si v. le note di LATTANZI G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1909 ss., e di PULITANO D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1983, 1800 ss.; nella pronuncia si è riconosciuto che la sollevazione di questioni di costituzionalità su norme penali di favore è comunque suscettibile di influire sul giudizio *a quo*. Sul problema, si cfr. anche, *ex multis*, CRISAFULLI V., *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974, 2789 ss.; D'ALESSIO R., *Sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in

vero alle difficoltà correlate all'adozione di decisioni c.d. manipolative con riguardo ai contenuti dell'intervento ablativo, additivo o sostitutivo di una porzione del testo legislativo³⁷.

Il tema, classico, ha scoperto non secondari profili di novità per i recenti approdi cui è giunto il Giudice costituzionale, spintosi a vagliare in modo

Giur. cost., 1979, 679 ss.; D'AMICO M.-BIONDI F., Sub Art. 134, 1° alinea, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2575-2576; DOGLIANI M., *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, 585 ss.; GROSSO E., *Norme «penali» regionali di privilegio e denegata giustizia costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, 588 ss.; LOLLO A., *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 13, 2009, reperibile in *federalismi.it*; ID., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Cedam, Padova, 2017, 1-52; ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 1004-1007; SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem*, Monboso, Pavia, 2012, 24-107; ID., *La «rilevanza» delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 117 ss.; ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, 192 ss. e spec. 200-201; ID., *La rilevanza: un carattere normale, ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss. In secondo luogo, si è dibattuto altresì sull'ammissibilità del sindacato di costituzionalità su norme penali di favore su di un piano non solo processuale ma anche sostanziale, in quanto la riserva di legge prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., riservando al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e del relativo trattamento sanzionatorio, sembrava costituire una preclusione insuperabile per l'adozione di pronunce di incostituzionalità con effetti in *malam partem*. In proposito, si v., *ex multis*, BRANCA M., *Norme penali di favore: dall'irrelevanza alla sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss.; D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in BIN R.-BRUNELLI G.-PUGIOTTO A.-VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del «favor rei». Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005, 12-22; D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, Roma-Napoli, 2006, 153 ss. e spec. 167-186; ID., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit.; PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 49 ss.; PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.; SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità*, cit., 108 ss. Nella giurisprudenza il riferimento fondamentale per la risoluzione in senso positivo del quesito è rappresentato da Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394.

³⁷ Sulla tematica, si cfr. PEDRAZZI C., *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss.; ID., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 646 ss.; BONOMI A., *Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2008, 891 ss.; D'AMICO M., *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 254 ss.

più rigoroso l'implementazione del diritto punitivo non soltanto su di un piano di regolarità del procedimento di formazione della fonte, con pronunce dichiarative di vizi formali³⁸, bensì anche sul piano contenutistico, allo scopo di assicurare tutela alle esigenze di proporzionalità della pena³⁹ e delle sanzioni extrapenalì⁴⁰. D'altra parte, le posizioni assunte, anche quelle di marcato interventismo, si iscrivono in una traiettoria di ampio respiro, tracciata nell'opera della giurisprudenza costituzionale, di adattamento dell'ordinamento penale ai principi costituzionali.

Il secondo profilo di incidenza sulla concezione formale di legalità punitiva concerne lo svolgersi della giurisdizione comune, quando la normale e fisiologica attività interpretativa di ascrizione di significato a enunciati legisla-

³⁸ Si v., in particolare, Corte cost., sent. 23 gennaio 2014, n. 5, con la nota redazionale di GAY P., in *Giur. cost.*, 2014, 118 ss., e i commenti di CARUSO C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, *ivi*, 122 ss., e di CARNEVALE P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, *ivi*, 3587 ss.; Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, con nota di CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505 ss.

³⁹ Il crescente interventismo della giurisprudenza costituzionale è testimoniato da quelle pronunce mediante le quali si è proceduto a sostituire un minimo edittale (si v., ad esempio, Corte cost., sent. 8 marzo 2019, n. 40), un'intera cornice edittale (si v., ad esempio, Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236) ovvero anche la fissità della durata di una pena accessoria (si v., ad esempio, Corte cost., sent. 5 dicembre 2018, n. 222), traendo la soluzione sostitutiva da un'altra norma, non perché disciplinante una fattispecie analoga qualificabile come *tertium comparationis*, ma solo perché recante un riferimento ritenuto adeguato a eliminare, o anche solo a ridurre, la sproporzione per eccesso palesata dalla norma oggetto del giudizio di costituzionalità. Per un approfondimento sull'orientamento giurisprudenziale si rinvia al Cap. III, Sez. I, § 4. In dottrina, si cfr., *ex multis*, VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021; LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss. Si riscontra, dunque, un superamento, in via di fatto, del limite delle cc.dd. rime obbligate, ossia dell'argine – già comunque non privo di elementi di criticità – cui il medesimo Giudice costituzionale, nel fluire della propria giurisprudenza, aveva da sempre assoggettato, anche nella materia penale, l'utilizzo di pronunce di tipo manipolativo, onde evitare invasioni nel campo spettante al legislatore: per la nozione di 'rime obbligate' si v. CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in OCCHIOCUPO N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978, 84 ss.; sulla problematica, si v. ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna, 2018, 236-237.

⁴⁰ Per i richiami giurisprudenziali si rinvia *infra* al Cap. III, Sez. I, § 4.

tivi⁴¹ – insita nella stessa funzione giurisdizionale, una volta superata l'idealistica teorizzazione del giudiziario come potere neutro – trasmodi in soluzioni ermeneutiche apertamente o silenziosamente modificative del disposto legislativo, definite in letteratura come di creazione giudiziale di reati⁴². Si tratta, in tali ipotesi, di trasfigurazioni (vere o presunte) della lettera della legge dovute all'adozione nella prassi giudiziaria di interpretazioni ritenute in aperto e frontale contrasto con essa⁴³, o che comunque appaiano tradursi in una sua sostanziale violazione⁴⁴.

Ma, anche a prescindere dalla più o meno immediata riconducibilità di simili soluzioni ermeneutiche al disposto legislativo, è chiaro che l'enfasi assunta dall'interpretazione giudiziale del diritto punitivo – ineludibile termine di raffronto, agli occhi dei destinatari dei precetti, per l'individuazione del contenuto normativo – impone di riflettere sulla problematica dell'estensione al mutamento giurisprudenziale di talune garanzie per solito associate alla legge⁴⁵. In effetti, il consolidarsi di un certo orientamento in-

⁴¹ Si cfr. LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss.

⁴² Per l'espressione, si cfr. CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014, 95 ss.

⁴³ Ad esempio, al fine di estendere, in una logica repressiva, l'ambito di applicazione di una certa figura di reato, si è assistito all'aggiunta in via ermeneutica di elementi oggettivi in alcun modo emergenti dalla lettera della disposizione, ciononostante ritenuti impliciti nella stessa; ovvero si è attribuito a un determinato elemento oggettivo, espressamente previsto, un significato esterno ai confini del dato letterale. In questo senso, si pensi all'orientamento giurisprudenziale formatosi in relazione al delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-ter cod. pen., commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, che di fatto inserisce fra gli elementi oggettivi della fattispecie il c.d. sviamento di potere: si v. Cass. pen., Sez. Un., sent. 18 maggio 2017 (dep. 8 settembre 2017), n. 41210, *Savarese*, in CED n. 271061, con la nota di BERIOLESI R., *Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

⁴⁴ Sempre esemplificativamente, viene in rilievo lo scarso rigore con cui talvolta è ricostruito l'elemento soggettivo (in particolare, doloso) richiesto da certe figure di reato, con il risultato di rendere meno gravoso lo *standard* probatorio che è necessario soddisfare ai fini della configurabilità dell'illecito: sulla necessità di evitare il ricorso a schemi presuntivi di accertamento dell'elemento soggettivo, anche in riferimento a fattispecie legali c.d. soggettivamente pregnanti (quale, ad esempio, il delitto di bancarotta fraudolenta), si cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 387.

⁴⁵ In questo senso, non solo con riguardo all'ambito del diritto punitivo, ma in termini generali, si cfr. RORDORF R., *La giustizia costituzionale in trasformazione: il punto di vista della Corte di cassazione*, in CARAVITA B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasforma-*

terpretativo – che dia luogo a quello che, nella giurisprudenza costituzionale, si qualifica ‘diritto vivente’⁴⁶ – sembra determinare l’insorgere di un affidamento sulla norma, cioè sul significato invalso nella prassi giudiziaria⁴⁷. Tanto che il sopravvenire di un differente orientamento pone, su di un piano sostanziale, problemi di (im)prevedibilità delle conseguenze punitive e di certezza del diritto⁴⁸, pur in costanza di un’immutata previsione legislativa⁴⁹.

3. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale quale ulteriore fattore esogeno

È soprattutto il rilievo assunto dalle giurisprudenze convenzionale ed eurounitaria (già comunitaria), quali fattori esogeni rispetto all’ordinamento nazionale⁵⁰, a determinare allo stato incisioni particolarmente profonde

zione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti, Jovene, Napoli, 2012, 306.

⁴⁶ Sulla nozione di ‘diritto vivente’, si cfr. ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, cit., 217-220.

⁴⁷ In queste ipotesi sembra trovare conferma l’affermazione secondo cui la “vera” norma giuridica non sarebbe tanto quella scritta nell’enunciato normativo della fonte legale, quanto quella desumibile dall’interpretazione e dall’applicazione della disposizione: in questa prospettiva, si v. DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 52.

⁴⁸ Si può, pertanto, sottolineare come il formarsi di un nuovo orientamento giurisprudenziale in relazione al contenuto di una certa disposizione, cui la prassi giudiziaria aveva in precedenza attribuito un diverso e consolidato significato, determini il sorgere di una questione di prevedibilità delle conseguenze giuridico-penali derivanti dalla commissione di una determinata condotta, la quale, a seconda del filone interpretativo prescelto, anteriore ovvero successivo rispetto alla commissione del fatto, potrebbe ritenersi sussumibile, ovvero non sussumibile, sotto la fattispecie descritta dalla medesima disposizione. Problematiche di questo genere sono sorte, ad esempio, rispetto alla fattispecie di reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, elaborata per via giurisprudenziale a partire dagli artt. 110 e 416-bis cod. pen., in relazione alla quale è intervenuta Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), ric. n. 66655/13, 14 aprile 2015, che sarà nel prosieguo oggetto di approfondimento: si v. *infra*, Cap. II, Sez. I, § 3.

⁴⁹ In simili circostanze sorge, infatti, un’esigenza di certezza del diritto per il sopravvenire di un mutamento giurisprudenziale che, fermo il disposto legislativo, restringa ovvero estenda l’area di punibilità, mitighi ovvero renda più gravose le conseguenze sanzionatorie.

⁵⁰ Si v. ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 320-323, il quale individua quali fattori esogeni di crisi della riserva di

sulla legalità punitiva intesa in senso formale⁵¹. Gli approcci pragmatici che caratterizzano l'opera giurisdizionale della Corte europea dei diritti e della Corte di giustizia dell'Unione europea, dovuti primariamente a esigenze di uniforme applicazione di testi giuridici operanti in relazione a sistemi nazionali fra loro differenti⁵², hanno investito molte delle categorie giuridiche storicamente accolte sul piano interno, determinando l'insorgere di attriti, anche significativi⁵³. Le prospettive sostanzialistiche sono affiorate nell'affinamento contenutistico di elementi essenziali per la determinazione della portata delle garanzie penalistiche, rivelando sotto molteplici profili una concezione differente⁵⁴.

Quest'ultima si manifesta, anzitutto, nell'individuazione dell'oggetto giuridico cui debbono riconnettersi le irrinunciabili caratteristiche ricavate, quali corollari, dal principio di legalità, che nella dimensione sovranazionale coinvolge non solo la legge in senso formale, ma anche le altre fonti normative e il diritto giudiziario, nella misura in cui contribuiscano a precisare il contenuto della norma incriminatrice o sanzionatoria⁵⁵. Il concorso di *statutory* e *judicial law* nella definizione dei presupposti degli interventi punitivi nazionali ha quale conseguenza l'estensione delle tutele fondamentali al

legge in materia penale il «progressivo sviluppo del diritto penale dell'Unione europea» e «la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e il suo conseguente utilizzo da parte dei giudici nazionali nell'interpretazione anche del diritto penale».

⁵¹ Per un'indagine costituzionalistica intorno ai confini della 'materia penale', si cfr. BISSARO S., *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penali, tra Costituzione e Carte internazionali*, Franco Angeli, Milano, 2022; e nella dottrina penalistica, MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018; MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 988 ss. MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit.

⁵² Si rinvia *infra* al Cap. II.

⁵³ Ci si riferisce al fatto che in entrambi i contesti sovranazionali, convenzionale ed europeo, sorge una medesima esigenza di elaborare nozioni in grado di operare uniformemente nei diversi ordinamenti nazionali: come si avrà modo di verificare, l'opera di creazione di linguaggi giuridici propri ha subito reciproche influenze.

⁵⁴ Si cfr. LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 161 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.

⁵⁵ Si cfr. VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Diritto penale contemporaneo online*, 2017, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.

diritto giurisprudenziale e a suoi eventuali mutamenti⁵⁶. Un risultato cui sembrano frapporsi, tuttavia, alcuni dei caratteri propri dell'ordinamento nazionale, fra i quali, su tutti, l'esclusione di tale diritto dal novero delle fonti del diritto penale e l'assenza di vincolatività del precedente giudiziario.

Il superamento di logiche formalistiche si rivela anche nell'opera definitoria del perimetro di applicabilità delle garanzie penalistiche, che prescinde dai criteri nazionali di origine legislativa, aventi valore soltanto relativo, e assegna un peso decisivo a criteri ulteriori che guardano, all'inverso, alle caratteristiche materiali degli strumenti sanzionatori⁵⁷. Il che ha dato luogo a una duplice tendenza estensiva, sia verso istituti formalmente processuali delle garanzie sostanziali, *in primis* dell'irretroattività in senso sfavorevole al reo⁵⁸, sia verso istituti sanzionatori extrapenalì delle garanzie sostanziali e processuali⁵⁹.

4. La legalità 'penale' nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali: distinzioni, sovrapposizioni e contaminazioni

Le logiche appena descritte impongono di allargare lo sguardo alle evoluzioni che interessano le misure sanzionatorie sostanzialmente afflittive secondo un approccio olistico⁶⁰. Nelle proiezioni europee e convenzionali

⁵⁶ Sul problema, si cfr. MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 972-973.

⁵⁷ Sulle relative implicazioni anche nella giurisprudenza costituzionale, si v. ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit.

⁵⁸ La giurisprudenza sovranazionale, da questo punto di vista, si è inserita in un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa la problematica della qualificazione di istituti aventi caratteri cc.dd. misti, processuali e sostanziale.

⁵⁹ Il problema dell'individuazione dei confini degli illeciti extrapenalì è stato affrontato, in letteratura, in stretta connessione con il tema delle garanzie cui essi sono, o dovrebbero essere, assoggettati: si cfr., fra gli altri, MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., e MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 988 ss.

⁶⁰ È in questa materia che è particolarmente significativo l'incontro fra le logiche formalistiche connotanti l'ordinamento nazionale e l'anima sostanzialistica propria della giurisprudenza convenzionale ed europea, le ricadute della quale implicano inevitabilmente un ampliamento dell'oggetto dell'analisi, al di fuori dei confini della materia propriamente penale, in modo da ricomprendere anche il diritto punitivo in senso ampio considerato.

il diritto punitivo si staglia quale categoria meritevole di apprezzamento in via unitaria, non già perché priva di articolazioni – quindi, di differenze – al suo interno⁶¹, ma in quanto suscettiva di essere studiata nei tratti comuni alla base dell'operare delle relative garanzie fondamentali, le quali risultano, almeno parzialmente, indifferenti a distinzioni meramente formali. La riconducibilità a un unico genere, dotato di caratteristiche contenutistiche e teleologiche proprie, costituisce un approdo oramai acquisito nella giurisprudenza delle Corti europee, a partire dal quale la dottrina e la prassi giudiziaria interne continuano a interrogarsi sulla possibilità di ricavare uno statuto comune delle sanzioni⁶².

In tale ottica si spiega la scelta di accogliere, ai fini della presente indagine, un significato stipulativo di materia punitiva, come ambito che ricomprende sia i reati e le pene propriamente dette – nei relativi effetti diretti o indiretti, e cioè il diritto penale sostanziale *stricto sensu* – sia gli istituti formalmente processuali che presentino una prevalente o concorrente natura sostanziale, sia gli illeciti e le sanzioni extrapenali, pur se variamente qualificati dal diritto legislativo, entro cui possono riconoscersi gli illeciti e le sanzioni amministrativi⁶³, tributari⁶⁴, disciplinari⁶⁵ e civili⁶⁶. Emerge, da

⁶¹ Sul piano interno si è talvolta cercato – seppure nel contesto di un'estensione al diritto sanzionatorio extrapenale delle garanzie penalistiche – di conservare intatta una certa linea di confine formale con il diritto penale *stricto sensu*, e in questa traiettoria senza dubbio si pone Corte cost., sent. 24 febbraio 2017, n. 43, i cui approdi debbono peraltro ritenersi almeno parzialmente superati dalla più recente giurisprudenza costituzionale: si v. *infra*, Cap. III, Sez. I, § 2.3. Nel diritto giurisprudenziale sovranazionale, in particolar modo quello convenzionale, si è tentato di individuare all'interno dell'ampia e sostanzialistica nozione di 'materia penale' un più ristretto nucleo duro di essa, c.d. *hardcore criminal law*, entro cui le medesime garanzie penalistiche trovano applicazione in modo più stringente: si v. *infra*, Cap. II, Sez. I, § 2.4.

⁶² Sul punto, si cfr., *ex multis*, GROSSO E., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, cit., 1003-1014, che ricorda il dibattito insorto sui criteri in base ai quali accomunare ovvero distinguere, a seconda del fine perseguito, le sanzioni aventi natura propriamente penale e quelle diversamente qualificate dai legislatori nazionali.

⁶³ La disciplina generale dell'illecito amministrativo e delle relative sanzioni è prevista, nell'ordinamento italiano, dalla legge 4 novembre 1981, n. 689 (recante *Modifiche al sistema penale*). Fra i numerosi studi sul tema, si cfr. PALIERO C.E.-TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, cit.; CASETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.; DELMAS-MARTY M.-TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, Parigi, 1992; nella dottrina più risalente, si cfr. TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Tocco, Napoli, 1925; ZANO-

quest'ultimo punto di vista, anche una rinnovata sensibilità per le problematiche di proporzionalità e ragionevolezza poste da cumuli sanzionatori, siano essi omogenei, vale a dire afferenti al medesimo ambito, ovvero eterogenei, derivanti dal combinarsi di sanzioni appartenenti a diversi settori dell'ordinamento⁶⁷: nient'altro che esteriorizzazioni di una sempre più accentuata frammentazione del sistema punitivo⁶⁸, dovuta al concorso di molteplici elementi⁶⁹.

BINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924; BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1924.

⁶⁴ Gli illeciti e le sanzioni tributarie sono previsti dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 (recante *Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, a norma dell'articolo 3, comma 133, lettera q), della legge 23 dicembre 1996, n. 662*), su cui, fra gli altri, TABET G., *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Torino, 2000.

⁶⁵ Con l'espressione si fa riferimento a una molteplicità di sistemi sanzionatori operanti in ambiti assai differenti ed eterogenei, che non sono, invero, assimilabili né riconducibili a una medesima categoria: basti pensare al fatto che può parlarsi di responsabilità disciplinare sia rispetto a condotte tenute da soggetti detenuti in istituti penitenziari, sia rispetto a rapporti di lavoro, sia in riferimento ad attività professionali (forense, notarile, sanitaria, ecc.). In generale, sulle sanzioni disciplinari si cfr., fra i molti, già MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, Milano, 1970, e più di recente STACCA S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Franco Angeli, Milano, 2018, cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. In particolare, sulle sanzioni disciplinari nei riguardi di magistrati, si v., *ex multis*, BIONDI F., *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 149 ss., spec. 155-159; MANES V., *L'illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *sistemapenale.it*, 2023.

⁶⁶ Si cfr. il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (recante *Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*) e il "gemello" d.lgs. 15 gennaio 2018, n. 8 (recante *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*): al riguardo, si v. GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica, in penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

⁶⁷ Le richiamate problematiche riguardano la prevedibilità delle conseguenze punitive derivanti dalla commissione di un illecito, l'adeguatezza di esse alla gravità dell'illecito, l'individuazione di un sostanziale cumulo sanzionatorio e altresì la proporzionalità di detto cumulo.

⁶⁸ In proposito GROSSO E., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, cit., 1005, sottolinea la sempre più accentuata "polverizzazione" del sistema sanzionatorio complessivo, che caratterizza non solamente l'ordinamento italiano, ma anche quello di molti altri Paesi europei.

⁶⁹ Fra gli altri, l'accoglimento di logiche di depenalizzazione, l'attribuzione dei poteri

Si tratta di strumenti sanzionatori “diversi”, che a livello sovranazionale vengono tuttavia accomunati e letti in una logica complessiva in vista dell’applicazione delle garanzie istituite dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione (e, ancor prima, riconosciute quali principi generali del diritto eurounitario, già comunitario) attraverso l’implementazione di criteri materiali, a tutti gli effetti di origine giurisprudenziale. Il superamento dei confini tradizionali, entro cui si sono sviluppate le ricostruzioni che hanno portato all’affermazione delle garanzie penalistiche, genera interferenze e talvolta persino aperti contrasti: incertezze immanenti nel dibattito giuridico, conseguenti all’incontro fra le divergenti letture interne e sovranazionali⁷⁰.

Inteso in questa estensione, il diritto punitivo è stato pervaso dalle giurisprudenze convenzionale ed europea, divenute forze propulsive delle sue dinamiche prospettiche sotto più profili: per l’insorgere di esigenze di ricomposizione delle difformi logiche poc’anzi tratteggiate e per le conseguenti ricadute sull’operato delle autorità nazionali. Tali approdi giurisprudenziali, infatti, contribuiscono a definire gli obblighi sovranazionali, ai quali devono conformarsi tanto il legislatore nella configurazione astratta dei sistemi punitivi, quanto le giurisdizioni nell’interpretazione e applicazione in concreto delle norme che compongono gli stessi sistemi⁷¹.

sanzionatori di taluni settori ad autorità amministrative (il cui operato è solo in un secondo momento oggetto di controllo giurisdizionale) e l’adeguamento a obblighi punitivi posti dal diritto europeo.

⁷⁰ Sul punto si cfr., ancora, lo studio curato da GROSSO E. nel fascicolo n. 4/2019 della rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*: ID., *L’incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un’introduzione*, cit., 1003-1014; BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, cit., 1049-1072; PROCACCINO A., *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, cit., 1073-1112; PETTERUTI C., *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, cit., 1113-1138; OROFINO M., *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l’adozione del GDPR*, cit., 1139-1174; CECCHERINI E.-RODRIGUEZ S., *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, cit., 1175-1220; BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, cit., 1221-1238; e, se si vuole, RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, cit., 1015-1048.

⁷¹ Con specifico riferimento alle problematiche concernenti gli effetti del diritto giurisprudenziale convenzionale sul principio di separazione dei poteri (nazionali), si cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, in SAUL M.-FØLLESDAL A.-ULFSTEIN G.

In tal modo, l'operatività di norme punitive è spesso influenzata dalle garanzie sancite nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le quali si configurano quali ulteriori termini di raffronto per l'interpretazione delle previsioni interne e per la valutazione della loro legittimità. Alle tutele costituzionali sostanziali⁷² e processuali⁷³ se ne aggiungono altre, che solo apparentemente corrispondono alle prime. E, infatti, le garanzie convenzionali ed europee, seppure presentino un'area di significato comune a quelle nazionali – riferendosi anch'esse alla legalità dei reati e delle pene, all'irretroattività sfavorevole e alla retroattività favorevole per il reo⁷⁴, al diritto a un processo equo⁷⁵ e al divieto di *bis in*

(a cura di), *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Opportunities and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 21 ss. Nella dottrina italiana, per le ricadute della prospettiva di tutela multilivello dei diritti fondamentali sulle giurisdizioni nazionali e sulla separazione dei poteri, si v. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 7-20.

⁷² Si tratta della riserva di legge circa le scelte di incriminazione, della precisione, determinatezza e tassatività delle norme incriminatrici, della loro irretroattività *in malam partem*, ossia garanzie pacificamente ricondotte dalla dottrina penalistica all'art. 25, secondo comma, Cost.: si cfr., fra gli altri, GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 43-144; MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, cit., 43-123; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 3-138; della retroattività *in bonam partem*, che secondo la giurisprudenza costituzionale trova copertura costituzionale, sul piano interno, nell'art. 3 Cost., discendendo esso dal divieto di irragionevoli discriminazioni fra situazioni eguali, e quindi in ultima analisi da un'esigenza di eguaglianza: in questo senso, Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236; 18 luglio 2013, n. 210; e, più di recente, sent. 21 marzo 2019, n. 63; della personalità della responsabilità penale e della colpevolezza, discendenti dall'art. 27, primo comma, Cost., come riconosciuto in Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cit.; sent. 13 dicembre 1988, n. 1085; sent. 10 gennaio 1991, n. 2; della funzione rieducativa della pena e della sua proporzionalità, ricavate dal congiunto operare degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., su cui si cfr. Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 343; sent. n. 236 del 2016, cit.; sent. n. 222 del 2018, cit.; sent. n. 40 del 2019, cit.

⁷³ Vengono in rilievo le garanzie del giusto processo, sancite nell'art. 111 Cost. – spesso in combinato disposto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost. – le quali hanno trovato esplicito riconoscimento nel testo costituzionale con le modifiche introdotte dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ispirata, fra l'altro, dalle corrispondenti tutele previste dall'art. 6 CEDU. Sempre sotto il profilo processuale deve essere ricordato il divieto di *bis in idem*, che, pur non avendo esplicito riconoscimento nella Costituzione, configura pacificamente una garanzia di rango costituzionale, come affermato dalla Corte costituzionale in più occasioni: si cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 200.

⁷⁴ Il principio di legalità, l'irretroattività sfavorevole e la retroattività favorevole delle norme punitive trovano riconoscimento nell'art. 7 CEDU e nell'art. 49 CDFUE: si v. MA-

*idem*⁷⁶ – sono divenute oggetto di autonome elaborazioni giurisprudenziali da cui sono sorte differenze contenutistiche, a volte piuttosto marcate. Sicché, taluni degli elementi costitutivi delle garanzie penalistiche sovranazionali e, di conseguenza, la portata delle stesse hanno assunto una fisionomia solo parzialmente coincidente, o comunque non interamente sovrapponibile, alle corrispettive costituzionali⁷⁷.

Ai giudici interni pertengono compiti certamente nuovi quanto alla ricostruzione del contesto di riferimento entro cui le norme punitive interne sono chiamate a operare, al coordinamento fra ordinamenti e sistemi giuridici, e all'interpretazione di diritti di matrice giurisprudenziale in vista della definizione, ai fini del caso di specie, della rilevanza delle garanzie interne o sovranazionali. La definizione della concreta estensione di queste ultime presuppone la comprensione dei linguaggi elaborati dalle Corti euro-

NES V., Sub Art. 7, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012; SICURELLA R., Sub Art. 49 CDFUE, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.

⁷⁵ Si cfr. art. 6 CEDU e artt. 47-48 CDFUE, su cui si v. CHENAL R., Sub Art. 6, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.; DOMENICUCCI D.P.-FILPO F., Sub Art 47 CDFUE, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione Europea*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, cit.; CONSOLO C.-STELLA M., Sub Art 47 CDFUE, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto processuale civile*, *ivi*; CAIANIELLO M., Sub Art 47 CDFUE, *Giudice imparziale precostituito e tutela effettiva dei diritti in materia penale*, *ivi*; LUPARIA L.-DELLA TORRE J., Sub Art. 48 CDFUE, *La presunzione di innocenza*, *ivi*; ALLEGREZZA S.-MOSNA A., Sub Art. 48 CDFUE, *ivi*.

⁷⁶ Si cfr. art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU e art. 50 CDFUE, su cui si v. ALLEGREZZA S., Sub Art. 4 Protocollo n. 7, in BARTOLE S.-DE SENA P.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.; AMALFITANO C.-D'AMBROSIO R., Sub Art. 50, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, cit.; TRIPODI A. F., *Ne bis in idem e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2022; MADIA N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2020; MANGIARACINA A. (a cura di), *Il ne bis in idem*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁷⁷ Si v. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 22-23.

pee, nella loro veste di 'interpreti qualificati' delle relative Carte dei diritti, in quanto, cioè, organi giurisdizionali intitolati del potere di chiarirne l'interpretazione con effetti *erga omnes*⁷⁸. Tanto che le relative pronunce sono capaci – come osservato in dottrina – di assumere l'“autorità della cosa interpretata”⁷⁹.

La natura dei compiti assegnati e dei corrispondenti procedimenti giudiziari⁸⁰ ha portato sia la Corte europea dei diritti che la Corte di giustizia ad affinare propri criteri ermeneutici, idonei a soddisfare le esigenze di giustizia emergenti nei singoli e precipui casi concreti oggetto di esame, e ad adottare nozioni autonome, ossia indipendenti da quelle corrispondenti invalse negli ordinamenti nazionali, nella relativa legislazione e prassi giudiziaria⁸¹. Per quanto qui di interesse, tali processi ermeneutici hanno condotto alla definizione dei concetti autonomi di 'materia penale' quale perimetro oggettivo di operatività delle garanzie penalistiche, di 'legge penale' come base giuridica per l'individuazione della fattispecie di illecito e delle relative sanzioni, di legge penale 'sostanziale' il cui regime intertemporale è regolato dai principi di irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole al reo, e – ancora – di 'sanzione penale' concepita come conseguenza prevedibile di un illecito, e ad esso adeguata e proporzionata.

La coabitazione di principi e categorie dogmatiche diverse richiede attenzione nella tessitura, rispetto al singolo caso, della trama delle garanzie

⁷⁸ Si cfr. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V.-ID. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit., 69 ss.; ESPOSITO A., *Il diritto penale 'flessibile'. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008, 114 ss.

⁷⁹ Si v. le riflessioni di MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 22; e di RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 2015.

⁸⁰ Si v. *infra*, Cap. II.

⁸¹ In particolare, sull'elaborazione, da parte della Corte europea dei diritti, di nozioni autonome degli istituti e dei beni giuridici previsti dai testi convenzionali rispetto ai corrispondenti istituti e beni di cui agli ordinamenti nazionali, e sulla creazione di un linguaggio giuridico proprio, si cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 28-29, e, per una ricostruzione più generale, LETSAS G., *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007. Ma analoghe elaborazioni di nozioni autonome possono riscontrarsi anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

rilevanti, i cui reciproci rapporti mal si prestano a soluzioni assolutistiche⁸². In effetti, venuta meno la convinzione che sia, in ogni caso, la Costituzione a offrire una tutela più forte – nonostante qualche opposta presa di posizione⁸³ – molteplici sono i modi attraverso cui può regolarsi il concorso delle plurime garanzie, e cioè secondo dinamiche di concorrenza, integrazione, contaminazione o – all'inverso – repulsione⁸⁴. È, pertanto, indubbio che le questioni sottese all'individuazione dello statuto delle sanzioni punitive discendano primariamente dalla sua complessità, in quanto insieme comprensivo di più parti, a ciascuna delle quali corrisponde uno dei diversi livelli che configurano l'attuale dimensione integrata di tutela dei diritti fondamentali. Una simile struttura non può che associarsi indissolubilmente – e si tratta di uno dei principali tratti caratteristici – a una certa relatività dei concetti, i quali assumono sfaccettature differenti a seconda del contesto sistemico e ordinamentale preso in considerazione⁸⁵.

5. *Le peculiarità del coordinamento fra i diversi livelli nel campo sanzionatorio*

Le caratteristiche contestuali rendono inevitabile il coordinamento fra i diversi ordinamenti e sistemi di tutela dei diritti fondamentali, e richiedono un adeguato impiego degli strumenti di raccordo interpretativi, processuali e sostanziali, che sono affidati alle autorità giurisdizionali interne⁸⁶. Tali strumenti concorrono alla gestione di un complesso di norme reticolare, che rifugge – è forse superfluo notarlo – da un inquadramento nei modelli

⁸² Si v. MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012, 3, il quale osserva che la rivoluzione nel sistema delle fonti rende il giudice «coprotagonista del legislatore nella ricomposizione di una trama normativa che – dissolta la graniticità e la compiutezza che la tradizione illuministica ha inteso attribuirle – appare ormai come un mero semilavorato nelle mani, anzitutto, di chi deve applicarla».

⁸³ Si v. *infra*, Cap. III, Sez. I, § 3.1.

⁸⁴ La tematica sarà esaminata nel prosieguo: si v. *infra*, Capitoli III e IV.

⁸⁵ Si cfr. MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 839 ss.; SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi post-moderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012.

⁸⁶ Si v. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 46-74.

teorici puri, gerarchico-piramidali, della prima metà del secolo scorso⁸⁷, e risponde in tal guisa a rinnovate esigenze qualificabili – in un senso più generale – come di ‘governance del diritto’⁸⁸.

Le attuali ricostruzioni dei rapporti intersistemici e interordinamentali implicano che le garanzie convenzionali e il diritto europeo, in quanto produttivi di obblighi, costituiscano – lo si è anticipato – parametri ermeneutici e di legittimità delle norme interne. La risoluzione di antinomie apparenti o reali fra fonti interne e sovranazionali esige siano previamente verificate le caratteristiche delle norme, di volta in volta, poste a confronto poiché rilevanti nella singola ipotesi di interesse. L’esito di tale verifica dipende anche dal “verso” degli effetti della soluzione prospettata, i quali possono essere riduttivi o espansivi dell’operatività dei sistemi punitivi nazionali, dando luogo a limitazioni o ampliamenti dell’ambito di applicabilità dell’ipotesi di illecito, ovvero ad affievolimenti o aggravamenti del trattamento sanzionatorio⁸⁹.

La composizione di simili antinomie è da ricercarsi primariamente su di un piano ermeneutico mediante i canoni dell’interpretazione conforme alla CEDU e al diritto europeo⁹⁰. L’adozione di questi canoni interpretativi

⁸⁷ Anzi, l’immagine odierna del diritto non può che essere assai lontana dalla costruzione teorica, pura, che di questo ne fece Kelsen ancora nella prima metà del XX secolo: si cfr. Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Vienna, 1934 (trad. it. edita da Einaudi, Torino, 1952).

⁸⁸ Non più, quindi, il diritto come insieme ordinato di norme, le quali siano riconducibili *ad unum*, in quanto date da uno stesso potere legittimo e poggianti, in ultimo, su di un medesimo fondamento di validità, bensì raffigurabile come un complesso reticolare di norme le quali si relazionano in base a schemi nuovi e traggono la propria origine da forze motrici diverse. La trasformazione delle fonti di produzione del diritto e del loro interagire esige, senza dubbio, l’elaborazione di criteri capaci di gestire il nuovo (solo) apparente disordine attraverso la predisposizione di strumenti idonei a consentire agli interpreti, e *in primis* ai giudici, di rinvenire, nell’eventuale coacervo delle diverse norme giuridiche astrattamente applicabili, la regola atta a costituire la base della propria decisione e adeguata ai singoli casi in relazione ai quali essi siano chiamati a esercitare in concreto la propria attività. Tale trasformazione, in definitiva, pone un problema qualificabile come di *governance* del diritto: sull’argomento, si cfr. ANDRONICO A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli, Torino, 2012, 134-135; ALGOSTINO A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, 119 ss.

⁸⁹ Si cfr. SALCUNI G., *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., 165-234.

⁹⁰ Si cfr., in generale, ROSSI P., *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, reperibile in

impone che sia anzitutto definito il significato delle disposizioni convenzionali ed europee; e a tal fine potrebbe risultare necessario azionare lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo previsto nell'ambito del diritto dell'Unione europea *ex art.* 267 TFUE (e, in chiave prospettica, lo strumento che sarebbe istituito con la ratifica del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU nel sistema del Consiglio d'Europa). I canoni in esame concorrono con gli altri criteri ermeneutici nell'opera definitoria del contenuto di norme punitive sostanziali e processuali, che vede quale suo limite invalicabile il tenore testuale della disposizione. In questo senso, un eventuale ampliamento della portata della norma punitiva, quand'anche rispondente a un'interpretazione conforme alle norme convenzionali o europee, è giustificabile solo entro i confini – pur se labili – di un'interpretazione estensiva, essendo precluse interpretazioni, e quindi applicazioni, analogiche di norme punitive in senso sfavorevole al destinatario degli addebiti⁹¹.

Se la via ermeneutica prospettata non dovesse consentire il superamento delle antinomie⁹², a questo punto non più apparenti ma reali, allora la norma punitiva interna non potrebbe, immutata nelle sue sembianze, trovare applicazione, e si porrebbe, pertanto, l'esigenza di individuare le precipue modalità attraverso cui impedire tale esito. Anche le modalità di risoluzione dei contrasti normativi che si sono prospettati si fondano non solamente – come accade, in termini generali, negli altri ambiti ordinamentali – sulla

osservatoriosullefonti.it; Malfatti E., *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 116 ss.; Guazzarotti A., *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, reperibile in *osservatoriosullefonti.it*; nella materia punitiva, Napoleoni V., *L'onere di interpretazione conforme*, in Manes V.-Napoleoni V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 49 ss., spec. 129 ss.; Manes V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen.*, 1, 2012; Manes V.-Sgubbi F. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale. Atti del Convegno svoltosi presso la Scuola Superiore di Studi Giuridici dell'Università di Bologna, 31 marzo 2006*, Bononia University Press, Bologna, 2007; Bernardi A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*; Pistorio G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁹¹ Si cfr. Manes V.-Caianiello M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit., 6-10.

⁹² Si cfr. Salcuni G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *lalegislationepenale.eu*, 2016.

tipologia delle norme interessate, di quelle interne e di quelle europee o convenzionali, ma anche dai contenuti delle possibili ricadute sul piano sanzionatorio della mancata applicazione della norma interna. Si deve ricorrere, infatti, a diversi strumenti di coordinamento a seconda degli effetti della norma punitiva oggetto di considerazione, se questi incidano in senso favorevole o sfavorevole sulla posizione del potenziale destinatario della sanzione⁹³.

In altre parole, nella materia punitiva non è sufficiente tenere conto degli ordinari criteri di risoluzione dei contrasti con norme convenzionali e con norme europee, discendenti dalle ricostruzioni dei rapporti dell'ordinamento interno con il sistema del Consiglio d'Europa⁹⁴ e con l'ordinamento europeo. Né basta discernere, in questo secondo ambito di rapporti, fra contrasti con norme europee prive di effetti diretti o della diretta applicabilità e contrasti con norme europee dotate di tali caratteristiche; distinzione alla quale dovrebbe corrispondere – in teoria, e con l'eccezione delle

⁹³ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit., 10-25.

⁹⁴ Il sistema si fonda sulle cc.dd. sentenze gemelle della Corte costituzionale del 2007: si cfr. Corte cost., sent. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, su cui, fra i molti, si cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 155-160; CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, 2009, 195 ss.; CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011, 25 ss.; e, in senso critico rispetto alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale, CONFORTI B., *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 581 ss.; l'intervento della Corte costituzionale del 2007 è stato anticipato, o forse suggerito, dalla dottrina, nel cui ambito v'era chi già sosteneva che con la riforma costituzionale del 2001 le norme convenzionali avrebbero potuto fungere in via generale come parametro interposto (operante per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.) nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi: in questo senso, RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, cit., 320 ss. Anteriormente la Corte costituzionale, pur talvolta valorizzando le disposizioni della CEDU e la relativa giurisprudenza convenzionale a fini ermeneutici, aveva escluso la costituzionalizzazione di dette disposizioni, dando così spazio a peculiari soluzioni elaborate dalla giurisprudenza comune, giunta in qualche caso ad affermare la "disapplicazione" della norma interna contrastante con una norma della CEDU dotata di immediata precettività, estendendo, cioè, alla Convenzione lo schema elaborato dalla Corte costituzionale in riferimento al diritto europeo direttamente applicabile nella sentenza 5 giugno 1984, n. 170. Tali pronunce sono state esaminate da RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, 357 ss.

antinomie con le norme della CDFUE, di cui si dirà a breve – la sollevazione, nel primo caso, di una questione di legittimità costituzionale e, nel secondo, la non-applicazione della norma interna. È, invece, indispensabile tenere conto degli eventuali effetti *in malam partem* determinati dalla mancata applicazione del diritto nazionale⁹⁵.

La complessità delle problematiche finora tratteggiate⁹⁶ è accresciuta dall'emergere di categorie antinomiche nuove – quanto meno perché inconsuete, fino agli ultimi anni, nella materia punitiva – discendenti da contrasti con norme di diritto primario europeo, che non recano una disciplina di dettaglio, ma sono ricognitive di diritti fondamentali o comunque presentano un contenuto di principio⁹⁷. La ricomposizione di tali antinomie pone quesiti assai delicati, involgenti le valutazioni attraverso cui giungere a riconoscere lo stesso contrasto normativo, a escludere l'operatività della norma punitiva interna e a rinvenire, di conseguenza, la disciplina applicabile in sostituzione di essa⁹⁸.

Non è certo un caso che proprio in relazione alle ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità per presunto contrasto sia con garanzie e principi costituzionali sia con garanzie recate dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte costituzionale abbia cercato di innovare il sistema complessivo dei rapporti fra fonti nazionali ed europee, e relativi ordinamenti, prospettando la necessità di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità in relazione tanto ai parametri interni quanto a quelli interposti europei⁹⁹. Invero, l'inversione dell'ordine di priorità sino

⁹⁵ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit., 10-25, e spec. 21-25 con riguardo ai limiti della non-applicazione delle norme punitive nazionali; sul punto si tornerà *infra*: si v. Cap. II, Sez. II, § 2.2.

⁹⁶ In proposito, si cfr. MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.; e, più in generale, BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, cit., 99 ss. e spec. 126-141.

⁹⁷ Si v. *infra* Cap. II, Sez. II, § 3.

⁹⁸ Il configurarsi di nuove ipotesi antinomiche era stato prefigurato rispetto al contrasto fra norme nazionali e principi generali del diritto dell'Unione europea da ONIDA V., *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 2015, 29 ss., spec. 42-43, oggi anche in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 1575 ss.

⁹⁹ Si cfr. Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269, n. 5.2 *Cons. dir.*, su cui, fra i molti,

ad allora predicato – fra la risoluzione del presunto contrasto con il diritto europeo e del presunto contrasto con la Costituzione – è stata tuttavia precisata e in qualche misura depotenziata nella giurisprudenza successiva¹⁰⁰, fino ad essere da ultimo negata¹⁰¹. Le rigidità della prima elaborazione dell'orientamento sono state parzialmente superate, e l'accento è stato posto sulle potenzialità del sindacato di costituzionalità, il quale, consentendo di pervenire a una declaratoria di illegittimità con effetti *erga omnes* delle norme interne, assicura – nell'attuale concorso di differenti rimedi giurisdizionali – esigenze di certezza del diritto¹⁰².

si v. CONTI R., *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2017; AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'“obiter dictum” della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, reperibile in *osservatoriosullefonti.it*; MARCENÒ V., *Quando il giudice deve (o doveva?) “fare da sé”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. e soc.*, 4, 2018, 633 ss.; MARINI F.S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *Federalismi*, 4, 2018, reperibile in *federalismi.it*; REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.; ROMBOLI R., *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice ‘a quo’ in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861 ss.; SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 ss.; RANDAZZO B., *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola alla Consulta*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2018, 368 ss.

¹⁰⁰ Si cfr. Corte cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, n. 2 *Cons. dir.*; sent. n. 63 del 2019, cit., n. 4.3 *Cons. dir.*; sent. 10 maggio 2019, n. 112, n. 7 *Cons. dir.*; ord. 10 maggio 2019, n. 117, n. 2 *Cons. dir.*; sent. 11 marzo 2022, n. 67, nn. 10 ss. *Cons. dir.*; sent. 16 giugno 2022, n. 149, n. 2.2.2 *Cons. dir.*; sent. 12 febbraio 2024, n. 15, n.n. 7.3.3 e 8.2 *Cons. dir.* Per un'interessante rilettura dell'evoluzione giurisprudenziale, si cfr. RANDAZZO B., *Il ‘riaccentramento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 2001, 144 ss., indaga il ruolo della Corte costituzionale quale organo giurisdizionale *ex art. 267 TFUE*, distinguendo fra ipotesi di ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo con finalità di “protagonismo costituzionale” da ipotesi di ricorso allo strumento “in ottica collaborativa”. Sul tema, in una prospettiva generale, LOSANA M., *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305 ss.

¹⁰¹ Si cfr. Corte cost., sent. 19 novembre 2024, n. 181, n. 6 *Cons. dir.*; sent. 19 dicembre 2024, n. 210, n. 3.2 *Cons. dir.*

¹⁰² Si cfr. Corte cost., sent. n. 181 del 2024, cit., n. 6.5 *Cons. dir.*, ove si legge che «[l]a declaratoria di illegittimità costituzionale, proprio perché trascende il caso concreto da cui ha tratto origine, salvaguarda in modo efficace la certezza del diritto, valore di sicuro rilievo costituzionale [...], di cui i singoli giudici e questa Corte sono egualmente garanti».

La discontinuità rispetto al passato resta, in quanto si nega che l'esame dei profili di incompatibilità con le norme recate dalla CDFUE, anche se dotate di effetti diretti, costituisca un *prius* logico rispetto alla sollevazione dei dubbi di costituzionalità. E, pertanto, le questioni di legittimità costituzionale, sollevate senza che il giudice rimettente abbia previamente risolto la presunta incompatibilità con la CDFUE, non sarebbero inammissibili per difetto di rilevanza, come si sarebbe affermato sulla base del sistema delineato a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, e tuttora integro per le altre ipotesi di antinomia con il diritto europeo. Se ne ricava un quadro – quello delineato dalla Corte costituzionale – caratterizzato da una molteplicità di soluzioni percorribili dinanzi a una medesima questione giuridica, dal che insorgono esigenze di definizione delle modalità di coordinamento e verifica del relativo concorso, onde evitare incertezze negli svolgimenti processuali¹⁰³.

6. I criteri di interpretazione di diritti di matrice giurisprudenziale

La definizione dello statuto garantistico delle sanzioni punitive e il conseguente coordinamento fra sistemi e ordinamenti comportano l'interpretazione di diritti che sono in larga parte *judge-made*, giacché le norme europee – tanto più quelle che sanciscono diritti e libertà fondamentali – e convenzionali trovano concretezza proprio nelle pronunce, o nel complesso di pronunce, delle rispettive Corti. Così come, del resto, si evince dalla posizione assegnata al diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle sistemathe messe a punto, sul piano interno, dalla Corte costituzionale.

La ricostruzione dei rapporti con il diritto europeo ha riconosciuto alle decisioni della Corte di giustizia – quale che sia il procedimento in cui siano emesse¹⁰⁴ – la stessa efficacia e gli stessi caratteri degli atti normativi oggetto, in via ermeneutica, di precisazione o integrazione contenutistica¹⁰⁵.

¹⁰³ Si cfr. LOSANA M., *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in *Federalismi*, 5, 2023, 27 ss., reperibile in *federalismi.it*.

¹⁰⁴ Si cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, secondo cui la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tale via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative.

¹⁰⁵ Oltre alla sentenza richiamata alla nota precedente, si cfr. altresì Corte cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, sulla quale si cfr. BELLOCCI M., *Sul nuovo orientamento della Corte co-*

Con la conseguenza che tale è il significato da attribuire alle norme europee allorché divengano termine di raffronto per l'interpretazione delle norme interne, o assurgano a parametro interposto di legittimità costituzionale o, ancora, siano suscettive di essere applicate direttamente da parte del giudice nazionale¹⁰⁶.

Le teorizzazioni dei rapporti con il sistema del Consiglio d'Europa hanno chiarito che le norme convenzionali integrano, in veste di norme interposte, il parametro di costituzionalità *ex art.* 117, primo comma, Cost.¹⁰⁷, nel precipuo significato da esse assunto nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e – si è precisato – a condizione che queste siano espressive di un orientamento qualificabile come 'consolidato'¹⁰⁸. Tanto che un eventuale mutamento giurisprudenziale in ordine al contenuto di una

stituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, in *Giur. it.*, 1986, parte I, sez. I, 30 ss.

¹⁰⁶ È, dunque, nel senso individuato dalla Corte di giustizia che le norme di diritto europeo assumono rilievo sul piano interno, quando esse debbano essere considerate per l'interpretazione del diritto nazionale (obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo) ovvero anche quando – in presenza dei necessari presupposti – le stesse debbano essere direttamente applicate in luogo del diritto nazionale (diretta applicazione del diritto europeo e obbligo di non-applicazione del diritto nazionale con il primo contrastante); ancora, sempre nel senso precisato dal Giudice europeo, dette norme assumono valenza, nello svolgersi della giurisdizione costituzionale, quando, per il tramite dei parametri costituzionali rappresentati dagli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., divengano a loro volta parametri sulla cui base valutare la prospettata illegittimità costituzionale del diritto interno.

¹⁰⁷ Nella versione introdotta dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, sulla cui portata notevole è stato il dibattito dottrinale circa l'esatta definizione della portata della disposizione costituzionale, riportato da RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 142, nt. 4.

¹⁰⁸ La costruzione dei rapporti con il sistema del Consiglio d'Europa affermata nelle c.d. sentenze gemelle del 2007 è stata precisata in Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in cui si è chiarito che sono idonee a costituire siffatto parametro interposto di costituzionalità solo quelle decisioni della medesima Corte EDU che siano espressive di un orientamento definibile come 'consolidato', alla luce dei criteri, invero problematici, posti dallo stesso Giudice costituzionale: si cfr., in chiave anche critica, RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.; e, in una prospettiva adesiva, BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*. Sul seguito della precisazione, si cfr. RUGGERI A., *Corte europea dei diritti e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2018.

garanzia fondamentale è in grado di configurare un'innovazione della norma atta a costituire parametro ermeneutico o interposto di costituzionalità, e quindi – nei giudizi di legittimità costituzionale – determina la restituzione degli atti al giudice *a quo* quando la novità sopraggiunga alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale¹⁰⁹.

Per interpretare un siffatto diritto giurisprudenziale sovranazionale, sia europeo che convenzionale, risulta imprescindibile adoperare criteri ermeneutici appropriati, inevitabilmente differenti da quelli previsti per il diritto legislativo. E tali specifici criteri richiedono, e anzi impongono, di considerare e discernere i contesti, particolari e generali, entro cui sono rese le decisioni giurisdizionali: vale a dire le singolarità del caso giudiziario quanto alle vicende fattuali da cui esso è originato, gli elementi rilevanti per la loro qualificazione giuridica, la natura del procedimento e i poteri conferiti nell'ambito di esso all'organo giurisdizionale¹¹⁰.

Si tratta di un aspetto che sul piano metodologico riveste un ruolo assolutamente centrale, come può rilevarsi spostandosi su di un piano empirico. In via esemplificativa, si può osservare, infatti, che altro è chiarire il significato di una determinata disposizione e provvedere direttamente a verificarne la violazione nel caso concreto – ciò che spetta alla Corte europea dei diritti –, altro è indicare il contenuto di una certa espressione normativa allo scopo di rispondere a un quesito interpretativo sul diritto europeo – ciò che spetta alla Corte di giustizia nei procedimenti pregiudiziali di interpretazione – lasciando poi ai giudici nazionali il compito di verificarne le ricadute nel caso concreto sottoposto alla loro cognizione.

Avvicinarsi ai materiali giurisprudenziali sovranazionali richiede di considerare queste ineliminabili differenze derivanti dal diverso contesto processuale, non senza mancare, tuttavia, di contemplare pure le sovrapposizioni che possano crearsi fra le valutazioni compiute nell'ambito di giudizi pur strutturalmente differenti¹¹¹.

Così, può talvolta accadere che il giudizio sul caso concreto, compiuto

¹⁰⁹ Si cfr. Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150; sent. 2 marzo 2018, n. 43: l'innovazione del contenuto delle garanzie previste dalla CEDU a opera di una sentenza sopravvenuta alla sollevazione di una questione di legittimità costituzionale può configurare, ai fini del sindacato di costituzionalità, un'ipotesi di *ius superveniens* suscettibile di dare luogo a una decisione processuale di restituzione degli atti al giudice remittente.

¹¹⁰ Si cfr. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 13-24.

¹¹¹ Si v. *infra* Cap. IV, §§ 3-4.

dalla Corte di Strasburgo, divenga sostanzialmente un giudizio sulla conformità del diritto nazionale alla garanzia convenzionale cui si riferiscono le doglianze del ricorrente. Il che accade quando la violazione discenda direttamente dall'applicazione delle norme interne, come può talvolta evincersi dallo stesso contenuto della sentenza di accertamento della violazione ove trova spazio altresì la richiesta, rivolta allo Stato riconosciuto responsabile, di adottare misure generali (eventualmente di carattere legislativo)¹¹². D'altro canto, è pure possibile che il giudizio sull'interpretazione delle norme europee, effettuato dal Giudice di Lussemburgo, si spinga fino a valutare le peculiarità del caso concreto nel quale i dubbi ermeneutici siano sorti, quando i chiarimenti giudiziali non si limitino ad affermazioni di natura generale, ma finiscano per indicare anche le modalità attraverso cui queste debbano essere calate nella singola situazione oggetto del procedimento nazionale¹¹³.

Tanto le diversità quanto le sovrapposizioni appena segnalate rilevano nell'opera definitoria degli effetti discendenti dalle singole pronunce convenzionali ed europee, sia di quelli specificamente riferiti alla vicenda in cui esse siano state adottate, sia di quelli suscettibili di prodursi in altre fattispecie, le quali possono reputarsi perfettamente identiche, solamente analoghe, ovvero del tutto differenti.

Da queste considerazioni emerge che per la lettura di diritti di matrice giudiziaria basati su precedenti¹¹⁴ assumano rilievo – pur se con necessari adeguamenti – quei metodi ermeneutici affinati in relazione a sistemi giuridici di *common law*, mediante cui estrarre il principio necessario su cui si fonda la decisione giurisdizionale e contestualizzarne la portata nell'evoluzione giurisprudenziale. L'individuazione di quella che si suole indicare come *ratio decidendi* della pronuncia presuppone attente valutazioni volte a differenziare, da un lato, le affermazioni che regolano semplicemente questioni di fatto o che, pur attenendo ad aspetti di diritto, siano solo incidentali o occasionali, e dall'altro le affermazioni di principio che, invece, costi-

¹¹²Sul punto, si cfr. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 73-74.

¹¹³In talune occasioni la Corte di giustizia dell'Unione europea risponde al quesito interpretativo sul diritto europeo, tenendo in considerazione le specificità del diritto nazionale corrispondente e della fattispecie cui è riconducibile l'oggetto del procedimento interno, di tal che siffatta opera interpretativa risulta di fatto funzionalizzata a riconoscere ovvero a negare la conformità rispetto al diritto europeo di una certa applicazione del diritto nazionale medesimo nel caso di specie.

¹¹⁴Si cfr. COSTA J.P., *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 434 ss.

tuiscono il fondamento logico del dispositivo della decisione ¹¹⁵.

Questa attività interpretativa, se si considera la struttura delle pronunce convenzionali e di quelle europee, consiste essenzialmente nell'identificare quegli elementi, di fatto o di diritto, reputati determinanti nel percorso decisionale volto alla determinazione della portata della norma nel caso concreto, e nel conseguente riconoscimento dei profili di somiglianza o di divergenza rispetto a precedenti pronunce rese nella medesima materia, secondo la tecnica ermeneutica del c.d. *distinguishing* ¹¹⁶. Tali canoni dimostrano cristallinamente un allontanamento – si intende, a questi limitati fini – da strutture sillogistiche del ragionamento giuridico, consuete per i giuristi di *civil law*, e per converso l'accoglimento di modelli autorevolmente definiti come paratattici, che esprimono – soprattutto nel contesto convenzionale di tutela dei diritti fondamentali – la polarizzazione del diritto giurisprudenziale sulle specificità del caso concreto ¹¹⁷.

7. Le implicazioni nei rapporti fra giurisdizione e legislazione, e nei rapporti fra giurisdizioni: rinvio

All'ampliamento dei compiti assegnati ai giudici nazionali corrisponde – e non può essere altrimenti – un accrescimento dei momenti di discrezionalità che si palesano nelle attività, diversificate e fra loro consecutive, in cui si esplicano le funzioni giurisdizionali. Siffatta espansione dei confini dell'attività giurisdizionale si concretizza in una molteplicità di valutazioni, l'una successiva all'altra: nell'individuazione delle garanzie fondamentali

¹¹⁵ In questo senso, sulla lettura del diritto giurisprudenziale, TREVES G., *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in ID. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Utet, Torino, 1971, 3 ss., secondo cui tali operazioni ermeneutiche si rivelano necessarie per estrarre i precedenti dalle decisioni anteriori, per dimostrare la rilevanza o l'irrelevanza di un certo precedente rispetto a una determinata questione da decidere, o per valutare se una concreta pronuncia abbia o non abbia tenuto conto dei precedenti esistenti nella materia.

¹¹⁶ Sulle problematiche legate a tale tecnica interpretativa, si cfr. le riflessioni di RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 9, 2006, V, 279 ss.; e di RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 161.

¹¹⁷ Si cfr. MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 22-23.

(costituzionali, convenzionali ed europee) rilevanti ai fini della singola fattispecie sanzionatoria; nella definizione del relativo contenuto per il tramite della ricostruzione della giurisprudenza pertinente; nell'interpretazione del diritto interno in modo conforme a dette garanzie, entro i limiti consentiti dalle regole di ermeneutica delle norme punitive; nella verifica dei presupposti per l'utilizzo di taluno degli strumenti di coordinamento processuali (questione di legittimità costituzionale, nel caso declinata in termini di compatibilità convenzionale o europea, e rinvio pregiudiziale di validità o di interpretazione sul diritto europeo); infine, nell'applicazione della disposizione interna adeguatamente interpretata o "manipolata", ovvero nella sua mancata applicazione. E, in quest'ultima ipotesi, può eventualmente insorgere l'ulteriore necessità di reperire altre norme idonee a recare una disciplina sostitutiva applicabile in luogo di quella non applicata per contrasto con il diritto europeo¹¹⁸.

La manifestazione di tali momenti di discrezionalità giudiziaria non rappresenta, di per sé considerata, un elemento di particolare novità, dal momento che essa è intrinsecamente connaturata all'opera di rinvenimento della *regula iuris* particolare per la decisione del caso giudiziario oggetto di esame. In effetti, anche nella materia punitiva sono molti gli istituti che assegnano al giudicante ampi spazi valutativi e decisorii, soprattutto nella fase di commisurazione delle sanzioni comminate dalla legge¹¹⁹. Quel che, invece, merita di essere evidenziato, quale carattere inedito, è il fulcro origina-

¹¹⁸ La giurisprudenza, intesa come attività dei giudici, è ormai solo in parte legata alla legge, nel senso che quest'ultima non rappresenta che il punto di partenza di un'attività giurisdizionale assai più articolata di quella in relazione alla quale le formule di indipendenza e autonomia della magistratura e dei giudici avevano avuto origine: in questo senso, pur se su di un piano generale, ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit., 205-206. Sullo sfondo resta il problema di giustificare l'indipendenza e l'autonomia del giudicante in maniera nuova rispetto alla tradizione, su cui ampio è il dibattito dottrinale: in proposito, si cfr. MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.; BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 757 ss.; PRETEROSSO G., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 77 ss.; ZANCHETTA P.G., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, *ivi*, 82 ss.

¹¹⁹ Ne sono una dimostrazione tutti quegli istituti che, di fatto, sono stati valorizzati per mitigare le ruvidità repressive del Codice Rocco: è il caso dell'istituto della continuazione, la cui disciplina, recata dall'art. 81 cod. pen., ammette un aumento della pena prevista per il reato più grave, fra quelli commessi in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, che può andare da una quota minima, anche solo simbolica, sino al triplo.

rio di siffatta discrezionalità, nascente dalla necessità non già di procedere all'applicazione di testi normativi, quanto piuttosto di utilizzare criteri, indici e nozioni di elaborazione giurisprudenziale, che – a prescindere dalle prese di posizione in merito alla dibattuta natura creatrice della giurisprudenza¹²⁰ e alla sua altrettanto controversa qualificazione come fonte del diritto¹²¹ – solamente in via indiretta possono ricondursi al tenore testuale delle disposizioni in vista della cui interpretazione siano stati elaborati. Si può, infatti, osservare che le regole di giudizio fondate sull'impiego di tali criteri, indici e nozioni sono riconoscibili unicamente attraverso il richiamo dei conferenti precedenti giurisprudenziali, ossia della singola pronuncia o del complesso di pronunce ove dette regole hanno trovato invero¹²².

Emerge, quindi, lo specifico interesse sul piano costituzionale delle modalità tramite le quali le giurisprudenze convenzionale ed europea producono effetti sul (e nel) diritto punitivo nazionale. Esse si atteggiavano quale concausa di una progressiva evoluzione che vede accrescere la centralità del diritto giudiziario, proliferare le aree di sua interferenza con il diritto di matrice legislativa¹²³ e al contempo mutare, in base a dinamiche corrispon-

¹²⁰ Sul dibattito circa la possibilità, nel nostro ordinamento, di riconoscere alla giurisprudenza una funzione in qualche misura creativa ovvero soltanto dichiarativa, si vedano, fra gli altri, gli scritti raccolti nel fascicolo n. 4 del 2016 della rivista trimestrale *Questione giustizia*, intitolato *Il giudice e la legge*, tra cui in particolare quelli di FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, *ivi*, 13 ss.; di LIPARI N., *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, *ivi*, 33 ss.; e di LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, *ivi*, 115 ss.

¹²¹ In tal senso, PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, in GALGANO F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, 724-725; ID., *Fonti di disposizioni e fonti senza disposizione. I principi generali del diritto*, in D'AMICO M.-RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, 1461 ss., nt. 1, ove l'A. chiarisce come, nell'ambito della distinzione fra le «fonti di disposizioni» e le «fonti senza disposizione», il precedente giudiziario e il diritto giurisprudenziale possono essere inseriti nella seconda categoria.

¹²² Come si è anticipato, ai fini della presente trattazione non appare necessario prendere posizione sulle questioni teoriche concernenti la natura della giurisprudenza, ma è sufficiente rilevare che essa costituisce un elemento fondamentale nella dinamica dell'ordinamento, in ragione dell'incidenza dei moduli interpretativi sui concreti contenuti del precetto, come osserva RORDORF R., *La giustizia costituzionale in trasformazione: il punto di vista della Corte di cassazione*, *cit.*, 306.

¹²³ Lo scopo è di istruire le problematiche determinate dall'incidenza delle pronunce delle Corti europee sull'attività delle giurisdizioni nazionali nel contesto del diritto punitivo, onde approfondire le conseguenti questioni concernenti il «riposizionamento» del diritto

denti, i rapporti fra i relativi poteri, giudiziario e legislativo¹²⁴. Si tratta di una manifestazione ulteriore e secondaria, un epifenomeno, di una più generale tendenza in atto, riscontrabile anche in ambiti diversi da quello sanzionatorio¹²⁵.

Tale incidenza si compie secondo una duplice direttrice, sia per il rilievo assunto in sé dal diritto giurisprudenziale sovranazionale, sia per il significato acquisito, a sua volta, dal diritto giurisprudenziale interno in virtù del ruolo rivestito dalle autorità giurisdizionali nazionali¹²⁶. I giudici interni

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

¹²⁴ Ora, si tratta certamente di un contributo non esclusivo, posto che siffatta evoluzione rappresenta un fenomeno assai più generale, il cui manifestarsi è dovuto al concorso di una molteplicità di altri fattori: in effetti, come è stato notato, il rinnovato ruolo ricoperto dalle giurisdizioni nazionali si è rivelato sotto una pluralità di aspetti, solo alcuni dei quali riconducibili all'inserimento dell'attività giurisdizionale in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali. Tali aspetti, nella ricostruzione di CARTABIA, sono infatti suscettibili di essere enucleati in quattro differenti processi, apparsi e sviluppatisi già nel secolo scorso sino ai giorni nostri, e precisamente: (i) nell'affermarsi e nell'articolarsi di sistemi di giustizia costituzionale (*judicial review of legislation*) che non fungono più soltanto da legislatori in negativo; (ii) nello sviluppo della cultura dei diritti umani e nel conseguente tentativo di tutelare le nuove esigenze emergenti nella vita sociale sul piano dei diritti fondamentali, in una logica di diretta giustiziabilità; (iii) ancora, nel tentativo di affrontare e risolvere sul piano giudiziario problemi prima riservati alle sedi politiche; (iv) e, infine, nel numero sempre crescente di questioni aventi portata sovranazionale per l'oggetto della causa, per gli interessi coinvolti o per la rilevanza di fonti del diritto internazionale. La prospettiva è stata illustrata dall'A. nella relazione dal titolo *Separation of Power and Judicial Indipendence: Current Challanges* al Seminario tenutosi a Strasburgo presso la Corte europea dei diritti dell'uomo in data 26 gennaio 2018: il testo dell'intervento è reperibile in *cortecostituzionale.it*. Sul punto, si cfr. anche ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.

¹²⁵ La progressiva estensione degli ambiti interessati da esigenze di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali rappresenta uno dei fenomeni che hanno accresciuto la «complessità della realtà» in cui deve svolgersi l'attività giurisdizionale: in proposito, si cfr. ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, 2015, fasc. 2276, 86-88.

¹²⁶ Si cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 22; LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 4-11 e spec. 9, che indica la posizione assunta, sul piano interno, dalla giurisprudenza della Corte EDU come esempio dell'affermarsi e della diffusione di una visione del diritto come «fenomeno riconducibile, in sostanza, alle pro-

divengono, infatti, coprotagonisti di una rete policentrica di operatività del diritto punitivo, in ossequio a quella logica di sussidiarietà sottesa ai contesti sovranazionali, che li coinvolge – assumendo diverse vesti ¹²⁷ – nell’obiettivo di assicurare il rispetto degli obblighi internazionali convenzionali e di diritto europeo ¹²⁸.

E tuttavia gli attriti e i contrasti ingenerati dal reciproco confronto fra i distinti ordinamenti e sistemi di tutela dei diritti possono essere fisiologicamente coordinati e, ove possibile, ricomposti nello svolgersi delle giurisdizioni interne. Sicché può dirsi che all’accrescere della centralità delle giurisdizioni nazionali corrispondono nuovi vincoli metodologici per ciascuno dei differenti compiti ad esse assegnati dalle norme costituzionali, processuali e dell’ordinamento giudiziario ¹²⁹: l’applicazione delle norme punitive al caso concreto opportunamente accertato nei suoi contorni fattuali (giurisdizione di merito); la garanzia dell’esatta osservanza e dell’uniforme inter-

nunce giurisdizionali»; e ANGIOLINI V., *Notarelle su giurisdizione e politica*, in D’AMICO M.-RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, cit., 31-32, secondo cui, nella tendenza evolutiva dei rapporti fra il «legislatore politico» e la giurisdizione, un impulso è venuto «dalla giustizia internazionale e sovranazionale, collaborante con le giurisdizioni statali e ad esse affiancata», atteso che le modalità con cui le Corti sovranazionali, in particolare Corte EDU e Corte di giustizia, «confermano non solo la sindacabilità di deliberazioni politiche e democratiche, ma anche la possibilità di impiantare il giudizio sul metro di regole e principi preformati solo grossolanamente e destinati a essere rimessi agli sviluppi della giurisprudenza».

¹²⁷ I diversi «hats» cui fa riferimento RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 10 ss.

¹²⁸ Si cfr. MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 19, il quale evidenzia che, nella logica del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, i giudici domestici sono non già dei corifei, ma dei coprotagonisti; ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 29, ove l’A. collega il rafforzamento delle giurisdizioni comuni, in rapporto al sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, alla necessità di esaurire tutti i mezzi di ricorso nazionali, indicata dall’art. 35 CEDU quale condizione di ricevibilità dei ricorsi alla Corte EDU.

¹²⁹ Come si avrà modo di illustrare, gli attriti e i contrasti fra “diversi” possono essere osservati come momenti di inevitabile confronto e interferenza fra ordinamenti e sistemi differenti, che esigono di essere coordinati in una logica sistemica: si v. *infra*, Cap. IV. Quest’opera di coordinamento vede impegnate ciascuna Corte in base al proprio perimetro di attività e di competenze, e assegna, in particolare, alle giurisdizioni nazionali un ruolo cruciale nella rete complessiva dei vari livelli costituenti il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali: si v., ancora, RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 46-74.

pretazione di esse, nonché dell'unità del diritto oggettivo nazionale (giurisdizione di legittimità); e il sindacato sulla legittimità delle medesime norme punitive (giurisdizione costituzionale). La consapevolezza delle problematiche poste dal descritto quadro di riferimento consente di entrare *in medias res* nello studio delle giurisprudenze convenzionale ed europea, individuando le più rilevanti specificità – in relazione alla materia punitiva – dei relativi linguaggi giuridici e criteri di giudizio¹³⁰, così da poter poi valutarne con maggiore consapevolezza le implicazioni sulle funzioni giurisdizionali spettanti ai giudici interni¹³¹.

¹³⁰ Si v. *infra*, Cap. II.

¹³¹ Si v. *infra*, Cap. III.

Capitolo II

Legalità ‘penale’ e giurisdizioni sovranazionali

Sezione I

La “dottrina” della Corte europea dei diritti dell’uomo

SOMMARIO: 1. Le interferenze fra giurisprudenza convenzionale e norme punitive nazionali. – 2. La ‘materia penale’ convenzionale oltre le forme legislative nazionali. – 2.1. I confini della nozione autonoma. – 2.2. L’elaborazione di criteri sostanzialistici e l’enucleazione, in concreto, dei relativi indici sintomatici. – 2.3. L’estensione al diritto punitivo extrapenale. – 2.4. *Segue*. L’individuazione di un ‘nocciolo duro’ del diritto ‘penale’ alla base di una graduazione delle garanzie. – 2.5. La criteriologia per la ripartizione fra diritto punitivo materiale e processuale. – 3. La ‘base legale’, non necessariamente legislativa, degli interventi punitivi. – 3.1. La nozione autonoma di ‘base legale’ e i relativi requisiti di accessibilità e prevedibilità. – 3.2. L’estensione al diritto sub-legislativo e a quello giurisprudenziale. – 4. Il *ne bis in idem* convenzionale come limite all’operatività delle norme punitive nazionali. – 4.1. Il comportamento della garanzia nelle dinamiche interne o esterne all’ordinamento penale in senso stretto. – 4.2. L’elaborazione del criterio della ‘connessione sufficientemente stretta’ fra procedimenti sanzionatori eterogenei. – 4.3. I caratteri del giudizio di proporzionalità implicato dalla valutazione sulla ‘connessione’ procedimentale.

1. *Le interferenze fra giurisprudenza convenzionale e norme punitive nazionali*

Molti istituti e concetti del diritto punitivo nazionale sono stati interessati, direttamente e indirettamente¹, dall’opera giurisdizionale della Corte

¹ Le categorie giuridiche nazionali sono state messe in discussione non solo direttamente

europea dei diritti, che si esplica nell'accertamento di violazioni delle garanzie convenzionali, a seguito dell'esperimento di ogni rimedio interno, e – più di recente – anche nella risposta a richieste di pareri consultivi rivolte, nell'ambito di processi nazionali pendenti, da autorità giudiziarie di Paesi che hanno provveduto alla ratifica del Protocollo n. 16². Il sistema di tutela giurisdizionale sovranazionale si basa su di un meccanismo azionabile direttamente anche dal singolo individuo, dopo che lo Stato, messo in condizione di rimediare alla violazione degli obblighi dei trattati, occorsa nel proprio ordinamento giuridico, non vi sia riuscito³. A questo meccanismo si è aggiunto il nuovo strumento consultivo, attivabile dai giudizi nazionali – *recte*, dalle più alte giurisdizioni – e concernente questioni interpretative e applicative dei testi normativi convenzionali. Sia la tradizionale attività contenziosa che quella nuova non contenziosa restituiscono la natura della Corte europea, che si configura come 'interprete qualificato' dei trattati⁴.

da pronunce rese nell'ambito di giudizi in cui lo Stato italiano era parte, e dunque rispetto a situazioni in cui hanno trovato operatività norme punitive interne, i cui caratteri, se del caso, sono stati oggetto di apprezzamento da parte del Giudice europeo, ma anche da pronunce, o più spesso gruppi di esse, riguardanti altri Paesi contraenti, in relazione a fattispecie in cui hanno trovato applicazione istituti inevitabilmente differenti, pur se talvolta analoghi o comunque comparabili, a quelli dell'ordinamento italiano.

² L'art. 1 del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU, sottoscritto dall'Italia nell'ottobre del 2013 ma non ancora ratificato, prevede che le più alte giurisdizioni, come designate dalle Parti contraenti, possono rimettere alla Corte europea richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione o dai relativi Protocolli.

³ In coerenza con principi generalmente riconosciuti in tema di responsabilità internazionale degli Stati nazionali, è possibile adire la Corte europea solo in un secondo momento, dopo il previo esaurimento dei rimedi interni: al riguardo, fra i molti, si cfr. COHEN-JONATHAN G.-FLAUSS J.-F.-LAMBERT-ABDELGAWAD E., *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2006. La previsione di questo filtro procedimentale porta la Corte europea dei diritti a interessarsi di casi concreti dopo che su di essi si siano già pronunciate le diverse autorità giurisdizionali competenti, facendo sorgere – ma solo a un esame poco attento – il dubbio che essa possa configurare una sorta di ultima istanza di giudizio, ulteriore rispetto a quelle nazionali. Come sottolinea icasticamente RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 54, si tratterebbe, invero, di una qualificazione impropria, non essendo tale Corte competente a pronunciarsi su eventuali errori di fatto o di diritti emergenti nelle decisioni nazionali, salvo che nell'ipotesi in cui detti errori, per così dire, ridondino in una violazione di taluna garanzia convenzionale.

⁴ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.

Il rilievo interno del diritto giurisprudenziale convenzionale si giustifica sotto due profili, che sono riconoscibili, da un lato, nell'obbligo in capo allo Stato di conformarsi alle misure generali o particolari indicate per porre rimedio a violazioni già verificatesi e accertate in pronunce divenute definitive⁵, e, dall'altro, nell'esigenza di impedire il realizzarsi di nuove ipotesi di violazione, discendenti dall'applicazione di norme punitive interne⁶. A questa seconda finalità si rivolgono chiaramente gli strumenti previsti per il coordinamento – si intende – in via giudiziaria con il sistema convenzionale, l'interpretazione conforme alla CEDU e la questione di legittimità costituzionale per incompatibilità convenzionale (ai quali potrebbe aggiungersi, in caso di ratifica del Protocollo n. 16 da parte dell'Italia, la richiesta di parere consultivo). Tali strumenti di coordinamento presuppongono – come si è accennato – la conoscenza dei caratteri dell'attività della Corte europea, in particolar modo dei criteri interpretativi da essa adottati, del relativo linguaggio giuridico proprio, così come degli schemi di giudizio implementati.

È noto che per la definizione del campo applicativo e del contenuto delle disposizioni dei trattati – onde, dell'estensione della sua stessa giurisdizione⁷ – la Corte europea abbia attinto dai criteri di ermeneutica riconosciuti nel diritto internazionale consuetudinario, e codificati nella Convenzione di Vienna del 1969⁸: si tratta delle regole generali di interpretazione

⁵ Si tratta di obblighi di conformazione rispetto a violazioni della Convenzione già accertate, i quali si traducono, in sostanza, nell'obbligo di dare esecuzione alle relative pronunce, provvedendo all'adozione delle misure generali e particolari indicate secondo quanto previsto dall'art. 46 CEDU, dalla stessa Corte europea, in aggiunta all'equa soddisfazione riconosciuta in base all'art. 41 CEDU.

⁶ In questo caso, l'obbligo delle autorità italiane, e fra queste di quelle giurisdizionali, di evitare violazioni delle garanzie convenzionali per escludere il configurarsi di una responsabilità dello Stato sul piano internazionale determina la necessità di interpretare e applicare le norme interne, anche punitive, in modo adeguato a tale finalità.

⁷ La competenza di un organo giudicante è, per solito, circoscritta secondo quattro diverse traiettorie, quanto ai soggetti legittimati attivi alla presentazione di ricorsi (competenza *ratione personae*), quanto al luogo (competenza *ratione loci*), al momento in cui si è realizzata la presunta violazione (competenza *ratione temporis*) e all'oggetto dei ricorsi (competenza *ratione materiae*). È quest'ultimo profilo, in particolare, a rivestire interesse: il carattere vago, indefinito e indeterminato del tenore letterale delle disposizioni convenzionali, unitamente alle peculiari caratteristiche dei metodi interpretativi accolti dalla Corte europea, ha portato alla progressiva affermazione di significati estesi delle garanzie convenzionali, anche per il tramite di un linguaggio giuridico autonomo rispetto a quello proprio dei diversi ordinamenti nazionali.

⁸ Sin da Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, 21 febbraio 1975, § 29, si è chiarito che, stante la natura di trattato internazionale propria della Convenzione, è possibile fare ricorso ai criteri ermeneutici ricavabili dal diritto internazionale consuetudinario in

dei trattati, letterale, sistematica e teleologica, cui si aggiungono i cc.dd. mezzi complementari di interpretazione⁹. Seppure in assenza di alcuna gerarchia, il canone dell'interpretazione teleologica ha acquisito un ruolo assai significativo, se non prevalente¹⁰, assieme a quello dell'interpretazione evolutiva, o dinamica, alla cui stregua la CEDU è assunta quale "strumento vivente"¹¹, adattabile all'evoluzione – appunto – delle condizioni della realtà sociale e giuridica rispetto alla quale essa deve essere applicata¹².

materia di interpretazione dei trattati internazionali, poi codificati negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969.

⁹Secondo l'art. 31 della Convenzione di Vienna, il trattato deve essere interpretato secondo buona fede, seguendo il significato ordinario da attribuire ai termini, secondo il contesto in cui il trattato si inserisce e alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato medesimo. Fra i mezzi complementari di interpretazione, l'art. 32 della Convenzione fa riferimento, ad esempio, all'interpretazione storica, cioè tramite ricorso ai lavori preparatori.

¹⁰Come rileva RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., nelle pronunce ricorre l'adagio secondo cui la Convenzione è interpretata e applicata in modo che siano assicurate garanzie fondamentali, non già teoriche e illusorie, ma concrete ed effettive.

¹¹Secondo un filone giurisprudenziale inaugurato in Corte EDU, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, 5 aprile 1978; e poi confermato nelle pronunce della Grande Camera *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ric. n. 28957/95, 11 luglio 2002, §§ 74-75 e 92-93; e *Scoppola c. Italia* (n. 2), ric. n. 10249/03, 17 settembre 2009.

¹²Se i canoni dell'interpretazione teleologica ed evolutiva spingono verso un ampliamento dell'ambito di operatività delle garanzie convenzionali, essendo funzionali a un atteggiamento di *judicial activism* da parte della Corte, d'altro canto si deve rilevare che un ruolo cruciale nell'interpretazione convenzionale è giocato dalla c.d. dottrina del margine di apprezzamento, che rappresenta lo strumento con cui la Corte delimita la propria area di intervento in un'opposta logica di *judicial restraint*: si cfr. lo studio, pur se ormai non più recentissimo, di DONATI F.-MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in FALZEA P., SPADARO A., VENTURA L. (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 74. Siffatta dottrina, che si fonda di fatto sul criterio della sussidiarietà informante il sistema del Consiglio d'Europa, postula il necessario riconoscimento in capo agli Stati contraenti di un potere discrezionale nella configurazione del proprio ordinamento giuridico, che affiora in tre diversi momenti dell'attività giurisdizionale della Corte europea dei diritti: (i) quando essa compie il tradizionale scrutinio sulla legittimità di misure limitative delle garanzie convenzionali secondo il consueto schema triadico (sussistenza di una 'base legale', perseguimento di uno scopo legittimo, proporzionalità fra misura e scopo perseguito); (ii) quando, nell'accogliere un'interpretazione restrittiva ovvero estensiva di dette garanzie, ha riguardo del *consensus* a livello internazionale ed europeo sulla materia oggetto del caso portato alla sua attenzione; (iii) quando, onde assicurare un certo *standard* di tutela, dichiara l'esistenza di una obbligazione positiva gravante sullo Stato contraente. L'analisi della casistica giuri-

La convergenza di siffatti canoni è sfociata nella creazione di un linguaggio giuridico fondato su concetti e categorie indipendenti dai corrispondenti nazionali, e cioè su nozioni autonome¹³. Queste, adottate non di rado in una logica di ampliamento della portata delle garanzie fondamentali cui si riferiscono, esprimono una chiara tendenza estensiva dell'area applicativa dei diritti e delle libertà protetti dalla Convenzione – là dove la sua natura pattizia avrebbe suggerito un'interpretazione restrittiva – e rispondono alla necessità pratica di impiegare strumenti idonei a intervenire coerentemente nei riguardi di ciascuno degli Stati contraenti¹⁴.

Si intravede, in questa prospettiva, il carattere funzionale di tali nozioni¹⁵, che denota l'adozione di un approccio antiformalistico e sostanzialistico¹⁶, pragmatico e attento alle circostanze concrete¹⁷, tanto nella delimitazione dei confini delle garanzie, quanto nell'individuazione del relativo contenuto¹⁸. Paradigmaticamente ciò è avvenuto, per quanto qui di stretto

sprudenziale evidenza che lo strumento, stante il suo carattere intrinsecamente indefinito, è fatto oggetto di un utilizzo piuttosto elastico, dipendendo in larga misura dal caso singolo preso in considerazione e variando a seconda dei diritti e del contesto in cui esso potrebbe trovare applicazione. In proposito, RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 87-89, rileva che nella propria giurisprudenza la Corte europea ha sottolineato come diversi siano i fattori da tenere in considerazione, con la conseguenza che il margine di apprezzamento è più ampio quando «non c'è consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa sull'importanza relativa dell'interesse in gioco o sui mezzi più adatti a proteggerlo, e in particolare quando il caso pone questioni di ordine etico e morale delicate» ovvero «quando lo Stato deve bilanciare interessi pubblici e privati concorrenti o differenti diritti protetti dalla Convenzione». Al riguardo, si cfr. altresì GREER S., *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 223.

¹³ Si cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 78.

¹⁴ Si cfr. ID., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 22-31.

¹⁵ Si cfr. NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 55.

¹⁶ In questo senso, fra i molti, già MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 34-35.

¹⁷ Si cfr. MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 260.

¹⁸ È, infatti, accaduto che, sempre per il tramite dell'utilizzo di nozioni autonome rispetto a taluni elementi costitutivi, si sia pervenuti a delimitare l'oggetto di una determinata garanzia in modo diverso rispetto alle corrispondenti garanzie nazionali. Con la conseguenza che, anche allorquando le due garanzie, quella interna e quella sovranazionale, operino nel medesimo ambito materiale, comunque il significato di tali garanzie, pur se identificate sotto uno stesso *nomen iuris*, non può dirsi sovrapponibile.

interesse, per la nozione di ‘materia penale’, adoperata per rispondere al quesito dell’applicabilità *ratione materiae* delle tutele di stampo penalistico, e per la nozione di ‘base legale’, concetto essenziale per verificare, nel merito, la legittimità di ingerenze statali, e fra queste di interventi punitivi, nel godimento dei diritti e delle libertà assicurate dalla Convenzione¹⁹.

L’utilizzo e lo sviluppo di queste nozioni comporta l’elaborazione anche di precipi criteri, per la cui integrazione rilevano indici sintomatici, ossia particolari elementi o caratteristiche del caso, che più o meno ricorrentemente sono valorizzati nel momento decisorio. Gli indici possono riferirsi sia alle vicende oggetto del procedimento nel loro svolgimento materiale (e si può parlare in questa ipotesi di indici fattuali in senso proprio), sia al modo in cui le norme punitive abbiano trovato concreta applicazione (indici fattuali in senso lato), sia alle caratteristiche, astratte e generali, delle norme interne rilevanti, siano esse incriminatrici, istitutive di illeciti extra-penal, sanzionatorie o procedurali (e si può discorrere in proposito di indici *stricto sensu* normativi). La verifica della loro sussistenza o mancanza costituisce un passaggio essenziale nel giudizio compiuto dalla Corte europea, che non segue particolari automatismi né schemi logico-giuridici ripetitivi. Essa non trae conclusioni assolutistiche dal rilievo della presenza o della assenza di una singola caratteristica fattuale o normativa, e invece prende in considerazione la pluralità di elementi caratterizzanti il caso oggetto di giudizio – elementi in ipotesi anche divergenti, ossia suscettivi, di per sé considerati, di fondare conclusioni opposte – e di volta in volta li soppesa per giungere alla decisione sul punto controverso.

Il giudizio, in definitiva, si fonda su regole di prevalenza fra i diversi aspetti posti a confronto²⁰. Per questo motivo – come si approfondirà nel prosieguo²¹ – nella lettura delle pronunce convenzionali deve riporsi particolare attenzione non solo, e non tanto, a quei passi motivazionali nei quali siano ribadite statuizioni generali circa la criteriologia elaborata in relazio-

¹⁹ Sulla nozione autonoma di ‘materia penale’ si tornerà nel successivo § 2, mentre il § 3 sarà dedicato all’approfondimento della nozione di ‘base legale’.

²⁰ In questi termini, sembra potersi leggere già ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti e il principio di legalità nella materia penale*, cit., il quale, nell’evidenziare il carattere tendenziale dei criteri *Engel* che assumono rilievo – come si vedrà nel prosieguo – per la definizione della ‘materia penale’ convenzionale, sottolinea come detti criteri possano, e anzi debbano, operare congiuntamente, comportando la necessità di trarre conclusioni in termini di prevalenza del segno complessivo che essi esprimono.

²¹ Si v. *infra*, nella presente Sezione, §§ 2, 3 e 4, e Cap. IV.

ne alla nozione autonoma di interesse, quanto a quelli in cui sia in concreto verificata l'integrazione o meno di siffatte criteriologie. In ciò deve essere ricercata, sul piano ermeneutico, la *ratio decidendi* della singola sentenza o decisione, attraverso cui poter giungere induttivamente all'individuazione degli elementi considerati come decisivi²².

2. La 'materia penale' convenzionale oltre le forme legislative nazionali

Un primo profilo cruciale ed emblematicamente espressivo del modo di procedere sostanzialistico della Corte europea attiene al riconoscimento dei presupposti di operatività delle garanzie fondamentali, processuali e sostanziali, correlate all'esplicarsi di poteri sanzionatori, comunque denominati e qualificati. La delimitazione del perimetro applicativo delle tutele di stampo penalistico recate dalla CEDU (giusto processo; principio di legalità, divieto di retroattività dei reati e delle pene, retroattività della *lex mitior*) e dai Protocolli ad essa annessi (diritto al secondo grado di giudizio; divieto di *bis in idem*) è avvenuta attraverso l'affinamento della nozione di 'materia penale'²³, poggiante su criteri autonomi rispetto a quelli ritenuti rilevanti all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, i quali rappresentano solamente un primo elemento meritevole di apprezzamento, utile eppure non dirimente.

Questa soluzione risponde essenzialmente e – potrebbe dirsi – primariamente a un'esigenza pratica del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, ossia stabilire il significato dei concetti di 'reato', 'pena' e 'procedimento penale', che sono presupposti dal testo dei trattati, senza essere dagli stessi espressamente definiti. In effetti, la soluzione opposta

²² Come illustra autorevolmente sempre ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 71, il modo di ragionare, e quindi di decidere, è fondamentalmente basato sui precedenti: anzitutto, si muove dalla ricerca di quelli che appaiono rilevanti, per identificare quello idoneo a indicare la soluzione da adottare ovvero per rilevarne l'assenza; nella seconda eventualità, vengono presi in considerazione precedenti la cui *ratio decidendi* sia comunque utile.

²³ Per approfonditi studi sulla nozione di 'materia penale' nella giurisprudenza della Corte EDU, si vedano MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit.; MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 25-110; DONINI M.-FOFFANI L., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018.

avrebbe implicato l'acritico accoglimento a livello sovranazionale delle categorie nazionali, conducendo a risultati contrastanti con l'obiettivo di assicurare *standard* comuni nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali protetti dalla Convenzione. Le differenze fra gli ordinamenti giuridici, spesso assai marcate, avrebbero portato – com'è facilmente ipotizzabile – a macroscopiche diversità nella delimitazione del perimetro delle garanzie convenzionali penalistiche, a seconda dello Stato interessato e delle scelte da questo compiute.

Si scorge, in tale ottica, al fianco di un'utilità pragmatica anche una finalità garantistica della nozione, in quanto l'assegnazione ad essa di un significato proprio impedisce che le qualificazioni nazionali – in ipotesi, anche solo strumentali – possano arrecare pregiudizi all'operare delle tutele apprestate in relazione all'esercizio di poteri punitivi. Gli scopi antielusivi sono soddisfatti attraverso la configurazione di un concetto adeguato sia alle ipotesi patologiche di "frode delle etichette", in cui la qualificazione interna sia volta proprio a escludere l'applicabilità delle garanzie fondamentali penalistiche, che a quelle fisiologicamente conseguenti alla proliferazione – quale che ne sia stata la ragione – di modelli sanzionatori esterni al diritto penale, complementari o alternativi a quest'ultimo²⁴. Ne risulta, quindi, che l'elaborazione della nozione di 'materia penale' convenzionale risponde a convergenti esigenze di armonizzazione e di effettività delle garanzie fondamentali²⁵.

²⁴ Le ragioni della proliferazione di strumenti punitivi extrapenali sono diverse, potendosi rinvenire talvolta nelle difficoltà "tecniche" che l'accertamento di alcune categorie di illeciti implica e che, per tale ragione, sono affidate alla competenza di autorità specializzate, talaltra nella peculiarità degli interessi salvaguardati dalle fattispecie di illecito, il cui ristoro, in caso di violazione, necessita di apprezzamenti che si ritiene opportuno non demandare al giudice penale, talaltra ancora, più semplicemente, nella ritenuta sproporzione di una risposta sanzionatoria di tipo penale rispetto a condotte illecite di minore gravità (logica che è alla base delle scelte di depenalizzazione). A siffatta traiettoria non sono estranee, peraltro, esigenze di conformazione a obblighi sanzionatori posti dal diritto dell'Unione europea: in proposito, si cfr. GALLI F.-WEYEMBERG A. (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2014.

²⁵ In proposito, si cfr. FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 3, 2014.

2.1. I confini della nozione autonoma

L'esame del contenuto della nozione impone di soffermarsi preliminarmente su due suoi aspetti qualitativi basilari, la cui precisazione consente di meglio comprenderne le ragioni e modalità di utilizzo. La 'materia penale' convenzionale si caratterizza, anzitutto, per il suo essere relativa – come, del resto, ogni definizione avente natura stipulativa – dal momento che il suo ambito di rilevanza giuridica, ossia di vincolatività, si concreta nell'interpretazione e applicazione delle garanzie recate dalla CEDU e dai Protocolli annessi, compito affidato alla Corte europea, ma che è richiesto anche alle autorità nazionali e, fra queste, a quelle giurisdizionali. Ciascuna di queste è chiamata, infatti, ad assicurare, in base ai propri poteri, il rispetto degli obblighi internazionali, impedendo inveramenti del diritto nazionale con essi contrastanti.

La relatività serve, quindi, a delimitare il perimetro “esterno” di operatività della nozione. Esso non è circoscritto all'ambito sovranazionale, donde la nozione trae origine, ma si estende all'ordinamento nazionale ogniqualvolta insorga l'esigenza di verificare l'applicabilità o meno di una determinata garanzia convenzionale nel corso di procedimenti giudiziari interni, come accade quando occorra implementare taluno degli strumenti interpretativi, processuali e sostanziali di coordinamento fra i livelli giurisdizionali. E, infatti, si deve fare riferimento a tale nozione quando sia esperito il tentativo di interpretazione conforme alla CEDU della norma punitiva interna rilevante, e sempre con essa è obbligatorio confrontarsi per sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma interna per veder dichiarata la sua incompatibilità convenzionale. È proprio la relatività della nozione a consentire la distinzione fra questo genere di conseguenze sullo svolgersi delle giurisdizioni nazionali, che si possono qualificare dirette, da quelle soltanto indirette, che si risolvono, invece, in una mera generica influenza spiegata dagli approdi giurisprudenziali convenzionali sulle soluzioni elaborate dai giudici nazionali.

La nozione si distingue, poi, per la sua funzionalizzazione, che evidenzia lo stretto legame sussistente fra la sua origine, il suo contenuto e le finalità garantistiche perseguite, chiarendone l'atteggiarsi all'interno della sistematica convenzionale. La concettualizzazione sostanzialistica compiuta dalla Corte europea, infatti, ha dato rilievo a esigenze di coerenza ermeneutica e applicativa della Convenzione, esito suggellato dalla scelta – esplicita e consapevole – di una 'materia penale' unitaria, definente, cioè, il campo operativo di ogni garanzia penalistica convenzionale a prescindere dalle relative

nature e finalità, che sono state ritenute, a tale scopo, non rilevanti²⁶.

L'approdo non ha comunque impedito che le differenze portassero alla suddivisione della nozione in sottocategorie, necessarie per discernere l'ambito delle garanzie sostanziali da quelle processuali e per calibrare – o, meglio, modulare – l'operatività delle stesse rispetto al singolo strumento punitivo di interesse. Il problema della valorizzazione di siffatte caratteristiche, così, si è spostato all'elaborazione di ulteriori criteri, sempre sostanzialistici, volti a stabilire l'appartenenza alla (o l'esclusione dalla) specifica sottocategoria di un certo istituto pacificamente penale²⁷.

2.2. *L'elaborazione di criteri sostanzialistici e l'enucleazione, in concreto, dei relativi indici sintomatici*

Chiariti i caratteri essenziali della nozione di 'materia penale' e delle sue articolazioni interne, è possibile a questo punto passare allo studio dei loro contenuti, ciò che impone di esaminare non solo, in termini generali, i criteri che sono stati sanciti e implementati per la loro definizione, ma anche i singoli indici sintomatici che nella prassi sono stati ritenuti in concreto dirimenti o rilevanti per la decisione giudiziale. Per quanto, infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti sia – lo si è detto – casistica, l'utilizzo ricorrente degli stessi criteri e la valorizzazione dei medesimi indici, quanto meno in relazione a fattispecie sanzionatorie assimilabili, consente di ravvisare al suo interno filoni interpretativi omogenei²⁸.

L'opera di definizione dei limiti esterni della 'materia penale' si fonda

²⁶ In alternativa, sarebbe stato possibile immaginare la creazione di una nozione diversificata a seconda della singola tutela oggetto di interesse, assegnando, in tal modo, un campo di applicazione differente alle diverse garanzie penalistiche, e così delineando una 'materia penale', per così dire, a geometria variabile.

²⁷ In tal senso, si deve verificare se un certo istituto sia riconducibile al diritto materiale, con conseguente assoggettamento al divieto di retroattività in senso sfavorevole, ovvero al diritto processuale, cui segue la sottoposizione al regime del *tempus regit actum*; e, ancora, se esso costituisca o meno espressione di un 'nocciolo duro' del diritto punitivo (c.d. *hard-core criminal law*) al quale talune garanzie fondamentali debbono applicarsi con maggior rigore: in proposito, si v. *infra*, nella presente Sezione, §§ 2.4 e 2.5.

²⁸ È possibile, cioè, individuare gruppi di pronunce in cui la valutazione intorno alla sussistenza della 'materia penale' è stata condotta attraverso la valorizzazione di medesimi indici, anche se poi le conclusioni raggiunte, nelle diverse occasioni, sono state divergenti a seconda della sussistenza o meno dell'indice ritenuto decisivo.

sull'elaborazione e applicazione di tre criteri fondamentali, divenuti ormai celebri con la formula di *Engel criteria*, dal nome del primo ricorrente del *leading case* degli anni Settanta del secolo scorso²⁹, e che sono stati precisati nel corso della progressiva evoluzione giurisprudenziale. In questa prospettiva, la qualificazione interna di un illecito, di una sanzione o di un procedimento – che in certi ordinamenti nazionali, come quello italiano, poggia su basi formalistiche – rappresenta un mero punto di partenza e assume valore decisivo solo quando consenta di pervenire a un'estensione delle garanzie convenzionali. L'incontestata attribuzione, secondo l'ordinamento interno, di una qualifica penalistica rende pleonastica qualsiasi valutazione in ordine all'integrazione degli ulteriori criteri definenti la nozione, essendo essa di per sé sufficiente a dare operatività alle garanzie convenzionali. All'inverso, una qualificazione interna che, in ipotesi, neghi la natura penale non è dirimente per escludere la rilevanza della nozione, la cui autonomia – usando le parole della Corte – opera in un'unica direzione, disegnando una traiettoria tendenzialmente estensiva dell'ambito applicativo delle tutele penalistiche³⁰.

La verifica di questo primo criterio, se non ha ingenerato criticità significative, e neppure problematiche di ardua soluzione, nondimeno ha dato luogo a qualche incertezza allorché il riconoscimento – ovvero, a seconda dei casi, l'esclusione – del carattere penalistico a livello nazionale sia avvenuto solamente sul piano giurisprudenziale, a fronte di un disposto legisla-

²⁹ Si v. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/718, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8 giugno 1976; ad adire la Corte erano militari olandesi nei cui confronti erano stati contestati illeciti disciplinari, ed erano state applicate sanzioni formalmente non penali, ma incidenti sulla loro libertà personale. La questione fondamentale da affrontare consisteva nello stabilire se i procedimenti sanzionatori previsti dall'ordinamento olandese potessero considerarsi riconducibili alla nozione di 'materia penale', e quindi se dovessero applicarsi le garanzie endoprocedimentali riconosciute dall'art. 6 CEDU. Posta di fronte a tale quesito, la Corte europea ha per la prima volta affermato la necessità di assumere un approccio sostanzialistico nella definizione dell'ambito applicativo delle garanzie penalistiche, a tal fine indicando i tre criteri (qualificazione formale, natura dell'illecito, natura e gravità della sanzione) poi affinati nella giurisprudenza successiva. In quell'occasione, la conclusione del giudizio ha visto l'affermazione dell'applicabilità della garanzia convenzionale, attraverso l'utilizzo del terzo criterio e, in modo particolare, del sottocriterio della gravità della sanzione disciplinare in quel caso applicata, consistente nel deferimento a un'unità disciplinare per un periodo di dodici giorni, durata che, in astratto sul piano editale, avrebbe potuto raggiungere anche i sei mesi.

³⁰ Si cfr. GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014, 4.

tivo lacunoso o comunque incerto. In tali ipotesi occorre stabilire se le conclusioni raggiunte nella prassi giudiziaria interna assurgano, nell'ottica sovranazionale, a vera e propria classificazione penalistica secondo il diritto nazionale – ossia, quanto strettamente richiesto dal criterio – o rappresentino una semplice riqualificazione in senso penalistico di strumenti sanzionatori (sostanziali o processuali) ai limitati fini dell'applicazione interna delle garanzie convenzionali.

A uno sguardo attento si tratta, in effetti, di due situazioni ben differenti: nell'una, le conclusioni giurisprudenziali interne costituiscono un dato di fatto che la Corte europea è chiamata a riscontrare, onde poter affermare o negare l'integrazione del primo criterio; nell'altra, invece, le autorità giudiziarie interne procedono a una "rilettura" dell'istituto interno alla luce della nozione convenzionale di 'materia penale', e pertanto le relative valutazioni sono riconducibili (non già al primo criterio, ma) agli ulteriori due criteri sostanzialistici e certo non "vincolano" l'operato della Corte europea. In questa seconda ipotesi, cioè, i giudici nazionali assolvono all'obbligo di evitare applicazioni del diritto interno che configurino violazioni della Convenzione, e a tal fine procedono a verificare esplicitamente o implicitamente l'integrazione dell'intera criteriologia sovranazionale per stabilire se la garanzia convenzionale sia o meno applicabile. Con la conseguenza che gli esiti raggiunti a livello nazionale, in quanto fondati su una certa interpretazione della norma convenzionale, possono essere messi in discussione e superati – a differenza di quanto accade nella prima ipotesi – dalla Corte europea dei diritti, spettando ad essa il compito di fornire l'interpretazione, appunto, 'qualificata' delle tutele convenzionali.

La "trilogia" relativa alla 'materia penale' è completata da altri due criteri che – come si è anticipato – vertono essenzialmente su aspetti sostanzialistici – il secondo criterio sulla natura dell'illecito, il terzo sulla natura e gravità della sanzione – e operano tanto alternativamente, quando uno soltanto di essi è suscettivo di condurre a conclusioni dirimenti³¹, quanto cumulativamente, allorché l'esame secondo ciascuno di essi preso singolarmente non sia idoneo al medesimo fine³². Ancora una volta, vengono alla

³¹ Quanto ai rapporti fra i due criteri sostanzialistici, il secondo e il terzo, in più occasioni la Corte ha avuto modo di chiarire che essi sono da considerarsi alternativi e non necessariamente cumulativi, essendo sufficiente che sia integrato anche di uno soltanto per ritenere applicabili le garanzie convenzionali: in tal senso, già Corte EDU, *Lutz c. Germania*, ric. n. 9912/82, 25 agosto 1987, § 55.

³² Come è stato riconosciuto dalla stessa *Grande Chambre* nella sentenza *Jussila c. Fin-*

luce le logiche sottese all'implementazione di tali criteri, sia di ampliamento delle tutele convenzionali, che di controllo almeno indiretto delle scelte nazionali.

Addentrandosi nei contenuti del secondo criterio, incentrato sulla natura dell'illecito, si può notare che vengono valorizzati carattere e struttura del comando trasgredito e, proprio a tale scopo, viene assegnato ruolo preponderante agli interessi protetti dalla norma punitiva e alla cerchia dei destinatari della stessa. Sono capaci di indicare la sussistenza della 'materia penale' sia la generalità dei beni giuridici tutelati, in quanto corrispondano a quelli normalmente assicurati dal diritto penale, che la generalità dei destinatari del precetto, indicativa dell'assenza di connessioni strutturali fra lo strumento sanzionatorio in questione e rapporti particolaristici (nelle relazioni che coinvolgono il soggetto sanzionato e quello detentore del potere sanzionatorio)³³. Assumono rilievo, talvolta, anche gli scopi perseguiti con l'istituzione delle fattispecie di illecito, ove essi siano ritenuti dissuasivi e repressivi analogamente a quelli del diritto penale in senso proprio, per quanto assai più spesso tali scopi siano indagati e apprezzati compiutamente in riferimento alle sanzioni comminate, e quindi in base al terzo dei criteri in questione.

Quest'ultimo assume, difatti, una fisionomia bipartita, indirizzando l'analisi verso le finalità della sanzione, che ne evidenziano la natura, e al contempo sugli aspetti contenutistici della stessa, vale a dire sulla sua gravità. Le due caratteristiche sono inferite da differenti elementi, fra i quali spiccano, per ricorrenza e significatività, da un lato, la pertinenzialità della sanzione rispetto a un fatto di reato, dall'altro la sua misura, sia quella prevista dalla legge che quella concretamente irrogata³⁴. Ad entrambe tali caratteristiche corrisponde un'autonoma valutazione nel percorso argomentativo seguito dalla Corte europea, tanto che è possibile ritenere che esse diano luogo a veri e propri sottocriteri.

landia del 2006 (ric. n. 73053/01, 23 novembre 2006, § 31) la possibilità di applicare congiuntamente i criteri è ammessa, quindi, solo in una logica di ampliamento delle tutele previste dalla Convenzione.

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

³⁴ Siffatte caratteristiche devono essere valutate in relazione al massimo edittale della sanzione prevista dal diritto nazionale; se è vero, infatti, che la sanzione concretamente applicata rientra fra gli elementi presi in considerazione dalla Corte nel suo accertamento, un'importanza primaria è accordata alla sanzione in astratto comminata dalla legge.

La gravità esige di distinguere fra contenuto detentivo o patrimoniale della sanzione, anche se da tale operazione non possono trarsi elementi decisivi. Se il carattere privativo della libertà personale fonda certamente, per così dire, una presunzione di gravità della sanzione³⁵, onde di appartenenza alla ‘materia penale’, non è tuttavia possibile escludere eccezioni, ossia – si è precisato nella giurisprudenza – privazioni della libertà personale che per durata, natura o modalità di esecuzione non siano da trattarsi alla stregua di vere e proprie pene³⁶. Viceversa, la mancanza di incisioni dirette della libertà personale non preclude l’integrazione del canone della gravità, che può basarsi anche su indici ulteriori, come l’idoneità della sanzione pecuniaria a convertirsi in misura detentiva o, in assenza di un simile meccanismo, il suo considerevole ammontare, comunque indicativo di una natura afflittiva punitiva.

Un rilievo ancora maggiore è assunto dal sottocriterio rappresentato dalla natura della sanzione, in quanto la valutazione in ordine alla finalità repressiva ha acquisito posizione preminente – un ruolo indubbiamente primario, come è stato notato³⁷ – visto che il suo riconoscimento è stato ritenuto sufficiente a fondare la sussistenza della ‘materia penale’, nonostante la riscontrata scarsa gravità della sanzione inflitta, ossia malgrado la mancata integrazione dell’altro sottocriterio³⁸.

³⁵ Si cfr. MANES V., Sub Art. 7, cit., 265.

³⁶ In Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 82, si afferma che non rientrano nella nozione di ‘materia penale’ quelle sanzioni privative della libertà personale che, per la loro natura, durata o modalità di esecuzione, non causino alcun serio pregiudizio. Si tratta, tuttavia, di un’affermazione ormai risalente nel tempo, la cui perdurante attualità andrebbe verificata in considerazione del rigore con cui oggi la Corte europea accerta la gravità della sanzione. Più di recente, si cfr. Corte EDU, *Laytsan c. Russia*, ric. n. 28882/14, 14 giugno 2022, §§ 13-16; *Velkov c. Bulgaria*, ric. n. 34503/10, 21 luglio 2020, §§ 48-52.

³⁷ Si cfr. MANES V., Sub Art. 7, cit., 263.

³⁸ Ne è una dimostrazione Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95, 2 settembre 1998, § 58, in cui la Corte EDU è giunta a riconoscere la riconducibilità alla ‘materia penale’, proprio valorizzando la finalità repressiva dello strumento punitivo, nonostante il suo contenuto non implicasse una privazione della libertà personale e non si prevedesse neppure l’iscrizione della condanna nel casellario giudiziale. Nello stesso senso, è proprio l’accento posto sulla finalità preventiva (e non repressiva) delle misure di prevenzione a condurre alla loro esclusione dal perimetro della ‘materia penale’, anche quando esse incidano su fondamentali libertà: al riguardo, di recente si v. Corte EDU, *Timofeyev c. Russia*, ric. nn. 45431/14 et 22769/15, 19 gennaio 2021, §§ 70-82, che si inserisce nel più ampio orientamento giurisprudenziale di cui si darà conto nel prosieguo: si v. *infra*, § 2.3.

2.3. *L'estensione al diritto punitivo extrapenale*

L'attrazione alla sfera penalistica di numerosi strumenti processuali e sostanziali di diritto sanzionatorio extrapenale costituisce una complessiva e univoca tendenza di fondo rilevabile nella giurisprudenza convenzionale, il cui esame restituisce un comportamento mutevole della criteriologia *Engel* a seconda del sistema punitivo e del settore ordinamentale interessato. L'analisi, pertanto, non può prescindere, sul piano metodologico, da una distinzione fra i differenti contesti sanzionatori, in relazione ai quali si è posto il problema della possibile estensione della 'materia penale' convenzionale.

Entrambe le dinamiche, sia generale che particolare, si sono vistosamente manifestate nelle occasioni di riqualificazione in termini penalistici delle molteplici configurazioni del diritto amministrativo sanzionatorio, spesso ricondotte entro il perimetro delle garanzie penalistiche attraverso il riconoscimento di caratteri propri, volta per volta differenti. Fra questi, ricorrente è stata la considerazione ricevuta dalla struttura delle figure di illecito, che risulta di sovente analoga a fattispecie di reato per la portata generale del precetto e per gli interessi protetti, e allo stesso modo dal carattere afflittivo e punitivo delle corrispondenti sanzioni, non di rado di entità economica paragonabile, se non anche maggiore, a quella di vere e proprie pene pecuniarie, seppure prive di incidenza sulla libertà personale.

Tali elementi sono stati reputati idonei, talora singolarmente talaltra cumulativamente, a far insorgere istanze di tutela omologhe a quelle cui si rivolge l'operare delle garanzie di stampo penalistico, e quindi a giustificarne l'applicabilità. Anche se, a uno sguardo più attento, si può notare come diversa sia stata la valorizzazione di quegli stessi elementi al variare del motivo fondante la previsione degli strumenti punitivi extrapenali, e cioè nelle diverse ipotesi di ricorso al diritto amministrativo in risposta a esigenze di depenalizzazione, di efficienza repressiva o di affidamento della potestà punitiva a organi tecnici³⁹.

La casistica, piuttosto variegata, consente di rilevare che è per solito prevalente il secondo criterio, vertente sulla natura dell'illecito, in relazione a fattispecie risultanti da opere di depenalizzazione, giacché il mero muta-

³⁹ Come si è anticipato, accade spesso che i legislatori nazionali scelgano di riservare la tutela di particolari interessi generali al diritto amministrativo sanzionatorio, anziché a quello penale, per le esigenze più svariate: di depenalizzazione, di efficienza della risposta sanzionatoria e di attribuzione delle competenze istruttorie e decisorie a organi in possesso delle necessarie conoscenze tecniche.

mento della qualificazione formale, da penale ad amministrativa, non è idoneo a provocarne una trasformazione sul piano sostanziale. Le relative caratteristiche materiali mostrano il persistere di una portata generale e di un carattere repressivo e dissuasivo del precetto, anche a prescindere dal relativo apparato sanzionatorio, su cui insiste il terzo criterio⁴⁰.

In altri contesti, invece, il secondo e il terzo criterio operano congiuntamente, come emerge dal significativo filone giurisprudenziale concernente l'esercizio di potestà punitive da parte di autorità amministrative indipendenti⁴¹, di cui vengono presi in esame non solo gli interessi generali tu-

⁴⁰ La dottrina è concorde nell'individuare il *leading case* della materia in Corte EDU, *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, ric. n. 8544/79, 21 febbraio 1984: in tal senso, si cfr. MANES V., Sub Art. 7, cit., 267, e NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 48. In quell'occasione la Corte europea ha accertato la violazione del giusto processo penale (art. 6, § 3, CEDU) realizzatasi in un procedimento amministrativo sanzionatorio per un'infrazione al codice della strada, in quanto non era stato garantito il diritto di ricevere assistenza gratuita di un interprete al soggetto destinatario degli addebiti. La riconduzione alla 'materia penale' si è fondata sul solo secondo criterio, dal momento che l'illecito amministrativo contestato – originariamente previsto dal legislatore tedesco come reato, e poi depenalizzato – palesava in sé portata generale e caratteri repressivi e dissuasivi, essendo suscettibile di trovare applicazione nei confronti di tutti coloro i quali utilizzassero pubbliche vie; l'esito positivo di tale scrutinio ha reso superfluo l'esame in base al terzo criterio (natura e gravità delle sanzioni). Ma, oltre che per l'atteggiarsi della criterilogia *Engel* nelle ipotesi di depenalizzazione, la pronuncia è di particolare significato anche per le osservazioni svolte, su di un piano generale, circa il necessario rispetto dei diritti fondamentali afferenti all'ambito penalistico. Sul punto, il Giudice dei diritti, pur mostrando di vedere con favore la tendenza alla depenalizzazione, all'epoca comune a molti ordinamenti europei, dati gli obiettivi da essa perseguiti (l'efficienza dell'intero sistema giudiziario attraverso la sottrazione ai tribunali della competenza sugli illeciti di minore gravità o di minore allarme sociale e l'esclusione, rispetto a questi ultimi, di conseguenze stigmatizzanti proprie dell'apparato sanzionatorio penalistico), ha chiarito che siffatta tendenza non può comunque portare a un'elusione delle garanzie penalistiche, sostanziali e processuali, previste dal sistema convenzionale. La rilevanza della pronuncia, anche in questa chiave di lettura, era stata intuita già da PALIERO C.E., «*Materia penale*» e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.

⁴¹ Molti ordinamenti nazionali hanno scelto di affidare taluni ambiti materiali ad autorità tecniche (cc.dd. *authorities*), competenti a regolare un determinato settore dell'ordinamento, e, in caso di presunte violazioni, a istruire procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni, definite come amministrative, ma particolarmente incisive sia per l'importo che esse sono suscettibili di raggiungere (sanzioni pecuniarie) sia per l'invasività dei divieti dalle medesime derivanti (sanzioni interdittive), per questo di afflittività analoga, identica o talvolta addirittura superiore a quelle penali e, da un punto vista teleologico, un omologo carattere deterrente e punitivo.

telati dalle figure di illecito, ma anche gli aspetti contenutistici e teleologici delle sanzioni, considerate sia singolarmente che complessivamente nel loro cumularsi. L'intreccio valutativo fra i due criteri è restituito da tre fondamentali pronunce rese in casi involgenti poteri sanzionatori di autorità italiane: la sentenza *Menarini* del 2011, in tema di sanzioni per intese restrittive della concorrenza o condotte di abuso di posizione dominante (affidate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato)⁴²; la sentenza *Grande Stevens e altri* del 2014, riguardante fattispecie sanzionatorie di abusi del mercato (soggette al potere della CONSOB)⁴³, la quale ha invero

⁴² Si v. Corte EDU, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, 27 settembre 2011. Per quanto nel nostro ordinamento il procedimento sanzionatorio *antitrust* sia ricondotto, sul piano formale, al diritto amministrativo sanzionatorio, non può certo omettersi di considerare, da un lato, che tale procedimento teso a verificare eventuali condotte illecite da parte delle imprese sotto il profilo della loro conformità agli obiettivi della disciplina, europea oltre che interna, di tutela della concorrenza è suscettibile di sfociare nella applicazione di sanzioni pecuniarie assai gravi. Dall'altro lato, va osservato che le sanzioni sono applicate dall'Autorità a seguito e in esito a un procedimento articolato, nel cui ambito debbono intervenire accertamenti di fatti e circostanze non semplici, che richiedono apprezzamenti tecnici complessi, valutazioni più o meno ampiamente discrezionali in rapporto agli interessi pubblici perseguiti e ai diritti e interessi dei soggetti coinvolti, qualificazioni giuridiche dei fatti, e della loro eventuale liceità e delle responsabilità, formulazione di precise accuse, apprezzamenti di adeguatezza delle sanzioni ai fatti, e da ultimo irrogazione di sanzioni immediatamente esecutive (ancorché suscettibili di impugnazione in una successiva fase propriamente giurisdizionale). Siffatte caratteristiche dello sviluppo procedimentale e dell'esercizio da parte dell'Autorità dei relativi compiti e poteri, soprattutto di quelli sanzionatori – compiti e poteri, lo si segnala incidentalmente, evidentemente di carattere para-giurisdizionale – depongono chiaramente nel senso della riconducibilità della materia in questione all'ambito *lato sensu* penalistico, come è sostanzialmente inteso nel sistema convenzionale.

⁴³ Si v. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, 4 marzo 2014. All'epoca era la stessa disciplina di diritto dell'Unione europea a sancire obblighi di tutela omogenei per gli interessi degli investitori nello spazio finanziario continentale (un'esigenza primaria da perseguirsi nel contesto attuale della globalizzazione dell'economia, dell'internazionalizzazione degli scambi e della tendenziale unificazione dei mercati), obblighi che determinavano la necessità di adottare un quadro sanzionatorio proporzionato, efficace e dissuasivo, lasciando ai legislatori nazionali una certa discrezionalità quanto alla configurazione del sistema sanzionatorio interno, e in particolare quanto alla opportunità di affiancare a figure di reato e pene altresì fattispecie di illecito e sanzioni di tipo amministrativo. In questo senso, si sono ad esempio orientati tanto il legislatore francese quanto – ciò che rileva ai nostri fini – quello italiano, il quale ultimo con la legge 18 aprile 2005, n. 62 (recante *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*) ha dato luogo a un sistema procedimentale e sanzionatorio caratterizzato da un evidente eccesso repressivo (cfr. ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uo-*

fatto seguito a pronunce rese in relazione a ipotesi punitive previste nell'ordinamento francese⁴⁴; e la sentenza *Edizioni del Roma* del 2020, relativa a violazioni della normativa sui finanziamenti pubblici dell'editoria (di competenza dell'AGCOM)⁴⁵.

In tali occasioni il secondo criterio ha portato a valorizzare la natura generale degli interessi, alla cui cura sono preposte le autorità indipendenti (concorrenza; integrità dei mercati finanziari; trasparenza della proprietà dei mezzi di informazione)⁴⁶, assieme alla finalità punitiva dell'illecito *ex se*. Sotto il terzo criterio, invece, hanno trovato considerazione sia gli scopi repressivi e preventivi perseguiti dalle sanzioni – ricavati, i primi, dalla natura consequenziale rispetto all'illecito e, i secondi, dal sotteso nesso con l'obiet-

mo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato, in *Giur. comm.*, 2014, 855 ss.), in dottrina condivisibilmente qualificato come “ipermuscolare” ed “efficientista” (cfr. FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 1.), essendosi affiancate alle fattispecie di reato – previste dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo Unico Finanziario) – di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 t.u.f.) e di manipolazione di mercato (art. 185 t.u.f.) due figure di illecito amministrativo che presentano identico *nomen iuris* e soprattutto contenuto sostanzialmente sovrapponibile. Sul tema, fra gli altri, BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte EDU*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁴⁴ Si cfr. altresì Corte EDU, *Dubus S.A. c. Francia*, ric. n. 5242/04, 11 giugno 2009, in relazione alla *Commission bancaire*; (dec.) *Messier c. Francia*, ric. n. 25041/07, 30 giugno 2011, in relazione alla *Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers*; *Guisset c. Francia*, ric. n. 33933/96, 26 settembre 2000, in relazione alla *Cour de discipline budgétaire et financière*; (dec.) *Didier c. Francia*, ric. n. 58188/00, 27 agosto 2002, in relazione al *Conseil des marchés financiers*; (dec.) *Lilly France S.A. c. Francia*, ric. n. 53892/00, 3 décembre 2002 rispetto al *Conseil de la concurrence*. Alla pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia* è seguita la sentenza *Nodet c. Francia*, ric. n. 47342/14, 6 settembre 2019, sempre in relazione alla *Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers*.

⁴⁵ Si v. Corte EDU, *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, ric. nn. 68954/13, 70495/13, 10 dicembre 2020.

⁴⁶ Si v. Corte EDU, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., § 40; *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., § 96, ove si è evidenziata la natura generale dell'interesse tutelato dalle fattispecie di illecito amministrativo contestate ai ricorrenti, vale dire la garanzia dell'integrità dei mercati finanziari e il mantenimento della fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni, e dei beni giuridici alla cui tutela è diretta l'azione della CONSOB, e cioè, tra gli altri, la tutela degli investitori e dell'efficacia, della trasparenza e dello sviluppo dei mercati borsistici; *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, cit., § 41, nella quale si è sottolineato come il fine tutelato fosse quello di promuovere la trasparenza delle imprese e società che operano nel settore dell'informazione, perché essa sia libera e accessibile, e non concentrata nelle mani di pochi centri di potere economico.

tivo, generale e speciale, di impedirne reiterazioni⁴⁷ – sia la misura consistente delle stesse sanzioni, nella comminatoria legislativa e nella concreta irrogazione amministrativa e giudiziale⁴⁸.

Proprio la gravità degli esiti punitivi riceve un'attenzione sempre maggiore, testimoniata dall'accento posto, nella sentenza *Grande Stevens e altri*, sul complessivo apparato sanzionatorio repressivo degli abusi di mercato, che si compone anche di sanzioni amministrative accessorie e confiscatorie⁴⁹, e, nella sentenza *Edizioni del Roma*, sugli effetti preclusivi implicati dall'accertamento dell'infrazione – cioè, l'impossibilità di accedere a forme di finanziamento pubblico supplementari – che sono considerati alla stregua di conseguenze sanzionatorie⁵⁰ ai fini del giudizio di riconduzione alla 'materia penale'⁵¹.

⁴⁷ Si v. Corte EDU, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, cit., 41; *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., 97; *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, cit., § 41.

⁴⁸ Nella sentenza *Menarini* si è rilevato, in particolare, che l'AGCM aveva, in astratto, la possibilità di applicare, rispetto alle infrazioni gravi, sanzioni pecuniarie particolarmente consistenti corrispondenti al dieci per cento del fatturato realizzato in ciascuna impresa o ente nell'ultimo esercizio, e che in concreto la sanzione applicata ammontava a euro sei milioni.

⁴⁹ Si v. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., §§ 97-98. Con riguardo al sottocriterio della gravità della sanzione, seppure si sia accertata l'inidoneità delle sanzioni amministrative pecuniarie a convertirsi, in caso di mancato pagamento, in misure privative della libertà personale, si è valorizzata nondimeno la circostanza che esse potessero raggiungere importi di un certo rilievo, considerato che il massimo edittale, invero già considerevole (all'epoca di euro cinque milioni), avrebbe potuto anche essere triplicato o aumentato fino a dieci volte il valore del prodotto o del profitto conseguito dall'illecito. La gravità del quadro sanzionatorio era, poi, accentuata dalla previsione, a fianco della sanzione pecuniaria, di sanzioni amministrative ulteriori definite come accessorie, quali la perdita dei requisiti di onorabilità e l'incapacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di società quotate in borsa per un periodo dai due mesi ai tre anni, il divieto rivolto alle società quotate, alle società di gestione e alle società di revisione di avvalersi – nell'esercizio della propria attività e per un periodo non superiore ai tre anni – dell'autore della violazione, e infine la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Peraltro, anche prescindendo dai massimi edittali, e in generale dal grado di severità in astratto del trattamento sanzionatorio previsto, in relazione al quale, come si è detto, la Corte EDU è solita condurre il proprio esame, in ogni caso, nella specie le sanzioni applicate in concreto ai ricorrenti si connotavano per una particolare severità.

⁵⁰ Si v. Corte EDU, *Edizioni Del Roma società cooperativa a.r.l. e Edizioni Del Roma s.r.l. c. Italia*, cit., § 42.

⁵¹ Si v., nella giurisprudenza più recente, Corte EDU, *Jesus Pinhal c. Portogallo*, ric. nn. 48047/15 e 2276/20, 8 ottobre 2024, §§ 150-155.

La forza espansiva di quest'ultima ha interessato, inoltre, anche altri strumenti punitivi di diritto sanzionatorio amministrativo, sia appartenenti a sistemi sanzionatori in sé autonomi⁵² che coordinati a moduli punitivi penalistici⁵³. Senza dubbio meritevole di attenzione è, nella seconda prospettiva, la materia tributaria che, a differenza di altre, solo recentemente toccate dall'implementazione di modelli punitivi esterni al diritto penale, si contraddistingue tradizionalmente per la previsione di un apparato sanzionatorio diverso e ulteriore rispetto a quello penale in senso proprio, cui il primo si aggiunge ed è in vario modo relazionato⁵⁴. Per questo motivo, essa è ritenuta terreno "elettivo" per la previsione di coesistenti schemi sanzionatori di diversa natura⁵⁵.

⁵² Ad esempio, a partire dalla sentenza *Öztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, già citata, è stata affermata la riconducibilità di infrazioni al codice della strada e delle relative sanzioni alla 'materia penale' convenzionale.

⁵³ Sul punto, si tornerà *infra* nella presente Sezione, § 4.

⁵⁴ La conformazione del sistema di repressione secondo due diversi 'binari' suscettibili di operare in modo congiunto – da un lato, illeciti e sanzioni formalmente amministrativi e, dall'altro, reati e pene in senso proprio – corrisponde infatti, su di un piano storico, a una scelta risalente nel tempo, e non connessa a recenti esigenze di efficienza repressiva. Specificamente sui profili di attrito col principio del *ne bis in idem* presentati dal sistema di 'doppio binario' in ambito tributario previsto nel nostro ordinamento, si vedano FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015, 153 ss.; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017, 1; RIVELLO P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 101 ss.; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2015, 1033 ss.; PISTOLESI F., *Crisi e prospettive del principio del "doppio binario" nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2014, 29 ss.

⁵⁵ Così, FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit., 10. Il concorso di sistemi è stato da sempre giustificato in virtù della diversa qualificazione formale ad essi attribuita dal diritto nazionale, della sovrapposizione solo parziale dei relativi campi di applicazione nonché delle profonde differenze strutturali e operative sussistenti fra gli stessi: esamina il problema BENAZZI A., *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, *Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Utet, Torino, 2017, 1291 ss. L'evoluzione normativa comune a vari Stati eu-

Il riconoscimento della finalità afflittivo-punitiva perseguita dalle sanzioni tributarie⁵⁶ e la loro sicura qualificazione come sanzioni amministrative, pur se con talune particolarità, ha posto il problema, largamente dibattuto, dell'applicazione delle tutele di stampo penalistico sia processuali che sostanziali⁵⁷, risolto in senso affermativo dalla Corte europea in esito a un percorso giurisprudenziale non privo di incertezze⁵⁸. Mentre inizial-

ropei dimostra come l'impianto punitivo definito come tributario – e appartenente formalmente al diritto amministrativo sanzionatorio – trovi applicazione in presenza di condotte di mero inadempimento del debito tributario ovvero di ipotesi meno gravi di inosservanza di obblighi ad esso correlati. Il tratto caratteristico di questo apparato sanzionatorio è certamente rappresentato dalla stretta connessione con l'obbligazione pecuniaria tributaria: sul tema DI PIETRO A., *Presentazione*, in DI PIETRO A. (a cura di), *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 2001, XI ss. Tale aspetto emerge con evidenza sotto un triplice profilo: sia nelle modalità seguite per l'individuazione delle specifiche fattispecie di illecito tributario, che si risolvono nella semplice omissione integrale o parziale, anche solamente colposa, di un comportamento dovuto in base alle leggi tributarie; sia nel soggetto competente ad accertare l'integrazione delle figure di illecito e a irrogare le relative sanzioni, che è, in prima battuta, l'Amministrazione finanziaria; sia nei criteri di commisurazione delle medesime sanzioni, che si riferiscono a una percentuale dell'importo non versato a titolo di imposta, tributo o tassa rimasto insoddisfatto. CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, 13-14, evidenzia come tale meccanismo di commisurazione abbia contribuito, in passato, a far sorgere dubbi sull'inquadramento giuridico di questi strumenti, e costituisca, oggi, un aspetto di «strutturale difformità» delle sanzioni tributarie rispetto al modello di sanzione amministrativa.

⁵⁶ Il definitivo superamento dei dubbi circa una loro presunta natura risarcitoria rappresenta un risultato acquisito nell'esperienza europea, anche anteriormente all'introduzione delle più recenti discipline positive: cfr. DI PIETRO A., *Presentazione*, cit., XIII-XVI; CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, cit., 13-14.

⁵⁷ Sulle varie ricostruzioni dottrinali circa i confini applicativi delle garanzie costituzionali penalistiche, si rinvia all'ampio studio di MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 145-192.

⁵⁸ In Corte EDU, *Bendenoun c. Francia*, ric. n. 12547/86, sent. 24 settembre 1994, §§ 44-48, l'affermazione della natura sostanzialmente penale di talune sanzioni fiscali previste dall'ordinamento francese è avvenuta attraverso la verifica della sussistenza di quattro indici, in qualche aspetto riconducibili al secondo e al terzo criterio *Engel*, ma senza alcun esplicito riferimento a questi ultimi: (i) il fatto che la norma sanzionatoria, nel caso di specie, si rivolgeva a tutti i cittadini nella loro qualità di contribuenti; (ii) che la sanzione non mirava a compensare il pregiudizio, bensì a punire per impedire la reiterazione del fatto; (iii) che essa aveva uno scopo, insieme, deterrente e punitivo; (iv) che le maggiorazioni previste dalla medesima norma erano di ammontare consistente e, inoltre, convertibili in una misura privativa della libertà personale. In seguito, in Corte EDU, *Janosevic c. Svezia*, ric. n. 34619/97, sent. 23 luglio 2002, §§ 64-71, si è invece fatta applicazione dei criteri *Engel*, e si è concluso per il carattere

mente veniva, infatti, attribuito peso preponderante alla gravità della sanzione, a tal punto da escludere la natura penale di sovrattasse di lieve entità⁵⁹, la sentenza *Jussila* del 2006 della *Grande Chambre*⁶⁰ ha chiarito che anche la valutazione della natura di sanzioni e illeciti tributari deve essere effettuata sulla base degli *Engel criteria*, aspetto in precedenza non pacifico. Ne è conseguito che l'indagine sulle finalità degli illeciti assume almeno pari valore di quella sulla gravità delle sanzioni. E, in questo modo, è stata riconosciuta la natura sostanzialmente penale anche di sovrattasse di esiguo ammontare, di cui sono stati messi in rilievo la generalità degli interessi protetti, dimostrata dalla destinazione del precetto a tutti i contribuenti, nonché gli scopi deterrenti e afflittivi perseguiti⁶¹: conclusioni che hanno ricevuto oramai copiose e univoche conferme⁶².

Ma, se numerose sono state le ipotesi di estensione del perimetro delle garanzie penalistiche rispondenti alla pervasività del diritto sanzionatorio extrapenale, implementato in rapporto a categorie di illeciti prima riservati – o che, comunque, sarebbero stati riservati – al diritto penale in senso proprio⁶³, affatto peculiare è l'ambito degli illeciti e delle sanzioni disciplinari.

penale delle sovrattasse applicate al ricorrente per la loro finalità punitiva e deterrente e per la loro consistenza sul piano quantitativo, malgrado la non convertibilità in sanzione detentiva.

⁵⁹ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Morel c. Francia*, ric. n. 54559/00, 3 giugno 2003, in cui il Giudice dei diritti umani ha escluso la natura penale della sovrattassa applicata nei confronti del ricorrente in virtù della lieve entità della stessa.

⁶⁰ Si v. Corte EDU [GC], *Jussila c. Finlandia*, cit., §§29-39.

⁶¹ La crescente centralità del criterio della funzione (*purpose*) della sanzione è segnalata da MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 994-995; MAZZACUVA F., *La materia penale e il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1899 ss.

⁶² Si cfr. Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, ric. n. 11828/11, 20 maggio 2014; *Glantz c. Finlandia*, ric. n. 37394/11, 20 maggio 2014; *Lucky Dev c. Svezia*, ric. n. 7356/10, 27 novembre 2014; *Rinas c. Finlandia*, ric. n. 17039/13, 27 gennaio 2015; *Österlund c. Finlandia*, ric. n. 53197/13, 10 febbraio 2015; [GC], *A e B c. Norvegia*, ric. nn. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016; *Jóhannesson c. Islanda*, ric. n. 22007/11, 18 maggio 2017; (dec.) *Ingvarsdotir c. Islanda*, ric. n. 22779/14, 4 dicembre 2018; *Ragnar Thorisson c. Islanda*, ric. n. 52623/14, 12 febbraio 2019; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, ric. n. 72098/14, 16 aprile 2019; *Milošević c. Croazia*, ric. n. 12022/16, 31 agosto 2021; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, ric. n. 12951/18, 31 agosto 2021.

⁶³ Sulle problematiche concernenti fenomeni legislativi di depenalizzazione, fra gli altri, si cfr. NUVOLONE P., voce *Reati (Depenalizzazione di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VI, Torino, 1986, 294 ss.; PALIERO C.E., voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, 425 ss.; ID., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss.

In questo caso gli strumenti punitivi, sostanziali e procedurali, di regola non hanno sostituito o preso il posto di quelli propriamente penalistici, e neppure – almeno in teoria – rispondono alle medesime istanze, tanto che rispetto ad essi non si pone – salvo casi particolari – un problema di “frode delle etichette”, né si rinviene alcuna coincidenza rispetto agli interessi generali assicurati, per solito, dal diritto penale. L'essenziale tratto caratteristico di tali modelli sanzionatori, differenziale rispetto ad altri moduli extrapenalici, risiede nella loro genetica connessione al rapporto particolaristico – di vario genere, pubblicistico come anche privatistico – che ne fonda l'esplicarsi, tanto sul versante attivo quanto su quello passivo, esclusivamente in correlazione a violazioni di obblighi o di regole di condotta inerenti proprio a quel medesimo specifico rapporto.

L'esame della cospicua giurisprudenza convenzionale confrontatasi con eterogenei poteri sanzionatori disciplinari riporta risultati ermeneutici diversificati, e talvolta anche tra loro contrapposti, considerate le molteplici vesti assunte dalle relative sanzioni e dai relativi procedimenti. E, d'altronde, il potere sanzionatorio disciplinare si è manifestato, e si manifesta tuttora, in una tale varietà e complessità di forme che risulta, di fatto, assai complicata un'analisi generale e comune⁶⁴.

È accaduto, infatti, che i confini della 'materia penale' siano stati estesi a quelle sanzioni disciplinari impicanti, su di un piano contenutistico, privazioni della libertà personale⁶⁵ ovvero aggravamenti, quantitativi o qualitati-

⁶⁴ Lo dimostra l'avvicinarsi nel tempo di ricostruzioni dottrinali che, nel tentativo di identificare una natura giuridica unitaria, peraltro anche al fine di individuare le garanzie correlate all'esercizio del potere stesso, hanno incontrato difficoltà significative nel rinvenire una giustificazione soddisfacente alle conclusioni predicate. Le stesse elaborazioni teoriche, semmai, mostrano una propria utilità nella messa a fuoco di talune, poche, caratteristiche fondamentali ricorrenti, per solito, nei differenti sistemi disciplinari: un risultato più limitato, che induce a soffermarsi *funditus* sui caratteri specifici, anche singolari, del sistema punitivo considerato. Si rinvia a STACCA S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, cit., 18-52, per un'attenta ricostruzione delle teorie formatisi sul tema (penalistica, civilistica, amministrativistica e ordinamentale).

⁶⁵ Emblematica, da questo punto di vista, la giurisprudenza relativa a ipotesi di responsabilità disciplinare di appartenenti alle forze armate: nel celebre *leading case*, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., §§ 80-85, è stata riconosciuta la natura sostanzialmente penale della sanzione disciplinare dell'arresto militare, mentre in Corte EDU, (dec.) *Yanasik c. Turchia*; ric. n. 14524/89, 6 gennaio 1993, è stata negata una siffatta natura alla sanzione dell'allontanamento di un allievo dall'accademia militare (giustificata dall'adesione di quest'ultimo a movimenti religiosi integralisti): sul punto, si cfr. anche NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., 44.

vi, di sanzioni detentive già in essere⁶⁶. Per contro, tale estensione è stata talora negata in altre fattispecie, nelle quali, pur a fronte di un'incontestata natura afflittiva delle sanzioni, ha avuto un peso maggiore il surriferito carattere del rapporto fondante il potere disciplinare, esprimendosi nell'assenza di generalità del campo applicativo della norma sanzionatoria e degli interessi alla cui tutela essa è preposta⁶⁷.

In questo senso, si è esclusa l'applicabilità delle garanzie penalistiche agli illeciti disciplinari professionali e alle relative sanzioni in ragione della connessione al peculiare rapporto di lavoro, come nel caso di magistrati⁶⁸, militari⁶⁹ e direttori artistici⁷⁰, ovvero dello specifico ordinamento nel cui

⁶⁶ Si fa riferimento, ad esempio, alle ipotesi di infrazioni alle regole di condotta interne all'istituto di reclusione: si cfr. Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. nn. 7819/77, 7878/77, 28 giugno 1984, § 72, in cui si è affermata l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, nel versante penalistico, sul presupposto che il venir meno di benefici carcerari applicati, a seguito di gravi illeciti disciplinari posti in essere da un detenuto, fosse da considerarsi alla stregua di una vera e propria sanzione penale. Si è precisato, in particolare, che la sanzione di specie si caratterizzasse per la perdita della possibilità di ottenere sconti di pena e comportasse, conseguentemente, il prolungarsi del periodo di detenzione.

⁶⁷ Talvolta la Corte europea è sfuggita a un'aperta presa di posizione sul punto, avendo già ritenuto l'art. 6 CEDU applicabile sotto il versante civilistico: Corte EDU, *König c. Germania*, ric. n. 6232/73, 28 giugno 1978, § 96; *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ric. nn. 6878/75; 7238/75, 23 giugno 1981, §§ 52-53; *Albert e Le Compte c. Belgio*, ric. nn. 7299/75 e 7496/76, 10 febbraio 1983, § 30; *Diennet c. Francia*, ric. n. 18160/91, 31 agosto 1995, § 28; talaltra ha semplicemente affermato la natura civilistica, ai fini convenzionali dei procedimenti disciplinari: si v. Corte EDU, *Gautrin e altri c. Francia*, ric. nn. 21257/93, 21258/93, 21259/93 e 21260/93, 20 maggio 1998, § 33; talaltra ancora ha escluso l'applicabilità del *ne bis in idem*: si v. Corte EDU, (dec.) *Faller e Steinmetz c. Francia*, ric. nn. 59389/16 e 59392/16, 29 settembre 2020, §§ 40-49.

⁶⁸ Si cfr. Corte EDU [GC], *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, ric. nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, 6 novembre 2018, § 125, ove si è rilevata la natura puramente disciplinare di sanzioni destinate a tutelare l'onore e la reputazione della professione e a mantenere la fiducia del pubblico nella amministrazione della giustizia; *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ric. n. 21722/11, 27 maggio 2013, §§ 93-95, relativo al caso di un giudice sanzionato per una condotta scorretta rientrando chiaramente nell'ambito disciplinare; la sanzione inflittagli era una classica misura disciplinare per cattiva condotta professionale e, dal punto di vista del diritto interno, si differenziava dalle sanzioni penali inflitte ai giudici che deliberatamente emettono sentenze errate; pertanto, la Corte ha concluso che il caso non rientrasse nel versante 'penale' dell'art. 6 CEDU. Sul tema, in dottrina cfr. MANES V., *L'illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, cit.

⁶⁹ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Manfredi c. Italia*, ric. n. 51531/14, 22 novembre 2022, §§ 10-17.

ambito il potere disciplinare è stato esercitato, come evidenziato nei riguardi di medici⁷¹, notai⁷², avvocati⁷³ e alti funzionari di organismi sportivi internazionali⁷⁴.

Si deve, tuttavia, precisare che una simile tendenza non ha certo impedito l'affermazione della riconducibilità alla 'materia penale' di singole fattispecie disciplinari professionali in ragione di talune loro specifiche caratteristiche. Né – si rileva incidentalmente – all'estraneità di singoli illeciti e sanzioni disciplinari professionali dal perimetro delle garanzie penalistiche corrisponde comunque un diniego delle minimali garanzie di prevedibilità in concreto, di proporzionalità del trattamento sanzionatorio e di equità del processo. E, infatti, tali strumenti sanzionatori, in quanto incidenti sul diritto a esercitare una determinata attività lavorativa e professionale, sono riconducibili alle garanzie sostanziali correlate a ingerenze nella vita privata e familiare, che – secondo la nozione autonoma convenzionale – ricomprende anche la "vita professionale" (art. 8 CEDU), a violazioni del diritto di proprietà (art. 1 Protocollo n. 1 CEDU) per le ricadute economiche delle sanzioni disciplinari, e altresì alle garanzie processuali dell'equo processo quanto meno sotto il versante civilistico (art. 6 § 1 CEDU).

Più che la natura degli interessi protetti sono, invece, le finalità perseguite a costituire la chiave di volta di ogni valutazione in ordine alla possibile natura penale di ipotesi di confisca, istituto che tuttora presenta notevoli difficoltà di collocazione sistematica per la (possibile) compresenza di scopi preventivi e ripristinatori accanto a quelli spiccatamente dissuasivi e repressivi. In una prima significativa pronuncia, la sentenza *Welch* del

⁷⁰ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Șerban-Păraș c. Romania*, ric. n. 60804/19, 28 febbraio 2023, §§ 10-11.

⁷¹ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Lázaro Laporta c. Spagna*, ric. n. 32754/16, 3 luglio 2018, § 23, in cui si sottolinea la netta distinzione fra gli interessi giuridici protetti da procedimenti penali e quelli protetti da procedimenti disciplinari, e § 25, ove si dà rilievo alla mancata previsione di sanzioni che in genere appartengono alla sfera penalistica, quali sanzioni private della libertà personale ovvero pecuniarie.

⁷² Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Biagioli c. San Marino*, ric. n. 64735/14, 13 settembre 2016.

⁷³ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Brown c. Regno Unito*, ric. n. 38644/97, 24 novembre 1998; *Gorjany c. Austria*, ric. n. 31356/04, 10 maggio 2010; *Müller-Hartburg c. Austria*, ric. n. 47195/06, 19 febbraio 2013; *Helmut Blum c. Austria*, ric. n. 33060/10, 5 aprile 2016; (dec.) *Biagioli c. San Marino*, cit., 13 settembre 2016; (dec.) *Erdoğan c. Turchia*, ric. n. 32985/12, 5 dicembre 2017.

⁷⁴ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Platini c. Francia*, ric. n. 526/18, 11 febbraio 2020, §§ 43-49.

1995⁷⁵, concernente una figura di confisca allora prevista dal sistema britannico – avente ad oggetto beni di presunta provenienza illecita in possesso di condannati per il reato di traffico di stupefacenti –, la prevalente finalità punitiva è stata ricavata dalla stretta derivazione della misura dalla condanna penale, dalla sua idoneità a convertirsi in pena detentiva e dalla connessione fra l'importo della confisca e il grado di colpa del soggetto destinatario. Questi indici sono stati reputati decisivi a fondare il carattere penale della confisca, frapponendosi, pertanto, a una sua applicazione retroattiva.

A tale pronuncia ha fatto seguito un significativo filone riguardante l'ipotesi di confisca urbanistica istituita dal legislatore italiano – oggi disciplinata dall'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 e in precedenza dall'art. 19 legge n. 47 del 1985 – su cui forti erano le incertezze qualificatorie originatesi nella giurisprudenza nazionale di legittimità⁷⁶. La sostanziale natura penalistica della confisca è stata riconosciuta con la sentenza *Sud Fondi*⁷⁷, nella quale si è pertanto ritenuto applicabile lo statuto garantistico dell'art. 7 CEDU, ed è stata successivamente ribadita nelle sentenze *Varvara*⁷⁸ e *G.I.E.M.*⁷⁹. Come nel caso britannico, anche in queste occasioni è attribuito rilievo alla connessione esistente fra la misura e il reato (di lottizzazione abusiva) che è presupposto alla sua applicazione, ma a ciò si sono aggiunti

⁷⁵ Si cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90, 9 febbraio 1995. (riconoscendosi, peraltro, il contrasto con l'art. 7 CEDU in ragione dell'applicazione retroattiva che di essa era stata effettuata nei riguardi del ricorrente).

⁷⁶ Un più risalente orientamento riteneva tale confisca alla stregua di una vera e propria sanzione penale, mentre un orientamento più recente ne affermava la natura di sanzione amministrativa obbligatoria, la cui applicazione era invece indipendente da una condanna in sede penale. Secondo quest'ultima lettura, la confisca era suscettibile di trovare applicazione non solo in conseguenza dell'emissione da parte del giudice penale di una sentenza di condanna, bensì anche allorquando intervenisse una pronuncia di assoluzione per l'insussistenza dell'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie incriminatrice ovvero di non doversi procedere per intervenuto decorso del periodo di prescrizione del reato. In questi termini, DIOTALLEVI G., *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale (art. 7 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2016, 591 ss.

⁷⁷ Si cfr. Corte EDU, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, 20 gennaio 2009.

⁷⁸ Si cfr. Corte EDU, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, 29 ottobre 2013, § 51.

⁷⁹ Si cfr. Corte EDU [GC], *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia*, ric. nn. 1828/06 34163/07 19029/11, 28 giugno 2018, §§ 210-234.

ulteriori elementi sintomatici, fra i quali possono riconoscersi l'affidamento del compito di applicare la misura all'autorità giudiziaria penale, la sua collocazione sistematica nell'ambito di una disposizione rubricata «sanzioni penali» e infine il carattere afflittivo, non già ripristinatorio o riparatorio, della stessa⁸⁰. L'affermazione della natura sanzionatoria della confisca ha portato a richiedere, per la sua irrogazione, un accertamento sostanziale sulla colpevolezza dei destinatari, quale che sia la forma del provvedimento giudiziario, sentenza di condanna ovvero di proscioglimento dichiarativa del decorso del termine prescrizionale⁸¹.

È, ancora, la disamina circa gli scopi perseguiti ad assumere un ruolo principale nella riconduzione o meno alla 'materia penale' delle misure previste quale conseguenza di violazioni in ambito edilizio. Tale valutazione è dirimente rispetto a ordini di demolizione, in relazione ai quali possono osservarsi – pur a fronte di un identico gravoso contenuto sostanziale – risultati divergenti in base alle caratteristiche di operatività delineate dall'ordinamento nazionale. Queste ultime possono portare ad affermare la sussistenza della natura 'penale' nelle ipotesi di ritenuta prevalenza di finalità repressive della trasgressione del precetto⁸², ovvero a fondare, all'inverso, l'esclusione della stessa natura allorché tali caratteristiche evidenzino una finalità ripristinatoria⁸³, e ciò anche quando la demolizione sia disposta dal giudice penale⁸⁴. Parimenti, nel caso di sanzioni pecuniarie per violazione della normativa urbanistica l'analisi prende le mosse dagli scopi della misura, tanto che la severità – quand'anche riscontrata – non è ritenuta in grado di condurre, in sé considerata, all'affermazione del carattere 'penale'⁸⁵. E, tuttavia, l'esame congiunto dei due elementi, finalità ed entità delle sanzioni, ha talora portato a riconoscerne la sostanziale natura penalistica, valorizzando il meccanismo di calcolo e l'assenza di un limite massimo edittale⁸⁶.

⁸⁰ Sempre nel caso *Sud Fondi s.r.l.* si evidenziava come la confisca avesse ad oggetto l'ottantacinque per cento dei terreni non costruiti, in assenza di ogni indennizzo, mentre per soddisfare lo scopo preventivo sarebbe stato sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare senza effetto il progetto di lottizzazione.

⁸¹ Si cfr. Corte EDU [GC], *G.I.E.M. S.r.l. c. Italia*, cit., §§ 248-262.

⁸² Si v. Corte EDU, *Hamer c. Belgio*, ric. n. 21861/03, 27 novembre 2007.

⁸³ Si v. Corte EDU, (dec.) *Tanasieva c. Moldova*, ric. n. 11660/17, 22 novembre 2022.

⁸⁴ Si v. Corte EDU, (dec.) *Longo c. Italia*, ric. n. 35780/18, 27 agosto 2024.

⁸⁵ Si v. Corte EDU, (dec.) *Inocêncio c. Portogallo*, ric. n. 43862/98, 11 gennaio 2001.

⁸⁶ Si v. Corte EDU, *Goulandrís e Vardinogianni c. Grecia*, ric. n. 1735/13, 16 settembre 2022.

L'indagine sulle finalità riveste un'analoga posizione centrale nella produzione giurisprudenziale che ha riguardato misure implicanti limitazioni dell'esercizio di diritti e libertà garantiti dalla Convenzione, in relazione alle quali si è negata l'autosufficienza del sotto-criterio della gravità delle conseguenze. In tal senso, rispetto all'incandidabilità prevista dal legislatore italiano si è esclusa la natura 'penale' sebbene si tratti di un istituto che incida significativamente su di un diritto politico fondamentale, quale è quello di elettorato passivo, e che presenti, quale presupposto di operatività, la condanna per reati gravi⁸⁷. La Corte europea, in particolare, ha osservato che la sentenza penale è presa in considerazione solo in quanto espressiva di un'incapacità funzionale, e ha cioè evidenziato – condividendo la posizione della Corte costituzionale⁸⁸ – che la misura deriva dalla perdita della condizione soggettiva che consente l'accesso e l'esercizio delle cariche elettive. Sul piano strutturale, quindi, l'incandidabilità non si configurerebbe alla stregua di una pena accessoria né di un effetto penale in senso proprio, trovando giustificazione in una valutazione astratta di indegnità alla carica.

Allo stesso modo, si riscontra un atteggiamento restrittivo anche rispetto all'inclusione nella 'materia penale' delle misure di prevenzione. La caratteristica di queste ultime risiede nel dare luogo a limitazioni di libertà fondamentali che non conseguono a una condanna penale – e quindi a un accertamento della sussistenza di una fattispecie di reato –, né sono volte ad assicurare esigenze di punizione nel corso della celebrazione del processo penale, come nel caso delle misure cautelari, ma si fondano sull'esistenza di altri presupposti che dovrebbero attestare una particolare pericolosità sociale del soggetto destinatario⁸⁹.

⁸⁷ Si v. Corte EDU, *Miniscalco c. Italia*, ric. n. 55093/13, 17 giugno 2021; (dec.) *Galan c. Italia*, ric. n. 63772/16, 18 maggio 2021.

⁸⁸ Si v. *infra*, Cap. III, Sez. I, § 2.1.

⁸⁹ Le misure di prevenzione previste nell'ordinamento italiano trovano i loro precedenti nella legislazione pre-repubblicana sulla sicurezza pubblica, in particolare nel *Testo unico sulle leggi di pubblica sicurezza* approvato con r.d. 18 giugno 1931, il cui Titolo VI, contenente *Disposizioni relative alle persone pericolose per la società*, prevedeva, fra l'altro, il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, l'ammonizione e il confino di polizia. Tali misure sono state (ri)disciplinate con la legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (recante *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*) e in seguito sono state oggetto di numerosi interventi legislativi, che ne hanno esteso considerevolmente l'applicazione; in questo senso, vanno ricordate principalmente la legge 31 maggio 1965, n. 575 (*Disposizioni contro la mafia*, e successivamente intitolata *Disposizioni contro le organiz-*

Proprio l'assenza di collegamenti con la commissione reati, cui è dovuta la loro definizione come misure *ante* o *praeter delictum*, ha portato la Corte europea a riconoscerle come misure finalizzate a prevenire, piuttosto che a punire. L'esclusione dalla 'materia penale' è stata affermata già a partire dalla prima pronuncia, la sentenza *Lawless* resa in un caso risalente agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso e concernente misure istituite dall'ordinamento irlandese nei confronti di sospettati di appartenenza all'IRA⁹⁰. Nel corso del tempo siffatta posizione di chiusura è stata ribadita anche rispetto a misure di prevenzione di altri sistemi giuridici, come nella decisione *Ibbotson* – relativa a una misura britannica consistente nell'iscrizione in appositi registri dei nominativi degli autori di reati sessuali⁹¹ – e, ancora,

zazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), la legge 22 maggio 1975, n. 152 (*Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico*), la legge 13 settembre 1982, n. 646 (*Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazione alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia*) e la legge 3 agosto 1988, n. 327 (*Norme in materia di prevenzione personali*), che recò numerose modifiche alle leggi preesistenti. Da ultimo, il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (recante *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*) ha fornito una nuova sistematica all'intera materia, abrogando e sostituendo le leggi preesistenti, ma riprendendone taluni contenuti. Senza poter qui approfondire l'evoluzione delle misure su di un piano storico, può osservarsi che oggi le categorie di destinatari delle misure di prevenzione personali sono menzionate negli articoli 1 e 4 di tale d.lgs. e coprono diverse ipotesi di presunta pericolosità, legate non solo al fenomeno delle organizzazioni criminali di tipo mafioso. Le misure disposte dall'autorità giudiziaria, che sono la sorveglianza speciale (con o senza divieto di soggiorno in determinati Comuni) e l'obbligo di soggiorno nel Comune di residenza, si applicano a tutte le categorie di destinatari, quando siano ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica. Ad esse si aggiungono le misure del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, che sono applicabili dal questore. Allo stesso modo, le misure di prevenzione patrimoniali (sequestro e confisca, cauzione e garanzie reali, amministrazione giudiziaria di beni personali, amministrazione giudiziaria dei beni personali, amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche, controllo giudiziario delle aziende) trovano applicazione in presenza di presupposti che, seppure parzialmente autonomi rispetto alle misure di prevenzione personali, attengono a situazioni di presunta illiceità, non necessariamente riconducibili alla criminalità organizzata di tipo mafioso.

⁹⁰ Si cfr. Corte EDU, *Lawless c. Irlanda*, ric. n. 332/57, 1° luglio 1961, in cui si è esclusa la violazione degli artt. 5, 6, 7 CEDU da parte dell'Irlanda in relazione all'internamento del ricorrente in quanto la misura consistente nell'internamento di un soggetto sospettato di appartenere all'organizzazione paramilitare nota come *Irish Republican Army* (IRA) è stata riconosciuta come di carattere esclusivamente preventivo.

⁹¹ Si cfr. Commissione EDU, (dec.) *Ibbotson c. Regno Unito*, ric. n. 40146/98, 21 ottobre 1998, ove si è negata l'applicabilità *ratione materiae* della garanzia di cui all'art. 7 CEDU di cui il ricorrente lamentava la violazione.

nelle numerose pronunce aventi ad oggetto casi di applicazione di misure di prevenzione italiane, di cui pure sono state ricorrentemente evidenziate le prevalenti finalità preventive⁹², fino all'ultima conferma avutasi con la sentenza *De Tommaso*⁹³. Questa, se ha – discutibilmente – negato la sostanziale natura penale, e quindi l'applicabilità delle garanzie penali-stiche a dette misure, ha quanto meno evidenziato che la loro applicazione solleva problemi assai significativi rispetto ad altre garanzie convenzionali⁹⁴.

2.4. Segue. *L'individuazione di un 'nocciolo duro' del diritto 'penale' alla base di una graduazione delle garanzie*

Il magnetismo della 'materia penale' convenzionale ha dovuto fare i conti con le difficoltà insorgenti dalla necessità di applicare le garanzie di stampo penalistico a nuovi contesti ordinamentali, spesso distanti – com'è evidente – da quello nel quale esse hanno storicamente trovato origine. Nella progressiva evoluzione giurisprudenziale l'adeguamento applicativo ai moduli procedurali e agli schemi sanzionatori extrapenali è avvenuto anche tramite la creazione e il lento affinamento di una suddivisione interna della complessiva materia. Si è, infatti, chiarito che le garanzie convenzionali operano indefettibilmente nelle fattispecie involgenti strumenti riconducibili al 'nocciolo duro' del diritto penale – per usare le parole della Corte europea, il c.d. «*hard-core criminal law*» – mentre non si applicano in modo altrettanto stringente nelle ipotesi estranee a tale ambito. L'articolazione della 'materia penale' serve, quindi, a graduare l'operatività di siffatte garanzie in base alle specificità del sistema punitivo oggetto di considerazione – ciò che è finora accaduto in relazione al diritto a una pubblica udienza⁹⁵ e al divieto di *bis in idem*⁹⁶ – anche per evitare che all'espansione

⁹² Si cfr. Corte EDU, *Commissione, Raimondo c. Italia*, ric. n. 12954/87, 22 febbraio 1994, nella quale il Giudice dei diritti, pur procedendo ad accertare la violazione degli artt. 1 Protocollo n.1 alla CEDU e 2 Protocollo n. 4 alla CEDU, non ha ritenuto applicabile l'art. 6 CEDU.

⁹³ Si v. Corte EDU [GC], *De Tommaso c. Italia*, ric. n. 43395/09, 23 febbraio 2017.

⁹⁴ Come, ad esempio, la libertà di circolazione sancita dall'art. 2 Protocollo n. 4 annesso alla CEDU.

⁹⁵ Si v. Corte EDU [GC], *Jussila c. Finlandia*, cit.

⁹⁶ Si v. Corte EDU [GC]. *A e B c. Norvegia*, cit.

del loro campo applicativo possano corrispondere esiti non rispondenti alle rispettive istanze di tutela.

Come per i confini esterni della 'materia penale', anche la linea di demarcazione fra le due sottocategorie sembra fondarsi essenzialmente su criteri sostanzialistici, per quanto essi non siano stati ancora compiutamente precisati dalla Corte europea. Nelle pronunce in cui è stato utilizzato il concetto di *hard-core criminal law*, a partire dalla già menzionata sentenza *Jussila*, l'unico criterio indicato per circoscriverne i contorni è stato il grado di stigma sociale derivante dalle incolpazioni e, se del caso, dalle condanne per la fattispecie di illecito che viene in considerazione. Nonostante l'equivocità dell'espressione, sembra possibile desumere che il funzionamento del criterio risieda su un giudizio di gravità relativa, che pone a raffronto la fattispecie sanzionatoria di interesse con le altre ricomprese nella stessa 'materia penale' convenzionale, a prescindere da quale sia la qualificazione formale attribuita dal legislatore nazionale. Seppure, infatti, sia assai probabile che strumenti sanzionatori definiti come extrapenali non presentino caratteri stigmatizzanti somiglianti a quelli del diritto penale in senso proprio, e quindi neppure possano, a maggior ragione, essere sussunti in via ermeneutica entro il presunto 'nocciolo duro' dello stesso, tale eventualità non può comunque essere esclusa a priori, come ammesso anche dalla Grande Camera nella sentenza *A e B*⁹⁷.

A fronte di queste scarse indicazioni, restano però ancora piuttosto incerti i contenuti della categoria in esame, la cui (attuale) vaghezza presta il fianco a critiche di indeterminatezza nella formulazione, di imprevedibilità negli inveramenti e, in definitiva, di incontrollabilità degli argomenti logico-giuridici che dovrebbero sorreggerne l'applicazione giudiziale. In effetti, la disamina dei precedenti rilevanti mostra come lo stigma sociale, più che un reale criterio operativo, si sia rivelato nei fatti un espediente volto a dare copertura a percorsi motivazionali non del tutto cristallini. Questa mancanza di chiarezza concettuale è stata censurata anche dalle opinioni dissenzienti di giudici componenti la Corte europea, rimasti in minoranza al momento della decisione, il che rivela come la materia sia attualmente oggetto di discussione all'interno dello stesso consesso giurisdizionale sovranazionale.

⁹⁷ Si cfr. *ivi* § 133.

2.5. La criteriologia per la ripartizione fra diritto punitivo materiale e processuale

Nella più generale ‘materia penale’ convenzionale anche la suddivisione fra diritto sostanziale e processuale risponde a criteri eminentemente materiali, che sono stati elaborati, implementati e precisati nella produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti⁹⁸. L’opera di sussunzione sotto l’una o l’altra categoria si è incentrata sulle caratteristiche della disciplina, sulle relative ragioni giustificatrici e sulle conseguenze da essa derivanti. Non si è, invece, attribuito valore decisivo a elementi di carattere formale emergenti dal diritto nazionale, come la qualificazione assegnata dal legislatore nazionale, la quale potrebbe, in ipotesi, rivelarsi incoerente rispetto all’essenza dell’istituto oggetto di esame, ovvero come la collocazione dello stesso istituto in un determinato corpo normativo che, seppure presenti una titolatura univoca (“codice penale” o “codice di procedura penale”), potrebbe contenere disposizioni di natura differente.

La linea di demarcazione talora è stata tracciata tramite un’analisi degli istituti legislativi considerati nel loro complesso, come accaduto rispetto alla prescrizione, cui in alcune occasioni è stata negata natura sostanziale⁹⁹, in quanto non incidente direttamente sulla definizione della fattispecie incriminatrice o del trattamento sanzionatorio¹⁰⁰. In altre ipotesi si è, al con-

⁹⁸ Si v. Corte EDU [GC], *Scoppola c. Italia* (n. 2), ric. n. 10249/03, sent. 17 settembre 2009, §§ 110-113, sulla quale, *ex multis*, ICHINO G., *L’Affaire Scoppola c. Italia e l’obbligo dell’Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss.; anche la dottrina ha da tempo chiarito che la collocazione di una norma in un certo contesto (ad esempio, nel codice di rito) non può che avere un valore solo indicativo, essendo «frutto di un’operazione meramente classificatoria di tecnica legislativa, non vincolante per l’interprete, che nella sua attività ermeneutica è perciò svincolato dal dato topografico, e deve operare in base al contenuto intrinseco della norma»: così, GAITO A., *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1363.

⁹⁹ Si cfr. Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, 22 giugno 2000, § 149, in cui si è rilevato che l’art. 7 CEDU non impedisce l’immediata applicazione in procedimenti pendenti di norme sopravvenute che estendano il periodo di prescrizione dei reati contestati, a condizione che questi non si siano già prescritti.

¹⁰⁰ La Corte europea ha, in alcune occasioni, evidenziato che la disciplina della prescrizione attiene al diritto processuale nella misura in cui non definisce la fattispecie di reato né il corrispondente trattamento sanzionatorio, e dal momento che prevede una semplice precondizione per la valutazione del caso: in questo senso, si cfr. Corte EDU, (dec.) *Previti c.*

trario, operata un'analitica distinzione, nell'ambito della disciplina di uno stesso istituto, fra aspetti riguardanti elementi processuali, da regolarsi secondo il principio del *tempus regit actum*, e profili relativi ad aspetti sostanziali, rispetto ai quali debbono operare le garanzie sostanziali, quindi il principio di irretroattività delle norme punitive sfavorevoli ovvero quello di retroattività delle norme punitive favorevoli. Questa soluzione, che certamente non appare priva di implicazioni problematiche sul piano ermeneutico e applicativo, ha però offerto una nuova chiave interpretativa per l'opera ricostruttiva dello statuto garantistico connesso al regime temporale di quegli istituti aventi natura mista, in quanto frutto di una combinazione di profili sostanziali e processuali, e pertanto di difficile inquadramento sistematico¹⁰¹.

La prospettiva accolta è piuttosto evidente nelle pronunce, rese nei riguardi dell'Italia, in cui si era posta la questione dell'appartenenza al diritto penale processuale ovvero a quello materiale di alcune norme regolanti l'istituto del rito abbreviato, su cui si erano succeduti alcuni interventi legislativi di riforma. In tali precedenti il Giudice di Strasburgo ha avuto modo di discernere, nell'ambito della disciplina di siffatto istituto, fra le norme attinenti alle riduzioni di pena da assicurarsi all'imputato ammesso al rito speciale e le norme concernenti le condizioni di ammissione al medesimo rito, che ne circoscrivono l'operatività. Così, se nella sentenza *Scoppola (n. 2)*¹⁰² è riconosciuta l'attrazione nel perimetro applicativo del principio di retroattività della *lex mitior*, onde nell'ambito del diritto sostanziale, della prima categoria di norme, in quanto idonee a influenzare la gravità delle pene da infliggersi in concreto all'imputato¹⁰³, nella successiva decisione *Morabito* è confermata la sottoposizione della seconda categoria di norme

Italia, ric. n. 1845/08, 12 febbraio 2013, §§ 80-85; (dec.) *Borcea c. Romania*, 22 settembre 2015, ric. n. 55959/14, § 64; *Orlen Lietuva Ltd. c. Lituania*, 29 gennaio 2019, ric. n. 45849/13, § 97.

¹⁰¹ La distinzione richiede valutazioni talvolta assai complesse, tanto che in letteratura non si è mancato di prospettare anche un superamento della bipartizione, ovvero, perlomeno, l'affermazione della sua relatività. Sembrano potersi leggere in questo senso le osservazioni di CENTORAME F., *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: "pollice verso" della Consulta*, in *Cass. pen.*, 2016, 3236 ss.

¹⁰² Si v. Corte EDU [GC], *Scoppola c. Italia (n. 2)*, cit., §§ 110-113, ricordata anche perché, in essa, la Corte europea dei diritti riconduce, per la prima volta, la garanzia dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior* entro il perimetro applicativo dell'art. 7 CEDU.

¹⁰³ Si cfr. Corte EDU, *Cesarano c. Italia*, ric. n. 71250/16, 17 ottobre 2024.

al normale regime delle disposizioni processuali¹⁰⁴.

Un'analoga esigenza di valutare i singoli aspetti della disciplina di interesse sorge in presenza di fenomeni successori concernenti norme regolanti istituti dell'esecuzione penale – formalmente riconducibili al diritto processuale ma aventi inevitabile rilievo anche sostanziale – allorché le innovazioni normative modifichino in senso deteriore la natura, le modalità di espiatione o la durata della pena. Anche in queste ipotesi la Corte europea ha escluso una generica o, se si vuole, semplicistica estensione dello statuto del diritto materiale, mentre ha proceduto all'elaborazione di criteri volti a riconoscere le misure incidenti sulla pena in senso proprio, distinguendole da quelle relative alla sua applicazione ed esecuzione.

Nel contesto del lento, ma progressivo, affinamento di questa criteriolgia è possibile individuare una prima fase giurisprudenziale, nella quale le pronunce presentavano motivazioni piuttosto laconiche, se non addirittura apodittiche, in ordine all'applicabilità dell'art. 7 CEDU (si intende, *sub specie* di divieto di retroattività della norma penale sfavorevole) e attribuivano assolutistico rilievo al singolo istituto preso in considerazione, ricondotto all'una o all'altra categoria (sostanziale o processuale) senza esplicitare le ragioni della scelta¹⁰⁵. Spesso la mancata attrazione al diritto sostanziale si basava, cioè, sul mero assunto che il particolare regime normativo in questione concernesse formalmente la materia penitenziaria e afferisse conseguentemente alla sfera processuale. Il che è accaduto, nella casistica sovranazionale, in riferimento a istituti previsti da differenti sistemi giuridici, quali la messa alla prova¹⁰⁶ e il rilascio anticipato disciplinati dall'ordinamento britannico¹⁰⁷, l'indulto disposto dal legislatore italiano¹⁰⁸ e le condizioni di liberazione di persone condannate all'ergastolo nell'ordinamento cipriota¹⁰⁹.

Rispetto a questi approdi, segna un significativo momento di discontinuità la sentenza resa dalla Grande Camera nel caso spagnolo *Del Rio Pra-*

¹⁰⁴ Si v. Corte EDU, (dec.) *Morabito c. Italia*, ric. n. 21743/07, 27 aprile 2010.

¹⁰⁵ Si cfr., es., Corte EDU, (dec.) *Uttley c. Regno Unito*, ric. n. 36946/03, 29 novembre 2005.

¹⁰⁶ Si v. Commissione EDU, *Hogben c. Regno Unito*, ric. n. 11653/85, 3 marzo 1986.

¹⁰⁷ Si v. Corte EDU, (dec.) *Uttley c. Regno Unito*, cit.

¹⁰⁸ Si v. Corte EDU, *Grava c. Italia*, ric. n. 43522/98, 10 luglio 2003, § 49.

¹⁰⁹ Si v. Corte EDU [GC], *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, 12 febbraio 2008, § 151.

da¹¹⁰ in merito a un caso di modifiche peggiorative nelle modalità di calcolo delle riduzioni di pena per le attività lavorative svolte da detenuti¹¹¹. In tale pronuncia può riscontrarsi, infatti, un chiaro tentativo di precisare e approfondire i passaggi logico-giuridici seguiti per ammettere, o negare, l'operare della garanzia sostanziale. In quest'ottica, sul piano metodologico appare fondamentale l'affermazione secondo cui misure eventualmente sopravvenute all'emissione della condanna – siano esse dovute a novelle legislative ovvero a mutamenti giurisprudenziali – possono rientrare nel perimetro applicativo di tale garanzia a condizione che determinino una ridefinizione o una modifica della portata della pena. Il giudizio si incentra, pertanto, su due elementi essenziali: da un lato sulla ricostruzione dell'originaria portata della pena, che deve essere effettuata alla luce del diritto interno complessivamente considerato (legislativo, sub-legislativo e giudiziario), dall'altro sulla disamina del grado di incidenza delle innovazioni intervenute¹¹².

Alla definizione in via generale di siffatti criteri, è seguita un'analitica verifica delle caratteristiche fattuali e normative del caso concreto, che ha portato, infine, a escludere effetti retroattivi alle più sfavorevoli modalità di calcolo delle riduzioni di pena (per attività lavorative del detenuto) affermate, per la prima volta, in via giudiziaria dalla Suprema Corte spagnola. L'astratta sussunzione di tali riduzioni entro i confini della portata sostanziale della pena detentiva si fonda, anzitutto, sulle relative caratteristiche di funzionamento (le riduzioni non dipendono da valutazioni discrezionali del giudice dell'esecuzione, né la mancanza della c.d. buona condotta fa venire meno riduzioni già concesse), sulle effettive conseguenze (incidenti sulla durata della pena, e non su mere modalità di espiazione), sulla qualità della fonte di disciplina (rappresentata dal codice penale, dunque da una legge all'epoca interpretata in modo costante dalle autorità giudiziarie e penitenziarie) e su ulteriori indici normativi (altre modifiche legislative della disciplina delle modalità di calcolo delle riduzioni, diverse da quelle rilevanti nella specie, venivano fatte operare dal legislatore solo per condanne future).

In concreto, quindi, le modifiche introdotte per via giudiziale non vengono considerate come misure concernenti solamente le modalità di esecu-

¹¹⁰ Si v. Corte EDU [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, 21 ottobre 2013.

¹¹¹ La lesione dell'art. 7 CEDU era lamentata per il sopravvenire di una più sfavorevole modalità di calcolo delle riduzioni del periodo di carcerazione per lavoro intramurario, non più computate sulla durata della pena risultante dal cumulo giuridico (trent'anni di reclusione), ma sulla durata delle singole condanne cumulate.

¹¹² Si cfr. Corte EDU [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., §§ 88-90.

zione della pena, in quanto le nuove modalità di calcolo finiscono per escludere che le riduzioni di pena – pur concesse – abbiano un qualsiasi effetto sulla durata trentennale della pena. Di tal che, per quanto, in generale, semplici “aggiustamenti” della pena non possano di per sé ricadere sotto l’operatività della garanzia sostanziale, nel caso concreto le particolari modalità di applicazione delle modifiche sopravvenute determinano una ridefinizione della portata sostanziale della pena stessa.

3. La ‘base legale’, non necessariamente legislativa, degli interventi punitivi

Oltre al concetto di ‘materia penale’, ha subito una rilettura sostanzialistica anche la nozione di ‘base legale’, elemento centrale per l’interpretazione e applicazione di norme punitive e per la definizione del corrispondente statuto garantistico, in particolare per la garanzia convenzionale recata dall’art. 7 CEDU, esprime l’esigenza di legalità degli interventi punitivi¹¹³. Questa non si limita a vietare l’applicazione retroattiva della legge penale sfavorevole¹¹⁴, ma, più in generale, incarna il principio per cui solo la legge può definire un reato e prescrivere una sanzione, frapponendosi a estensioni della portata dei reati a condotte che in precedenza non assumevano rilievo penale o ad aggravamenti del trattamento sanzionatorio¹¹⁵, e pone il divieto di interpretazione e applicazione analogica della legge penale in sfavore dell’imputato¹¹⁶.

Il triplice oggetto di tutela restituisce la necessità di un’adeguata ‘base legale’ che assista i reati e le relative sanzioni, requisito soddisfatto nel momento in cui il singolo interessato è posto nella condizione di conoscere, dalla formulazione della disposizione pertinente come interpretata ricorrentemente dalle giurisdizioni nazionali, quali atti od omissioni lo rendano penalmente responsabile e quale trattamento sanzionatorio possa conse-

¹¹³ La garanzia è centrale nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali, come dimostrato dalla sua inderogabilità, sancita dall’art. 15 CEDU.

¹¹⁴ Si cfr., es. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit., § 36; *Jamil c. Francia*, ric. n. 15917/89, 8 giugno 1995, § 35; *Ecer and Zeyrek c. Turchia*, ric. nn. 29295/95 29363/95, 27 febbraio 2001, § 36; *Mihai Toma c. Romania*, ric. n. 1051/06, 24 gennaio 2012, §§ 26-31.

¹¹⁵ Si cfr. Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, 25 maggio 1993, § 52.

¹¹⁶ Si cfr. Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, cit., § 145; [GC], *Başkaya and Okçuoğlu c. Turchia*, ric. nn. 23536/94 e 24408/94, 8 luglio 1999, §§ 42-43.

guirne¹¹⁷. La verifica riguarda, pertanto, il quadro giuridico esistente al momento del fatto illecito, cui debbono essere raffrontate le conseguenze discese nel caso concreto. In questa prospettiva, si deve vagliare se all'epoca l'atto incriminato fosse chiaramente perseguibile sul piano penale e se la pena inflitta non ecceda i limiti allora fissati¹¹⁸.

Come avvenuto in relazione ad altre disposizioni convenzionali, contenenti rinvii alla legge e al diritto nazionali ('law' nella versione inglese, 'droit' o 'loi' in quella francese), la Corte europea ha definito la nozione di 'base legale' rilevante ai fini dell'art. 7 CEDU in via autonoma, rifuggendo dai formalismi nazionali e ricostruendo invece un concetto appunto sostanziale, che abbraccia sia il diritto scritto, legislativo e sub-legislativo, che il diritto interno giurisprudenziale¹¹⁹. In tale ottica non è centrale il collegamento fra il comando e la sua produzione da parte dell'organo rappresentativo dei cittadini, essendo cruciale invece la qualità del prodotto normativo, come risultato del convergente operare di diverse fonti del diritto¹²⁰. Es-

¹¹⁷ Si cfr. Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, 15 novembre 1996, § 29; [GC], *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 140.

¹¹⁸ Si cfr. Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, cit., § 145; [GC], *Achour c. Francia*, ric. n. 67335/01, 29 marzo 2006, § 43; e, di recente, per un'analisi dettagliata circa l'integrazione dei requisiti di 'accessibilità' e 'prevedibilità', cfr. Corte EDU, *Jasuitis e Šimaitis c. Lituania*, ric. nn. 28186/19 e 29092/19, 12 dicembre 2023, §§ 116-140.

¹¹⁹ Sovviene Corte EDU, *The Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74, sent. 26 aprile 1979, § 47, ove si è chiarito che il concetto di legge dovesse intendersi riferito tanto alla legislazione parlamentare (*statutes*) quanto al diritto non scritto, comprensivo degli approdi giurisprudenziali. Per quanto tali affermazioni fossero compiute in un'ipotesi concernente un ordinamento di *common law*, e volte a evitare che un suo tratto essenziale (il diritto giurisprudenziale, appunto) potesse venire escluso dal perimetro applicativo della Convenzione, esse hanno nel corso del tempo assunto una portata più generale, trovando riconoscimento anche nei riguardi degli ordinamenti di *civil law*. Fra i moltissimi, cfr. PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutuali*, Giappichelli, Torino, 2019, 214-215; VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 101.

¹²⁰ La prospettiva del sistema convenzionale, ammettendo il concorso di fonti di rango sub-legislativo alla definizione della fattispecie di reato, e quindi della condotta oggetto di incriminazione, collide con i tradizionali approdi concernenti la garanzia prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost., istitutiva di una riserva di legge avente, a seconda delle interpretazioni, natura assoluta o comunque tendenzialmente assoluta, la quale esclude, in via generale, che fonti di carattere secondario possano integrare il disposto della fonte primaria, salvo che per apporti di natura tecnica: si cfr. PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratutuali*, cit., 212.

so deve essere idoneo a consentire un'adeguata conoscibilità delle conseguenze riconosciute dall'ordinamento nazionale al compimento di una certa condotta¹²¹. Il che, come è evidente, rappresenta una conclusione, sotto certi aspetti, collidente con le categorie giuridiche sviluppatesi negli ordinamenti continentali, fra cui quello italiano¹²².

3.1. *La nozione autonoma di 'base legale' e i relativi requisiti di accessibilità e prevedibilità*

La nozione convenzionale di 'base legale' si compone di due caratteri, che rappresentano i requisiti qualitativi minimi indefettibilmente sussistenti in ogni intervento punitivo, con riguardo sia alla definizione della fattispecie di illecito¹²³ che all'impianto sanzionatorio da essa discendente¹²⁴, poiché un loro eventuale difetto configura di per sé una violazione della garanzia: accessibilità e prevedibilità¹²⁵. È agevole notare che queste due proprietà, rispondendo alla medesima esigenza di assicurare l'effettività nella protezione delle posizioni giuridiche prese in considerazione dalla Convenzione, sono l'una avvinata all'altra, tanto che la verifica della loro esistenza è talvolta condotta congiuntamente. Cionondimeno, tali requisiti mantengono una propria autonomia, e richiedono, quindi, di essere esaminati separatamente onde poterne ricostruire il relativo differente significato.

L'accessibilità è intesa come possibilità, per i destinatari del precetto, di averne conoscenza ed è assicurata da un'adeguata pubblicità della regola in astratto applicabile, sia essa contenuta in testi normativi ovvero affinata in decisioni giudiziarie. Il controllo richiesto sotto questo profilo attiene alla disponibilità in concreto degli atti da cui sia possibile inferire il comando giuridico e il relativo trattamento sanzionatorio: come è avvenuto, ad esem-

¹²¹ Per una rassegna giurisprudenziale, si cfr. LUPO N.-PICCIRILLI G., *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of "Law"?*, in *Legisprudence*, 2012, 229 ss.

¹²² Si cfr. *infra*, Cap. III.

¹²³ Si cfr. Corte EDU, *Jorgic c. Germania*, ric. n. 74613/01, 12 luglio 2007, §§ 103-114.

¹²⁴ Si cfr. Corte EDU [GC], *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 150; *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10, 22 gennaio 2013, §§ 39-45; (dec.) *Porsenna c. Malta*, ric. n. 1109/16, 22 gennaio 2019, §§ 25-30.

¹²⁵ Si v. Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, cit., § 29; *Kokkinakis c. Grecia*, cit., §§ 40-41; *Coëme e altri c. Belgio*, cit., § 145; [GC], *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 140; [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 91.

pio, in relazione alle norme contenute in un decreto¹²⁶, alla giurisprudenza nazionale¹²⁷; ovvero, quando venga in rilievo il diritto internazionale, all'avvenuto recepimento e alla pubblicazione di un trattato¹²⁸ o ancora alla riconoscibilità di una norma consuetudinaria¹²⁹. L'accessibilità pone, in definitiva, l'accento sulla reperibilità per il singolo della regola fondante la condanna, a prescindere dalle problematiche ermeneutiche concernenti il suo contenuto, sulle quali insiste, invece, il carattere della prevedibilità.

Questo esige infatti che, a partire da un testo accessibile, sia possibile riconoscere quali atti e omissioni siano suscettibili di determinare il sorgere di una responsabilità giuridica e quali sanzioni corrispondano ad essi¹³⁰, ove necessario dopo aver ricevuto un'adeguata consulenza, da parte di un avvocato¹³¹ o di un giurista¹³². La prevedibilità è, quindi, declinata come possibilità per il singolo di aver contezza, in concreto, delle conseguenze giuridiche derivanti dalla commissione di una certa condotta, da valutarsi, secondo un approccio particolaristico, dal punto di vista della persona condannata rispetto al momento della commissione dei fatti perseguiti.

La soddisfazione di tale esigenza dipende, anzitutto, dalla formulazione delle disposizioni proprie del diritto legislativo, che deve inevitabilmente bilanciare le concorrenti necessità di descrivere fattispecie adattabili a una generalità di situazioni e di evitare l'utilizzo di espressioni che possano risultare eccessivamente vaghe e indeterminate. La soddisfazione dell'esigenza discende altresì dalla chiarezza e dal livello di consolidamento delle interpretazioni giudiziali, aspetto che si riconnette alla esistenza di un diritto giurisprudenziale uniforme ovvero multiforme, in quanto caratterizzato da contrasti sincronici o diacronici. È chiara, in quest'ottica, la correlazione sussistente fra il grado di prevedibilità della regola, legislativa o "giudizia-

¹²⁶ Si v. Corte EDU, (dec.) *Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca*, ric. nn. 11843/03 11847/03 11849/03, 9 maggio 2006, § 82.

¹²⁷ Si v. Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., § 40; *G. c. Francia*, ric. n. 15312/89, 27 settembre 1995, § 25.

¹²⁸ Si v. Corte EDU [GC], *Korbely c. Ungheria*, ric. n. 9174/02, 19 settembre 2008, §§ 74-75.

¹²⁹ Si v. Corte EDU [GC], *Vasiliauskas c. Lituania*, ric. n. 35343/05, 20 ottobre 2015, §§ 167-168; [GC], *Kononov c. Lettonia*, ric. n. 36376/04 17 maggio 2010, §§ 234-239 e 244.

¹³⁰ Si v. Corte Edu, *Cantoni c. Francia*, cit., § 29; [GC], *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 140; [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 79.

¹³¹ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Chauvy e altri c. Francia*, ric. n. 64915/01, 23 settembre 2003.

¹³² Si cfr. Corte EDU, *Jorgic c. Germania*, cit., § 113.

ria”, e la rimproverabilità della sua violazione, ossia la colpevolezza ascrivibile all'autore materiale della condotta di cui si assume l'illiceità. La garanzia convenzionale richiede, in altre parole, un legame di natura intellettuale fra l'agente e il fatto materiale, ciò che esclude, in linea di massima, la configurabilità di ipotesi di responsabilità oggettiva.

3.2. *L'estensione al diritto sub-legislativo e a quello giurisprudenziale*

Quindi, secondo una prima traiettoria estensiva il concetto di legge inteso in senso materiale ricomprende, oltre alle fonti legislative e a quelle ad esse parificate, anche atti normativi altrove collocati nella scala gerarchica delle fonti del diritto¹³³. Si tratta, del resto, di una dinamica più ampia che ha coinvolto anche garanzie diverse dall'art. 7 CEDU, e che è ben restituita da diverse pronunce rese nei riguardi dello Stato italiano¹³⁴, nelle quali per la valutazione di adeguatezza della 'base legale' hanno assunto rilievo, ad esempio, regolamenti e direttive interne al Consiglio Superiore della Magistratura¹³⁵, ovvero regolamenti parlamentari cc.dd. minori (quali il Regolamento per la tutela giurisdizionale dei dipendenti e il Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti dell'amministrazione della Camera dei deputati non concernente i dipendenti, deliberati dall'Ufficio di Presidenza della Camera)¹³⁶.

Ma ancor più significativa è la seconda direttrice di estensione contenutistica, che collega alla nozione di 'base legale' anche il diritto di produzione giurisprudenziale. La prospettiva pragmatica del Giudice di Strasburgo muove dal presupposto che il tenore delle disposizioni recate dalle fonti scritte, siano esse di rango legislativo o inferiore, è suscettibile di essere chiarito e precisato nella prassi giudiziaria da parte dei giudici nazionali. Dunque, sussiste una 'base legale' adeguata anche quando, pur a fronte di un testo normativo parzialmente equivoco, indefinito o contraddittorio, si sia af-

¹³³ Si cfr. Corte EDU, *Ekin Association c. Francia*, ric. n. 39288/98, 10 luglio 2001, § 46.

¹³⁴ Lo segnala PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, cit., 215-217.

¹³⁵ Si cfr. Corte EDU, *N.F c. Italia*, ric. n. 37119/97, 2 agosto 2001; *Maestri c. Italia*, ric. n. 39748/98, 17 febbraio 2004.

¹³⁶ Si cfr. Corte EDU, *Savino e altri c. Italia*, ric. nn. 17214/05, 42113/04 e 20329/05, 28 aprile 2009.

fermata nella prassi giudiziaria un'interpretazione stabile e coerente¹³⁷.

Nella giurisprudenza sovranazionale, d'altronde, è costante l'affermazione secondo cui in qualsiasi sistema giuridico, per quanto chiaramente sia formulata una certa disposizione, esiste inevitabilmente un margine di interpretazione giudiziaria, giacché sussistono aspetti che necessitano di essere chiariti e adattati alle mutevoli circostanze caratterizzanti i diversi casi concreti. Semmai, eventuali carenze nella precisione del disposto normativo costituiscono nient'altro che una logica conseguenza della generalità e astrattezza delle leggi penali, le quali utilizzano inevitabilmente vocaboli ed espressioni vaghi, in misura più o meno ampia, e aperti a differenti interpretazioni e applicazioni, anche per evitare un'eccessiva rigidità. È proprio una siffatta ineliminabile componente ermeneutica a rappresentare un elemento centrale della funzione decisionale svolta dalle giurisdizioni e, al contempo, a mostrare quale possa essere l'incidenza della giurisprudenza nel progressivo sviluppo del diritto penale, e più in generale del diritto punitivo.

Se, quindi, la garanzia convenzionale in esame non può vietare un graduale chiarimento delle norme punitive mediante la loro applicazione giudiziaria, nondimeno essa richiede che le concrete interpretazioni e applicazioni rispettino i menzionati caratteri di accessibilità e, soprattutto, di prevedibilità¹³⁸. La sussistenza di questi ultimi deve essere vagliata con riguardo sia agli elementi costitutivi del reato che alla pena applicabile, pur se ovviamente questa seconda valutazione non è necessaria quando risulti inaccessibile o imprevedibile la 'base legale' che dovrebbe sorreggere l'accertamento della responsabilità penale. È necessario che l'interpretazione giudiziaria accolta dai giudici interni nella sentenza di condanna sia conforme alla formulazione della disposizione della legge penale, che costituisca un risultato coerente con l'essenza del reato e che possa essere ragionevolmente prevista. In tale ottica, occorre verificare se l'interpretazione adottata rappresenti la prima applicazione, o comunque una delle prime applicazio-

¹³⁷ In proposito, sono fondamentali le affermazioni che possono rinvenirsi nella sentenza concernente il caso *Cantoni c. Francia*, cit., in tema di rapporti fra diritto scritto e diritto giurisprudenziale, ove si è spiegato come il secondo possa integrare il primo ai fini della valutazione sulla qualità del quadro normativo di riferimento. In tale caso la questione concerneva la definizione di «prodotto medicinale» precisata ad opera delle Corti nazionali.

¹³⁸ Si cfr. Corte EDU [GC], *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 marzo 2001, spec. § 50. In dottrina, si cfr. NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 57.

ni, di un nuovo disposto legislativo, in relazione al quale ancora non si sia formata una casistica consistente, se segua, invece, una evidente e già consolidata tendenza evolutiva della giurisprudenza dei tribunali nazionali, ovvero, ancora, se abbia determinato un rovesciamento dei precedenti approdi giurisprudenziali.

Ne risulta che i contorni degli accertamenti richiesti sono differenti a seconda che si sia in presenza di una progressiva precisazione di un testo normativo equivoco ovvero di un vero e proprio mutamento giurisprudenziale. Nella prima situazione il contenuto della nuova interpretazione giudiziale dovrebbe essere vagliato assumendo come parametri i significati ricavabili dal testo normativo, anche se non appare per nulla semplice discernere fra un prevedibile sviluppo giurisprudenziale affermatosi nell'ambito della fisiologica attività di precisazione contenutistica di un testo legislativo¹³⁹, e una nuova imprevedibile, dunque vietata, interpretazione che fuoriesca da una siffatta attività¹⁴⁰. Nella seconda ipotesi, invece, il controllo riguarda il rapporto fra l'interpretazione adottata nel caso concreto e quella accolta, o quelle accolte, nella pregressa prassi giudiziaria, dovendosi tenere separato l'adattamento a un caso peculiare di un consolidato orientamento dal riconoscimento di una nuova soluzione che sovverta l'indirizzo preesistente, dando luogo a un mutamento giurisprudenziale.

Ancora, in quest'ultima prospettiva, è essenziale procedere a un'ulteriore distinzione, fra contrasti giudiziari sincronici, quando le diverse interpretazioni sussistano contemporaneamente, e diacronici, allorché le diverse interpretazioni siano oggetto di orientamenti giurisprudenziali l'uno successivo all'altro. Seppure in entrambi i casi possano insorgere profili di contrasto con la garanzia fondamentale, diversa è la relativa causa efficiente, rappresentata nella prima ipotesi dall'assoluta incertezza della regola applicabile, di tal che la violazione sussiste qualunque sia l'interpretazione accolta, e nella seconda ipotesi dalla sorprendente adozione di un'interpretazione differente da quella in precedenza consolidata. Solamente in questa seconda può parlarsi propriamente di mutamento giurisprudenziale, che, ove sfavorevole al reo, deve essere trattato nel sistema convenzionale alla stregua dell'introduzione di nuova norma incriminatrice o sanzionatoria¹⁴¹.

Emblematica del primo ordine di ipotesi (oscurità della 'base legale' per

¹³⁹ Si cfr. Corte EDU [GC] *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, 22 novembre 1995.

¹⁴⁰ Si cfr. Corte EDU, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02, 10 ottobre 2006, §§ 35-36.

¹⁴¹ Si cfr. MANES V., *Sub Art. 7*, cit., 274.

il mancato consolidamento di un prevalente indirizzo interpretativo) è la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti nel caso *Contrada* (n. 3)¹⁴², in cui veniva in rilievo la questione dell'applicazione del reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso a fatti commessi anteriormente al consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale che ha precisato i contorni di tale fattispecie incriminatrice. Mentre, infatti, le condotte oggetto degli addebiti si riferivano agli anni dal 1979 al 1988, l'evoluzione giurisprudenziale si è assestata solo nel 1994, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione con la sentenza *Demitry*¹⁴³. Il problema su cui si incentrava la lamentata violazione dell'art. 7 CEDU era, cioè, quello di stabilire se al *tempus commissi delicti* la legge applicabile, come integrata – si intende – dalle pertinenti pronunce giudiziarie, definisse in termini chiari e precisi i contorni della figura di reato, e se quindi le conseguenze penali derivate dalla sentenza definitiva di condanna potessero dirsi prevedibili da parte del ricorrente. Nella sentenza – che, come si avrà occasione di approfondire, ha dato luogo a un intricato seguito interno¹⁴⁴ – si è riconosciuto che il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso costituisce il risultato di un susseguirsi di decisioni giudiziarie consolidatosi solamente a partire dal 1994, di qui l'imprevedibilità dell'incriminazione nei confronti del ricorrente¹⁴⁵.

Paradigmatica della seconda serie di ipotesi è la già menzionata pronuncia resa dalla *Grande Chambre* nel caso *Del Rio Prada*¹⁴⁶, riguardante un mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo concernente il contenuto della norma sanzionatoria sulla quantificazione della pena. In particolare, la ricorrente, esponente del terrorismo separatista basco condannata per svariati reati, si lamentava dell'avvenuta applicazione di una più sfavorevole modalità di calcolo delle riduzioni del periodo di carcerazione per lavoro intramurario, sulla base di un nuovo orientamento giurisprudenziale affermatosi successivamente alla data di emissione della condanna penale con una pronuncia del Tribunale Supremo spagnolo¹⁴⁷. La Corte europea,

¹⁴² Si cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), cit.

¹⁴³ Si cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 5 ottobre 1994 (dep. 28 dicembre 1994), n. 16, *Demitry*, in CED n. 199386.

¹⁴⁴ Su cui si tornerà *infra*, Cap. III, Sez. II, § 4.

¹⁴⁵ Si cfr. Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), cit., § 69.

¹⁴⁶ Si v. Corte EDU [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit.

¹⁴⁷ In particolare, benché la pena complessiva fosse di più di tremila anni di carcerazione, il codice penale spagnolo prevedeva per le ipotesi di cumulo delle pene inflitte in

chiamata a giudicare, tra l'altro, della violazione dell'art. 7 CEDU, ha ritenuto che la decisione del Tribunale Supremo, con cui si era innovato il regime di computo delle predette riduzioni, costituisse, nei riguardi della ricorrente, un *revirement* sfavorevole e imprevedibile nel momento in cui la stessa aveva iniziato a scontare la pena inflittale. Tanto che, secondo il Giudice di Strasburgo, ella avrebbe potuto legittimamente credere che le medesime riduzioni di pena sarebbero state computate sul limite massimo di trent'anni per le ipotesi di cumulo di pene in procedimenti connessi (come accadeva nella prassi prima del 2006) e non invece sull'entità della singola pena inflitta in relazione a ciascuna imputazione (come, invece, statuito nella decisione del Tribunale Supremo)¹⁴⁸. Si è, quindi, constatata la sussistenza della violazione lamentata, in virtù dell'imprevedibile operare di un *novum* giurisprudenziale sfavorevole rispetto all'entità della pena che la ricorrente avrebbe dovuto scontare in concreto.

4. *Il ne bis in idem convenzionale come limite all'operatività delle norme punitive nazionali*

Un ulteriore profilo di interferenza fra sistemi punitivi nazionali e giurisprudenza convenzionale risiede negli approdi raggiunti intorno alla garanzia del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU¹⁴⁹. Nel suo significato tradizionale, la protezione pone un argine a un

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

¹⁴⁸ Si v. Corte EDU [GC], *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 117.

¹⁴⁹ Il riconoscimento della garanzia del *ne bis in idem* nel sistema del Consiglio d'Europa, originariamente non contemplata, è avvenuto soltanto con l'art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla Convenzione, adottato nel novembre del 1984 e reso esecutivo nell'ordinamento italiano con l'approvazione della legge 9 aprile 1990, n. 98 (recante *Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liber-*

plurimo esercizio di poteri punitivi da parte delle autorità pubbliche di un medesimo Stato¹⁵⁰ e presenta una duplice natura¹⁵¹: da un lato, risponde a esigenze di certezza del diritto, assicurando stabilità all'accertamento contenuto nella sentenza penale passata in giudicato (salve, si intende, le ipotesi di revisione previste dagli ordinamenti nazionali¹⁵²); dall'altro, attribui-

tà fondamentali, concernente l'estensione della lista dei diritti civili e politici, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984). In precedenza, la tutela era già contenuta in altri trattati internazionali, tra cui il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14 §7) e la Convenzione americana sui diritti umani (art. 8 §4). Una delle ragioni del ritardo caratterizzante l'affermazione della garanzia è sicuramente rinvenibile nella preoccupazione, avvertita da molti Stati contraenti, che il suo inserimento nel sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali potesse incidere sul margine di discrezionalità loro spettante in ordine alla configurazione del sistema punitivo nazionale, inteso nella sua accezione più ampia, ossia ricomprendente non soltanto le sanzioni propriamente penali ma anche tutte quelle sanzioni di altra natura, amministrativa o disciplinare, previste in differenti ambiti degli ordinamenti nazionali a tutela di svariati interessi. In questo senso sono significative le mancate ratifiche del Protocollo n. 7, ad oggi, di tre Stati di non secondaria importanza, quali Regno Unito, Germania e Paesi Bassi, e le numerose riserve o dichiarazioni presentate da altri Stati – Francia, Austria, Portogallo e Italia –, che pure lo hanno ratificato, volte a limitare l'applicazione del principio del *ne bis in idem* ai soli procedimenti cui la legge nazionale attribuisce natura penale. La riserva formulata dall'Italia, secondo cui gli artt. 2-4 del Protocollo n. 7 si sarebbero dovuti applicare esclusivamente ad illeciti, procedimenti e sentenze che l'ordinamento italiano qualifica come penali, è stata dichiarata invalida dalla Corte europea: si v. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit., §§ 204-211.

¹⁵⁰ La garanzia del *ne bis in idem* convenzionale, che ha come modello l'art. 14 §7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, opera soltanto con riguardo alle giurisdizioni nazionali dello Stato contraente in cui è intervenuto il primo giudizio, a differenza delle corrispondenti garanzie recate, nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, dall'art. 50 CDFUE e dagli artt. 54 ss. della Convenzione applicativa dell'accordo di Schengen, le quali hanno – rispettivamente, anche e soltanto – portata sovranazionale: per approfondimenti si cfr. VAN BOCKEL W.B. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 2013, 211 ss.; e MONTALDO S., *Ne bis in idem e sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2014, 669 ss.

¹⁵¹ Si cfr. ALLEGREZZA S., Sub Art. 4 Protocollo n. 7, cit., 895; PALMIERI F., *Il divieto del bis in idem*, in GIANNITI P. (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna, 2015, 1959. La Corte costituzionale italiana ha definito il principio del *ne bis in idem* come un «principio di civiltà giuridica» (così Corte cost., ord. 5 maggio 1995, n. 150), attraverso il quale «giunge un tempo in cui, formatosi il giudicato, l'individuo è sottratto alla spirale di reiterate iniziative penali per il medesimo fatto» (Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cit., n. 6 del *Cons. dir.*).

¹⁵² La formulazione della disposizione convenzionale non preclude agli Stati con-

sce un diritto fondamentale volto a evitare che un individuo possa vedersi processato o punito due volte per uno stesso fatto illecito¹⁵³.

In origine, quindi, la tutela era ispirata a logiche eminentemente processuali, risultando violata già nel momento in cui veniva instaurato o continuava a celebrarsi un secondo processo penale avente a oggetto fatti materiali contestati e valutati in altro processo, oramai conclusosi in modo definitivo¹⁵⁴. Nell'interpretazione di questo nucleo essenziale di protezione è emerso sin da subito l'approccio sempre pragmatico della Corte europea, soprattutto nell'affrontare le questioni ermeneutiche – celantisi dietro un'apparente chiarezza della tutela – concernenti la definizione dei confini del suo ambito di applicazione, l'individuazione dei criteri da porre a fon-

traenti la possibilità di prevedere ipotesi di revisione del giudicato penale. Vi si stabilisce, infatti, che non determina una violazione del divieto di *bis in idem* la riapertura del processo in talune specifiche situazioni, e cioè (i) se siano sopravvenuti fatti nuovi, (ii) se siano stati scoperti fatti nuovi rispetto a quelli accertati nel processo precedente e (iii) se vi sia stato un vizio fondamentale nella procedura antecedente. La riapertura del processo è altresì subordinata alla condizione che la previa conoscenza di tali situazioni potesse determinare un esito differente del processo già conclusosi. Incidentalmente, si segnala che la riapertura del processo prevista dalla disposizione convenzionale è suscettibile di operare tanto in riferimento ai casi in cui la sentenza divenuta definitiva sia di condanna, quanto nei casi in cui siffatta sentenza sia di proscioglimento. Il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 alla CEDU (§ 30) precisa, infatti, come i *nova* possano influire sul risultato del processo sia in favore sia in danno del soggetto già sottoposto a procedimento, risultando chiara la volontà espressa in tal senso da parte delle Alte Parti contraenti.

¹⁵³ In questo senso, si v. anche VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE*, cit., 212-213, che rileva come il principio del *ne bis in idem* nazionale, tradizionalmente legato all'intangibilità della *res judicata*, negli ultimi secoli sia divenuto altresì strumento di garanzia per il singolo cittadino rispetto all'esercizio dello *ius puniendi* da parte dello Stato, assicurando a diritto fondamentale.

¹⁵⁴ Affinché tale garanzia operasse, era sufficiente che il primo o il secondo procedimento penale avviato nei confronti di uno stesso soggetto si fosse concluso con una sentenza passata in giudicato, quale che fosse il relativo contenuto, di condanna ovvero di proscioglimento. Ciò che, al contrario, la stessa non proibiva era solamente che diversi procedimenti, penali ai fini convenzionali, potessero svolgersi in modo parallelo nei confronti di un unico soggetto, fintantoché nessuno di quei procedimenti si fosse concluso con sentenza da considerarsi definitiva. Si v., ad esempio, Corte EDU, *Franz Fischer c. Austria*, sent. 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97, § 29, e *Gradingner c. Austria*, sent. 23 ottobre 1995, ric. n. 15963/90, § 53. Così, anche ZAGREBELSKY V.-CHENAL R.-TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016, 223-224. La ratio di tutela anzitutto processuale è peraltro comune al principio del *ne bis in idem* riconosciuto nell'ordinamento italiano.

damento della valutazione circa l'identità dei fatti oggetto di accertamento e il concetto di sentenza definitiva¹⁵⁵.

A queste problematiche, tuttavia, se ne sono aggiunte ulteriori, in quanto proprio la prospettiva sostanzialistica adottata ha determinato l'estensione della portata della garanzia anche ai rapporti fra processo penale e procedimenti sanzionatori di altra natura. Pertanto, è insorta l'esigenza di adeguare il contenuto originario della tutela a un contesto normativo differente rispetto a quello in cui la stessa aveva ordinariamente trovato applicazione. In tal senso, può leggersi l'elaborazione di un criterio, quello della 'connessione sufficientemente stretta' fra procedimenti, che – come si approfondirà nel prosieguo – assume rilievo solamente nelle ipotesi di 'doppio binario' sanzionatorio, quando cioè una delle due articolazioni costituenti il sistema punitivo interno non appaia riconducibile a quello che viene qualificato come 'nocciolo duro' del diritto penale¹⁵⁶. Se ne ricava, quale dato di fondo, che la garanzia assume un differente significato a seconda della particolare configurazione del cumulo di procedimenti e di sanzioni nei riguardi di un medesimo soggetto¹⁵⁷.

4.1. *Il comportamento della garanzia nelle dinamiche interne o esterne all'ordinamento penale in senso stretto*

In un primo ordine di ipotesi, nelle quali il cumulo punitivo è interno al 'nocciolo duro' del diritto penale, il *ne bis in idem* opera rigorosamente, esigendo la sussistenza degli ordinari elementi costitutivi, secondo un con-

¹⁵⁵ Si cfr. NEAGU N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, 955-977, il quale evidenzia come analoghe problematiche siano state affrontate dalle diverse Corti supreme e sovranazionali chiamate ad interpretare le disposizioni nazionali ed internazionali che, pur con talune differenze nella formulazione letterale, prevedono il principio del *ne bis in idem*.

¹⁵⁶ Su tale concetto si rinvia a quanto illustrato *supra* nella presente Sezione, § 2.4.

¹⁵⁷ In via di prima approssimazione, si può affermare che la 'connessione' fra procedimenti sanzionatori aventi diversa natura costituisce una nozione elaborata allo scopo di escludere la violazione della garanzia convenzionale in quei casi particolari in cui i diversi procedimenti instaurati nei confronti di un medesimo soggetto dinanzi a differenti autorità pubbliche siano da ritenersi coordinati in modo tale da poter essere considerati quali parti di un unico sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento nazionale come reazione alla commissione di un fatto illecito: si approfondirà il criterio della 'connessione' nei successivi §§ 4.2 e 4.3.

sueto schema quadripartito. Anzitutto, viene in rilievo la nozione autonoma di 'procedimento penale'¹⁵⁸, che – nonostante qualche pronuncia in un certo qual modo distonica¹⁵⁹ – è stata ricostruita in modo coincidente a quella di 'materia penale' rilevante per l'applicazione delle altre garanzie penalistiche, quali il diritto a un equo processo e il principio di legalità e irretroattività, con la conseguenza che la garanzia opera allorché gli illeciti e le sanzioni oggetto dei procedimenti nazionali integrino i già menzionati *Engel criteria*¹⁶⁰. Superata questa prima valutazione, si passa all'analisi dell'identità dei fatti contestati nei due procedimenti in base al criterio dell'*idem factum* – accolto pacificamente a partire dalla sentenza resa dalla *Grande Chambre* nel caso russo *Zolotukhin*¹⁶¹ – alla cui stregua rilevano gli

¹⁵⁸ Il testo della disposizione convenzionale in questione afferma che la garanzia del *ne bis in idem* può trovare applicazione solo in 'materia penale'. Chiara la scelta in tal senso, come sottolineato peraltro anche dal Rapporto esplicativo al Protocollo n. 7 alla CEDU, § 28. Quindi, la Corte europea, nel giudicare la ricevibilità di un ricorso mediante il quale si lamenti la violazione del divieto di *bis in idem*, deve anzitutto valutare se i due procedimenti ai quali il ricorrente sia stato sottoposto rientrino nella 'materia penale' e siano, dunque, da considerarsi come procedimenti penali. Tale verifica, a rigor di logica, dovrebbe rientrare nella valutazione circa la ricevibilità di un ricorso, determinando, in caso di esito negativo, l'inapplicabilità della garanzia, così precludendo un esame nel merito della questione. Spesso, però, tale valutazione circa la condizione di ricevibilità è effettuata congiuntamente all'esame del merito del ricorso.

¹⁵⁹ Si v., ad esempio, in *Haarvig c. Norvegia* (dec.), ric. n. 11187/05, 11 dicembre 2007, nella quale la Corte EDU ha fatto uso di criteri ulteriori rispetto agli *Engel criteria*.

¹⁶⁰ Si v. Corte EDU, *Göktan c. Francia*, ric. n. 33402/96, 2 luglio 2002, §§ 44-48. L'approdo, tuttavia, è stato oggetto delle riflessioni di WONG C., *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, in GALLI F.-WEYEMBERGH A. (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, cit., 219 ss.; più in generale, KARACOSTA C., *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in BRAUM S.-WEYEMBERGH A. (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009, 111 ss.

¹⁶¹ Rispetto a questa valutazione, la Corte europea dei diritti si è trovata di fronte a una scelta di campo, ossia definire la nozione di *idem* come *idem factum* ovvero come *idem legale*. Secondo la prima interpretazione proposta, vengono valorizzati gli elementi materiali di fatto caratterizzanti le condotte illecite oggetto di accertamento nei due procedimenti. Con la seconda opzione ermeneutica, invece, è la definizione legale degli illeciti a fungere da criterio-guida, dunque il confronto è condotto tra le fattispecie legali, e i rispettivi elementi costitutivi, dei due illeciti contestati allo stesso soggetto. Per quanto la lettera della disposizione *prima facie* non sembri sollevare particolari problematiche, indirizzando l'interpretazione verso una nozione di *idem legale*, stante l'utilizzo di termini quali «infracción» e «offence» (rispettivamente, nella versione francese e in quella inglese), la giurisprudenza con-

venzionale fino al 2009 è stata piuttosto incerta sul punto, tanto da potersi individuare tre diversi filoni interpretativi. Secondo un primo orientamento, la Corte concentrava l'attenzione sulla *same conduct* da parte del ricorrente, da intendersi in senso storico-naturalistico, a prescindere dalla qualificazione giuridica che l'ordinamento nazionale le attribuiva: *idem*, dunque, come *idem factum*. Questo primo approccio è ben rappresentato in Corte EDU, *Gradinger c. Austria*, cit., § 55, in cui è stata accertata la violazione del ne bis in idem nei confronti del ricorrente, condannato penalmente per omicidio colposo dovuto a imprudenza e sanzionato in ambito amministrativo per guida sotto l'effetto di sostanze alcoliche. Un secondo orientamento prendeva le mosse sempre dall'identità della condotta materiale all'origine dei procedimenti, ma ammetteva che il medesimo comportamento potesse fondare più illeciti (*concurso idéal d'infractions*) da accertarsi in procedimenti separati. Questo indirizzo è stato sviluppato in Corte EDU, *Oliveira c. Svizzera*, ric. n. 25711/94, 30 luglio 1998, § 26, in un caso in cui il ricorrente era stato condannato prima per guida imperita – illecito previsto dal codice della strada –, poi per il reato di lesioni personali colpose subite da altro conducente a causa del medesimo comportamento, ossia l'aver perduto il controllo del proprio veicolo urtando altri due veicoli. La Corte ha ritenuto che si trattasse di un tipico caso in cui un singolo comportamento avrebbe potuto integrare diverse infrazioni: un unico atto è stato “diviso” in due distinti illeciti – nel caso di specie, l'aver guidato in modo imperito e le lesioni colpose –; a conferma di ciò vi sarebbe anche la previsione che, in questi casi, la sanzione più gravosa debba assorbire la più lieve. Lo stesso indirizzo giurisprudenziale ha trovato riconoscimento anche in Corte EDU, *Göktan c. Francia*, cit., § 50, in cui si è esclusa la violazione della garanzia per la sussistenza di un concorso formale di illeciti, giacché il medesimo comportamento aveva dato origine sia a un reato di contrabbando di sostanze stupefacenti sia a un delitto doganale relativo al mancato pagamento del dazio doganale. Un terzo orientamento si incentrava, inoltre, sugli elementi essenziali delle due fattispecie (*idem legale*), rendendosi necessario valutare se le fattispecie legali dei due illeciti presentassero i medesimi elementi costitutivi. Non sarebbe stato compatibile, infatti, con la previsione convenzionale il fatto di essere processati o puniti due volte per infrazioni che sono solo nominalmente differenti, dovendosi escludere che si trattasse di una semplice differenza di *nomen iuris*, ovvero di un concorso apparente di norme. Viene in rilievo a questo riguardo il caso *Franz Fischer c. Austria* (sent. 29 maggio 2001, ric. n. 37950/97), ove si è rilevato che l'illecito amministrativo, previsto dall'ordinamento austriaco, di guida in stato di ebbrezza e il particolare reato di omicidio colposo presentavano gli stessi elementi essenziali. In particolare, tutti gli elementi essenziali della prima fattispecie erano contenuti nella seconda: si trattava, dunque, di un concorso apparente di norme. Il riferimento alla nozione di elementi essenziali risulta particolarmente ricorrente nella giurisprudenza, la quale vi ha fatto riferimento in relazione a illeciti previsti in diversi ambiti degli ordinamenti nazionali: sul punto, si cfr. ALLEGREZZA S., Sub Art. 4 Prot. 7, cit., 901. Nel settore fiscale, ad esempio, la Corte ha considerato l'intenzione criminosa o lo scopo perseguito quale elemento che differenzia i reati dagli illeciti fiscali: come nella decisione *Rosenquist c. Svezia*, ric. n. 60619/00, 14 settembre 2004, in cui il ricorrente era stato sanzionato penalmente e con una sovrattassa per aver mancato di presentare la dichiarazione annuale dei redditi. Un'altra applicazione di questo filone si è avuta nel caso *Hauser-Sporn c. Austria*, ric. n. 37301/03, 7 dicembre 2006, § 45, in cui la pronuncia di manifesta infondatezza del ricorso si è fondata sul fatto che il reato di omis-

elementi materiali delle condotte illecite oggetto di accertamento, ossia quelle concrete circostanze inscindibilmente legate tra loro che compongono il fatto naturalisticamente inteso¹⁶². Segue l'esame del terzo elemento

sione di soccorso e l'illecito di omessa segnalazione alla polizia di un incidente previsto dal codice della strada austriaco riguardassero differenti azioni ed omissioni: il reato richiedeva un'omissione dolosa, mentre l'illecito amministrativo si accontentava della negligenza. Altre volte ancora, l'elemento di differenziazione dell'oggetto dei procedimenti è riscontrato nell'omesso esame nel processo penale dell'elemento essenziale oggetto della fattispecie contestata nel secondo procedimento: così, ad esempio, nella decisione *Bachmaier c. Austria*, ric. n. 77413/01, 2 settembre 2004, si è evidenziato come solo nel procedimento amministrativo fosse stato valutato l'elemento della guida in stato di ebbrezza, mentre nel processo penale, ove pure era contestato il reato di omicidio colposo aggravato dallo stato di ebbrezza, l'accertamento si fosse arrestato prima, visto che la pronuncia assolutoria era discesa dall'impossibilità di individuare il soggetto che aveva causato l'incidente. Siffatte diverse posizioni interpretative emerse nella giurisprudenza convenzionale hanno trovato una propria ricomposizione nel 2009 con la sentenza resa nel caso russo *Zolotukhin*, con la quale la *Grande Chambre* ha inteso porre fine alla situazione di incertezza giuridica venutasi a creare (ric. n. 14939/03, 12 febbraio 2009) e ha accolto la nozione di *idem factum*, sia adoperando i canoni ermeneutici dell'interpretazione teleologica ed evolutiva, che ispirandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte Interamericana dei diritti umani. Sotto il primo profilo, la Corte EDU ha chiarito che la scelta di inserire il termine «offence» nella versione inglese del testo della disposizione non giustifica l'adozione di un orientamento restrittivo, quale è quello che si basa sul confronto in astratto fra gli elementi essenziali delle fattispecie legali degli illeciti; tale opzione ermeneutica rischierebbe di indebolire la garanzia, in quanto sarebbe altrimenti possibile essere sottoposti a due distinti procedimenti per il solo fatto che i due illeciti addebitati abbiano una differente caratterizzazione dal punto di vista della fattispecie legale, o addirittura abbiano esclusivamente una diversa denominazione ed una diversa qualificazione secondo le categorie del diritto interno. Quanto al secondo profilo, nella pronuncia, oltre a dar conto dei propri contraddittori precedenti, la Corte ha altresì preso in considerazione la giurisprudenza in tema di *idem element* elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: da tale analisi è emerso come vi fosse, a livello internazionale, un certo favore verso una soluzione interpretativa che desse rilievo unicamente all'identità dei fatti materiali, senza aver riguardo della qualificazione giuridica degli stessi: una soluzione che, anche in una logica di tutela del singolo individuo, rigetta, in definitiva, il confronto in astratto fra le fattispecie legali. In questo modo, si è pervenuti alla conclusione che la garanzia preclude un duplice processo o una duplice condanna per illeciti che hanno origine da fatti identici o da fatti che siano sostanzialmente gli stessi.

¹⁶² In questo senso, ALLEGREZZA S., Sub art. 4 Prot. 7, cit., 900. Sulla nozione di «fatto», si v., per quanto concerne l'ordinamento italiano, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. n. 200 del 2016, cit., con la nota di VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.; e, nella giurisprudenza comune, da ultimo, Cass. pen., Sez. II, sent. 6 dicembre 2018 (dep. 11 gennaio 2019), n. 1144, *Delle Vergini*, in CED n. 275068-01; in

costitutivo, rappresentato dalla definitività della sentenza resa in uno dei due procedimenti, concetto che – in conformità al tenore letterale della disposizione contenuta nei trattati – è riempito di significato attraverso il rinvio al diritto processuale nazionale disciplinante i mezzi ordinari per l'impugnazione di una pronuncia e il suo passaggio in giudicato¹⁶³. Infine, viene valutata l'effettiva sussistenza di una duplicazione procedimentale, disamina che, quantomeno in principio, era solitamente effettuata in modo inflessibile, quasi automatico, tanto che l'operatività della garanzia era negata solamente in presenza di situazioni eccezionali, ad esempio in caso di immediata interruzione del secondo procedimento penale erroneamente avviato¹⁶⁴.

letteratura, GALANTINI N., *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205 ss.; e LAVARINI B., *Il «fatto» ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 60 ss.

¹⁶³ A tal proposito, un ruolo centrale è rivestito dal tenore letterale della disposizione, secondo cui una sentenza può essere considerata come definitiva ai fini convenzionali quando sia passata in giudicato secondo le regole di diritto interno: si cfr., Corte EDU [GC], *Mihailache c. Romania*, ric. n. 54012/10, 8 luglio 2019, §§ 87-126. Il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 7 rinvia al Rapporto esplicativo della Convenzione europea sul valore dei giudizi repressivi, nel quale si afferma che una decisione è definitiva se ha acquisito l'autorità di cosa giudicata in base alle norme del singolo Stato contraente: ciò avviene quando la decisione sia irrevocabile, ossia quando nessun rimedio ordinario sia ancora esperibile oppure quando le parti abbiano lasciato decorrere il termine previsto senza esperire tali rimedi. L'affermazione che in costanza di sentenze avverso le quali siano ancora esperibili rimedi ordinari non operi la garanzia del *ne bis in idem* sono costanti nella giurisprudenza convenzionale: si v., *ex plurimis*, Corte EDU, *Nikitin c. Russia*, ric. n. 50178/99, 20 luglio 2004, in cui la «special supervisory review» prevista dall'ordinamento russo è stata ricondotta alla nozione di *reopening of the case* di cui al secondo paragrafo dell'art. 4 Protocollo n. 7, di conseguenza non vi è stata la dichiarazione di alcuna violazione della garanzia convenzionale in quanto non si è in presenza di un nuovo e secondo procedimento sugli stessi fatti, bensì della continuazione del precedente; e (dec.), *Horciag c. Romania*, ric. n. 70982/01, 15 marzo 2005, in cui si è negato che una sentenza di conferma dell'internamento psichiatrico o un'ordinanza di non luogo a procedere potessero considerarsi sentenze definitive, atteso che la prima (riguardante una misura a carattere preventivo) non implicava alcun accertamento sulla colpevolezza, la seconda avrebbe potuto essere messa in discussione da un atto del procuratore gerarchicamente superiore. Non rilevano, invece, ai fini della valutazione circa la definitività di una sentenza, i rimedi straordinari, quali la richiesta di riapertura del processo o la richiesta di rimessione in termini, per quanto questi ultimi rappresentino sostanzialmente una continuazione del primo procedimento.

¹⁶⁴ Così, ad esempio, nella decisione *Zigarella c. Italia*, ric. n. 48154/99, 3 ottobre 2010, si è precisato che la garanzia in esame non può ritenersi violata nell'ipotesi in cui il secondo pro-

In un secondo ordine di ipotesi, quando, invece, il cumulo sanzionatorio è parzialmente esterno al diritto propriamente penale, in quanto derivi da un sistema punitivo che combini procedimenti di diversa natura formale, l'accertamento diviene maggiormente articolato e assume connotati specifici, atteso che la celebrazione di due procedimenti punitivi paralleli non è in sé contrastante con la garanzia, e la chiusura di uno di essi non implica automaticamente la conclusione dell'altro. Si richiede un'indagine dei contenuti della pronuncia divenuta definitiva (per prima) al fine di verificare se essa – a prescindere dalle definizioni processualistiche interne – possa dirsi, anche in termini sostanziali, una condanna o una assoluzione in grado di dare operatività alla garanzia. In tale ottica, si è escluso che l'avvio o la continuazione del secondo procedimento 'penale' possa essere precluso da una sentenza definitiva meramente processuale, come quella che si limiti ad affermare lo spirare del termine di prescrizione senza contenere un (pur incidentale) accertamento in ordine alla colpevolezza o all'innocenza¹⁶⁵.

Di recente, nei casi di 'doppio binario' sanzionatorio la valutazione sulla definitività della prima pronuncia non viene neppure compiuta, in quanto la Corte reputa dirimente il giudizio sulla 'connessione sufficientemente stretta' fra i diversi procedimenti. Si sottolinea, in tal senso, come il passaggio in giudicato della pronuncia conclusiva di uno dei due 'binari' sia invece irrilevante in assenza di una vera e propria duplicazione di procedimenti, ossia quando le interconnessioni fra di essi siano tali da far ritenere la loro combinazione come un insieme integrato¹⁶⁶. Ad ogni modo, a prescindere dall'ordine logico seguito nella disamina delle questioni, il criterio della connessione implica un'indagine sul grado di autonomia o, al contrario, di coordinamento sussistente fra i moduli procedurali avviati, onde poter escludere o affermare che l'apparente duplicazione non sia altro che

cedimento venga instaurato per errore, ossia quando le autorità che procedono a contestare il secondo addebito non siano a conoscenza della sentenza definitiva già pronunciata. ALLEGREZZA S., *Sub art. 4 Prot. 7*, cit., 899, ritiene che possa, quindi, delinearsi una distinzione tra nuovi procedimenti aperti, per così dire, volontariamente e nuovi procedimenti aperti involontariamente; e, in questa seconda eventualità, quando le autorità nazionali, non appena informate dell'erronea apertura o continuazione del secondo procedimento, riconoscano l'errore e provvedano all'interruzione di esso, non si sarebbe in presenza di alcuna violazione della garanzia convenzionale, difettando in capo al ricorrente la qualità di vittima.

¹⁶⁵ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Petrakis c. Grecia*, ric. n. 57298/17, 26 marzo 2024.

¹⁶⁶ Si cfr., ad esempio, Corte EDU, (dec.) *Ingvarsdottir c. Islanda*, cit., § 50, ove si chiarisce che la valutazione sulla 'connessione' fra procedimenti non è influenzata dalla verifica in ordine alla definitività della pronuncia.

una peculiare forma di manifestazione di un'unica, pur se composita, risposta punitiva. L'elaborazione di tale criterio è il risultato di una lunga e laboriosa evoluzione giurisprudenziale, su cui è opportuno soffermarsi per comprendere il modo in cui lo stesso è interpretato e applicato¹⁶⁷.

4.2. *L'elaborazione del criterio della 'connessione sufficientemente stretta' fra procedimenti sanzionatori eterogenei*

In origine, il criterio era stato utilizzato in presenza di misure sanzionatorie amministrative applicate quale conseguenza di una precedente e definitiva sentenza penale, o almeno sulla base dell'accertamento dei fatti da questa emergente. La casistica aveva riguardato, perlopiù, ipotesi di revoca della patente di guida disposta dall'autorità amministrativa a seguito della condanna in sede penale per guida in stato di ebbrezza¹⁶⁸, nelle quali, pur riconoscendosi la natura penale della sanzione amministrativa, così come del procedimento volto alla sua applicazione, si era negato che quest'ultimo costituisse un *bis in idem*, atteso che tra di esso e il processo penale poteva ritenersi esistente, appunto, una 'sufficiente connessione'¹⁶⁹. Nelle relative pronunce, tuttavia, erano mancate indicazioni precise sui contenuti di detta connessione; e, al riguardo, si poteva tutt'al più riscontrare il rilievo attribuito – nel percorso decisionale – agli effetti esterni dall'accertamento di responsabilità compiuto nel processo penale, dai quali era, di fatto, integralmente dipeso l'esito del procedimento amministrativo¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Sul punto, sia consentito rinviare anche a RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, 825 ss.

¹⁶⁸ Si cfr. Corte EDU, (dec.) R.T. c. *Svizzera*, ric. n. 31982/96, 30 maggio 2000; (dec.) *Nilsson c. Svezia*, ric. n. 73661/01, 13 dicembre 2005; (dec.) *Maszni c. Romania*, ric. n. 59892/00, 21 settembre 2006; *Boman c. Finlandia*, ric. n. 41604/14, 17 febbraio 2015; *Rivard c. Svizzera*, ric. n. 21563/12, 4 ottobre 2016.

¹⁶⁹ Nella sentenza *Boman c. Finlandia*, cit., la Corte EDU ha spiegato che i due procedimenti, penale ed amministrativo, erano intrinsecamente connessi nella sostanza e nel tempo in guisa tale da dover essere considerati come un unico procedimento penale (§ 43).

¹⁷⁰ Non a caso nella sentenza *Rivard c. Svizzera*, cit., la Corte EDU ha ritenuto integrato un principio di coordinamento fra processo penale e procedimento amministrativo, proprio rilevando che l'ordinamento svizzero non consentiva all'autorità amministrativa di discostarsi dall'accertamento compiuto nel giudizio penale, se non al ricorrere di alcune limitate condizioni, sicché la misura amministrativa del ritiro della patente doveva essere considerata alla stregua di una pena accessoria conseguente alla condanna penale (§31).

Il criterio della connessione nasceva, quindi, come una formula dai confini indefiniti, utile a restringere l'esteso ambito di operatività della garanzia in considerazione delle specificità del caso concreto, onde evitare che un'interpretazione sostanzialistica della stessa potesse condurre a esiti irragionevoli, come, appunto, quello di impedire l'applicazione di una misura amministrativa prevista dall'ordinamento nazionale quale ulteriore effetto sanzionatorio di una condanna penale, ma non irrogata dal giudice penale¹⁷¹. Fatta eccezione per tali pronunce, per lungo tempo una 'connessione sufficientemente stretta' non era, però, mai stata ritenuta sussistente nelle ipotesi che potrebbero definirsi di vero e proprio 'doppio binario' punitivo, in cui i diversi procedimenti sanzionatori instaurati in relazione a una medesima condotta, suscettibile di costituire un illecito extrapenale e al contempo un reato, avessero seguito percorsi autonomi e, come per solito accade, la definizione di quello amministrativo avesse preceduto la condanna penale.

In alcune occasioni, non particolarmente numerose, la Corte europea non aveva neppure proceduto a valutare l'esistenza di una connessione fra i vari procedimenti¹⁷². Nella già citata sentenza *Grande Stevens e altri* resa contro lo Stato italiano, le motivazioni alla base dell'accertamento della violazione della garanzia nei confronti dei ricorrenti – all'epoca ancora sottoposti a un processo penale per manipolazione di mercato dopo essere stati sanzionati con sentenza passata in giudicato per la commissione di un omologo illecito amministrativo – non conteneva alcun riferimento, neppure indiretto o implicito, al criterio della 'connessione sufficientemente stretta'. E ciò sebbene non fosse, invero, impossibile rinvenire qualche elemento sintomatico di un certo coordinamento fra il modulo punitivo amministrativo e quello penale, anche in considerazione della disciplina nazionale rilevante¹⁷³.

¹⁷¹ Sull'origine del criterio della connessione, anche DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia*, in *Cass. pen.*, 2017, 469 ss.

¹⁷² Si cfr. Corte EDU, *Grande Stevens e altri c. Italia*, cit.; *Tomasović c. Croatia*, ric. n. 53785/09, 18 ottobre 2011; *Muslija c. Bosnia ed Erzegovina*, ric. n. 32042/11, 14 gennaio 2014.

¹⁷³ Si cfr. il Capo V del Titolo I-bis del t.u.f., significativamente rubricato «*rapporti tra procedimenti*». Le problematiche ricadute sull'ordinamento interno delle affermazioni contenute nella pronuncia erano parse sin da subito evidenti in letteratura: fra i molti, DE AMICIS G., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss.; VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, *ivi*, 219 ss.; GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il*

In altre occasioni la Corte europea, pur prendendo in considerazione il criterio e applicandolo in concreto, non aveva comunque riconosciuto la sussistenza di detta connessione. Ci si riferisce, in questo caso, al folto gruppo di pronunce emesse in casi concernenti il 'doppio binario' previsto in materia tributaria da alcuni Stati contraenti – in particolare, da Finlandia e Svezia – nelle quali si rinviene una pur breve indicazione degli elementi che sono stati valutati per escludere la 'connessione' fra i diversi procedimenti, e giungere quindi all'accertamento della violazione¹⁷⁴. Vi si evidenziava, infatti, che le sanzioni tributarie per le omissioni nella dichiarazione dei redditi (sovrattasse commisurate a una percentuale dell'importo evaso) e le pene per il reato di frode fiscale (pene detentiva e pecuniaria) erano applicate da autorità differenti e nel contesto di procedimenti separati, che non avevano seguito percorsi paralleli, non essendovi alcuna interazione fra le autorità decidenti, neppure ai fini della commisurazione delle sanzioni. E, inoltre, si riscontrava che l'accertamento della responsabilità del ricorrente sul piano tributario era stato del tutto indipendente rispetto all'accertamento compiuto in sede penale¹⁷⁵. Si traeva, dunque, che nelle ipotesi di 'doppio binario' punitivo eterogeneo dovesse assumere un peso decisivo

«non detto» della sentenza, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.; ZAGREBELSKY V., *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in DESANA E.-MONTALENTI P.-SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 15 ss.

¹⁷⁴ Si cfr. Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia*, cit., con la nota di DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; *Glantz c. Finlandia*, cit.; *Lucky Dev c. Svezia*, cit., con la nota di DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; *Rinas c. Finlandia*, cit.; *Österlund c. Finlandia*, cit. Tali pronunce, di poco successive alla sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*, avevano portato certa dottrina a evidenziare taluni profili di attrito fra la garanzia convenzionale, nell'accezione sostanzialistica di cui si è detto, e il vigente sistema sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in materia tributaria relativamente alle condotte illecite di omesso versamento di ritenute e di IVA: cfr. DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.; BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit.; FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, cit.; PODDIGHE A., *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo interno*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2014, 104 ss.

¹⁷⁵ Si cfr. Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia*, cit., §§ 47-52; *Lucky Dev c. Svezia*, cit., §§ 58-64.

l'esistenza o meno di un coordinamento sul piano sostanziale e processuale fra i procedimenti sanzionatori.

In questo quadro è intervenuta, nel 2016, la sentenza della Grande Camera, nel caso *A e B c. Norvegia*¹⁷⁶, le cui caratteristiche apparivano, quanto meno *prima facie*, analoghe a quelle dei casi appena citati, visto che i ricorrenti, autori di omissioni in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi, si dolevano di una violazione del divieto di *bis in idem*, per il fatto di essere stati sottoposti a un processo penale per il reato di frode fiscale aggravata, e infine condannati a una pena di carattere detentivo, successivamente al passaggio in giudicato della decisione dell'autorità fiscale con la quale era stata loro inflitta una sanzione pecuniaria. A differenza di quanto accaduto nelle pronunce precedenti, in questa circostanza la Corte europea non soltanto ha preso in esame e applicato il criterio qui di interesse, ma ha escluso la lesione della garanzia convenzionale proprio per l'affermata sussistenza di un'adeguata 'connessione' fra il procedimento tributario e il processo penale in senso proprio, ritenuti quali componenti di un unico sistema integrato di sanzioni¹⁷⁷.

Il profilo di maggiore interesse della sentenza è rappresentato, senza dubbio, proprio dalla precisazione dei contorni del criterio della 'connessione'¹⁷⁸. L'intento perseguito sembra essere quello di individuare limiti più stringenti all'operatività della garanzia convenzionale, cercando di ridimensionarne i profili di attrito con quei sistemi sanzionatori fondati su uno schema di 'doppio binario', e ciò probabilmente anche in considerazione del più cauto approccio che *medio tempore* aveva assunto la Corte di giustizia dell'Unione europea in relazione al corrispondente art. 50 della Carta dei Diritti Fondamentali¹⁷⁹. Si è chiarito che l'irrogazione di sanzioni

¹⁷⁶ Si cfr. Corte EDU [GC], *A e B c. Norvegia*, cit.

¹⁷⁷ Per una più analitica descrizione dei fatti del caso si rinvia alla nota di VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.

¹⁷⁸ Si cfr. Corte EDU, *A e B c. Norvegia*, cit., §§108-116.

¹⁷⁹ Nella pronuncia *A e B c. Norvegia*, del resto, la stessa Corte europea ha sottolineato il ritardo che ha caratterizzato il riconoscimento della garanzia nell'ambito del sistema del Consiglio d'Europa e le diffidenze manifestate dagli Stati contraenti al momento della ratifica del Protocollo n. 7, a dimostrazione del fatto che l'applicazione del principio al di fuori dell'ambito strettamente penale sia tematica particolarmente sensibile per gli (§ 117). Non solo, ma, facendo richiamo alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Villalón dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nella causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, punto 74. Il giudizio dinanzi al giudice penale svedese, nel cui ambito era stato effettuato rinvio pregiu-

di diversa natura, ma penali ai fini convenzionali¹⁸⁰, da parte di differenti autorità in relazione a un medesimo fatto illecito non conduce ineluttabilmente a una violazione. E, anzi, si riconduce al margine di apprezzamento degli Stati contraenti la facoltà di prevedere molteplici risposte sanzionatorie, tra loro complementari, irrogate attraverso più procedimenti, a condizione che queste rappresentino un insieme coerente e la loro convergenza non determini un onere eccessivo e sproporzionato per il soggetto che ne sia destinatario. Il compito della Corte europea è, dunque, di verificare se, nel caso concreto, le specifiche misure applicate siano suscettibili di costituire un *bis in idem*, in quanto tale vietato, o al contrario se siano parti di un unitario sistema sanzionatorio integrato, volto a colpire in modo prevedibile e proporzionato gli autori di talune condotte illecite.

Se la via più semplice per scongiurare incisioni della garanzia sarebbe quella di prevedere che le diverse risposte sanzionatorie siano irrogate in esito a un unico procedimento, nondimeno la Convenzione non preclude in astratto l'instaurazione di più procedimenti, anche paralleli, purché siano integrati gli indici sintomatici della connessione – individuati per la pri-

diziale interpretativo, riguardava un soggetto, imputato per frode fiscale, nei confronti del quale già erano state applicate sanzioni fiscali in relazione alle medesime condotte illecite: sul punto si tornerà *infra* nel presente Capitolo, Sez. II. Inoltre, il Giudice di Strasburgo ha anche ricordato come l'imposizione di sanzioni amministrative e penali per una stessa condotta illecita sia prassi assai diffusa fra gli Stati membri dell'Unione Europea, specialmente in materia tributaria (§ 118). Considerata, dunque, la rilevanza della questione, ben si comprendono le ragioni sottese alla rimessione del caso in esame alla Grande Camera, ai sensi degli artt. 30 CEDU e 72 del Regolamento della Corte EDU. e trova altresì spiegazione il fatto che sei Stati contraenti (Bulgaria, Francia, Grecia, Moldavia, Repubblica Ceca e Svizzera) abbiano presentato osservazioni scritte nel corso della procedura in qualità di terze parti intervenienti, ai sensi degli artt. 36, § 2 CEDU e 44, § 3 del Regolamento della Corte EDU.

¹⁸⁰ Nella sentenza la Corte EDU ha ammesso che nell'ambito della sua giurisprudenza sono rinvenibili pronunce in cui sono stati valorizzati criteri ulteriori rispetto agli *Engel criteria*, giungendo persino a riconoscere che diverse e concorrenti ragioni avrebbero potuto giustificare l'adozione di un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU: tra queste, la natura inderogabile della garanzia del *ne bis in idem*, le conseguenze di enorme portata discendenti da una sua applicazione al di fuori dell'ambito penale strettamente inteso e l'assenza di consenso sul punto fra gli Stati contraenti. Nondimeno, il Giudice europeo ha ritenuto di confermare le proprie ricorrenti affermazioni, secondo cui i procedimenti volti all'accertamento di illeciti tributari sono da considerarsi penali ai fini dell'applicazione di tutte le garanzie convenzionali penalistiche – e ciò nonostante le richieste in senso contrario del Governo norvegese – per assicurare una maggiore coerenza nell'interpretazione della Convenzione considerata nel suo insieme, posto che, sempre secondo la Corte EDU, il principio del *ne bis in idem* sarebbe garanzia strettamente legata ad esigenze del giusto processo.

ma volta in modo esplicito – con riguardo sia all’aspetto sostanziale che a quello temporale. La ‘connessione sostanziale’ richiede di valutare: (i) se i diversi procedimenti perseguano o meno finalità complementari ed aspirino così a sanzionare, non solo in astratto ma anche in concreto, differenti aspetti della condotta illecita; (ii) se la duplicazione dei procedimenti sia una conseguenza prevedibile per l’autore della condotta; (iii) se la celebrazione dei procedimenti consenta di impedire, per quanto possibile, una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove attraverso una adeguata interazione fra le diverse autorità procedenti, di tal che l’accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell’altro; (iv) se, soprattutto, la sanzione irrogata nel procedimento che giunge per primo a conclusione sia tenuta in considerazione anche nell’altro procedimento, in modo da assicurare la proporzionalità complessiva delle sanzioni applicate, evitando al singolo l’imposizione di un onere eccessivo. Quanto alla ‘connessione temporale’, essa non implica necessariamente una simultanea celebrazione dei procedimenti, essendo possibile che essi si svolgano l’uno successivamente all’altro, purché il loro protrarsi nel tempo non determini una grave situazione di incertezza¹⁸¹.

Il riconoscimento della sussistenza di tali indici nel caso concreto ha portato a escludere che l’operare del sistema sanzionatorio norvegese avesse costretto i ricorrenti a subire un pregiudizio sproporzionato. In tal senso, si sono valorizzati diversi aspetti, quali le differenti finalità perseguite dalle due risposte punitive (tributaria e penale), la prevedibilità del cumulo procedimentale, prim’ancora che sanzionatorio, per gli autori di condotte illecite in materia fiscale e l’interconnessione venutasi, nei fatti, a creare fra i procedimenti. Sotto questo profilo, particolare rilievo è stato attribuito alla circostanza che la decisione dell’autorità fiscale di imporre il pagamento di sovrattasse fosse fondata, tra le altre cose, sulle dichiarazioni rese dai ricorrenti in sede di indagini penali, nel cui ambito essi, pur escludendo ogni responsabilità penale, avevano ammesso la veridicità dei fatti materiali loro addebitati. Tale elemento di prova, proveniente dagli stessi soggetti incolpati, è stato valutato anche nel parallelo procedimento tributario e ciò è stato sufficiente a ritenere che l’accertamento dei fatti effettuato in una sede processuale, quella penale, fosse stato poi tenuto fermo ed utilizzato anche nell’altra, ossia quella amministrativa. Sono stati, poi, presi in considerazione anche i criteri adottati per la commisurazione della pena da parte dell’autorità giurisdizionale penale, la quale, nell’individuare la durata della

¹⁸¹ Si cfr. Corte EDU [GC], *A e B c. Norvegia*, cit., §§ 132-134.

pena di carattere detentivo (un anno di reclusione), ha avuto riguardo del significativo ammontare della sovrattassa già precedentemente irrogata nei confronti dei ricorrenti in esito al procedimento tributario, assicurando quindi l'esigenza di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio. Infine, con riferimento alla connessione sul piano temporale, si è rilevato che i procedimenti avessero seguito percorsi paralleli per un certo intervallo di tempo e che, una volta divenuta definitiva la decisione dell'autorità fiscale, la condanna penale fosse stata pronunciata a distanza di pochi mesi dalla prima decisione.

La casistica giurisprudenziale successiva alla sentenza *A e B* evidenzia oramai molteplici applicazioni del criterio, e consente di meglio comprenderne l'operatività, attribuendo maggiore consistenza a ciascuno degli elementi, o meglio degli indici, di cui la 'connessione' si compone (o dovrebbe comporsi) e al peso da essi assunto sul piano decisorio nell'ambito della valutazione compiuta dalla Corte europea¹⁸². Si può osservare, anzitutto, che il criterio assegna valore decisivo al modo in cui il cumulo procedimentale (ed eventualmente anche sanzionatorio) abbia operato nel singolo caso, tanto che si sono raggiunti esiti diversi – intorno all'integrazione o meno del criterio – pur in ipotesi di 'doppio binario' analoghe sul piano della configurazione normativa, e addirittura anche in casi concernenti il medesimo Stato contraente e lo stesso ambito ordinamentale¹⁸³. Se ne trae l'im-

¹⁸² Si cfr. in materia tributaria, Corte EDU, *Jóhannesson c. Islanda*, cit.; (dec.) *Ingvarsdóttir c. Islanda*, cit.; *Ragnar Thorisson c. Islanda*, cit.; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit.; *Milošević c. Croazia*, cit.; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit.; in relazione a violazioni in ambito finanziario, *Nodet c. Francia*, cit.; *Jesus Pinhal c. Portogallo*, cit.; in ambito edilizio, *Goulandris e Vardinogianni c. Grecia*, cit.; *Prigală c. Moldavia*, ric. n. 14426/12, 13 dicembre 2022; in ipotesi di aggressioni, *Stamenković c. Serbia*, ric. n. 30009/15, 1° marzo 2022; *Urh c. Croazia*, ric. n. 60130/16, 13 gennaio 2022; *Tsonyo Tsonev c. Bulgaria (n. 4)*, ric. n. 35623/11, 6 aprile 2021; in relazione ad abusi domestici, *Galović c. Croazia*, ric. n. 45512/11, 31 agosto 2021; in riferimento a violazioni in materia di assicurazioni sanitarie, *C.Y. c. Belgio*, ric. n. 19961/17, 14 novembre 2023; in relazione a violazioni dell'ordine pubblico, *Vasile Sorin Marin c. Romania*, ric. n. 17412/16, 3 ottobre 2023; *Velkov c. Bulgaria*, ric. n. 34503/10, 21 luglio 2020; in ipotesi di incidenti stradali, *Bajčić c. Croazia*, ric. n. 67334/13, 8 ottobre 2020.

¹⁸³ Si cfr. ad esempio, in relazione al 'doppio binario' previsto in materia tributaria dall'ordinamento islandese, Corte EDU, (dec.) *Ingvarsdóttir c. Islanda*, cit., nella quale si ritiene integrato il criterio della 'connessione' sotto il profilo sostanziale e temporale, e si esclude la violazione del *ne bis in idem*, e, per contro, i casi *Jóhannesson c. Islanda*, cit., *Ragnar Thorisson c. Islanda*, cit.; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit.; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, nei quali invece non si ritiene sussista, a vario titolo, una siffatta 'connessione'.

possibilità di accogliere un approccio che intenda risolvere la problematica del coordinamento procedimentale ponendo l'accento esclusivamente sulle caratteristiche astratte della normativa nazionale, a prescindere, cioè, dai relativi inveroamenti.

È, però, certamente vero che la conformazione del sistema punitivo può in qualche modo influire sulla connessione sostanziale, facilitandola ovvero ostacolandola. Basti pensare, in particolare, al fatto che la richiesta complementarità dei fini perseguiti dai moduli procedimentali è di sovente apprezzabile – come nei cumuli in ambito tributario – sulla base della diversa descrizione delle fattispecie di illecito; e lo stesso può dirsi anche per la prevedibilità del cumulo, la cui sussistenza deve essere vagliata muovendo da una disamina delle rilevanti previsioni normative, prim'ancora di considerare le relative interpretazioni giudiziarie. E, tuttavia, tali indici di 'connessione', così come gli ulteriori indici sopra menzionati, devono essere riscontrati nel singolo caso. La necessità di questa verifica risulta evidente, se solo si consideri, in via esemplificativa, che strumenti di coordinamento nella raccolta o valutazione delle prove ovvero nell'irrogazione e commisurazione delle sanzioni, anche se previsti, potrebbero in concreto non essere applicati, ovvero che un qualche raccordo fra le autorità procedenti potrebbe instaurarsi in via di fatto, anche in assenza di un'esplicita previsione. In ogni caso, la valutazione circa la 'connessione' sostanziale non esaurisce l'orizzonte operativo del criterio, dovendosi esaminare – sempre in concreto – anche la 'connessione' temporale. E le due valutazioni sono dotate di valenza autonoma, tanto che la mancanza di una soltanto delle componenti assume rilievo per dichiarare la violazione della garanzia fondamentale¹⁸⁴.

Le recenti applicazioni del criterio mostrano un tendenziale rigore da parte della Corte europea e un sempre maggiore approfondimento del giudizio compiuto intorno a ciascuno degli indici di 'connessione'¹⁸⁵. Sotto il profilo sostanziale, può osservarsi che nelle ipotesi di cumuli sanzionatori in materia tributaria sono ricorrentemente ritenuti sussistenti gli indici della complementarità dei fini¹⁸⁶, della prevedibilità e della proporzionalità

¹⁸⁴ Si cfr. Corte EDU, *Nodet c. Francia*, cit., § 51.

¹⁸⁵ Si cfr., ad esempio, le approfondite verifiche effettuate in Corte EDU, *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., §§ 55-77.

¹⁸⁶ Si cfr. Corte EDU, *Jóhannesson c. Islanda*, cit., § 51; *Ragnar Thorisson c. Islanda*, cit., § 46; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., § 53; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., § 60.

delle sanzioni¹⁸⁷, cionondimeno si giunge a escludere la connessione materiale anche per la sola assenza di coordinamenti procedurali¹⁸⁸. L'esito negativo è stato giustificato sulla base di una riscontrata autonomia nella raccolta di prove da parte delle autorità procedenti ovvero per l'indipendenza degli accertamenti da esse condotti¹⁸⁹, o comunque per l'impossibilità di rinvenire una ragione oggettiva di duplicazioni nell'attività delle medesime autorità (come ad esempio, nell'assunzione di informazioni dai destinatari degli addebiti o da testimoni)¹⁹⁰.

Rispetto a cumuli sanzionatori previsti in altri settori ordinamentali, come in materia di abusi di mercato, l'insussistenza della 'connessione' sostanziale è affermata, oltre che per ingiustificate ripetizioni in attività istruttorie, anche per il riconoscimento del mancato perseguimento di fini complementari da parte degli schemi punitivi (solo formalmente) eterogenei. In tal senso, è stata valorizzata, in una prima fase, la sostanziale identità delle fattispecie di illecito, penale ed extrapenale¹⁹¹. Si tratta, tuttavia, di uno soltanto dei molteplici elementi suscettivi di assumere rilievo nell'ambito di tale verifica, come dimostra la più recente giurisprudenza della Corte europea, che ha enfatizzato anche altri profili. Sempre in un'ipotesi di 'doppio binario' in ambito finanziario (anzi, nella specie si trattava di un singolare 'triplo binario'), il Giudice di Strasburgo ha riconosciuto la diversità degli scopi perseguiti dai moduli procedurali prescindendo – almeno in apparenza – dalla configurazione degli illeciti, e attribuendo rilievo agli interessi protetti¹⁹².

Analogo rigore si riscontra nella disamina della connessione temporale, rispetto cui è presa in considerazione una pluralità di aspetti, variamente

¹⁸⁷ Si cfr. Corte EDU, *Jóhannesson c. Islanda*, cit., § 51; *Ragnar Thorisson c. Islanda*, cit., § 46; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., § 53; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., §§ 61 e 66-67.

¹⁸⁸ Si cfr. Corte EDU, *Jóhannesson c. Islanda*, cit., § 52; *Ragnar Thorisson c. Islanda*, cit., § 47; *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., § 54; *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., §§ 62-65.

¹⁸⁹ Si cfr. *Bjarni Ármannsson c. Islanda*, cit., § 55; *Jóhannesson c. Islanda*, cit., § 53.

¹⁹⁰ Si cfr. *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., § 65, ove è giudicata significativa la duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove, nel procedimento tributario e in quello penale, in relazione all'interrogatorio del ricorrente e all'assunzione di informazioni da testimoni.

¹⁹¹ Si cfr. Corte EDU, *Nodet c. Francia*, cit., § 53, ove si mette in rilievo l'identità dei fini perseguiti dal procedimento amministrativo sanzionatorio e dal processo penale.

¹⁹² Si cfr. Corte EDU, *Jesus Pinhal c. Portogallo*, cit., §§ 185-198.

combinati al momento decisorio. Si osserva che non è decisiva la sola durata complessiva dei due (o più) procedimenti, ma occorre vagliare altresì se essi abbiano avuto un'origine comune¹⁹³, se la loro celebrazione presenti sovrapposizioni, se soprattutto la durata della sovrapposizione possa dirsi marginale o significativa avuto riguardo della complessiva durata del cumulo procedimentale¹⁹⁴, se il secondo procedimento sia rimasto pendente per un periodo prolungato dopo la conclusione del primo¹⁹⁵, e ciò – anche sotto questo profilo – in mancanza di una ragionevole giustificazione¹⁹⁶.

4.3. *I caratteri del giudizio di proporzionalità implicato dalla valutazione sulla 'connessione' procedimentale*

La disamina condotta evidenzia che gli accertamenti richiesti per valutare l'esistenza di indici sintomatici della connessione sembrano allontanarsi dalla *ratio* del divieto di *bis in idem*, la cui origine è legata ad esigenze di certezza del diritto sia del singolo individuo (tutela contro il rischio di sottoposizione a più procedimenti penali aventi ad oggetto gli stessi fatti) sia dell'ordinamento nel suo complesso (intangibilità del giudicato penale)¹⁹⁷.

¹⁹³ Si cfr. Corte EDU, (dec.) *Cooperativa Agr. Tur. Servizi c. Italia*, ric. n. 43145/18, § 22, ove viene valorizzata, sotto il profilo temporale, la sostanziale coincidenza dell'inizio dei due procedimenti rispetto ai quali veniva fatto valere il *ne bis in idem*.

¹⁹⁴ Si cfr. Corte EDU (dec.), *Ingvarsdottir c. Islanda*, cit., § 59, nella quale si ritiene integrata la 'connessione' anche sul piano temporale per il fatto che, dopo la segnalazione da parte dell'amministrazione fiscale alla polizia, il procedimento tributario e quello penale sono stati interconnessi per circa tre anni sino alla decisione di imposizione della sanzione fiscale.

¹⁹⁵ Si cfr. Corte EDU, *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., § 73-74, ove si nega la 'connessione' sulla base di una pluralità di fattori, fra i quali la durata del procedimento penale dopo la chiusura di quello tributario (tre anni), il breve periodo di sovrapposizione dei due procedimenti (undici mesi) – anche se considerato a partire dal momento in cui le autorità competenti per il procedimento penale erano state informate (un anno e quattro mesi) – e il fatto che una parte sostanziale del ritardo nella trattazione del procedimento penale era dovuta alla richiesta del ricorrente di sospensione e rinvio dell'udienza.

¹⁹⁶ Si cfr. Corte EDU, *Nodet c. Francia*, cit., § 52, nella quale si rileva che il Governo francese non ha fornito una giustificazione in relazione al lungo periodo di pendenza del procedimento penale (quattro anni e dieci mesi) dopo la conclusione del procedimento amministrativo.

¹⁹⁷ Non sembra, dunque, potersi condividere il giudizio di favore espresso nei confronti della pronuncia da TRUCCO L., *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 176.

La nuova configurazione della garanzia convenzionale¹⁹⁸ appare perseguire, nelle ipotesi di 'doppio binario', gli scopi di evitare eccessi nella repressione di una condotta illecita discendenti dalla combinata instaurazione di più procedimenti e di assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio¹⁹⁹. Esigenze che – si rileva incidentalmente – paiono poter trovare soddisfazione in modo più coerente attraverso una lettura adeguata di altre garanzie convenzionali, caso per caso differenti a seconda del diverso ambito toccato dal cumulo di procedimenti e di sanzioni²⁰⁰. L'allontanamento dai contenuti tipici è dimostrato dall'analisi di ciascuno degli indici di connessione sostanziale e temporale, che sono stati individuati e nel tempo precisati dalla Corte europea.

Con riguardo al primo degli indici materiali, la complementarità degli scopi delle risposte punitive, la sua sussistenza – una volta sia riscontrata in termini sostanziali – parrebbe di per sé sufficiente a escludere l'applicazio-

¹⁹⁸ Tale configurazione deriva dall'estensione del criterio a una fattispecie differente da quelle per le quali esso era stato originariamente elaborato: non più l'irrogazione di una misura amministrativa conseguente dalla condanna penale, ma veri e propri cumuli procedurali e sostanziali. In effetti, altro è impedire – come nella prima ipotesi – che la garanzia, pur se latamente intesa, possa operare là dove talune conseguenze sanzionatorie discendenti da un'unica condanna penale definitiva vengano applicate, sulla base dell'accertamento dei fatti compiuto in sede penale, da autorità amministrative in luogo del giudice penale. Ben altro è cercare di attenuare – come nella seconda ipotesi – talune rigidità operative della garanzia in presenza di procedimenti sanzionatori che seguono percorsi tra loro paralleli e sono diretti ad assicurare differenti interessi.

¹⁹⁹ Peraltro, sempre in una prospettiva di valutazione della soluzione, si può inoltre osservare che la delimitazione dell'ambito di applicazione del *ne bis in idem* nei casi di 'doppio binario' punitivo avrebbe forse potuto seguire un percorso argomentativo più rigoroso – rispetto ai contenuti e alle finalità della garanzia – basato, in particolare, su una nozione di 'materia penale' diversa e più restrittiva rispetto a quella operante ai fini delle altre garanzie convenzionali penalistiche. Delle due l'una: o si afferma che la instaurazione di due procedimenti sanzionatori di diversa natura formale, ma sostanzialmente penali ai fini convenzionali, aventi ad oggetto gli stessi fatti materiali, determina una violazione della garanzia allorché uno di essi giunga a definitiva conclusione, e allora non avrebbe alcun rilievo valutarne la connessione; oppure si ammette che la coesistenza di siffatti procedimenti sanzionatori non comporta alcuna violazione, in quanto essi perseguano diverse finalità e non siano entrambi riconducibili all'ambito penale strettamente inteso, e ciò, di nuovo, indipendentemente dalla sussistenza di un'eventuale connessione.

²⁰⁰ Così, in via esemplificativa, in caso di pena o sanzione di carattere pecuniario verrebbe in rilievo l'art. 1 Protocollo addizionale alla CEDU, mentre in presenza di una misura inabilitante all'esercizio di una professione, o che comunque incida su aspetti della «vita privata e familiare» di un individuo nell'accezione fatta propria dalla Corte europea dei diritti umani, dovrebbe valere l'art. 8 CEDU.

ne della garanzia, rendendo superfluo ogni ulteriore apprezzamento. Del resto, se i due procedimenti sono volti, in ipotesi, ad accertare fatti solo parzialmente coincidenti, l'instaurazione o la continuazione del secondo procedimento non sarebbe idonea a configurare, sul piano strutturale, un *bis in idem*. E, anzi, può osservarsi che l'ampliamento della verifica sulla connessione, spingendosi sino all'identità o diversità di oggetto dei due moduli procedimenti, sembra comportare un'indiretta limitazione della nozione di *idem*, così come essa è accolta nella giurisprudenza convenzionale²⁰¹. La sovrapposizione fra tali elementi risulta piuttosto evidente se si considera che le differenze formali negli elementi costitutivi delle fattispecie (come, ad esempio, la previsione di un elemento doloso in quelli propriamente penali) non assumono rilievo nel giudizio sulla identità oggettiva dei fatti alla base dei due procedimenti, stante l'accoglimento della nozione, non già di *idem* legale, ma di *idem factum*. Epperò, tali differenze paiono tornare a rivestire una certa importanza ai fini del giudizio sulla connessione, quale indice atto a fondarne la sussistenza e quindi potenzialmente a escludere – nel concorso con gli altri indici – la violazione della garanzia.

Se il secondo indice, la prevedibilità della duplicazione dei procedimenti, appare superfluo quando l'instaurazione di più procedimenti discenda da una pacifica interpretazione della legge, e più in generale del diritto nazionale, solo la disamina della casistica giurisprudenziale convenzionale consente di attribuire concretezza al terzo indice, l'adeguata interazione fra le autorità procedenti. Non è agevole individuare il grado di interazione necessario per evitare sia una duplicazione nella raccolta e nella valutazione delle prove che esiti contraddittori nell'accertamento dei fatti oggetto dei due procedimenti sanzionatori. La giurisprudenza convenzionale, come si è visto, sembra esigere o comunque valorizzare il coordinamento realizzatosi nella fase anteriore all'avvio dei processi (coordinamento nella raccolta delle prove), nel corso della loro celebrazione (coordinamento nella valutazione delle prove), e successivamente alla definizione con sentenza passata in giudicato di uno dei procedimenti (coordinamento nell'accertamento dei fatti). Peraltro, tali esigenze di coordinamento troverebbero più agevole soddisfazione nelle ipotesi, meno frequenti, in cui sia il processo penale a giungere per primo a conclusione, considerato che l'accertamento dei fatti

²⁰¹ Come accaduto nella sentenza *A e B c. Norvegia*, cit., ove si rilevato che nel processo penale occorresse vagliare non solo se le condotte materiali di evasione siano state oggettivamente poste in essere, bensì anche se dette condotte siano state compiute con dolo. In questo senso si veda anche la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, §§ 50-56.

contenuto nella sentenza penale, di regola, potrebbe far stato anche nei procedimenti di altra natura²⁰².

Appare problematica anche la valutazione concernente il quarto indice, che risponde a istanze di proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio irrogato in concreto nei confronti di chi sia stato sottoposto a più procedimenti²⁰³. L'autorità giurisdizionale (o amministrativa) del secondo procedimento dovrebbe commisurare la durata o l'ammontare delle sanzioni tenendo conto di quanto già irrogato in esito al primo procedimento, quantomeno in relazione a sanzioni omologhe quanto ai contenuti. L'indice si rivolge a esigenze originariamente estranee al contenuto della garanzia fondamentale, rappresentate dall'individualizzazione e dalla graduazione del trattamento sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto illecito. Agli Stati contraenti si richiederebbe non già di rispettare il divieto di processare e punire 'penalmente' due volte un individuo per un medesimo fatto illecito, bensì di evitare che l'instaurazione di più procedimenti perseguiti diverse finalità, di per sé non contrastante con la garanzia convenzionale, possa determinare eccessi nella repressione. Esito che, peraltro, potrebbe dipendere dall'ordine di conclusione dei procedimenti, e dalle forbici edittali che vengano in considerazione nell'uno e nell'altro procedimento.

²⁰² Nell'ipotesi inversa, invece, le diverse e meno rigorose regole procedurali concernenti la raccolta, la formazione e la valutazione delle prove nel procedimento amministrativo sanzionatorio precludono talora la trasmigrazione delle prove dal procedimento amministrativo a quello penale, e comunque la possibilità di tenere fermo l'accertamento dei fatti contenuto nella decisione definitiva dell'autorità amministrativa nel successivo processo penale; dunque, il terzo indice della connessione dovrebbe risultare integrato solamente in rare occasioni. Sembra, peraltro, potersene avere conferma *a contrario* proprio dalla stessa sentenza *A e B c. Norvegia*, in cui soltanto la peculiare natura ed origine della prova posta alla base di entrambe le decisioni pronunciate nei confronti dei ricorrenti ha consentito alla Corte EDU di ritenere che i due procedimenti fossero coordinati anche con riguardo all'accertamento dei fatti. In effetti, nella successiva Corte EDU, *Jóhannesson c. Islanda*, cit., sempre relativa ad un caso di 'doppio binario' sanzionatorio in materia tributaria, in cui la Corte EDU ha escluso che il procedimento tributario ed il processo penale fossero in qualche modo connessi, in quanto l'indagine penale era stata condotta dalla polizia in modo del tutto autonomo rispetto alle verifiche effettuate dall'autorità fiscale e si era eccessivamente prolungata nel tempo tanto che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna penale era avvenuto a più di otto anni di distanza dal momento in cui l'autorità tributaria aveva riportato i fatti alla polizia. Per una nota a prima lettura di quest'ultima pronuncia si rinvia a VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, e reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

²⁰³ Si cfr., da ultimo, e più in generale, BINDI E.-PISANESCHI A., *La clausola della proporzionalità nel doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. comm.*, 2020, 281 ss.

La richiesta di una connessione anche sotto il profilo temporale costituisce uno degli aspetti di maggiore novità della garanzia. In effetti, il divieto di duplicazioni procedurali o sanzionatorie, come in origine concepito, dovrebbe risultare violato nel momento in cui, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del primo procedimento ‘penale’, ne venga avviato un secondo o, a seconda dei casi, non sia interrotto il secondo già avviato. In tal senso, la maggiore o minore durata del cumulo procedimentale complessivamente considerato, o anche solo del secondo procedimento, o comunque l’esistenza di legami nell’avvio o in altre fasi dei due procedimenti sembrerebbero elementi in sé esterni al *ne bis in idem*. E, invece, ora la componente temporale della connessione attribuisce rilievo ad essi, contribuendo alla trasformazione della garanzia.

Nonostante i caratteri inediti di quest’ultima, è tuttavia opportuno precisare che le valutazioni sottese alla verifica degli indici di connessione debbono svolgersi alla luce delle applicazioni del criterio effettuate dalla Corte europea, e pertanto non appaiono prive di limiti. Se, infatti, tali valutazioni evidenziano – non v’è dubbio – nuovi ambiti entro cui può esplicarsi la discrezionalità giudiziaria²⁰⁴, l’analisi della giurisprudenza convenzionale successiva alla sentenza *A e B c. Norvegia* sembra offrire significative indicazioni per il giudice interno sul modo in cui la garanzia debba operare nelle ipotesi di ‘doppio binario’. Si dovrà, pertanto, procedere a un raffronto rigoroso – là dove concretamente possibile – fra le caratteristiche del caso oggetto della pronuncia sovranazionale, che sono state valorizzate ai fini del giudizio sulla ‘connessione’, e quelle del caso nazionale in vista della decisione sull’integrazione del criterio. E un simile raffronto – si precisa – risulta obbligatorio, prim’ancora che per valutare la sussistenza della ‘connessione’, per verificare se debba farsi ricorso a tale criterio, visto che esso opera solo allorché almeno uno dei due procedimenti sanzionatori avviati possa dirsi estraneo al ‘nocciolo duro’ del diritto penale, in quanto privo di caratteri marcatamente repressivi e stigmatizzanti²⁰⁵.

Un’appropriata interpretazione del diritto giurisprudenziale convenzionale non soltanto serve a superare alcune criticità degli indici individuati

²⁰⁴ Si cfr. DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 476 rilevano il «rischio di aprire la strada ad un pericoloso soggettivismo giurisprudenziale»; in questo senso anche FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit., 20, la quale sottolinea criticamente il carattere incerto del criterio della connessione.

²⁰⁵ Si cfr. *Bragi Guðmundur Kristjánsson c. Islanda*, cit., § 67.

nel menzionato *leading case*, soprattutto in relazione alla loro (ritenuta) genericità o vaghezza, ma appare il presupposto per uno svolgimento coerente del nuovo giudizio di proporzionalità sotteso all'operatività del *ne bis in idem* nelle ipotesi di 'doppio binario' eterogeneo. In effetti, l'espansione degli spazi assegnati a valutazioni giurisdizionali – aventi ricadute sulla applicabilità o meno di norme punitive, procedimentali e sostanziali, costitutive di un 'doppio binario' – non può dirsi assoluta. E, anzi, le aporie che emergono, a prima vista, da una disamina complessiva del diritto giurisprudenziale convenzionale sembrano poter trovare composizione nel confronto in concreto fra le specificità dei casi giudiziari oggetto delle diverse pronunce. In breve, l'apparente irriducibilità di tali contraddizioni pare trovare spiegazione nella stessa natura casistica della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰⁶.

²⁰⁶ Su cui si cfr. anche DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., 472 ritengono che la sentenza *A e B c. Norvegia* sia «un anacoluta nella sintassi giurisprudenziale di Strasburgo: ed anche abbastanza significativo, al limite dell'apostasia».

Sezione II

La “dottrina” della Corte di giustizia dell’Unione europea

SOMMARIO: 1. Le interazioni fra diritto dell’Unione europea e norme punitive nazionali: il contributo della Corte di giustizia. – 2. I rapporti con il diritto europeo derivato. – 2.1. Il contrasto fra norme ‘regolatrici’ nazionali ed europee. – 2.2. I limiti della non-applicazione di norme nazionali in materia punitiva. – 3. I rapporti con il diritto europeo primario. – 3.1. L’emersione di un nuovo genere di antinomie: norme ‘regolatrici’ *versus* norme ‘di principio’. – 3.2. La creazione di un linguaggio comune nella definizione delle garanzie ‘penalistiche’ europee. – 3.2.1. Il ricorso a nozioni sostanzialistiche: la ‘materia penale’. – 3.2.2. *Segue*. Il ‘diritto’ punitivo. – 3.2.3. *Segue*. Il ‘coordinamento’ fra procedimenti punitivi. – 3.3. Le pronunce interpretative “a formula dispositiva aperta”: a proposito di ‘regole’ giurisprudenziali. – 3.4. *Segue*. Le problematiche poste dall’adozione di tali pronunce in ambito punitivo: riletture della ‘vicenda Taricco’.

1. *Le interazioni fra diritto dell’Unione europea e norme punitive nazionali: il contributo della Corte di giustizia*

Con l’estensione degli ambiti di competenza assegnati dai Trattati alle istituzioni europee sono divenuti molteplici i profili di interazione fra diritto europeo e sistemi sanzionatori nazionali e, di pari passo, la Corte di giustizia si è più spesso trovata, principalmente nel contesto di procedimenti pregiudiziali interpretativi, a giudicare del contenuto e della portata di testi normativi di diritto europeo incidenti sull’applicazione di norme punitive interne²⁰⁷. Seppure, infatti, il quesito pregiudiziale sia formulato in termini

²⁰⁷ Sul tema, di recente, si v. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi, cit.*; si cfr. anche GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, 265 ss. Anzi, come sottolinea BERNARDI A., *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss., spec. 111-117, talvolta l’armonizzazione sanzionatoria

di interpretazione delle disposizioni del diritto europeo, la risposta è sovente “ritagliata” sulla normativa nazionale rilevante nel giudizio principale, la cui operatività potrebbe (o dovrebbe) essere preclusa in quanto produttiva di conseguenze contrastanti con il diritto europeo²⁰⁸.

Invero, anche prima delle più recenti innovazioni non erano prive di rilievo le interferenze fra diritto europeo e norme punitive nazionali. Si riteneva ammissibile l'intervento del primo sia attraverso la previsione diretta di sanzioni di carattere amministrativo²⁰⁹ per salvaguardare interessi comunitari – tipico è, in questo senso, l'esempio del settore della concorrenza²¹⁰ – sia tramite l'imposizione agli Stati membri di obblighi sanzionatori volti ad assicurare la tutela adeguata di specifici beni giuridici oggetto delle politiche europee²¹¹. Questi obblighi punitivi, in alcuni casi, lasciavano al legislatore nazionale discrezionalità nell'articolazione della risposta sanzionatoria quanto alla tipologia di intervento, se penale, extrapenale o una combinazione dei due²¹². In altri casi, si aveva a che fare con veri e propri

nell'ambito comunitario è avvenuta dapprima per via giurisprudenziale, e solo successivamente per via «legislativa».

²⁰⁸ La pronuncia europea dichiara se tali disposizioni di diritto europeo «ostino» o «non ostino» all'applicazione di una certa disposizione nazionale rilevante nel giudizio principale; e tale dichiarazione, benché in astratto vincoli anzitutto il giudice del rinvio, è invero produttiva di effetti generali provenendo dal soggetto cui spetta, in ultima analisi, l'interpretazione delle disposizioni di diritto europeo: sostanzialmente in questi termini, BIN R.-PI-TRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 77.

²⁰⁹ Si tratta di atti comunitari istitutivi di apposite sanzioni – a ragione definite come comunitarie – vigenti a prescindere da ogni attività del legislatore nazionale e destinate a colpire gli autori, sia persone fisiche sia giuridiche, di violazioni del diritto comunitario: tali sanzioni si distinguono in (i) accentrate, espressione di un modello punitivo comunitario, in quanto la Comunità europea oltre a prevederle in astratto le applica in concreto, e (ii) decentrate, che danno vita a un modello punitivo invece «misto» (agli organi nazionali spetta la fase di applicazione e di esecuzione delle sanzioni): in questo senso, si veda BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit. spec. 123-129, e l'ampia letteratura *ivi* citata.

²¹⁰ In tale ambito si è costruito, anche grazie al contributo decisivo della giurisprudenza della Corte di giustizia, un sistema sanzionatorio comunitario, che è stato, poi, di fatto assunto dai singoli Paesi membri come modello per l'articolazione dei rispettivi ordinamenti nazionali nel medesimo settore: si cfr. art. 1, comma 4, legge n. 287 del 1990, secondo cui «[l']interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.».

²¹¹ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 31 ss.

²¹² Di qui, il sorgere dei profili di attrito fra sistemi punitivi di ‘doppio binario’, realizzati

obblighi di criminalizzazione, che implicavano l'introduzione di nuove figure di reato o l'estensione di fattispecie incriminatrici esistenti ovvero, ancora, l'adeguamento del relativo trattamento sanzionatorio penale.

L'espressa istituzione di tali obblighi è avvenuta con gli strumenti del c.d. 'terzo pilastro', principalmente in decisioni-quadro concernenti la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni²¹³ e, dopo il Trattato di Amsterdam, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nel contrasto alle forme più gravi di criminalità transnazionale²¹⁴. Nel contesto del c.d. 'primo pilastro' è stata, invece, la Corte di giustizia ad affermare in via giurisprudenziale l'esistenza di impliciti obblighi di penalizzazione sulla base dei canoni di proporzionalità e di assimilazione, impiegati talvolta in modo concorrente talaltra in alternativa. Sulla base di tali canoni si è affermato, rispettivamente, che solo il diritto penale avrebbe assicurato un'adeguata tutela del bene giuridico²¹⁵, o che la tutela dell'interesse comunitario avrebbe dovuto essere omologa a quella preposta alla salvaguardia del corrispondente interesse nazionale²¹⁶. Se ne ricavava, in ogni caso,

in attuazione di norme europee, e il divieto di *bis in idem* in 'materia penale', che oggi costituisce una garanzia fondamentale nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione europea: l'argomento sarà approfondito *infra* nel presente Capitolo, § 4.

²¹³ A seguito del Trattato sull'Unione europea, noto anche come Trattato di Maastricht, firmato in data 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, che l'Italia ha ratificato e reso esecutivo con legge 3 novembre 1992, n. 454 (recante *Ratifica ed esecuzione del trattato sull'Unione europea con 17 protocolli allegati e con atto finale che contiene 33 dichiarazioni, fatto a Maastricht il 7 febbraio 1992*).

²¹⁴ Si cfr. Trattato di Amsterdam, firmato in data 2 febbraio 1997 ed entrato in vigore in data 1° maggio 1998, che l'Italia ha ratificato e reso esecutivo con legge 16 giugno 1998, n. 209 (recante *Ratifica ed esecuzione del Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, con allegato e protocolli, fatto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997*).

²¹⁵ Rispetto a certi beni giuridici l'unica tutela adeguata non poteva che essere quella penale: sul criterio di efficacia-proporzione, cfr. Corte giust. CE, Grande Sez., sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*, punti 47-48; e altresì RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998*, Giuffrè, Milano, 2000, 118-119.

²¹⁶ Quando gli atti normativi europei imponevano l'assimilazione della tutela di un determinato interesse comunitario alla tutela già offerta al corrispondente interesse nazionale, e quest'ultima si articolava mediante strumenti penalistici, si imponeva la necessità che il legislatore nazionale intervenisse sul piano del diritto penale. sul criterio di assimilazione, fra i

l'esclusione di una competenza diretta delle istituzioni europee a introdurre fattispecie incriminatrici stante la mancanza, nei Trattati, di una norma attributiva di una siffatta potestà²¹⁷ e – ma si trattava di un aspetto ben più problematico – in considerazione del c.d. *deficit* democratico del processo di formazione degli atti normativi europei²¹⁸.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con il superamento della struttura a 'pilastri', la competenza penale indiretta trova la propria disciplina nel TFUE²¹⁹, che all'art. 83 individua quale possibile oggetto di direttive la definizione dei reati e delle relative sanzioni rispetto a sfere di criminalità gravi di carattere transnazionale²²⁰ (c.d. competenza penale indiretta autonoma)²²¹, nonché al fine di garantire l'efficace attuazione della politica dell'Unione in un settore già armonizzato (c.d. competenza

molti, si cfr. BERNARDI A., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea. Atti dell'incontro di studio. Trento, 3-4 ottobre 1997*, Giuffrè, Milano, 1999, 82.

²¹⁷ Sull'assenza di una base giuridica chiara di una competenza penale diretta delle istituzioni comunitarie, cfr. DE VERO G., *Il Corpus Juris e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998.*, Giuffrè, Milano, 2000, 386; MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 201-202.

²¹⁸ Sul rapporto fra principio di legalità in materia penale e l'allora diritto comunitario, fra i molti, cfr. RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996, 156 ss.; GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 631; VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.*, 1999, 277.

²¹⁹ Si cfr. spec. artt. 82-89 TFUE. Tale competenza è riconducibile all'ambito di competenza concorrente dello *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* di cui all'art. 4, par. 2, del Trattato sull'Unione europea (d'ora in poi anche «TUE»).

²²⁰ L'elenco, tassativo, include nove materie: terrorismo, tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

²²¹ Così, MANACORDA S., voce *Diritto penale europeo*, in *Enciclopedia Treccani On Line*, 2014, reperibile in *treccani.it*. In argomento cfr. SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.; PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, 207 ss.

penale indiretta accessoria)²²². Si tratta di obblighi di adeguamento che, in ragione del grado di vincolatività dello strumento normativo prescelto, riservano agli Stati membri la facoltà di scegliere le modalità maggiormente adeguate alla relativa attuazione²²³.

La portata della disposizione, seppure di non semplice perimetrazione²²⁴, risulta innovativa, recando un'espressa attribuzione alle istituzioni europee del potere di introdurre norme minimali sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento punitivo, anche oltre gli ambiti entro cui in precedenza l'esercizio di tale potere era ammesso, così aprendo a nuove prospettive di armonizzazione²²⁵. Il diritto europeo concorre, quindi, a modellare i sistemi sanzionatori nazionali attraverso la selezione, anche su di un piano penale, dei beni giuridici meritevoli di protezione e l'indicazione della struttura essenziale delle relative tecniche di tutela, pur riservando agli Stati membri l'attuazione delle concrete scelte legislative²²⁶.

Fra le novità introdotte dal TFUE rileva, ai fini qui di interesse, anche l'art. 86, che nel prefigurare l'istituzione della Procura europea – avvenuta con il reg. (UE) 1939 del 2017²²⁷ – attribuisce ad essa il compito di individuare, perseguire e rinviare a giudizio, gli autori di reati che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dallo stesso regolamento, anche

²²² Si cfr. BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 43 ss.

²²³ Peraltro, l'art. 83, § 3, TFUE prevede la possibilità dello Stato membro di opporsi all'adozione di una direttiva allorché essa possa incidere «su aspetti fondamentali del suo ordinamento giuridico»: a quel punto potrebbe verificarsi la sospensione della procedura o la prosecuzione della stessa sotto forma di cooperazione rafforzata, purché almeno nove Stati ritengano di procedere in tal senso.

²²⁴ Lo dimostrano i dubbi insorti sulla sua interpretazione: ad esempio, quanto alla formula «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale» contenuta nell'art. 83, § 1, TFUE, essa potrebbe riferirsi a forme punitive soltanto penalistiche ovvero a un qualunque tipo di illecito; con riguardo al § 2 della medesima disposizione è particolarmente incerta la delimitazione degli ambiti di intervento penale già «oggetto di misure di armonizzazione».

²²⁵ Si cfr., ancora, MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 31 ss.

²²⁶ Sul problema, in generale, cfr. DELMAS-MARTY M., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Economica, Parigi, 1993; GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea»?*, in *Indice pen.*, 1993, 65 ss.

²²⁷ Si cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

esercitando l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri²²⁸. Le incertezze emergenti a una prima lettura del testo normativo nascevano dall'equivoco tenore letterale della versione italiana, la quale si presta a essere intesa nel senso di attribuire al menzionato regolamento europeo lo scopo di definire direttamente i reati lesivi degli interessi finanziari²²⁹. È tuttavia prevalsa l'interpretazione opposta che, sulla base di un confronto fra il tenore testuale di diverse formulazioni linguistiche, nega una siffatta possibilità; di tal che, pur in un quadro di accresciuta complessità, sembra potersi ritenere che anche rispetto alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione sussista una competenza penale solo indiretta²³⁰.

Ancor più significative, per la rilevanza sistemica, sono le innovazioni connesse al nuovo testo dell'art. 6 TUE. La disposizione fornisce base normativa a una eventuale adesione dell'Unione alla CEDU, allo stato non avvenuta, individua quali principi generali del diritto europeo i diritti e le libertà fondamentali garantiti dalla CEDU e quelli risultanti dalle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri, e attribuisce alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi, conferendo ad essa la natura di atto normativo di diritto europeo primario²³¹. Certo, in precedenza alcune delle tutele previste nella Carta

²²⁸ Si cfr. art. 86, §§ 1 e 2, TFUE.

²²⁹ Secondo tale opzione interpretativa, la previsione sarebbe tale da consentire alle istituzioni europee l'introduzione, in via diretta, di norme incriminatrici in tale specifico settore: Si cfr. SICURELLA R., *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, spec. 28 ss.; PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, *ivi*; SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 322 ss.

²³⁰ Si è obiettato che in altre versioni linguistiche, in cui il sostantivo («reati») è di genere femminile (come nelle versioni francese e spagnola), non sussistono dubbi sulla concordanza del participio («definiti») con gli interessi finanziari protetti, i quali soltanto sarebbero oggetto di definizione da parte del successivo regolamento: in questo senso, MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, cit., 51-52.

²³¹ La CDFUE proclamata a Nizza la prima volta il 7 dicembre 2000 – per questo nota anche come Carta di Nizza – si presentò sin da subito come un fondamentale atto di riferimento nell'ambito del diritto europeo, benché originariamente non fu sciolto il problema della sua valenza giuridica: cfr. TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, 14. Il Trattato di Lisbona ha riconosciuto alla CDFUE, nella versione «adattata» a Strasburgo il 12 dicembre 2007, lo stesso valore vincolante dei Trattati istitutivi, così entrando, essa, formalmente a far parte delle fonti giuridiche dell'Unione: cfr. GIANNITI P., *La*

erano già state riconosciute quali principi generali di diritto europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ciò non toglie valore, però, all'espressa previsione contenuta nel Trattato, la quale si riferisce a tutte le garanzie fondamentali della CDFUE, a prescindere dalla casistica giudiziaria²³².

In tal modo, sono state ricondotte al diritto europeo primario tutte le norme recanti quelle tutele tipicamente afferenti alla 'materia penale', vale a dire il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa²³³, i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene²³⁴ e il diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso reato²³⁵. La posizione assunta dalla Carta comporta che il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali in essa sancite costituisce un vincolo sia per le istituzioni europee, nell'adozione di strumenti di armonizzazione dei sistemi sanzionatori, sia per i legislatori nazionali incaricati di attuare il diritto europeo²³⁶, secondo l'ambito applicativo definito dall'art. 51, § 1, della Carta stessa²³⁷.

Il quadro appena delineato rende assai più frequenti i profili di intera-

«comunitarizzazione» della «Carta» a seguito del Trattato di Lisbona, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013, 357.

²³² Sul principio della irretroattività delle norme penali, cfr. Corte giust. CE, sent. 10 luglio 1984, causa C-63/83, *Regina c. Kent Kirk*, punto 22; quanto al principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, cfr. Corte giust. CE, Grande Sez., sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, 68-69.

²³³ Si cfr. artt. 47-48 CDFUE, i quali, anche sulla base delle *Spiegazioni* di corredo alla Carta, corrispondono all'art. 6 CEDU.

²³⁴ Si cfr. art. 49 CDFUE, su cui, in letteratura, si v. SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit., 195 ss.; SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 111 ss.

²³⁵ Si cfr. art. 50 CDFUE, su cui si v. VAN BOCKEL W.B. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, cit.

²³⁶ Si cfr. MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011, 2373 ss.

²³⁷ Tale formula è stata oggetto di una interpretazione estensiva ad opera della Corte di Giustizia: cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, su cui si veda MANACORDA S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.

zione fra diritto europeo e ordinamenti punitivi nazionali, e di conseguenza accresce anche l'incidenza in materia dell'attività ermeneutica della Corte di giustizia. In effetti, l'apporto di quest'ultima è stato, ed è, significativo, tanto che la disamina delle problematiche poste dal raffronto fra diritto europeo, secondario o primario, e norme nazionali impone di soffermarsi anche sugli approdi della giurisprudenza europea.

2. I rapporti con il diritto europeo derivato

L'interpretazione di norme europee di diritto secondario può avere implicazioni sull'applicazione di norme punitive nazionali, sia direttamente, quando vengano in rilievo obblighi punitivi od obblighi di penalizzazione²³⁸, sia indirettamente, allorché le norme europee istituiscano obblighi esterni alla materia sanzionatoria che producano su di essa effetti riflessi²³⁹. L'incidenza di questi obblighi può riguardare, infatti, un elemento della fattispecie penale e più in generale della fattispecie sanzionatoria, ovvero una norma extrapenale interna integratrice della medesima fattispecie, da quest'ultima esplicitamente o implicitamente richiamata²⁴⁰. In entrambe le ipotesi gli effetti ingenerati dalla definizione del contenuto delle norme europee possono essere la delimitazione o, all'opposto, l'espansione dell'operatività dei sistemi sanzionatori nazionali²⁴¹.

²³⁸ Vale a dire, norme europee tramite le quali si individuino i beni giuridici oggetto di tutela, ovvero si indichino le categorie di condotte meritevoli di tutela, ovvero ancora si fissino livelli sanzionatori minimi: ciò che è accaduto rispetto a taluni ambiti ordinamentali di particolare rilievo, come la tutela del corretto funzionamento dei mercati finanziari e la tutela dell'ambiente.

²³⁹ Si pensi, esemplificativamente, al caso in cui a una certa norma europea venga attribuito il significato di precludere l'introduzione di limiti, di qualunque tipo, alla circolazione di determinati beni: detta norma avente portata generale sortirebbe inevitabilmente effetti indiretti nella materia sanzionatoria, imponendo cioè agli Stati membri il divieto di sanzionare in qualunque modo le attività connesse alla circolazione di quegli stessi beni.

²⁴⁰ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 22.

²⁴¹ Si cfr., in generale, MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, cit., 57.

2.1. *Il contrasto fra norme 'regolatrici' nazionali ed europee*

Nella materia punitiva, anche a seguito di eventuali chiarimenti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia, l'attività del giudice nazionale in-
contra, quale limite invalicabile, il tenore testuale delle disposizioni interne, essendogli precluso uno sconfinamento verso interpretazioni e applicazioni analogiche comportanti conseguenze sfavorevoli per il soggetto destinatario degli addebiti. A tali condizioni, ed entro tali limiti, il contrasto (apparente) fra diritto nazionale e diritto europeo è superabile dal giudice interno attraverso il canone dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea²⁴², che opera quale strumento del principio di leale collaborazione²⁴³.

Allorché una simile attività ermeneutica sia, invece, impraticabile si manifesta un contrasto reale, per la cui risoluzione assumono rilievo le qualità giuridiche presentate dalle norme europee. Se queste ultime non sono direttamente applicabili né sono dotate di effetti diretti, cioè non presentano i caratteri a tal fine richiesti²⁴⁴, il contrasto normativo non può che portare alla sollevazione, da parte del giudice nazionale procedente, di una questione di legittimità costituzionale sulle norme interne applicabili. Al contrario, in presenza delle caratteristiche legittimanti l'operare del principio dell'efficacia diretta, occorre distinguere in base alle conseguenze discendenti dall'applicazione del diritto europeo. La "disapplicazione" delle norme interne è possibile solamente quando ne derivino effetti punitivi favorevoli, con la neutralizzazione della norma incriminatrice o sanzionatoria ovvero,

²⁴² In generale, sulle questioni relative all'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme al diritto europeo, cfr. i diversi contributi in BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015.

²⁴³ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 6.

²⁴⁴ Gli approdi ricorrenti portano ad affermare che, in generale, l'efficacia diretta opera in caso di norme chiare, precise e non condizionate, cioè non dipendenti da misure di attuazione da parte degli Stati membri; e, inoltre, deve essere già scaduto, ove previsto, il termine per le misure attuative statali; la giurisprudenza europea, tuttavia, ha evidenziato sviluppi non sempre coerenti: in proposito, cfr. GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018; RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 555 ss.

più semplicemente, con la delimitazione del relativo ambito di applicabilità²⁴⁵.

In questi termini, l'antinomia potrebbe verificarsi fra norme 'regolatrici' della materia, in quanto sia quelle europee che quelle interne (pretesamente) attuative degli obblighi di matrice europea rechino la regola giuridica atta a risolvere il giudizio in corso di celebrazione, o comunque concorrano all'individuazione della stessa. Ne consegue che il giudice nazionale, riconosciuto un contrasto insanabile in via interpretativa, potrebbe semplicemente "scartare" (*i.e.* non applicare) la norma interna e applicare, in luogo di essa, la norma europea rilevante, traendone le conseguenze nel caso concreto sottoposto alla sua cognizione²⁴⁶.

In tale prospettiva, è possibile individuare una prima categoria di casi, nei quali l'incompatibilità con il diritto europeo produce l'inapplicabilità della norma punitiva di diritto nazionale nella sua intera estensione, il che preclude in radice la possibilità di muovere contestazioni sulla base di essa. Simili ricadute si sono prodotte, ad esempio, con la sentenza *El Dridi*²⁴⁷,

²⁴⁵ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 21-24.

²⁴⁶ Il ragionamento qui condotto presuppone evidentemente che esista una disciplina nazionale, di qualunque tipo e contenuto, che possa dirsi attuativa degli obblighi punitivi sanciti dalle norme di diritto europeo secondario e che, quindi, sia detta disciplina interna a porsi in contrasto con la normativa europea. D'altra parte, nella ben diversa fattispecie di inadempimento originario del legislatore nazionale non si avrebbe, invece, alcuna disciplina nazionale attuativa degli obblighi di fonte europea, e non potrebbe pertanto neppure astrattamente verificarsi una antinomia fra norme, configurandosi bensì solamente un inadempimento dello Stato membro, contro il quale la Commissione o un altro Stato potrebbero ricorrere: su quest'ultimo aspetto, cfr. GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, cit., 285.

²⁴⁷ Si v. Corte giust. UE, sent. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, su cui, cfr. FRANCAVIGLIA M., *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, 586-595; ROMANO A., *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, *ivi*, 1490-1497; GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del "socialismo giuridico penale"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 956-968; LORENZON S., *Tanto va la gatta al lardo ... Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione*, in *Quad. cost.*, 2011, 699-702; CARUSO C., *La decisione El Dridi della Corte di giustizia secondo il Consiglio di Stato: dall'interpretazione pregiudiziale al sindacato di "legittimità comunitaria"?*, *ivi*, 702-705; DEANA F., *Sanzioni penali a carico degli stranieri irregolari e politica europea di rimpatrio. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso El Dridi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011,

che ha riconosciuto l'incompatibilità del delitto di inottemperanza all'ordine di allontanamento intimato dal questore²⁴⁸ con la direttiva 2008/115/CE in materia di rimpatri²⁴⁹. L'acclarato contrasto con il diritto europeo ha reso impossibile l'emissione di nuove condanne penali in relazione a tale fattispecie di reato, e ha comportato altresì – secondo una certa interpretazione giurisprudenziale – la cessazione dell'esecuzione della pena e il venir meno degli effetti penali relativi a sentenze di condanna passate in giudicato²⁵⁰.

In una seconda categoria di casi, all'incompatibilità con il diritto europeo consegue una semplice limitazione dell'ambito di applicazione della norma punitiva di diritto nazionale, il che si è verificato con la sentenza *Ratti*²⁵¹, anch'essa resa rispetto a una vicenda giudiziaria italiana. In tale occasione si è riscontrato il contrasto della normativa penale interna con la direttiva comunitaria in tema di etichettatura di solventi, nella parte in cui la prima introduceva divieti e restrizioni ulteriori rispetto a quelli previsti dalla seconda. In questo modo, le norme punitive interne hanno continuato ad applicarsi soltanto con riguardo a violazioni di divieti e restrizioni corrispondenti a quelli indicati dal diritto europeo²⁵².

Affatto differente è, invece, la configurazione delle ipotesi di contrasto con norme di diritto europeo derivato che non presentino una disciplina dettagliata della materia, ma si limitino a sancire un principio generale o un obiettivo di massima. Ciò si verifica, in particolare, ogniquale volta la formulazione della disposizione europea si esaurisca nell'affermazione, in termini

1230-1237; LIGUORI A., *Testo unico sull'immigrazione e "direttiva rimpatri": il caso di El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, 640-646; DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 927-939.

²⁴⁸ Allora previsto dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998.

²⁴⁹ La fattispecie di reato, nel prevedere l'applicazione della pena detentiva, pregiudicava l'effetto utile della direttiva europea, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno fosse irregolare.

²⁵⁰ Si è pervenuti a tale esito tramite l'applicazione in via analogica dell'art. 673 cod. proc. pen.: cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 29 aprile 2011 (dep. 20 maggio 2011), n. 20130, *Sall*, in *CED* n. 250041; sent. 12 aprile 2012 (dep. 16 aprile 2012), n. 14276, *Khemiri*, in *CED* n. 252235.

²⁵¹ Si v. Corte giust. CE, sent. 5 aprile 1979, causa C-148/78, *Ratti*.

²⁵² Si chiariva, in particolare, che dopo la scadenza del termine stabilito per l'attuazione dalla direttiva, i giudici nazionali non avrebbero potuto applicare la propria normativa nazionale non ancora adeguata a quest'ultima, e quindi neppure le sanzioni penali da essa previste, a chi si fosse conformato alle disposizioni della direttiva stessa.

generici, di talune caratteristiche essenziali della disciplina nazionale attuativa, come quando si richieda l'adozione di un apparato sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo. Simili clausole, ricorrenti negli atti normativi di diritto europeo, appaiono invero espressive (e rievocative) del principio generale di proporzionalità sanzionatoria²⁵³. E, in quanto tali, esse ingenerano tipologie peculiari di contrasti normativi, la cui risoluzione – come si approfondirà nel prosieguo a proposito del diritto primario, cui appartiene il principio appena menzionato – impone al giudice nazionale di rinvenire una disciplina interna sostitutiva di quella “disapplicata”, atteso che la norma europea non è in grado di fornire autonomamente la regola del decidere²⁵⁴.

2.2. I limiti della non-applicazione di norme nazionali in materia punitiva

Tornando ai contrasti fra norme qualificabili come ‘disciplinatrici’, i problemi maggiori insorgono quando le norme interne, pur in presenza di precisi obblighi di diritto europeo, non prevedano sanzioni punitive ovvero non comminino sanzioni punitive adeguate. In tali situazioni, l'attuazione del diritto europeo implicherebbe un'estensione dell'area di punibilità, con la creazione di nuove figure di illecito, l'ampliamento del perimetro di applicabilità di quelle esistenti, o un inasprimento del trattamento sanzionatorio di queste ultime. Si avrebbero, cioè, effetti estensivi della punibilità in relazione al precetto o alle conseguenze sanzionatorie.

In assenza di una competenza punitiva diretta delle istituzioni europee²⁵⁵, si riconosce che gli strumenti normativi europei di diritto secondario non possano, in autonomia, fondare o aggravare la responsabilità di singoli individui. In effetti, è ricorrente nella giurisprudenza europea l'affer-

²⁵³ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 8 marzo 2022, causa C-205/20, NE, con la nota di VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *sistemapenale.it*, 2022.

²⁵⁴ Si tratta, del resto, di previsioni normative contenute in strumenti normativi di diritto derivato, che, tuttavia, sono piana espressione di principi generali e/o dell'art. 49, par. 3, CDFUE, e dunque di norme di diritto primario non ‘regolatrici’ della materia in senso stretto: su tale peculiare genere di antinomie, si v. *infra* nella presente Sezione, § 3.

²⁵⁵ Eccezion fatta per taluni limitati ambiti, come per il settore della concorrenza.

mazione dell'impossibilità, per le direttive, di creare obblighi a carico di un soggetto e di potere, pertanto, far valere i relativi contenuti nei suoi riguardi²⁵⁶. Ne discende, quale corollario, che in ambito penale una direttiva non può, in mancanza di un atto normativo interno adottato per la sua attuazione, avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità dei singoli, operando il divieto dei cc.dd. effetti verticali invertiti²⁵⁷.

La conclusione è stata ribadita anche in relazione ai regolamenti, seppure tali strumenti normativi, a differenza delle direttive, contengano norme che per loro natura non necessiterebbero di misure nazionali di recepimento. Si è rilevato che anche quando i regolamenti qualifichino determinate condotte come illecite e rimettano agli Stati membri – come di sovente accade – il potere di adottare le relative sanzioni, non potrebbero in ogni caso farsi discendere, dallo stesso regolamento, effetti diretti sfavorevoli sul piano penale nei confronti di singoli individui. A tale esito si frappone, già sul piano del diritto europeo, il principio di legalità dei reati e delle pene, quale principio generale e comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, riconosciuto anche nell'art. 49 CDFUE²⁵⁸, che vieta di punire un comportamento che non sia direttamente previsto come illecito dal diritto interno o dal diritto internazionale²⁵⁹.

Gli approdi della giurisprudenza europea, quindi, portano a escludere, in via generale, che la responsabilità penale di un individuo o l'aggravamento del trattamento sanzionatorio possano esser fatti derivare dall'efficacia diretta di una direttiva o dalla diretta applicabilità di un regolamento²⁶⁰.

²⁵⁶ Si v., fra le molte, Corte giust. CE, Grande Sez., sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e altri*, punto 108 e i riferimenti giurisprudenziali *ivi* indicati.

²⁵⁷ In questo senso, Corte giust. CE, sent. 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò c. X*, punto 20; sent. 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punto 13; *Berlusconi e altri*, cit., punti 73-74; sent. 11 novembre 2004, causa C-457/02, *Niselli*, punti 28-30; ord. 15 gennaio 2004, causa C-235/02, *Saetti e Frediani*, punti 25-26; nella giurisprudenza interna, già Cass. pen., Sez. III, sent. 26 giugno 1997 (dep. 28 ottobre 1997), n. 9617, *Aprà e altri*, in CED n. 208776, ha chiarito che non può invocarsi la diretta applicabilità delle direttive, allora, comunitarie le quali comportino effetti *in malam partem* nei confronti dei singoli. In letteratura, cfr. GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in ID.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, 71 ss.

²⁵⁸ Si cfr. Corte giust. CE, sent. 7 gennaio 2004, causa C-60/02, *X*, punti 61-63.

²⁵⁹ Si cfr. Corte giust. UE, sent. 28 giugno 2012, causa C-7/11, *Caronna*, punti 51-56.

²⁶⁰ Si cfr. VAGLIASINDI G.M., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 1043 ss.

L'inidoneità di tali strumenti normativi a costituire base normativa autosufficiente di un intervento sanzionatorio ha quale conseguenza l'impossibilità, per il giudice comune nazionale, di procedere alla "disapplicazione" delle disposizioni interne contrastanti con la disciplina europea quando possano realizzarsi conseguenze giuridiche sfavorevoli nei confronti dei singoli²⁶¹. Simili contrasti con il diritto europeo devono, pertanto, risolversi con la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni interne; e solo l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale sarebbe suscettiva di estendere i confini della fattispecie di illecito o di aggravare il trattamento previsto dalle norme sanzionatorie²⁶². Si tratta, in effetti, di una delle ipotesi eccezionali – come si avrà modo di mostrare²⁶³ – in cui sono ammesse pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem* nella 'materia penale'²⁶⁴.

3. I rapporti con il diritto europeo primario

Spostando ora l'attenzione alle interferenze con il diritto europeo primario, occorre operare una distinzione fra le diverse tipologie di norme appartenenti alla categoria. Per quanto di interesse per la materia punitiva, si riconducono ad essa sia norme ricognitive delle libertà economiche e di circolazione alla base del percorso di integrazione europea, sia norme istitutive di obblighi punitivi analoghi a quelli già esaminati – pur se formulati in termini maggiormente generici –, sia norme che sanciscono le garanzie fondamentali di stampo penalistico, le quali pongono più delicati e trasversali profili di contrasto con il diritto interno²⁶⁵.

²⁶¹ Siffatte affermazioni, compiute rispetto alla materia penale in senso proprio, si ritiene possano essere estese anche a illeciti e sanzioni punitive extrapenali rispetto alle quali non sussista una competenza diretta delle istituzioni.

²⁶² Si cfr. GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, cit., 298.

²⁶³ Si v. *infra*, Cap. III, Sez. I, § 3.2.

²⁶⁴ Si cfr. Corte cost., sent. 28 gennaio 2010, n. 28, con la nota di CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.; in proposito anche FRANZIN D., *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.; MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1133 ss.

²⁶⁵ Si cfr. MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit., 17.

Le antinomie determinate dalla prima classe di norme rispecchiano una casistica tradizionale, in quanto si ha a che fare con un contrasto fra discipline, quella interna e quella europea, entrambe in grado di fondare autonomamente la decisione nel giudizio nazionale. Si pensi, ad esempio, all'eventuale introduzione di una norma punitiva che si configuri quale ostacolo, in tesi illegittimo, al pieno esercizio di taluna delle libertà economiche e di circolazione: in caso di contrasto effettivo l'operatività della norma europea renderebbe lecita la condotta incriminata, e imporrebbe al giudice di non applicare le norme interne punitive²⁶⁶.

Ben diverso, invece, è il discorso rispetto alle antinomie cui danno luogo la seconda e la terza classe di norme di diritto primario sopra menzionate. Questi contrasti sfuggono talvolta alla logica originaria, secondo cui entrambe le norme in contraddizione, quella interna e quella europea, rechino una regola decisoria applicabile in giudizio, e quindi l'una possa essere "sostituita" con l'altra. Non sempre si verifica, infatti, un'antinomia fra norme 'disciplinatrici', visto che la norma europea di principio potrebbe limitarsi a stabilire per il legislatore nazionale un dovere o un obiettivo di carattere generale. Stante la fisionomia dell'antinomia, la legittimità di una certa interpretazione e applicazione del diritto nazionale non può essere vagliata in astratto, sulla base di un mero raffronto tra le norme in considerazione, ma impone di tenere conto delle peculiarità del caso concreto, o meglio degli esiti effettivi che si produrrebbero in caso di applicazione delle norme punitive interne, e di valutare la conformità di detti esiti al principio recato dalla norma europea.

3.1. *L'emersione di un nuovo genere di antinomie: norme 'regolatrici' versus norme 'di principio'*

La genericità nella formulazione delle norme che individuano un obiettivo punitivo o che riconoscono diritti fondamentali, e la loro connessione a valutazione di proporzionalità e adeguatezza rappresentano caratteristiche con importanti ricadute sul piano ermeneutico²⁶⁷. Simili specificità hanno un'incidenza diretta sulle valutazioni necessarie per verificare la

²⁶⁶ *Ivi*, 10-24.

²⁶⁷ Sulle problematiche poste dall'interpretazione conforme alle norme dei Trattati, ai principi generali del diritto UE e alla CDFUE, cfr. PISTORIO G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., 136-143 e 180-195.

stessa sussistenza del contrasto normativo, il quale – come si è osservato – può emergere solo da un esame del risultato concreto discendente (o, meglio, che in ipotesi discenderebbe) dall'applicazione della disciplina interna rilevante. In effetti, la compromissione del risultato imposto dal diritto europeo primario in esame può essere dovuta a una certa interpretazione di una singola norma sostanziale o processuale, alla sua applicazione o mancata applicazione, o anche al modo in cui una pluralità di norme operi congiuntamente nel singolo caso. Inoltre, non è affatto detto che sia sufficiente la semplice “disapplicazione” delle norme interne al fine di assicurare il rispetto del diritto europeo, ma potrebbe insorgere l'esigenza di rinvenire un'altra disciplina interna, la cui operatività nel singolo caso consenta il raggiungimento del risultato richiesto dalla norma europea.

La risoluzione di questa categoria di antinomie assume contorni peculiari anche con riguardo alla scelta dello strumento giuridico azionabile dalle autorità giurisdizionali nazionali. È verosimile che gli argomenti posti alla base del presunto contrasto con una garanzia fondamentale europea possano fondare ipotesi di violazione della corrispondente garanzia costituzionale, con la conseguente compresenza di profili di incompatibilità europea e di illegittimità costituzionale. In tali ipotesi, secondo la Corte di giustizia, il giudice comune potrebbe “disapplicare” la normativa interna che si ponga in contrasto con la garanzia europea, quando questa sia dotata di effetti diretti, senza attenderne la rimozione in via legislativa o tramite la promozione di un giudizio di costituzionalità per contrasto con la garanzia europea o con la corrispondente garanzia interna. Nelle stesse ipotesi di doppia pregiudizialità i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale ritengono ammissibile la sollevazione della questione di legittimità costituzionale anche prima che siano risolti i profili interpretativi e di compatibilità con il diritto europeo, riconoscendo l'esistenza di un concorso di rimedi giurisprudenziali²⁶⁸.

3.2. *La creazione di un linguaggio comune nella definizione delle garanzie 'penalistiche' europee*

Al manifestarsi delle ipotesi antinomiche appena descritte concorre anche l'adozione, da parte della Corte di giustizia, di schemi di giudizio e ap-

²⁶⁸ Per i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte cost., sent. n. 181 del 2024, cit., n. 6 *Cons. dir.*; sent. n. 210 del 2024, cit., n. 3.2 *Cons. dir.*

procci sostanzialistici volti alla creazione di linguaggio giuridico europeo, inevitabilmente autonomo rispetto a quelli nazionali. Si tratta di una dinamica particolarmente evidente nell'ambito dell'attività ermeneutica concernente la portata delle garanzie fondamentali sancite dalla Carta, che si spiega con lo scopo di assicurarne una protezione effettiva, sulla scia degli ap-prodi raggiunti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alle garanzie convenzionali corrispondenti, a fronte della clausola di cui all'art. 52, § 3, CDFUE.

La giurisprudenza europea ha fornito, in questa prospettiva, un contributo essenziale nella definizione del perimetro applicativo e del contenuto delle garanzie europee. Nella precisazione degli elementi costitutivi di queste ultime, il Giudice di Lussemburgo ha elaborato e affinato nozioni e concetti giuridici, mettendo a punto le criteriologie attraverso cui verificare l'integrazione delle condizioni di operatività delle tutele penalistiche europee (come la riconducibilità di una data sanzione alla 'materia penale') o la loro violazione (come l'esistenza di un adeguato 'diritto' alla base dell'intervento punitivo, in relazione al principio di legalità penale, o di un sufficiente 'coordinamento' fra sistemi punitivi, con riguardo al *ne bis in idem*). La Corte di giustizia è giunta, così, a individuare alcuni indici sintomatici della sussistenza degli elementi costitutivi delle garanzie fondamentali, e a fornire indicazioni sul "comportamento" delle criteriologie sostanzialistiche sopra menzionate rispetto al caso oggetto del procedimento punitivo nazionale. Si tratta di chiarimenti ermeneutici che integrano il contenuto della norma europea ricognitiva della garanzia e, al contempo, servono a guidare l'attività del giudice nazionale, chiamato – secondo il riparto di competenze fra i diversi livelli giurisdizionali – a risolvere il contrasto normativo con la disciplina interna. In altre parole, la giurisprudenza europea definisce quali siano le coordinate del giudizio sull'applicabilità o sulla violazione di una determinata garanzia penalistica europea, ma tale giudizio deve essere compiuto dalle autorità giurisdizionali nazionali dinanzi cui si celebra il procedimento principale, alle quali è, pertanto, assegnato un significativo ruolo "attivo"²⁶⁹.

3.2.1. *Il ricorso a nozioni sostanzialistiche: la 'materia penale'*

Un approccio analogo a quello adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si è manifestato nella definizione dell'estensione della nozione di

²⁶⁹ Sul punto si tornerà *infra*, si v. Cap. IV, § 4.

‘materia penale’ rilevante ai fini dell’applicazione delle garanzie penalistiche. A tal fine, l’adozione di criteri sostanzialistici era emersa, in una prima fase, solo in modo implicito in una serie di pronunce che – anteriormente all’attribuzione alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati – avevano riconosciuto l’operatività del principio di legalità punitiva e dei suoi corollari in molteplici settori delle politiche europee²⁷⁰, come quelli della concorrenza²⁷¹, della pesca²⁷², dell’agricoltura²⁷³, dell’ambiente²⁷⁴ e della sicurezza negli ambienti lavorativi²⁷⁵. In una seconda fase, la Corte di giustizia ha esplicitamente preso in considerazione i criteri *Engel*, evocandoli nella sentenza *Spector Photo Group*²⁷⁶, poi di fatto facendoli propri nella

²⁷⁰ Si v. SICURELLA R., Sub Art. 49 CDFUE, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, cit., 976.

²⁷¹ Si cfr. Corte giust. CE, Grande Sez., sent. 28 giugno 2005, causa C-189/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*; Trib. UE, sent. 5 aprile 2006, causa T-279/02, *Degussa c. Commissione*.

²⁷² Si cfr. Corte giust. CE, sent. 10 luglio 1984, causa C-63/83, *Kirk*.

²⁷³ Si cfr. Corte giust. CE, sent. 13 novembre 1990, causa C-331/88, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e a.*

²⁷⁴ Si cfr. Corte giust. CE, *Pretore di Salò c. X*, cit.; sent. 26 settembre 1996, causa C-168/95, *Arcaro*.

²⁷⁵ Si cfr. Corte giust. CE, sent. 12 dicembre 1996, causa C-74/95, *X*.

²⁷⁶ Si cfr. Corte giust. UE, sent. 23 dicembre 2009, causa C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonck*. Con la sesta questione pregiudiziale si richiedeva se «alla luce della verifica della proporzionalità della sanzione, l’art. 14 della direttiva [2003/6] debba essere interpretato nel senso che, se uno Stato membro ha introdotto la possibilità di una sanzione penale, cumulata con la sanzione amministrativa, nella valutazione della proporzionalità della sanzione occorra tenere conto della possibilità e/o del livello di una sanzione finanziaria penale». La Corte di giustizia ha affermato che l’art. 14, n. 1 della direttiva citata – che esige dagli Stati membri che le misure o le sanzioni amministrative da essi imposte alle persone responsabili di un abuso di mercato siano efficaci, proporzionate e dissuasive, fatto salvo la facoltà degli Stati membri di infliggere sanzioni penali – non potesse essere interpretato nel senso di imporre alle autorità nazionali competenti l’obbligo di prendere in considerazione, nella determinazione di una sanzione finanziaria amministrativa, la possibilità di infliggere una sanzione finanziaria penale ulteriore. Dunque, la valutazione circa il carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni amministrative previste dalla direttiva non era influenzata dalla eventuale ulteriore previsione di una sanzione penale (punti 75-77). In breve, la direttiva 2003/6/CE imponeva agli Stati membri di garantire l’adozione e l’irrogazione di sanzioni amministrative effettive, proporzionate e dissuasive in relazione agli illeciti di *market abuse* ivi previsti; lasciava, invece, gli Stati liberi di sanzionare anche penalmente i responsabili. Di tale eventualità, però, la direttiva – che non aveva ad oggetto l’armonizzazione dei sistemi penali degli Stati membri – non si occupava: si cfr. F. VIGANÒ, *Doppio binario*

sentenza *Bonda*²⁷⁷. Quindi, anche rispetto alle garanzie penalistiche euro-

sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 231, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it. La Corte – a proposito di tali sanzioni amministrative – ha precisato nella stessa sentenza che «considerata la natura delle violazioni di cui trattasi, nonché dato il grado di severità delle sanzioni che esse possono comportare, siffatte sanzioni, ai fini dell'applicazione della CEDU, possono essere qualificate come sanzioni penali» (punti 42 ss.). L'importanza di questo passaggio è cruciale: la Corte di giustizia ha sostanzialmente avvertito gli Stati membri del fatto che le sanzioni amministrative previste dalla direttiva potessero essere considerate dalla Corte EDU come sanzioni 'penali' secondo la nozione autonoma convenzionale. Il passaggio non è stato approfondito probabilmente perché il punto non era oggetto di nessuna delle sei questioni pregiudiziali; tuttavia, da tale premessa si poteva dedurre che l'adozione da parte di uno Stato membro di sanzioni penali accanto alle sanzioni amministrative – sostanzialmente penali ai fini convenzionali – per gli illeciti di *market abuse* di cui alla direttiva 2003/6/CE avrebbe potuto costituire la base normativa per una duplicazione, nei confronti del medesimo soggetto, di procedimenti e sanzioni penali ai fini dell'applicazione della CEDU.

²⁷⁷ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*. Si richiedeva alla Corte di giustizia se l'art. 138, § 1, del regolamento n. 1973 del 2004 dovesse essere interpretato «nel senso che costituiscono sanzioni di natura penale le misure previste nel secondo e nel terzo comma di tale disposizione, consistenti nell'escludere un agricoltore dal beneficio dell'aiuto per l'anno a titolo del quale ha presentato una falsa dichiarazione quanto alla superficie ammissibile e nel ridurre l'aiuto che avrebbe potuto ottenere a titolo dei tre anni civili successivi per un importo corrispondente alla differenza tra la superficie dichiarata e la superficie determinata». Nella pronuncia il Giudice europeo ha dapprima richiamato la propria precedente giurisprudenza in materia di sanzioni disposte da normative di politica agricola comune (tra le quali è ricompresa l'esclusione di un operatore economico dal beneficio di un regime d'aiuti), secondo cui dette sanzioni non possono essere ritenute di natura penale, precisando che le misure previste dall'art. 138, § 1, del regolamento n. 1973 del 2004 non fanno eccezione a questo riguardo. La Corte ha evidenziato alcune caratteristiche proprie di queste sanzioni che ne escludono la natura penale: in primo luogo, esse possono essere applicate solo agli operatori che hanno chiesto di beneficiare del regime di aiuti introdotto dal regolamento qualora emerga la non correttezza delle informazioni fornite da tali operatori a corredo delle proprie domande; in secondo luogo, le misure rappresentano «uno strumento amministrativo specifico che costituisce parte integrante di un regime specifico di aiuti ed è volto a garantire la buona gestione finanziaria dei fondi pubblici dell'Unione». Una volta ricostruita la natura amministrativa delle sanzioni la Corte ha affermato – ed è questo uno dei passaggi fondamentali della sentenza – che detta natura non è rimessa in discussione dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU circa la nozione di '*criminal charge*', rilevante ai fini convenzionali. La Corte di giustizia ha proceduto, dunque, a valutare la natura giuridica di tali sanzioni alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, in modo particolare, ha fatto applicazione degli *Engel criteria*. Per quanto concerne il primo criterio (qualificazione giuridica) le misure di cui all'art. 138 cit. non possono essere qualificate come sanzioni di carattere penale dal diritto dell'Unione. In relazione al secondo criterio (natura dell'infrazione) la Corte ha escluso che le sanzioni og-

pee può affermarsi che illeciti, sanzioni e procedimenti privi di una qualificazione formale penalistica negli ordinamenti nazionali sono suscettibili di assumere tale natura in ragione di elementi di carattere sostanziale, quali la natura dell'illecito o la natura e il grado di severità della sanzione.

Si tratta di un approdo che ha trovato conferma nella giurisprudenza più recente, nella quale la Corte di giustizia ha avuto modo di modellare una nozione europea di 'materia penale', "arricchendo" la propria criteriologia, e cioè chiarendo quali siano le valutazioni richieste per verificare l'integrazione di ciascuno dei tre criteri in relazione a una pluralità di misure sanzionatorie extrapenalistiche, come ad esempio rispetto a sanzioni tributarie²⁷⁸ o amministrative²⁷⁹ di contenuto vario, non necessariamente aventi contenuto pecuniario²⁸⁰.

getto della questione perseguano una finalità repressiva: esse non si applicano alla generalità dei consociati, ma solo agli operatori economici che usufruiscono del regime di aiuti previsto dal regolamento, e mirano alla protezione della gestione dei fondi dell'Unione europea. Viene, in modo particolare, valorizzato un elemento, già evidenziato anche dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni: la riduzione dell'importo del beneficio che può essere ottenuto negli anni successivi a quello in cui è stata commessa l'irregolarità è subordinata alla presentazione di una richiesta del beneficio anche per tali anni. Se tale richiesta dovesse mancare, o se il richiedente non possedesse più i requisiti necessari, la sanzione sarebbe del tutto inoperante. Neanche alla luce del terzo criterio (natura e gravità delle sanzioni) tali misure possono essere qualificate come penali in quanto «hanno come unico effetto quello di privare l'agricoltore interessato dalla prospettiva di ottenere un aiuto». In conclusione, le sanzioni previste dall'art. 138, § 1, del citato regolamento non sono da qualificarsi come sanzioni penali, bensì come amministrative.

²⁷⁸ Si cfr. Corte giust. UE, sent. 14 settembre 2023, causa C-820/21, «*Vinal*» AD, in tema di accise in un'ipotesi di cumulo della revoca all'autorizzazione all'apertura e all'esercizio di un deposito fiscale con una sanzione pecuniaria; sent. 14 settembre 2023, causa C-55/22, NK, in relazione a una sanzione pecuniaria; sent. 4 maggio 2023, causa C-97/21, MV – 98, in un caso di cumulo di una sanzione amministrativa coercitiva con una sanzione pecuniaria; sent. 23 marzo 2023, causa C-412/21, *Dual Prod SRL*, sempre in tema di accise in relazione alla sospensione dell'autorizzazione all'esercizio di una certa attività.

²⁷⁹ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 22 marzo 2022, causa C-117/20, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, punto 26, in relazione a una sanzione amministrativa irrogata dall'autorità di regolamentazione del settore postale; Grande Sez., sent. 2 febbraio 2021, causa C-481/19, DB c. *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, punti 42-43, in relazione a sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB; sent. 14 settembre 2023, causa C-27/22, *Volkswagen Group Italia SpA*, in riferimento a sanzioni irrogate dall'autorità garante della concorrenza e del mercato per pratiche commerciali sleali.

²⁸⁰ Si cfr. Corte giust. UE, sent. 4 maggio 2023, causa C-40/21, T.A.C., punti 37-44, che nega la riconducibilità alla 'materia penale' delle misure della cessazione dall'incarico pub-

Peraltro, se in talune occasioni gli elementi interpretativi sono stati delineati dal Giudice europeo in termini generali, come accaduto nella sentenza *Åkerberg Fransson*²⁸¹, in altre le indicazioni fornite al giudice nazionale sono state particolarmente dettagliate, ciò che si è verificato, ad esempio, nelle sentenze rese nei casi *Di Puma*, *Garlsson Real Estate* e *Menci*²⁸². Tanto che, seppure formalmente spetti sempre al giudice nazionale il compito di valutare l'effettiva riconduzione alla 'materia penale'²⁸³, può dirsi che il grado di precisione raggiunto dalle indicazioni interpretative abbia finito, di fatto, per anticipare la risoluzione della questione relativa alla qualificazione degli strumenti punitivi ai fini del diritto europeo²⁸⁴.

Su di un piano generale, può osservarsi che l'adozione di criteri omologhi, e nominalmente sovrapponibili, a quelli elaborati nella giurisprudenza convenzionale, ha portato all'affermarsi di una tendenza generale di espansione dei confini della 'materia penale'. E, tuttavia, il confronto fra gli approdi delle due giurisprudenze non può arrestarsi a tale valutazione, in qualche misura superficiale, ma esige una disamina del tenore delle indicazioni interpretative fornite dalla Corte di giustizia, ossia della concreta implementazione della criteriologia *Bonda*.

blico e del divieto di ricoprire tale incarico per conflitto di interessi, a fronte della relativa natura formalmente disciplinare (primo criterio), dell'assenza di finalità repressive (secondo criterio), nonché dei limiti soggettivi e temporali del relativo ambito di applicazione (terzo criterio).

²⁸¹ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., ove si ribadisce che la valutazione della natura penale delle sanzioni tributarie deve essere compiuta sulla base di tre criteri, già delineati dalla stessa Corte nella richiamata sentenza *Bonda*: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale; la natura dell'illecito; la natura e il grado di severità della sanzione (punto 35).

²⁸² Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci*; sent. 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; sent. 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma*.

²⁸³ L'attribuzione al giudice nazionale del compito di applicare la criteriologia delineata nella giurisprudenza europea, e quindi di verificare il carattere sostanzialmente penale delle sanzioni e degli illeciti nazionali, è stata ribadita nella sentenza *DB contro Consob* in relazione alla garanzia del diritto al silenzio dei soggetti sottoposti a un procedimento penale: Corte giust. UE, Grande Sez., *DB c. Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, cit., punti 42-43.

²⁸⁴ Si v., ad esempio, Corte giust. UE, *T.A.C.*, cit., punto 36, ove il Giudice europeo, pur sottolineando come «spetti al giudice del rinvio valutare, alla luce dei suddetti criteri, se la misura di cui trattasi nel procedimento principale abbia natura penale ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 3, della Carta», non si esime dal fornire «precisazioni tese a guidare detto giudice nella sua valutazione».

3.2.2. Segue. Il 'diritto' punitivo

Il ricorso a criteri sostanzialistici nella elaborazione, per via giurisprudenziale, di un linguaggio giuridico europeo ha interessato anche la nozione di 'diritto' rilevante per la definizione della (necessaria) base legale degli interventi punitivi, quale elemento costitutivo del principio di legalità di cui all'art. 49 CDFUE. Si tratta di un ulteriore profilo di influenza della giurisprudenza convenzionale sugli approdi raggiunti dalla Corte di giustizia, che emerge dalla scelta di fondo di accogliere nella nozione in esame non solo il diritto legislativo, ma anche il diritto sub-legislativo e il diritto giurisprudenziale. In tal modo, il 'diritto' punitivo, per essere conforme alle istanze di tutela poste dalla garanzia fondamentale, deve essere vagliato con riguardo alla sua concreta 'accessibilità' e 'prevedibilità', e cioè quanto alla sua idoneità ad assicurare in modo effettivo la conoscibilità per il singolo delle conseguenze giuridiche derivanti da una certa condotta²⁸⁵.

A questo proposito, è certamente significativo il filone di pronunce europee concernenti le sanzioni applicate dalla Commissione nel settore della concorrenza²⁸⁶. In tale contesto si è riconosciuto che la nozione di 'diritto' punitivo, ai fini del diritto europeo, include le interpretazioni accolte nella prassi dello stesso organo dotato di poteri sanzionatori o nella giurisprudenza, con la conseguenza che la garanzia europea si oppone all'applicazione retroattiva di un nuovo e più sfavorevole esito ermeneutico. Quindi, occorre valutare se una data soluzione interpretativa posta alla base di un procedimento sanzionatorio fosse 'ragionevolmente prevedibile' al momen-

²⁸⁵ Si v. SICURELLA R., Sub Art. 49 CDFUE, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, cit., 982-983.

²⁸⁶ In proposito, sul divieto di retroattività, cfr. Corte giust. CE, Grande Sez., *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, cit., punti 198-223, su cui SIMONCINI M., *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1951-1965; sent. 18 maggio 2006, causa C-397/03, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, punti 15-27; sent. 14 settembre 2016, cause riunite C-490/15 e C-505/15, *Ori Martin SA e Siderurgica Latina Martin SpA (SLM) c. Commissione*, punti 82-94; Trib. UE, sent. 16 settembre 2013, causa T-389/10, *Wabco Europe e a. c. Commissione*, punti 174-184; sulla determinatezza delle norme punitive, cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 29 marzo 2011, causa 352/09, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione*, punti 80-91; Trib. UE, sent. 27 giugno 2012, causa T-372/10, *Bolloré c. Commissione*, 31-53; sent. 8 settembre 2016, causa T-472/13, *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, punti 761-779; sent. 26 ottobre 2017, causa T-404/14, *Marine Harvest ASA c. Commissione*, punti 376-394; sent. 10 novembre 2017, causa T-180/15, *Icap plc e a. c. Commissione*, punti 188-200.

to di commissione dell'infrazione, anche tenendo conto dell'interpretazione prevalente dell'epoca. La stessa adozione di un simile criterio esclude, in radice, che ogni evoluzione sul piano interpretativo possa dare luogo a violazioni della garanzia, e anzi induce a esaminare il grado di (im)prevedibilità del significato attribuito alla disposizione, alla luce degli sviluppi che si sarebbero potuti attendere a partire dal testo normativo di interesse, e avendo riguardo altresì del settore ordinamentale preso in considerazione e dei soggetti destinatari del precetto.

Sulla base di questi presupposti la Corte di giustizia è giunta ad affermare che la garanzia dell'irretroattività *in malam partem* è applicabile, in termini generali, anche in caso di modifiche negli orientamenti assunti dalla Commissione europea circa le modalità di calcolo delle ammende in materia di concorrenza. Tali orientamenti sono qualificati come "norme di comportamento" per l'irrogazione delle sanzioni previste dal diritto europeo, e sono pertanto considerati idonei, in astratto, a concorrere alla definizione del 'diritto' esistente al momento del fatto. In questi casi, tuttavia, la violazione della garanzia è stata esclusa in quanto l'innovazione non è stata reputata imprevedibile in concreto per gli operatori del settore. Si è chiarito che, stante la specificità dell'ambito considerato, le imprese sottoposte a un procedimento amministrativo da cui possa derivare un'ammenda non possono riporre un legittimo affidamento sul fatto che l'istituzione europea non superi un determinato importo anteriormente praticato, anche tenuto conto del potere attribuito alla Commissione di adeguare il livello delle ammende a un'efficace attuazione della politica europea della concorrenza²⁸⁷.

3.2.3. Segue. Il 'coordinamento' fra procedimenti punitivi

Un ulteriore esempio dell'approccio sostanzialistico seguito dalla Corte di giustizia si è avuto nella definizione dei contenuti della garanzia del *ne bis in idem*. La protezione assicurata dal diritto europeo a quest'ultima è ascrivibile a una pluralità di strumenti normativi, stratificatisi dapprima nel contesto del diritto comunitario e successivamente del diritto dell'Unione europea²⁸⁸, sino al riconoscimento contenuto nell'art.

²⁸⁷ Si cfr. Corte giust. CE, Grande Sez., *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, cit., punti 209-231.

²⁸⁸ Già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e della istituzione del 'terzo pilastro' relativo alla giustizia ed agli affari interni, il principio del *ne bis in idem* aveva

50 CDFUE²⁸⁹; strumenti normativi, peraltro, in problematico rapporto²⁹⁰.

costituito oggetto di dibattito, proposte ed iniziative nel contesto della cooperazione politica europea, essendo ben chiara, sin da allora, la necessità di una giustizia europea fondata su principi transnazionali, in grado di andare oltre i confini delle singole giurisdizioni nazionali. Il primo passo concreto fu compiuto con l'elaborazione della Convenzione sul *ne bis in idem* tra gli Stati membri delle Comunità europee, firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987. Sebbene tale documento non avesse riscosso il successo forse sperato, visto l'esiguo numero di ratifiche, il suo contenuto fu comunque poi trasposto nella Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, datata 19 giugno 1990, resa esecutiva in Italia la legge 30 settembre 1993, n. 388. Gli accordi di Schengen, per quanto originariamente avessero solamente natura convenzionale intergovernativa, esterna all'ambito del diritto comunitario, e fossero riferibili solo a una minoranza di Stati appartenenti alla Comunità Europea, rappresentarono un importante punto di svolta nella cooperazione rafforzata nel campo della giustizia e degli affari interni, costituendo la prima convenzione multilaterale a prevedere la garanzia del *ne bis in idem* quale diritto individuale nell'ambito dell'area Schengen: in questo senso, si cfr. VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 32 ss., spec. 47. Nello specifico, l'art. 54 CAAS sanciva, sul piano transnazionale, il divieto di subire un nuovo procedimento penale, in uno degli Stati contraenti, rispetto a fatti già oggetto di una sentenza definitiva pronunciata nell'ambito di un altro Stato contraente; e ne condizionava l'operatività alla circostanza che, in caso di condanna, la pena fosse stata eseguita o in corso di esecuzione ovvero, secondo la legge dello Stato contraente in cui era stata pronunciata la condanna, non potesse più essere eseguita. La garanzia dipendeva, quindi, da una clausola di esecuzione legata all'effettività della sanzione, al fine di evitare spazi di impunità, emergendo chiaramente, sotto questo aspetto, la "doppia anima" che la garanzia a livello internazionale assumeva (diritto dell'individuo e, al contempo, strumento di riparto delle giurisdizioni nazionali), espressiva di una tensione fra tutela degli individui e tutela della sovranità nazionale: si cfr. PIAZZA M.-PISAPIA A., *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3275. Una tensione, d'altra parte, ulteriormente evidenziata dall'art. 55 CAAS, che limitava l'ambito di applicazione della garanzia medesima, introducendo la facoltà per gli Stati dell'area Schengen di apporre riserve al momento dell'approvazione o della ratifica (esercitata dall'Italia con l'art. 7 della legge n. 388 del 1993). La garanzia del *ne bis in idem* transnazionale, di importanza centrale nel quadro di una sempre più intensa integrazione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, fu incorporata nell'ambito del diritto dell'Unione europea a seguito del Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel maggio del 1999. Con il Protocollo n. 19 annesso a tale trattato l'*acquis* di Schengen, ossia gli Accordi del 1985 e del 1990, divennero infatti diritto dell'UE tramite la espressa previsione secondo cui la cooperazione avviata dai tredici Stati firmatari sulla base di tali Accordi avrebbe dovuto essere realizzata «nell'ambito istituzionale e giuridico dell'Unione Europea»: si cfr. art. 1 del Protocollo.

²⁸⁹ Una nuova ulteriore, e come si vedrà decisiva, tappa nella progressiva affermazione in ambito europeo della garanzia del *ne bis in idem* nella sua attuale configurazione, è stata la solenne proclamazione, nel 2000, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, il cui art. 50 ha riconosciuto il diritto di non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso

Quanto al contenuto, la tutela nella sua dimensione nazionale, quando essa operi, cioè, rispetto a procedimenti sanzionatori interni a un singolo Stato, è ricostruita in modo parzialmente sovrapponibile a quello della corrispondente garanzia prevista nel sistema del Consiglio d'Europa, come emerge, del resto, dall'analisi degli approdi interpretativi concernenti i re-

reato. Il tenore letterale della disposizione è rimasto immutato anche dopo l'attribuzione alla CDFUE dello stesso valore giuridico dei Trattati istitutivi, di tal che la garanzia assicura tanto il *ne bis in idem* transnazionale, già oggetto dell'*acquis* di Schengen, quanto quello nazionale, affermando cioè l'operatività del divieto anche sul piano interno alla giurisdizione di un singolo Stato; e in tale duplice estensione essa rappresenta un diritto fondamentale vincolante per le istituzioni europee e per gli Stati membri assicurato da una norma riconducibile al diritto europeo primario.

²⁹⁰ La protezione assicurata dal diritto europeo alla garanzia in esame si caratterizza per un'accentuata frammentazione di fonti normative, aventi un diverso ambito applicativo territoriale e una diversa portata: oltre all'art. 50 della Carta e all'art. 54 CAAS occorre segnalare l'art. 3 n. 2) della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri: in base a questa disposizione può essere rifiutata l'esecuzione del mandato d'arresto europeo «se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna»; inoltre, anche nel settore del diritto della concorrenza la Corte di giustizia, pur in assenza di specifiche disposizioni, ha applicato il principio del *ne bis in idem*. La mancanza di un'unica previsione nell'ambito del diritto europeo è stata segnalata anche dall'Avvocato Generale nel caso *Toshiba*: si cfr. *Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate l'8 settembre 2011, C-17/10, Toshiba Corporation e altri*, punti 111-124. In modo particolare l'Avvocato Generale ha evidenziato come, in relazione alla nozione di *idem*, i criteri di applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'ambito del diritto della concorrenza siano diversi rispetto agli altri settori del diritto. In dottrina v'è chi ritiene opportuna una *reductio ad unum*: si cfr. MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2013, 578. Il rapporto fra le previsioni della Convenzione Applicativa degli Accordi di Schengen e quelle della Carta dei Diritti Fondamentali ha portato a indagare il problema della perdurante legittimità e operatività delle deroghe all'applicazione della garanzia del *ne bis in idem* indicate all'art. 55 CAAS. Sul punto la giurisprudenza europea non ha ancora avuto modo di fare chiarezza, dal momento che la questione, pur portata all'attenzione del Giudice europeo nella causa *Kossowski*, e altresì oggetto di ampie e interessanti osservazioni dell'Avvocato Generale, non è stata tuttavia esaminata nel merito: si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 29 giugno 2016, causa C-486/14, *Kossowski*, su cui BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

lativi elementi costitutivi²⁹¹. L'assimilabilità dei modelli ermeneutici è, infatti, riscontrabile non solo – come si è già osservato – nella elaborazione, anche ai fini del *ne bis in idem*, di una nozione autonoma di 'materia penale', ma anche rispetto agli altri elementi, afferenti all'identità dei fatti oggetto del cumulo procedimentale o sanzionatorio e alla definitività della pronuncia conclusiva di uno dei procedimenti interni.

Anzi, è stata la stessa Corte di giustizia a elaborare la nozione sostanzialistica di 'stessi fatti' – poi condivisa anche dalla Corte EDU – assumendo quale criterio rilevante quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro, le quali abbiano condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato²⁹². Quanto alla nozione di 'sentenza definitiva', anche la giurisprudenza europea richiede che la decisione estingua l'azione penale, e non sia suscettibile di essere messa in discussione con mezzi di impugnazione ordinari, e che essa sia pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito²⁹³.

Considerata la parziale coincidenza di contenuti, non suscita stupore il fatto che siano insorti dubbi di compatibilità di sistemi punitivi strutturati secondo un duplice binario sanzionatorio anche rispetto alla garanzia europea del *ne bis in idem*. Peraltro, è talvolta lo stesso diritto europeo ad ammettere l'introduzione, da parte degli Stati membri, di sanzioni di carattere amministrativo, in aggiunta a quelle penali, allo scopo di dar vita a sistemi sanzionatori efficaci per la protezione dei beni giuridici di interesse. A differenza di quanto accaduto nella giurisprudenza convenzionale, nel cui ambito era inizialmente emerso – come si è illustrato – un approccio ri-

²⁹¹ D'altra parte, l'art. 52, § 3 della Carta afferma, infatti, che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», pur precisando che non è precluso al diritto dell'Unione concedere «una protezione più estesa».

²⁹² La giurisprudenza europea formatasi in relazione all'art. 54 CAAS aveva ricorrentemente individuato quale criterio pertinente, ai fini dell'applicazione del divieto di *bis in idem* transnazionale, l'«identità dei fatti materiali, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato»: cfr. Corte giust. CE, sent. 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, punti 25-42; sent. 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, punti 23-36. Tali affermazioni sono state poi confermate anche rispetto alla garanzia del *ne bis in idem* operante sul piano nazionale: cfr., da ultimo, Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit. punti 34-39; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 36-41; *Di Puma*, cit.

²⁹³ Si cfr. Corte giust. UE, *Kossowski*, cit.

goroso, poi attenuatosi con la sentenza della *Grande Chambre A e B c. Norvegia*, la Corte di giustizia, sin dalla menzionata sentenza *Åkerberg Fransson*, ha sostanzialmente ammesso il possibile concorso di strumenti punitivi penali ed extrapenali in relazione a medesime condotte illecite, pur se solo a certe condizioni²⁹⁴.

In tale decisione, concernente il concorso di sanzioni penali e tributarie per violazioni di obblighi dichiarativi in materia di IVA, il Giudice europeo, riunito in Grande Sezione, ha osservato che la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 50 CDFUE non preclude agli Stati membri la previsione di una combinazione di sanzioni di diversa natura al fine di assicurare la riscossione delle relative entrate tributarie, e quindi tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. A questa affermazione, in sé chiara, seguivano alcune precisazioni volte a limitarne la portata generale. Si rilevava, in primo luogo, che la garanzia era preclusiva al concorso di sovrattasse e di sanzioni penali qualora le prime potessero dirsi di natura penale sulla base dei criteri *Bonda*, di tal che sembrava escludersi una possibile coesistenza di strumenti dotati di caratteri sostanzialmente punitivi. In secondo luogo, si chiariva che la valutazione circa la compatibilità del cumulo di sanzioni con gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali – consentita al giudice nazionale anche in un ambito di rilevanza europea –, e l'eventuale riconoscimento del contrasto del primo con i secondi, era condizionata all'effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni rimanenti in caso di inoperatività dello stesso cumulo²⁹⁵.

Successivamente alla sentenza *A e B c. Norvegia* della Corte EDU, la Corte di giustizia ha avuto modo di tornare sul problema della compatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* europeo di modelli punitivi strutturati secondo un 'doppio binario' sanzionatorio²⁹⁶. Sul punto, sempre la Grande Sezione si è pronunciata con le sentenze rese nei casi *Di Puma, Garlsson Real Estate* e *Menci*²⁹⁷, in risposta a quesiti pregiudiziali proposti da autori-

²⁹⁴ In tale giudizio, in sostanza, si chiedeva alla Corte di giustizia se il principio del *ne bis in idem* sancito all'art. 50 della Carta potesse essere interpretato nel senso che «esso osta a che siano avviati nei confronti di un imputato procedimenti penali per frode fiscale, una volta che gli è stata inflitta una sovrattassa per gli stessi fatti di falsa dichiarazione».

²⁹⁵ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, cit., punti 32-37.

²⁹⁶ Al riguardo, sia consentito rinviare a RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio*, cit.

²⁹⁷ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit.; *Garlsson Real Estate e a.*, cit.; *Di*

tà giurisdizionali italiane nell'ambito di procedimenti concernenti i sistemi sanzionatori in materia di *market abuse* e di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto. Il Giudice europeo ha escluso che un cumulo di procedimenti e di sanzioni sostanzialmente 'penali' sia in contrasto, di per sé, con la garanzia. Vi si è chiarito che l'istituzione di un sistema di 'doppio binario' configura, nella prospettiva del diritto europeo, una limitazione del divieto di *bis in idem*, e, in quanto tale, essa deve essere prevista dalla legge, rispettarne il contenuto essenziale²⁹⁸, rispondere a finalità di interesse generale²⁹⁹ e risultare, appunto, proporzionata, ai sensi dell'art. 52, § 1 della Carta dei diritti fondamentali³⁰⁰.

Proprio in relazione ai contenuti di tale giudizio di proporzionalità, si sono precisate le condizioni che debbono essere integrate da parte dei sistemi punitivi. Sotto il profilo dell'idoneità, si richiede che i due (o più) procedimenti e i relativi apparati sanzionatori siano complementari, in modo che l'onere rappresentato dal cumulo possa dirsi giustificato, come accade quando essi insistano su aspetti differenti della medesima condotta illecita. Il carattere strettamente necessario del cumulo esige l'esistenza di

Puma, cit. Per un commento alle pronunce, RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus.it*, 2018; GALLUCCIO A., *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 286 ss.; SALVEMINI P., *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sez. si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, in *diritticomparati.it*, 2018. In precedenza, sulle ordinanze di rinvio pregiudiziale, cfr. VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; ID., *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; ID., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, *ivi*.

²⁹⁸ Nella giurisprudenza europea si è chiarito che il rispetto del contenuto essenziale implica che i fatti illeciti non siano sanzionati sulla base della stessa fattispecie di illecito o al fine di perseguire un medesimo obiettivo, e che quindi il cumulo procedimentale e sanzionatorio deve compiersi per il combinarsi di normative diverse: si cfr. Corte giust. UE, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, cit., punto 43.

²⁹⁹ Il requisito può dirsi integrato, nelle ipotesi di cumuli di procedimenti e sanzioni, se i due moduli sanzionatori perseguono obiettivi legittimi distinti: cfr. Corte giust. UE, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, cit., punto 44.

³⁰⁰ Per recenti applicazioni dello schema decisorio, si cfr. Corte giust. UE, *Volkswagen Group Italia SpA*, cit.; «*Vinal*» AD, cit.; NK, cit.; MV – 98, cit.; *Dual Prod SRL*, cit.

norme chiare e precise atte a rendere prevedibili gli atti o le omissioni che possano divenire oggetto delle diverse risposte punitive, e impone inoltre il coordinamento tra le autorità procedenti, sia sotto l'aspetto processuale e temporale, sia sotto l'aspetto sostanziale allo scopo di garantire che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte corrisponda alla gravità dei fatti materiali oggetto dei due procedimenti³⁰¹.

In tal modo, la valutazione sulla proporzionalità della limitazione della garanzia del *ne bis in idem* derivante dall'applicazione della normativa nazionale istitutiva di un 'doppio binario' implica un esame sia degli specifici caratteri presentati dal sistema sanzionatorio considerato, che delle precipe modalità con cui questo ha operato nel singolo caso. E, infatti, come chiarito dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nella più recente sentenza *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, tale valutazione e la connessa disamina globale dei fattori, fattuali e normativi, caratterizzanti il singolo cumulo sanzionatorio possono svolgersi in maniera completa solo *ex post*³⁰².

In effetti, la circostanza che una normativa nazionale sia in astratto suscettibile di rispettare il descritto canone di proporzionalità non è di per sé decisiva, in quanto occorre sia garantito, in concreto, che gli organi giurisdizionali nazionali applichino la stessa normativa in modo da evitare il configurarsi, per l'interessato, di un onere eccessivo. In quest'ottica, del resto, possono spiegarsi le conclusioni, solo in apparenza non coincidenti, raggiunte dalla Corte di giustizia nelle pronunce in materia, le quali si riferiscono a casi fra loro differenti, non solo per il diverso ambito ordinamentale interessato, ma anche per i diversi sviluppi procedurali in essi realizzatisi³⁰³.

³⁰¹ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit., punto 40-64; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 42-63; *Di Puma*, cit., punti 37-46.

³⁰² Si cfr. Corte giust. UE, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, cit., punto 52.

³⁰³ Nei casi *Di Puma* e *Garlsson Real Estate* la definitività della sentenza penale era sopraggiunta in costanza della pendenza del procedimento amministrativo sanzionatorio. Nel caso *Menci*, per primo era divenuto definitivo il provvedimento di applicazione delle sanzioni tributarie, mentre era ancora in corso di celebrazione il processo propriamente penale. Nella sentenza *Di Puma*, relativa al 'doppio binario' per condotte di *market abuse*, si è affermato che non è incompatibile con il diritto europeo una norma nazionale (quale è l'art. 654 cod. proc. pen.) che, nel sancire la valenza esterna dell'accertamento compiuto nel giudizio penale, imponga la chiusura del procedimento amministrativo in cui siano contestati presunti fatti illeciti già ritenuti non provati da una sentenza penale di assoluzione *medio tempore* passata in giudicato. Nella sentenza *Garlsson Real Estate e a.* si è riconosciuta l'incompatibilità europea di una normativa nazionale che consenta la celebrazione di un procedimento amministrativo sanzionatorio per condotte di manipolazione di mercato già oggetto di una sentenza

Emerge, quindi, come i criteri di giudizio elaborati dalla Corte di giustizia rievochino quelli adottati dalla Corte europea dei diritti, pur se con qualche divergenza – inevitabile, data la diversità dei relativi giudizi, oltre che dei testi normativi di riferimento – quanto alle categorie giuridiche utilizzate, al percorso argomentativo seguito e alle conclusioni raggiunte nei singoli casi. Cercando di evidenziare gli aspetti comuni delle due giurisprudenze, si può osservare che l'estensione dell'ambito applicativo della garanzia al diritto sanzionatorio extrapenale è stata accompagnata dalla individuazione di condizioni di operatività ulteriori rispetto a quelle desumibili dal mero tenore letterale della disposizione. La Corte europea dei diritti ha fatto riferimento al concetto di 'connessione sufficientemente stretta nella sostanza e nel tempo' fra procedimenti, mentre la Corte di giustizia ha preso in considerazione la 'coordinazione' dei diversi livelli sanzionatori con riguardo alla valutazione di stretta necessità del cumulo punitivo, criteriologia che trova diretto fondamento nell'art. 51 CDFUE.

Anche rispetto al contenuto dei due criteri possono riscontrarsi parziali analogie³⁰⁴. Entrambi pongono una comune esigenza di collegamento fra i procedimenti sanzionatori sia sotto l'aspetto strettamente processuale, sia sotto il profilo temporale, sia da un punto di vista sostanziale³⁰⁵. I contorni elastici con cui si è proceduto, nelle rispettive sedi, alla definizione degli indici (o fattori) sintomatici della 'connessione' e dei requisiti di 'coordinazione' rendono necessaria l'adozione, da parte dell'interprete, di un approccio di tipo casistico, che consenta di tener conto delle caratteristiche della singola situazione oggetto di esame, nella quale si sia verificato un siffatto cumulo³⁰⁶.

penale di condanna divenuta definitiva, allorquando detta condanna, considerata la gravità delle condotte, sia di per sé idonea ad assicurare una repressione «efficace, proporzionata e dissuasiva». Nella sentenza *Menci* si è specularmente statuito che una normativa nazionale, la quale ammetta la possibilità di avviare un procedimento penale nei confronti di una persona per condotte di omesso versamento dell'IVA in relazione alle quali sia già intervenuta una sentenza definitiva di condanna in sede amministrativa, non è incompatibile con la garanzia del *ne bis in idem*, a condizione che sussistano i descritti requisiti di proporzionalità.

³⁰⁴ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit., punti 60-61.

³⁰⁵ Si cfr. NASCIMBENE B., *Ne bis in idem*, *diritto internazionale e diritto europeo*, in *eurojus.it*, 2018, 11-14.

³⁰⁶ Non è espressamente considerato dalla Corte di giustizia il fattore temporale (periodo di tempo intercorrente fra l'instaurazione del primo procedimento e la chiusura del secondo; eventuali sovrapposizioni nella celebrazione dei due procedimenti) autonomamente vagliato, al contrario, dalla Corte EDU: l'incongruenza sembrerebbe, però, solo apparente, visto che tale elemento dovrebbe comunque essere preso in considerazione nell'ambito del giudizio di proporzionalità – richiesto dalla stessa Corte di giustizia – teso a verificare se la

Il *test* di proporzionalità, cui è condizionata la compatibilità europea delle disposizioni nazionali, è affidato alle giurisdizioni nazionali, tenute a verificare la sussistenza dei requisiti di ‘coordinamento’ fra procedimenti sanzionatori, avendo riguardo del «complesso delle circostanze del procedimento principale»³⁰⁷, e tenendo conto degli elementi interpretativi indicati dalla pronuncia resa in risposta al quesito oggetto del rinvio pregiudiziale, o comunque da precedenti pronunce europee sul tema. Il giudice interno è chiamato a valutare, in particolare, se e quali fattori di ‘coordinamento’ siano riscontrabili nel caso di specie fra quelli precipuamente ritenuti rilevanti nella giurisprudenza europea. Sulla base di tale verifica, lo stesso giudice deve risolvere, in senso affermativo o negativo, il contrasto con la garanzia fondamentale, procedendo eventualmente anche alla “disapplicazione” delle norme interne costituenti il cumulo procedimentale e sanzionatorio (di tutte o solo di alcune di esse), stante l’espreso riconoscimento degli effetti diretti alla norma di diritto europeo primario che stabilisce il *ne bis in idem*³⁰⁸.

3.3. *Le pronunce interpretative “a formula dispositiva aperta”: a proposito di ‘regole’ giurisprudenziali*

La disamina giurisprudenziale evidenzia che i chiarimenti interpretativi arricchiscono il contenuto delle norme di diritto primario in esame senza fornire una risposta univoca alla (presunta) antinomia, fra norme interne ed europee, che era di fatto all’origine del rinvio pregiudiziale. E, infatti, anche allorché il dispositivo della pronuncia presenti la formula tradizionale, secondo cui il diritto europeo (come interpretato) «osta» o «non osta» alla normativa nazionale rilevante nel procedimento principale, in concreto l’accertamento (o l’esclusione) del contrasto esige sia valutata la sussistenza di

‘coordinazione’ fra i procedimenti abbia limitato «a quanto strettamente necessario l’onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti».

³⁰⁷ Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit., punto 64; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 61.

³⁰⁸ Corte giust. UE, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 66-67; si cfr. BINDI E.-PISANESCHI A., *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l’art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018, 2. Problematiche analoghe si sono poste rispetto al ‘doppio binario’ previsto in materia tributaria dell’ordinamento francese, rispetto al quale è più di recente intervenuta nuovamente la Corte di giustizia: cfr. Corte giust. UE, sent. 5 maggio 2022, causa C-570/20, *BV*.

quegli indici fattuali o normativi ritenuti dirimenti per l'applicabilità o la violazione dello stesso diritto europeo. In queste ipotesi, il generale principio di separazione delle funzioni che permea il sistema decentralizzato di giurisdizione dell'Unione europea implica che i giudici nazionali siano chiamati a riscontrare la sussistenza di tali indici e, quindi, a implementare le criteriologie elaborate nella giurisprudenza europea rispetto al singolo caso.

Le indicazioni fornite al giudice nazionale vanno a costituire una sorta di 'regola', che di sovente è configurata tramite il ricorso a nozioni autonome – come quelle di 'materia penale', 'diritto' punitivo e 'coordinamento' fra procedimenti – che presuppongono e rimandano alle ulteriori, diversificate valutazioni giudiziali che si sono descritte³⁰⁹. La "formula aperta" che contraddistingue questo genere di pronunce è talvolta segnalata emblematicamente dalla presenza, nel dispositivo, di espressioni che restituiscono evidenza delle necessarie verifiche spettanti al giudice nazionale, da compiersi sulla base delle coordinate individuate, sotto forma di elementi interpretativi, dalla Corte di giustizia³¹⁰. Invero, pur in assenza di simili espressioni, anche il mero impiego nel dispositivo di nozioni autonome appare sufficiente a rinviare, con precisione, alle verifiche cui è preposto il giudice nazionale, le quali sono descritte – con maggiore o minore articolazione, a seconda dei casi – nel corpo motivazionale della pronuncia, o comunque tramite il richiamo di precedenti pronunce ove tali verifiche siano state già definite³¹¹.

Ad ogni modo, quale che sia la modalità di rinvio alle criteriologie sostanzialistiche rilevanti per le garanzie fondamentali, e alle corrispondenti valutazioni affidate alle giurisdizioni nazionali, il contenuto della risposta al quesito interpretativo sembra potersi pienamente apprezzare solo attraverso una lettura congiunta del dispositivo e della motivazione, secondo un ordinario canone di interpretazione delle pronunce giudiziarie nella loro totalità. Le ulteriori verifiche, cui il dispositivo rimanda implicitamente o esplicitamente,

³⁰⁹ Si v. *supra* nella presente Sezione, §§ 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3.

³¹⁰ In tal senso, si v. Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit., ove nel dispositivo si legge: «[s]petta al giudice nazionale accertare, tenuto conto del complesso delle circostanze del procedimento principale, che l'onere risultante concretamente per l'interessato dall'applicazione della normativa nazionale in discussione nel procedimento principale e dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni che la medesima autorizza non sia eccessivo rispetto alla gravità del reato commesso».

³¹¹ In Corte giust. UE, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, cit., punti 54 e 56, si fa espresso riferimento alle verifiche in concreto affidate al giudice nazionale solo nella motivazione.

devono svolgersi secondo quelle indicazioni rinvenibili nei conferenti passi motivazionali, le quali concorrono in tal modo alla ‘regola’ di giudizio ricavabile dalla pronuncia. Se talvolta le indicazioni ermeneutiche sono illustrate in termini piuttosto generali, talaltra esse assumono un carattere maggiormente analitico, e segnalano in modo specifico il comportamento del criterio generale – in ipotesi, per restare ai casi esaminati, quello concernente la finalità e gravità della singola sanzione – rispetto agli elementi fattuali e normativi caratterizzanti il caso nazionale. In alcuni casi il grado di dettaglio di siffatte indicazioni è tale che, di fatto, la pronuncia europea dirige l’attività delle giurisdizioni interne in una direzione univoca. In tal guisa, la valorizzazione del canone ermeneutico poc’anzi menzionato consente di superare – o quantomeno ridimensionare – quei profili di criticità connessi a una (ritenuta) genericità o vaghezza della ‘regola’ indicata nel dispositivo, enfatizzando i limiti ricavabili dalla stessa pronuncia europea per lo svolgersi della discrezionalità giudiziaria negli “spazi” aperti – inevitabilmente, per le ragioni illustrate – dal ricorso a questa categoria di pronunce interpretative³¹².

3.4. Segue. *Le problematiche poste dall’adozione di tali pronunce in ambito punitivo: riletture della ‘vicenda Taricco’*

I profili di complessità legati alla “formula aperta” del dispositivo della pronuncia europea sono emersi con nitidezza nel seguito della celebre sentenza *Taricco*, con riguardo all’interpretazione di una norma di diritto europeo primario, ossia l’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, istitutiva di un generico obbligo di effettiva e dissuasiva repressione delle frodi e di altre attività illegali lesive degli interessi finanziari dell’Unione europea³¹³. Tale pronun-

³¹² Si cfr. SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale “tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 185 ss., spec. 186.

³¹³ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 8 settembre 2015, causa C-104/14, *Taricco e altri*, su cui cfr., fra le varie opere, PAONESSA C.-ZILLETI L. (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, Pacini, 2016; BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017; VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenale*.

cia ha dato luogo a una assai intricata vicenda giudiziaria a causa della possibile violazione, da parte della 'regola' applicabile a seguito del chiarimento ermeneutico da essa fornito, di un principio supremo del nostro ordinamento, vale a dire i principi di legalità (sotto il profilo della determinatezza) e irretroattività dei reati e delle pene³¹⁴.

Procedendo con ordine, il quesito interpretativo oggetto della prima pronuncia della Corte di giustizia³¹⁵, come invero precisato e riformulato da quest'ultima³¹⁶, riguardava l'interpretazione di una pluralità di norme di diritto europeo, fra cui il predetto art. 325 TFUE, e nello specifico la compati-

uomo.org; VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*; CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimita della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.; MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, spec. 3.; FARAGUNA P.-PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, *ivi*; LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*; MASTROIANNI R., *Supremazia del diritto dell'Unione e "controlimiti" costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, *ivi*; MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 3488 ss.

³¹⁴ Nell'ambito del procedimento di costituzionalità avviato in relazione alla presunta lesione dei controlimiti, la Corte costituzionale italiana ha proposto un nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo, avente ad oggetto lo stesso diritto europeo primario come precisato nella sentenza *Taricco*: si v. Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, sulla quale, fra l'altro, cfr. BERNARDI A.-CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017. La Corte di giustizia ha risposto ai nuovi quesiti interpretativi fornendo – come si avrà modo di illustrare nel presente paragrafo – alcune precisazioni rispetto alla 'regola' ricavabile dalla prima pronuncia: si v. Corte giust. UE, Grande Sez., sent. 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, su cui AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit. A seguito della seconda pronuncia europea, la Corte costituzionale ha esaminato nel merito le questioni di costituzionalità sollevate: si v. Corte cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115, sulla quale si tornerà *infra*, Cap. III, Sez. I, § 3.

³¹⁵ O meglio, il quesito rilevante fra quelli proposti dal Tribunale di Cuneo nella propria ordinanza di rinvio pregiudiziale del 17 gennaio 2014, reperibile in *penalecontemporaneo.it*, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, con la nota di ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, *ivi*.

³¹⁶ In effetti, il giudice italiano rimettente non aveva mai neppure menzionato nell'ordinanza di rinvio l'art. 325 TFUE, come segnala AMALFITANO C., *La "saga Taricco": dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-105/14 all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in ID. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 3 ss., spec. 4.

bilità, rispetto ad esse, della disciplina della prescrizione del reato contenuta negli artt. 160, terzo comma, e 161, secondo comma, cod. pen., nella versione all'epoca vigente. Le previsioni legislative interne, pur indicando diverse tipologie di atti interruttivi del decorso del periodo di prescrizione del reato, sancivano un limite massimo di durata di tale periodo, che in nessun caso avrebbe potuto essere superiore al tempo ordinario necessario a prescrivere il reato aumentato di un quarto, salvo ipotesi peculiari. L'applicazione di siffatta disciplina nei giudizi penali aventi ad oggetto le frodi in materia di IVA, analoghi al giudizio nel cui ambito era stato promosso il rinvio pregiudiziale, conduceva di sovente alla pronuncia di sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato a causa dello spirare della prescrizione, e ciò soprattutto nelle ipotesi delle cc.dd. frodi carosello. Ne derivava, dunque, l'inoperatività di fatto del sistema repressivo configurato dal legislatore nazionale rispetto alle gravi fattispecie di reato oggetto di contestazione³¹⁷.

Con la sentenza *Taricco* la Corte di giustizia ha ritenuto che la disciplina nazionale in tema di prescrizione fosse suscettibile di pregiudicare gli obblighi punitivi previsti dall'art. 325, §§ 1 e 2 TFUE, riconoscendo la possibilità per il giudice nazionale di procedere alla sua "disapplicazione". Ripercorrendo l'*iter* motivazionale della pronuncia, il primo passaggio essenziale è rappresentato dall'affermazione dell'astratta idoneità della normativa interna a incidere sulla effettività e sulla dissuasività del sistema punitivo previsto dal legislatore nazionale per la repressione delle frodi in materia di IVA, rientranti nel novero delle categorie di illecito lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea³¹⁸. Si affidava, così, al giudice comune il compito di verificare se l'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione determinasse «in un numero considerevole di casi» l'impunità per gli autori di tali frodi, ovvero se le medesime disposizioni nazionali operassero rispetto ai casi di frode in materia di IVA alla stregua di quanto avveniva nei casi di frodi lesive dei soli interessi finanziari dello Stato italiano³¹⁹. Il secondo passaggio

³¹⁷ In generale, sull'incidenza dell'istituto della prescrizione sul sistema della giustizia penale e sulla punibilità dei singoli, cfr. GIOSTRA G., *La prescrizione: aspetti processuali*, in BERIA DI ARGENTINE C. (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Giuffrè, Milano, 2006, 79 ss.

³¹⁸ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Taricco e altri*, cit., punti 34-46.

³¹⁹ *Ivi*, punti 47-48; sul punto la Corte di giustizia, peraltro, evidenziava come il diritto interno non prevedesse, in particolare, alcun termine assoluto di prescrizione per il reato di associazione allo scopo di commettere delitti in materia di accise sui prodotti del tabacco, così forse suggerendo quale potesse essere la disciplina nazionale applicabile in sostituzione di quella incompatibile con il diritto europeo.

fondamentale della pronuncia è consistito nella precisazione dell'esatto contenuto delle disposizioni di cui all'art. 325 TFUE, che sono state interpretate come istitutive di un vincolo di risultato preciso e non condizionato, e pertanto sono state riconosciute come norme di diritto primario dotate di effetti diretti³²⁰. Nel terzo passaggio logico della pronuncia, la Corte di giustizia ha chiarito che l'accertamento da parte del giudice interno della compromissione dell'effettività e dissuasività del sistema punitivo in materia di IVA avrebbe dovuto avere quale conseguenza la "disapplicazione" della disciplina nazionale sulla prescrizione, in virtù del principio del primato del diritto europeo³²¹.

Fra le molteplici problematiche determinate dalle affermazioni contenute nella pronuncia – accolta, pur se con talune eccezioni³²², in modo critico dalla dottrina italiana³²³ – la prima a venire in rilievo attecchiva alla portata dell'eventuale "disapplicazione" con effetti *in malam partem* delle norme interne sul regime di prescrizione dei reati, appartenenti al diritto sostanziale secondo le categorie nazionali³²⁴. Si poneva, in particolare, la questio-

³²⁰ *Ivi*, punti 49-52; assumono una posizione critica rispetto al riconoscimento di effetti diretti all'art. 325 TFUE, fra gli altri, AMALFITANO C., *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 153 ss.; BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; CANNIZZARO E., *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., spec. 46; GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. un. eur.*, 2017, spec. 259 ss.

³²¹ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Taricco e altri*, cit., punti 53-58.

³²² Pur se con talune riserve, e non senza sottolineare alcune problematiche, soprattutto rispetto al riconoscimento di effetti diretti all'art. 325 TFUE, assume una posizione non del tutto critica sulla pronuncia della Corte di giustizia VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016; reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

³²³ Si cfr. CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; SICURELLA R., *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranoismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016; BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, cit.

³²⁴ Sulla scelta, affatto innovativa, deve rilevarsi nella decisione l'assenza di un adeguato percorso motivazionale, come notato da MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è vero dialogo?*, in BERNARDI A.-

ne della perimetrazione nel tempo degli effetti prodotti dall'eventuale non-applicazione di tali norme interne, attesa la necessità che ogni intervento punitivo si espliciti nel rispetto dei diritti fondamentali dei singoli interessati, e in particolare del divieto di applicare retroattivamente in senso sfavorevole norme penali, incriminatrici e sanzionatorie. Si trattava, cioè, di coordinare la possibile “disapplicazione” della disciplina nazionale sulla prescrizione e l'esigenza di assicurare che nessuno potesse subire l'inflizione di pene per lui imprevedibili in base alla disciplina esistente al momento della commissione del fatto incriminato³²⁵.

Un secondo profilo problematico della decisione era legato alla presunta indeterminatezza nella definizione delle condizioni e dei presupposti per la “disapplicazione” delle norme interne sulla prescrizione. La pronuncia attribuiva al giudice nazionale il compito di verificare se le norme nazionali fossero preclusive all'irrogazione, nei confronti degli autori di fatti di «frode grave» lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, di sanzioni effettive e dissuasive «in un numero considerevole di casi», o se le stesse norme interne prevedessero, per le ipotesi di frode lesive degli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le ipotesi di frode lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea. Il dispositivo, in particolare, individuava gli elementi che avrebbero dovuto divenire oggetto di specifico apprezzamento, da parte del giudice nazionale, con formulazioni certo generiche, ma suscettive di trovare maggiore determinatezza alla luce del percorso argomentativo della pronuncia, e cioè secondo il sopra menzionato criterio di interpretazione delle pronunce giudiziarie³²⁶.

Il duplice ordine di problemi appena descritto è stato affrontato nell'articolato seguito giudiziario interno, nell'ambito del quale si sono avuti esiti processuali differenti³²⁷. In certi casi, si è data applicazione alla ‘regola Ta-

CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 281 ss. e spec. 284, il quale segnala una «certa penuria di argomentazioni».

³²⁵ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Taricco e altri*, cit., punti 49-58; rispetto a tale pronuncia AMALFITANO C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?*, in PELLIZONE I. (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale*, cit., 117 ss., sottolineava come la Corte di giustizia avrebbe potuto provvedere a una limitazione nel tempo degli effetti della pronuncia, evitando la retroattività degli effetti *in malam partem*.

³²⁶ In argomento, si veda MANES V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, cit., spec. 3.; EUSEBI V.L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

³²⁷ Per una ricostruzione complessiva di esso, cfr. BERNARDI A., *Presentazione. I contro-*

ricco'³²⁸, anche tentando di definirne le relative nozioni di «frode grave» e di «numero considerevole di casi»³²⁹. In altri, invece, si è proceduto a sollevare questione di legittimità costituzionale sulla legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui autorizzava l'ingresso nell'ordinamento interno dell'art. 325 §§ 1-2 TFUE, come interpretato dalla sentenza *Taricco*, in quanto ritenuto incompatibile con il principio di legalità in materia penale, quale principio supremo dell'ordine costituzionale italiano cui corrisponde un diritto inalienabile³³⁰. Nel giudizio di costituzio-

limiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., VII ss.; ANDREAZZA G., *Il seguito dictum Taricco nella giurisprudenza di legittimità*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 27 ss.

³²⁸ Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 17 settembre 2015 (dep. 26 gennaio 2016), n. 2210, *Pennacchini*, in CED n. 266121, in cui si è proceduto alla disapplicazione delle norme interne, e si è quindi proseguito nel processo penale in corso di celebrazione, pur a fronte del fatto che la prescrizione fosse già maturata (ma non dichiarata) in data anteriore all'emissione della sentenza *Taricco*: sulla pronuncia della Suprema Corte, si vedano i commenti di VIGANÒ F., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*, e di REPETTO G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2016, 329 ss.; Cass. pen., Sez. IV, sent. 25 gennaio 2016 (dep. 26 febbraio 2016), n. 7914, *Tormenti*, in CED n. 266078, nella quale la verifica delle condizioni per procedere alla «disapplicazione» ha dato esito negativo e si è pertanto ritenuta la perdurante applicabilità della disciplina interna sulla prescrizione, implicitamente riconoscendosi, peraltro, che la regola *Taricco* avrebbe potuto operare solo a condizione che il termine prescrizione fosse ancora pendente: si vedano, in proposito, i commenti di PITTARO P., *Sentenza Taricco: per la Cassazione non può applicarsi ove la prescrizione sia già decorsa*, in *ilpenalista.it*, 2016, e di GALLUCCIO A., *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.

³²⁹ Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 7 giugno 2016 (dep. 24 ottobre 2016), n. 44584, *Puteo e altro*, in CED n. 269281; sent. 15 dicembre 2016 (dep. 14 marzo 2017), n. 12160, *Scauu*, in CED n. 269323; sent. 21 aprile 2017 (dep. 22 giugno 2017), n. 31265, *P.G. in proc. Schiavolin*, in CED n. 270193.

³³⁰ Le due ordinanze che hanno dato luogo al giudizio di costituzionalità, in cui poi sono intervenute l'ord. n. 24 del 2017 e la sent. n. 115 del 2018 della Corte costituzionale, sono Corte d'appello di Milano, ordinanza 18 settembre 2015, n. 6421/14, su cui VIGANÒ F., *Il caso Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*; e Cass. pen., Sez. III, ord. 30 marzo 2016, n. 28346, *Cestari e altri*, in CED n. 267259-01. Si rinviangono altre tre ordinanze di rimessione, decise dalla Corte

nalità instaurato, il Giudice delle leggi ha deciso di non ergere direttamente i cc.dd. controlimiti – come pure era stato sostenuto in dottrina³³¹ – ma ha proposto un nuovo rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia, basato su un’implicita richiesta di interpretazione “correttiva” della sentenza *Taricco*³³². L’approccio solo in apparenza era dialogante, considerato che, in mancanza della richiesta “correzione” ermeneutica, si prospettava la concreta operatività dei controlimiti³³³.

I quesiti interpretativi oggetto del rinvio erano volti a chiarire se l’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE dovesse essere interpretato nel senso di imporre la “disapplicazione” della normativa nazionale sulla prescrizione quando manchi una base legale sufficientemente determinata (primo quesito), e quando, nell’ordinamento dello Stato membro, la prescrizione sia parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità (secondo quesito), nonché se la ‘regola *Taricco*’ dovesse operare anche quando tale “disapplicazione” sia in contrasto con i principi supremi dell’ordinamento costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro, ossia i cc.dd. controlimiti al primato del diritto europeo (terzo quesito).

costituzionale con la ordinanza 21 dicembre 2018, n. 243: Tribunale di Siracusa, ord. 25 maggio 2016 e ord. 2 febbraio 2017; Cass. pen., Sez. III, ord. 31 marzo 2016 (dep. 1° agosto 2016), n. 33538.

³³¹ In tal senso, si cfr. CIVELLO G., *La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015; BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell’ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016; CAMON A., *La torsione d’un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016.

³³² Si cfr. CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

³³³ Si cfr. MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017; PICCIRILLI G., *L’unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, *ivi*; VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, *ivi*.

Con la sentenza *M.A.S. e M.B.* la Grande Sezione della Corte di giustizia ha adottato una soluzione conciliativa³³⁴, con la quale ha precisato³³⁵ e, in parte, rivisto alcuni passaggi della precedente pronuncia³³⁶. Le precisazioni – o, forse potrebbe dirsi, le aggiunte – contenute in questa seconda pronuncia derivavano principalmente da una diversa considerazione del principio di determinatezza. Vi si chiariva, in proposito, che un'eventuale situazione di incertezza dovuta alla 'regola *Taricco*' circa l'individuazione del regime di prescrizione applicabile nell'ordinamento giuridico italiano sarebbe stata contrastante con il predetto corollario del principio di legalità punitiva, e quindi in tal caso il giudice nazionale non avrebbe dovuto procedere alla "disapplicazione" delle norme interne³³⁷. Le correzioni riguardavano, invece, il rapporto fra "disapplicazione" e principio di irretroattività in materia penale: si è riconosciuto che tale principio osta alla "disapplicazione" delle norme interne sulla prescrizione nei procedimenti penali riguardanti fatti avvenuti anteriormente all'emissione della sentenza *Taricco*, onde evitare che i relativi imputati fossero assoggettati a un regime di punibilità più severo di quello previsto al momento della commissione del reato³³⁸. Su tali basi, la Corte di giustizia ha concluso nel senso che la 'regola *Taricco*' potesse operare solo nella misura in cui la non-applicazione delle norme interne sulla prescrizione non comportasse violazioni sotto il

³³⁴ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *M.A.S. e M.B.*, cit.; si cfr. DI FEDERICO G., *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controllimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit., 107 ss.; ROSSI L.S., *M.A.S. e M.B. e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono ... pur parlando lingue diverse*, *ivi*, 153 ss.; BIN R., *Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?*, *ivi*, 227 ss.; D'AMICO M., *Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di giustizia*, *ivi*, 235 ss.; LUPO E., *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile*, *ivi*, 349 ss.

³³⁵ La stessa Corte di giustizia riconosce che le precisazioni si rendono necessarie, in ragione degli interrogativi dalla Corte costituzionale «che non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza *Taricco*» (punto 28 della sentenza): sul punto LUPO E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

³³⁶ Nel senso di una rilettura manipolativa della precedente sentenza *Taricco*, si veda INSOLERA P., *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *L'indice penale*, 2018, spec. 249.

³³⁷ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *M.A.S. e M.B.*, cit., spec. punti 56 e 59.

³³⁸ *Ivi*, spec. punti 55, 57 e 60.

profilo della determinatezza e irretroattività delle conseguenze punitive.

A ben vedere, la seconda pronuncia non ha messo in discussione, di per sé, l'astratta possibilità che il contrasto con la norma europea di diritto primario dotata di effetti diretti potesse fondare la non-applicazione di norme penali interne con effetti *in malam partem*, ma ha delimitato il perimetro di operatività di tale potere di "disapplicazione" alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali, espressivi di corollari del principio di legalità in materia punitiva³³⁹. In tal senso, si chiariva esplicitamente l'inoperatività della "disapplicazione" rispetto ai fatti commessi prima della data di emissione della sentenza, anche se invero tale conseguenza sarebbe potuta discendere – come osservato in letteratura – da una adeguata lettura della prima pronuncia europea³⁴⁰. Per quanto concerne i fatti successivi, si rimetteva al giudice nazionale il compito di verificare il rispetto del principio di determinatezza, e quindi di procedere o meno alla "disapplicazione" delle norme interne in base all'esito di siffatta verifica³⁴¹. Proprio i dubbi relativi alla (presunta) carente determinatezza della 'regola Taricco' sono stati affrontati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 115 del 2018, e risolti – come si vedrà, non senza qualche criticità³⁴² – nel senso dell'incompatibilità con il corollario del principio di legalità con conseguente inapplicabilità della regola giurisprudenziale³⁴³.

³³⁹ La conclusione resta affatto innovativa, se si considera che, come si è visto, tale possibilità era stata sempre negata dalla giurisprudenza europea nelle ipotesi di antinomia con norme di diritto europeo secondario contenute in direttive e in regolamenti.

³⁴⁰ Si v. RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, cit., 308.

³⁴¹ Si v. MARCENÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Quad. cost.*, 2018, 231 ss.

³⁴² Considerato che, come osserva RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, cit., era chiaro che il requisito del «numero considerevole dei casi», cui era subordinata l'operatività della 'regola Taricco', si riferisse proprio alle frodi in questione.

³⁴³ Ancor più in generale, la vicenda complessiva sollevava una problematica nuova concernente la legittimità in sé di un intervento punitivo basato, in sostanza, su di una 'regola' dettata in una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.

Capitolo III

Le concezioni sovranazionali nella giurisprudenza nazionale

Sezione I

Le ricadute nella giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO: 1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze del sindacato di costituzionalità su norme punitive. – 2. L'estensione dei principi costituzionali di legalità e irretroattività delle norme punitive. – 2.1. La duplice direttrice estensiva del principio di irretroattività. – 2.1.1. L'irretroattività di norme punitive extrapenali. – 2.1.1.1. Le origini del nuovo indirizzo interpretativo. – 2.1.1.2. Lo sviluppo di una criteriologia sostanzialistica 'propria'. – 2.1.1.3. Fra "applicazione" interna delle garanzie sovranazionali e operatività della garanzia costituzionale. – 2.1.1.4. Le conseguenze nella successione impropria di norme punitive eterogenee. – 2.1.2. L'irretroattività di norme punitive formalmente processuali. – 2.2. L'estensione del principio di precisione (tassatività) alle norme punitive extrapenali. – 2.3. *Excursus*: l'estensione di altre garanzie tipiche del diritto penale. – 2.4. La compresenza di approcci ermeneutici estensivi (sostanzialistici) e restrittivi (formalistici) circa la portata della riserva di legge penale. – 3. L'esclusione del diritto giurisprudenziale dal perimetro oggettivo dei principi costituzionali di legalità e irretroattività. – 3.1. I profili di resistenza a riletture sostanzialistiche del concetto di legalità. – 3.2. L'incostituzionalità per contrasto con obblighi sovranazionali quale ipotesi di diritto giurisprudenziale con effetti *in malam partem*. – 4. Le implicazioni sul principio di legalità degli approdi giurisprudenziali in tema di proporzionalità sanzionatoria. – 4.1. L'enucleazione dello statuto costituzionale del principio di proporzionalità sanzionatoria, penale ed extrapenale. – 4.2. La proporzionalità dei cumuli punitivi omogenei. – 4.3. La proporzionalità dei cumuli punitivi eterogenei. – 4.3.1. ... in materia di abusi di mercato. – 4.3.2. ... in ambito tributario. – 4.3.3. ... in relazione agli obblighi di mantenimento dei figli. – 4.3.4. ... nella disciplina sul diritto d'autore. – 4.3.5. I limiti e le potenzialità di un intervento della Corte costituzionale.

1. *Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze del sindacato di costituzionalità su norme punitive*

Le elaborazioni giurisprudenziali sovranazionali influenzano, direttamente e indirettamente, le traiettorie del sindacato di costituzionalità sulle scelte punitive¹, incidendo sull'equilibrio – invero instabile – fra i due estremi entro cui esso si è dispiegato, da un lato il rispetto della discrezionalità legislativa e dall'altro l'esigenza di assicurare la conformità del relativo esercizio a principi e garanzie costituzionali². Il rilievo di tali elaborazioni nel giudizio di legittimità costituzionale ha portato all'emersione di nuove istanze di tutela rispetto all'esercizio di poteri punitivi, la cui giustiziabilità, non sempre agevole³, mette in discussione quei limiti che la stessa giurisprudenza costituzionale si era nel corso del tempo imposta, in coerenza con

¹ L'individuazione dei limiti di intervento del sindacato di costituzionalità su norme punitive rappresenta un tema largamente esaminato nella dottrina costituzionalistica e penalistica. In generale, per uno studio sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale nel primo sessantennio di attività della Corte costituzionale, si veda FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 325 ss.

² La discrezionalità concerne la scelta sul ricorso alla sanzione e sulla tipologia di sanzione, penale o extrapenale: in proposito, in generale, cfr. CHIRULLI P., *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D'ORLANDO E.-MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 39 ss.; nel senso della valorizzazione della sanzione penale quale *extrema ratio*, si v. ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 227 ss. Nella giurisprudenza costituzionale recente, sui limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrarietà quale ostacolo al controllo di costituzionalità sull'esercizio della discrezionalità legislativa nella materia penale propriamente intesa, ai fini della definizione delle fattispecie di reato e della determinazione del relativo trattamento sanzionatorio, cfr. *ex multis*, Corte cost., sent. 20 dicembre 2022, n. 260, n. 3.1 *Cons. dir.*; il medesimo limite della manifesta irragionevolezza caratterizza, almeno in termini astratti, il sindacato sulle scelte legislative relative all'*an* e al *quantum* delle sanzioni amministrative: si v., anche sotto questo profilo, *ex multis*, Corte cost., sent. 22 dicembre 2022, n. 266, n. 5.1 *Cons. dir.*

³ Come rileva MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in ID.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 335, perché possa verificarsi l'intervento del giudice costituzionale occorre, per un verso, che da una pronuncia della Corte EDU riguardante un caso assimilabile a quello interno sia ricavabile un principio con cui la disposizione nazionale si ponga inequivocabilmente in contrasto, e, per un altro verso, che il *petitum* del giudice remittente – e, quindi, potrebbe aggiungersi, la risposta della Corte costituzionale – sia circoscritto al perimetro della violazione dichiarata nella sede sovranazionale.

letture rigide della *ratio* del principio di legalità punitiva, e comunque in una logica di *self-restraint*⁴.

Sotto un primo profilo, il giudizio di conformità delle norme interne alle garanzie convenzionali ed europee, e al diritto dell'Unione europea nel suo complesso, impone l'adozione di schemi di giudizio sostanzialistici, i quali esigono verifiche circa l'integrazione di criteri decisori, messi a punto – come si è analizzato – per la definizione delle nozioni autonome sovranazionali⁵. Il ricorso a tali canoni implica un ampliamento degli spazi entro cui può esplicarsi la giurisdizione costituzionale, in una dinamica che scalfisce – in vario modo e con un diverso grado di intensità, a seconda dei singoli aspetti presi in considerazione – le predicate prerogative del potere legislativo nell'ambito ordinamentale di interesse⁶.

⁴ L'influenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale ha contribuito, quale concausa, all'attuale "stagione" segnata, in generale, da un peculiare interventismo della Corte costituzionale, ravvisabile anche in approdi che prescindono da un'incidenza diretta delle pronunce convenzionali ed europee, trovando espressione nell'elaborazione e nell'implementazione di soluzioni innovative, sul piano processuale e decisorio: sotto quest'ultimo profilo, il riferimento va, in particolare, al superamento del limite delle cc.dd. rime obbligate per l'adozione di pronunce manipolative su norme punitive, su cui si tornerà *infra* nella presente Sezione al § 4, e alle ordinanze di rinvio a data fissa, di cui si è avuta la prima espressione in Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, resa nel giudizio di costituzionalità sorto nell'ambito della c.d. vicenda Cappato, su cui folta è la dottrina a commento: con specifico riguardo agli aspetti di giustizia e processo costituzionale, cfr. GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.; BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 2018; BIONDI F., *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019; DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, *ivi*; D'AMICO M., *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, *ivi*; DOLSO G.P., *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, *ivi*; CARNEVALE P., *Incappare in ... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2, 2019; REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss.; ROMBOLI R., *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 6, 2019, parte I, 1892 ss.; RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusiva vicenda*, in *Consulta online*, 1, 2019; RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, 2, 2019.

⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, §§ 2-4; Sez. II, § 3.2.

⁶ Ad esempio, il particolare grado di gravità o lo scopo, di fatto, afflittivo di una certa

Sotto un secondo profilo, la conformazione agli obblighi punitivi sovranazionali richiede una valutazione sull'adeguatezza del trattamento istituito dal legislatore nazionale e, in caso di esito negativo, potrebbe esigere un'estensione dell'ambito applicativo del diritto punitivo o un suo inasprimento, investendo – com'è inevitabile – la posizione della Corte costituzionale. Tale compito incrocia, in effetti, non solo il potere di adottare pronunce di incostituzionalità produttive di effetti *in malam partem*⁷, così da soddisfare l'obbligo punitivo sovranazionale, ma anche quello di verificare, nel ruolo di Giudice “dei controlimiti”, la legittimità dell’“ingresso” di una norma europea produttiva di conseguenze punitive più sfavorevoli di quelle poste dalle norme interne, o eventualmente le condizioni alle quali tali conseguenze possano prodursi nell'ordinamento interno⁸.

Le tendenze riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, in relazione a entrambi i profili, appaiono mutevoli in ragione della singola norma o garanzia evocata quale norma parametro o quale norma parametro interposto – onde dei pertinenti precedenti giurisprudenziali convenzionali o europei atti a integrarla – e altresì dei caratteri della norma oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale. In generale, infatti, si riscontrano esempi di reale contaminazione fra differenti linguaggi – quelli sovranazionali e quelli interni – e, per contro, silenti o financo aperti contrasti, tuttora irrisolti⁹.

In alcune occasioni, in particolare, le giurisprudenze sovranazionali non soltanto irrompono nel sindacato di costituzionalità per il tramite dei parametri “tipici” (gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., nel caso della Cor-

sanzione extrapenale è suscettibile di determinare l'applicabilità, rispetto a detta sanzione, delle garanzie della legalità e irretroattività in materia penale (o di altre garanzie penalistiche); la contestazione giudiziale di una fattispecie incriminatrice a casi nuovi prima ritenuti esclusi, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale, dalla relativa cornice applicativa assume sostanzialmente i caratteri di un'imputazione imprevedibile per il singolo destinatario dell'addebito, pur a fronte di un immutato quadro normativo; ancora, pur non contestandosi la legittimità *tout court* di ipotesi di ‘doppio binario’, la mancanza di un adeguato coordinamento fra procedimenti sanzionatori di diversa natura incidenti sullo stesso fatto illecito dà luogo in concreto a una violazione del divieto di *bis in idem*.

⁷ Si v. *infra* nella presente Sezione, § 3.2.

⁸ Si v. *infra* nella presente Sezione, § 3.1.

⁹ Sull'influenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale rispetto alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, si v., fra gli altri, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, 15 ss.; e MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311 ss. In generale, cfr. VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità “convenzionale”?*, cit., spec. 6-9.

te di Giustizia e il solo art. 117, primo comma, Cost. per la Corte europea dei diritti), ma concorrono anche all'affermazione di interpretazioni espansive del contenuto delle garanzie costituzionali interne. In questa seconda prospettiva, il richiamo di filoni o precedenti giudiziari europei e convenzionali rappresenta un argomento – seppure talvolta non adeguatamente esplicitato – dirimente per il superamento degli orientamenti sviluppatisi sull'ambito di applicazione di principi costituzionali interni (come quelli di irretroattività e precisione-tassatività della legge punitiva)¹⁰ interessati da tendenze meramente estensive¹¹. Sul piano decisorio, inoltre, gli approdi giurisprudenziali sovranazionali influiscono sull'ampliamento delle possibilità di utilizzo di nuove tecniche – come quelle elaborate intorno alla giustiziabilità di violazioni del principio di proporzionalità delle sanzioni – con significative ricadute in ordine ai rapporti fra legislazione e giurisdizione costituzionale¹².

In altre occasioni, invece, la Corte costituzionale nega di potere – o dovere – attribuire rilievo alle elaborazioni giudiziarie sovranazionali, giungendo ad affermare che le garanzie interne sarebbero in grado di assicurare, già in astratto, una protezione maggiore rispetto alle corrispondenti garanzie convenzionali ed europee, anche se una simile osservazione – come si avrà modo di illustrare – pare fondarsi su percorsi argomentativi non privi di criticità¹³. Si tratta, qui, di tendenze conservative del patrimonio giuridico nazionale, quale precipitato storico e culturale, volte a escludere

¹⁰ D'altronde, se l'attività interpretativa di ogni disposizione giuridica, quindi anche quella di disposizioni costituzionali, risente del contesto e del complesso organico in cui esse sono inserite e destinate a operare, il crescente rilievo delle garanzie sovranazionali, nel significato emergente dalle pronunce delle Corti europee, dà luogo a un nuovo contesto di riferimento entro cui la giurisdizione costituzionale si esplica, e a conseguenti inevitabili ripercussioni sul piano ermeneutico. Queste considerazioni lambiscono, a ben vedere, la tematica assai più ampia dell'attribuzione all'interpretazione costituzionale di funzioni e caratteristiche creative, realmente o pretesamente tali, su cui, fra le altre, restano attuali le riflessioni di ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss., spec. 915, e ancor prima di CAPPELLETTI M., *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1957, 883.

¹¹ Si v. *infra* nella presente Sezione, § 2.

¹² Si v. *infra* nella presente Sezione, § 4.

¹³ Il riferimento è a Corte cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, su cui si tornerà *infra* nella presente Sez., § 3.

l'estensione delle garanzie fondamentali penalistiche al diritto giurisprudenziale¹⁴. Siffatte tendenze, a ben vedere, hanno trovato nitida rappresentazione nella prospettata (o minacciata, a seconda dei punti di osservazione) operatività dei controlimiti rispetto all'eventuale ingresso nell'ordinamento nazionale della c.d. 'regola Taricco', resa – come si è osservato – per l'interpretazione di un obbligo punitivo europeo, reputato irrimediabilmente indeterminato nel suo tenore testuale, e pertanto insuscettivo di essere riempito di contenuti in via giurisprudenziale con effetti *in malam partem*¹⁵.

Dunque, accantonato ogni tentativo di formulare osservazioni generalizzanti rispetto alle diverse tendenze appena tratteggiate (estensive delle garanzie interne, semplicemente evolutive e, al contrario, conservative), così come di rinvenire un comune *fil rouge* fra di esse, più limitatamente si può osservare che i modi attraverso cui la giurisprudenza delle Corti europee influenza lo svolgersi del sindacato di costituzionalità sulle scelte punitive – e, rovesciando l'angolo prospettico, i modi in cui la giurisdizione costituzionale ne fa utilizzo – inducono a esaminare distintamente gli approdi raggiunti in riferimento alle diverse garanzie fondamentali¹⁶. La disamina è, quindi, condotta partitamente rispetto non solo a ciascuna garanzia, ma anche in relazione a singoli profili, corollari o regole, nelle stesse racchiusi e meritevoli di autonoma considerazione, e tuttavia – pur seguendo tale opzione metodologica – ci si propone di non trascurare il quadro d'insieme, vale a dire la sistematica dei principi e delle garanzie rilevanti nella materia penale, in senso stretto e in senso lato intesa¹⁷.

¹⁴ Si v. *infra* nella presente Sezione, § 3.

¹⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.4.

¹⁶ Ci si interesserà, più precisamente, dapprima del principio di legalità, di cui saranno vagliate le potenzialità espansive rispetto al diritto punitivo in senso ampio (§ 2) e al diritto di provenienza giurisprudenziale (§ 3). Successivamente l'analisi si occuperà del principio di proporzionalità dei trattamenti sanzionatori per le sue implicazioni sul principio di legalità, e in particolare saranno istruite le problematiche poste dal cumulo di strumenti punitivi di diversa natura nelle ipotesi di 'doppio binario', in considerazione dei più recenti approdi della giurisprudenza convenzionale ed europea, che hanno declinato la garanzia del *ne bis in idem* in termini nuovi, come espressiva di un'esigenza, oltre che di coordinamento fra i procedimenti sanzionatori avviati, anche di proporzionalità del cumulo di sanzioni (§ 4). L'analisi – lo si precisa – non intende occuparsi di tutte le garanzie sostanziali afferenti al diritto punitivo, mirando a far emergere le principali linee di tendenza nella giurisprudenza costituzionale con una diretta e più immediata incidenza sul concetto di legalità nella materia punitiva.

¹⁷ Sul significato e sul valore di un'articolazione sistematica, e quanto più possibile sinergi-

2. L'estensione dei principi costituzionali di legalità e irretroattività delle norme punitive

La giurisprudenza sovranazionale costituisce un fattore coesistente nell'estensione del perimetro applicativo del principio di irretroattività e di alcuni corollari del principio di legalità in materia punitiva, sanciti dall'art. 25, secondo comma, Cost., in relazione ai quali la giurisdizione costituzionale si era, in passato, assestata su orientamenti interpretativi che ne circoscrivevano l'operatività a sanzioni formalmente penali e a istituti formalmente di diritto sostanziale.

In primo luogo, l'esclusione concerneva misure sanzionatorie appartenenti al diritto extrapenale e, salvo che per talune incerte aperture contenute in alcune pronunce degli anni Sessanta del secolo scorso¹⁸, era affermata ricorrentemente in riferimento a molteplici tutele ricavabili dalla disposizione costituzionale. In tale ottica, si era negata la riconducibilità alla riserva di legge *ex art. 25, secondo comma, Cost.* di sanzioni amministrative previste da leggi regionali¹⁹ ovvero da un decreto legislativo luo-

ca, dei principi costituzionali penalistici nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, cfr. MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 272-278.

¹⁸ Si fa riferimento a Corte cost., sent. 9 giugno 1961, n. 29, con la nota di NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 554 ss., e sent. 16 giugno 1964, n. 46, con la nota di RIZZA G., *Profili costituzionali della confisca dei beni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 838 ss., nelle quali, pur negandosi la natura sostanziale di pena a ipotesi di confisca previste dalla legislazione luogotenenziale, si era riconosciuta, in astratto, l'operatività del principio di irretroattività anche rispetto a misure non qualificate dal legislatore come pene; a Corte cost., sent. 3 luglio 1967, n. 78, in cui si era sancita l'estensione alle sanzioni amministrative della garanzia della riserva di legge di cui all'art. 25 Cost., e si era conseguentemente dichiarata l'incostituzionalità delle disposizioni censurate riguardanti la sanzione accessoria della perdita del trattamento di quiescenza; a Corte cost., sent. 21 marzo 1969, n. 37, che, pur se solo in un *obiter dictum*, aveva ricondotto il divieto costituzionale di retroattività, genericamente, alle norme punitive. Non così centrale, ai fini della trattazione, appare invece Corte cost., sent. 29 maggio 1968, n. 53, nella quale, sebbene si rinvenga un passaggio volto a evidenziare la diversa natura delle pene e delle misure di sicurezza, e quindi il relativo differente statuto costituzionale previsto dall'art. 25 Cost., la dichiarazione di illegittimità delle norme processuali oggetto dei dubbi di costituzionalità si era fondata semplicemente sulla idoneità della misura in esame di incidere sulla libertà personale, elemento di per sé decisivo, a prescindere dalla riconducibilità della stessa all'una o altra categoria giuridica (pena o misura di sicurezza), per il riconoscimento della violazione del diritto costituzionale di difesa, discendente dall'art. 24 Cost. e ricavabile altresì dagli artt. 13 e 111 Cost., interpretati nello spirito delle supreme esigenze fissate dalla Costituzione.

¹⁹ Si cfr. Corte cost., sent. 14 aprile 1988, n. 447; ord. 21 aprile 1994, n. 159.

gotenenziale²⁰, in quanto si era ritenuto che l'esigenza di una definizione legislativa di criteri rigorosi per l'esercizio del potere sanzionatorio amministrativo potesse trovare tutela costituzionale negli artt. 23 e 97 Cost.²¹. Si era riconosciuta l'inoperatività del principio di determinatezza delle norme incriminatrici e sanzionatorie in relazione a sanzioni disciplinari di varia tipologia²² e a misure amministrative aventi contenuto afflittivo²³. Si era, inoltre, affermato che il divieto costituzionale di retroattività delle norme punitive sfavorevoli potesse dispiegare effetti esclusivamente nel sistema penale propriamente inteso²⁴ e non invece nelle restanti materie – rispetto a sanzioni amministrative²⁵, a misure amministrative sostitutive di una pena detentiva²⁶ ovvero conseguenti a una condanna penale²⁷ – ove

²⁰ Si cfr. Corte cost., ord. 3 giugno 1992, n. 250.

²¹ Non si era disconosciuto, cioè, che anche rispetto alle sanzioni amministrative sussistesse l'esigenza di predeterminazione di criteri legali per l'esercizio del potere punitivo, ma si era escluso che detta esigenza potesse trovare tutela in base alla riserva di legge prevista dall'art. 25, comma secondo, Cost., in quanto tale riferibile alle sole sanzioni formalmente penali.

²² In tema di sanzioni disciplinari dei magistrati, Corte cost., sent. 8 giugno 1981, n. 100, spec. n. 3 *Cons. dir.*, su cui, in dottrina, GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. cost.*, 1981, 845 ss., e FICI G., *In tema di tipicizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Giust. Civ.*, 1981, parte I, 2171 ss.; sulle sanzioni disciplinari previste dal Testo unico relativo agli impiegati civili dello Stato di cui al d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, cfr. Corte cost., ord. 12 maggio 1988, n. 541; in materia di sanzioni disciplinari militari, cfr. Corte cost., sent. 24 luglio 1995, n. 356.

²³ Sulla misura dell'espulsione, sostitutiva della pena detentiva, prevista dall'art. 14 legge 6 marzo 1998, n. 40 (sostituito dall'art. 15, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), cfr. Corte cost., 28 luglio 1999, n. 369, ove, pur riconoscendosi un contenuto indirettamente afflittivo della misura, ne è stata esclusa la riconducibilità al *genus* delle sanzioni penali, con la conseguenza dell'inapplicabilità delle garanzie costituzionali penalistiche evocate nelle ordinanze di remissione, ossia l'art. 25, secondo comma, e l'art. 27, terzo comma, Cost.

²⁴ In generale, si è affermato che l'irretroattività della legge assurge a principio costituzionale solo nella materia penale, fra le altre, in Corte cost., sent. 28 luglio 1976, n. 194.

²⁵ Si cfr. Corte cost., sent. 14 marzo 1984, n. 68; ord. 19 novembre 1987, n. 421; ord. 3 maggio 2002, n. 150. Non viene, invece, affrontata nel merito la tematica dell'applicabilità del principio costituzionale di irretroattività alle sanzioni tributarie (nella specie, cc.dd. sovrattasse) in Corte cost., ord. 21 gennaio 1988, n. 57.

²⁶ Si cfr. Corte cost., ord. 29 maggio 2002, n. 226.

²⁷ Si cfr. Corte cost., sent. 29 ottobre 1992, n. 407; sent. 31 marzo 1994, n. 118, su cui PACE A., *Legittime le leggi retroattive in materia elettorale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1007 ss.

l'osservanza del divieto era da ritenersi rimessa alla prudente valutazione del legislatore²⁸.

In secondo luogo, un chiaro diniego a una piena operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost. era affermato nella materia dell'esecuzione penale²⁹. Tale conclusione si fondava sul presupposto, meramente formale, della ritenuta inscalfibile natura processuale di tutte le disposizioni concernenti l'ordinamento penitenziario, da considerarsi sottratte – quanto alla loro efficacia nel tempo – al principio costituzionale di irretroattività sfavorevole e, per converso, di retroattività favorevole, e assoggettate al regime del *tempus regit actum*³⁰. Anche qui si trattava di esiti piuttosto consolidati, sebbene non fossero mancate posizioni critiche sul tema, che avevano evidenziato le difficoltà emergenti nella distinzione fra sanzione penale e relativo contenuto esecutivo³¹. E analoghe incertezze si potevano riscontrare, inoltre, nell'applicazione della garanzia a istituti processuali dotati di effetti anche sostanziali (istituti cc.dd. misti)³².

In questo contesto si sono inseriti gli approdi, dapprima, della Corte europea dei diritti, che ricostruisce una nozione autonoma sostanziale di 'ma-

²⁸ Si cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 68 del 1984, n. 2 *Cons. dir.*

²⁹ Si cfr., ad esempio, Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, con il commento di AC-CONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 861 ss.; sent. 5 dicembre 1997, n. 376, con la nota redazionale di D'ALESSIO R., in *Giur. cost.*, 1997, 3636 ss.

³⁰ Si cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 maggio 2006 (dep. 17 luglio 2006), n. 24561, *P.M. in proc. Aloï*, in *CED* n. 2333975.

³¹ Come ricordano MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *sistemapenale.it*, 2020, 3-4, avevano posto in discussione il *deficit* garantistico della fase esecutiva, rispetto a modifiche peggiorative, fra gli altri, BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 1273 ss., e PALAZZO C.F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 232 ss.

³² A completamento del quadro giurisprudenziale anteriore ai più recenti sviluppi, una qualche incerta apertura espansiva dell'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. poteva scorgersi – ma solo indirettamente – in Corte cost., ord. 9 febbraio 2001, n. 33, e ord. 5 luglio 2002, n. 319, in tema di sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo condotto da persona la cui patente di guida era scaduta. In tali pronunce i profili di violazione del principio di tassatività ricavabili dalla disposizione costituzionale, sono stati affrontati nel merito, e dichiarati manifestamente infondati, senza che venisse eccepita l'inapplicabilità di tale disposizione costituzionale oltre i confini del diritto penale *stricto sensu* inteso.

teria penale' anche ai fini dell'art. 7 CEDU³³, e in seguito della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha accolto criteri omologhi per la definizione della propria corrispondente nozione autonoma³⁴, rilevante per le tutele recate dall'art. 49 CDFUE³⁵. L'incidenza di siffatti approdi si è manifestata, anzitutto, nell'indiretta costituzionalizzazione delle garanzie appena menzionate, assurte a parametro interposto di costituzionalità, al che consegue la necessità di fare "applicazione" interna dei *test* elaborati dalle Corti europee. Tale esito non è, però, l'unica conseguenza determinata dall'apertura del sindacato di legittimità costituzionale a detti approdi, i quali hanno concorso anche al realizzarsi del mutamento giurisprudenziale sull'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost., ampliato fino a farvi ricomprendere istituti sostanzialmente punitivi, pur se – come si avrà

³³ Si v. *supra* Cap. II, Sez. I, § 2.

³⁴ Si v. anche per un'applicazione in concreto della criteriologia sostanzialistica, Trib. UE, sent. 27 febbraio 2014, causa T-256/11, *Ahmed Abdelaziz Ezz e a.*, 70-81 e Corte giust. UE, sent. 26 ottobre 2017, causa C-534/16, *Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky c. BB construct s. r. o.*, punti 31-33.

³⁵ L'estensione della disposizione europea è tale da ricomprendere anche sanzioni extra-penali: cfr. già Trib. UE, *Ahmed Abdelaziz Ezz e a.*, cit., punti 71-72, in cui si è affermato che il principio di legalità dei delitti e delle pene, consacrato all'articolo 49, par. 1, prima frase, della CDFUE «può essere invocato non solo nei confronti di decisioni che irrogano sanzioni penali in senso stretto ma anche rispetto a quelle che impongono sanzioni amministrative», e quindi «impone di non applicare disposizioni che prevedano sanzioni amministrative in modo estensivo a discapito della persona interessata»; *Marine Harvest ASA c. Commissione*, cit. punto 378, ove si è riconosciuto esplicitamente che «il principio di legalità si impone sia alle norme di carattere penale sia agli strumenti amministrativi specifici che impongono o consentono di imporre sanzioni amministrative» e che «esso è applicabile non solo alle norme che stabiliscono gli elementi costitutivi di un'infrazione, ma anche a quelle che definiscono le conseguenze derivanti da un'infrazione alle prime». Ne è una dimostrazione la folta giurisprudenza in tema di sanzioni per violazioni delle norme sulla concorrenza: sul divieto di retroattività, cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, cit., punti 198-223, spec. 202, su cui SIMONCINI M., *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1951-1965; *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients c. Commissione*, cit., punti 15-27; *Ori Martin SA e Siderurgica Latina Martin SpA (SLM) c. Commissione*, cit., punti 82-94; Trib. UE, *Wabco Europe e a. c. Commissione*, cit., punti 174-184; sulla determinatezza delle norme punitive, cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione*, cit., punti 80-91; Trib. UE, *Bolloré c. Commissione*, cit., punti 31-53; *H. Lundbeck A/S e Lundbeck Ltd c. Commissione*, cit., punti 761-779; *Marine Harvest ASA c. Commissione*, cit., 376-394; *Icap plc e a. c. Commissione*, cit., punti 188-200.

modo di esaminare nel prosieguo – solo sotto taluni e limitati profili³⁶.

In effetti, la tendenza estensiva ha riguardato, in particolare, quelle garanzie interne, ossia l'irretroattività e la precisione-tassatività delle norme punitive, che si rivolgono alla tutela – pur se non in via esclusiva – della libera autodeterminazione individuale, e quindi accolgono, nella propria portata, quella proiezione individualistica connotante gli sviluppi della giurisprudenza sovranazionale³⁷. In tale ottica, quindi, si riscontra una qualche assonanza fra approdi interni e sovranazionali, quanto meno per la sensibilità mostrata rispetto alle istanze di prevedibilità in concreto delle imputazioni e delle relative sanzioni.

Una dinamica non del tutto opposta, ma certamente più composita, interessa la riserva di legge custodita nello stesso art. 25, secondo comma, Cost., la quale si riferisce, a ben vedere, a un aspetto del tutto indifferente ai fini del rispetto delle garanzie sovranazionali, vale a dire l'individuazione della fonte o delle fonti chiamate a regolare una certa fattispecie³⁸.

Per quanto concerne i profili interessati dall'orientamento estensivo delle tutele interne, occorre rilevare che l'accoglimento e lo sviluppo di criteri di giudizio sostanzialistici comporta che la relativa applicabilità sia ora ricollegata a presupposti non più esclusivamente formalistico-processuali, bensì in grado di rintracciare l'effettiva natura sostanziale della misura interessata dai dubbi di costituzionalità. Tale risultato, peraltro, non si deve solamente a una mera riproposizione di quegli stessi criteri sviluppati nelle sedi sovranazionali per le rispettive nozioni autonome di 'materia penale', da compiersi sulla base di una compiuta ricostruzione del pertinente diritto giurisprudenziale. Esso, invece, scaturisce anche dalla elaborazione – pur

³⁶ Lo segnalano opportunamente MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 253 ss. e MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 238 ss.

³⁷ Si cfr. NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, cit., il quale sottolinea un'analogia finalistica fra riserva di legge e determinatezza.

³⁸ Peraltro, l'ammissione del concorso delle fonti secondarie alla definizione delle norme punitive extrapenali ha particolari implicazioni rispetto all'operatività in concreto dei principi di irretroattività e determinatezza: per un verso, il divieto di retroattività *in peius* potrebbe operare in occasione di un mutamento delle fonti secondarie tale da determinare un aggravamento del trattamento punitivo; per un altro verso, la verifica del rispetto delle esigenze di precisione derivanti dal principio di determinatezza non potrebbe che essere condotto, avendo riguardo della formulazione e dei contenuti anche delle fonti secondarie, nonché dei modi in cui esse «si saldano» alle fonti primarie.

se talvolta ancora in una fase embrionale – di criteriologie ‘proprie’ da parte della Corte costituzionale, autonome da quelle sovranazionali. In tal modo, potrebbe darsi luogo tanto a sovrapposizioni nella portata delle garanzie interne e sovranazionali, onde al loro concorso, allorché i differenti (ma analoghi) criteri conducano a uno stesso esito, quanto a incongruenze nella relativa sfera di operatività, onde alla loro alternatività, quando l'utilizzo in concreto di detti criteri non fondi soluzioni ermeneutiche coincidenti.

Se ne ricava, quindi, che l'incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale si esprime certamente quale ineludibile elemento di riferimento per la definizione della portata delle relative garanzie, aggiuntesi a quelle interne in virtù di una mera “accessione”, stante la natura ‘qualificata’ delle interpretazioni fornite dalla Corti europee e della (conseguente) posizione loro attribuita nei sistemi interordinamentali e intersistemici³⁹. In ciò, però, non si esaurisce il ruolo e il significato di tale diritto giurisprudenziale, dal momento che esso pervade gli schemi decisori seguiti per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali che sanciscono diritti e libertà fondamentali corrispondenti⁴⁰, e peraltro – ma si esula dal perimetro qui oggetto di indagine – concorre a una piena riconsiderazione delle diverse tutele, anche processuali, associate all'esplicarsi di poteri sanzionatori extrapenal. La tendenza espansiva in esame trova riscontri sempre più consistenti, se solo si considera il numero crescente di pronunce che affermano, o che comunque presuppongono, l'estensione applicativa delle garanzie, anche interne, a misure di cui viene verificata l'effettiva natura afflittivo-punitiva, pur se non ricondotte o riconducibili, su di un piano formale, al diritto penale materiale.

³⁹ Si v. *supra* Cap. I, §§ 5-6.

⁴⁰ Si tratta di un approdo che, se osservato più da lontano, si inserisce in una prospettiva di ampio respiro, che ha incrociato anche il principio di proporzionalità dei trattamenti punitivi: quest'ultimo principio è stato valorizzato attraverso un'adequata interpretazione dell'art. 3 Cost. e la garanzia della retroattività della *lex mitior*, di cui è stata riconosciuta, nella sentenza n. 63 del 2019, l'operatività nel campo del diritto sanzionatorio extrapenale. Sul tema, fra i contributi più recenti, BINDI E.-PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2, 2019, reperibile in *federalismi.it*; BRANCA M., *Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la “doppia pregiudizialità”*, in *Giur. cost.*, 2019, 841 ss.; TIGANO V., *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in *archiviopenale.it*, 1, 2020.

2.1. La duplice direttrice estensiva del principio di irretroattività

L'espansione dei confini del principio costituzionale di irretroattività segue una duplice traiettoria, interessando sia strumenti formalmente di diritto extrapenale⁴¹ sia istituti di diritto processuale penale, e in particolare di diritto dell'esecuzione penale⁴². Con la conseguenza che la riconduzione del diritto punitivo, in senso ampio considerato, sotto la cornice applicativa di tale principio appare attualmente basarsi su di un triplice fondamento, essendo espressione di indirizzi interpretativi formatisi rispetto sia alle garanzie sovranazionali (artt. 7 CEDU e 49 CDFUE) che a quella interna (art. 25, secondo comma, Cost.)⁴³.

La consonanza degli approdi delle giurisprudenze, in ultima analisi ispirate da analoghe istanze di tutela, non può nondimeno determinare alcuna confusione fra le garanzie, le quali mantengono una propria autonomia e assumono rilievo sul piano interno – anche ai fini del sindacato di costituzionalità – in base a differenti schemi argomentativi. La garanzia convenzionale trova applicazione in presenza dei presupposti individuati nell'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti (criteriologia *En-*

⁴¹ In precedenza, nella letteratura scientifica, nel senso dell'estensione dell'art. 25, secondo comma, Cost. anche alle sanzioni amministrative, SANDULLI M.A., voce *Sanzione IV) Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1993, 7; in senso critico, tra gli altri, PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., 173 ss.

⁴² In proposito, cfr. BIANCHI D., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, 259 ss.

⁴³ La garanzia dell'irretroattività delle sanzioni penali, già principio generale del diritto dell'Unione europea, ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 49 CDFUE, e, come si è detto, è stata interpretata in senso ampio e sostanzialistico ricomprendendo nel relativo ambito applicativo anche le sanzioni amministrative. Al pari dell'art. 7 CEDU, l'art. 49 CDFUE dovrebbe, in astratto, venire in rilievo allorché, in un ambito di competenza del diritto europeo, si prevedano strumenti sanzionatori suscettibili di applicazione retroattiva: tale disposizione europea, sotto questo specifico profilo, ha trovato una valorizzazione diretta sul piano interno, sia sul piano ermeneutico sia sul piano applicativo, senza dubbio minore rispetto alla corrispondente garanzia convenzionale. In proposito, SICURELLA R., *Sub Art. 49 CDFUE, Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, cit., 996, rilevava che la notazione dello scarso richiamo della disposizione nella giurisprudenza interna, in particolar modo in quella costituzionale, doveva tuttavia accompagnarsi alla sottolineatura del carattere recente della stessa e al dato per cui i principi da essa recati sono largamente mutuati dalla CEDU. Per un più recente studio generale sul rilievo della CDFUE nel sindacato di costituzionalità, si v. RANDAZZO B., *The EU Charter of Fundamental Rights in Constitutional Adjudication. The Italian Perspective*, in *CERIDAP*, 4, 2023, 99 ss.

gel)⁴⁴, e parimenti la garanzia europea opera allorché risultino soddisfatte le analoghe condizioni poste dalla Corte di giustizia (criteriologia *Bonda*)⁴⁵. L'estensione della garanzia interna, invece, è delimitata secondo una criteriologia autonoma, che emerge nella più recente giurisprudenza costituzionale, e – come si è detto – potrebbe in ipotesi non sovrapporsi ai criteri sovranazionali. D'altronde, se le Corti europee sono 'interpreti qualificati' dei diritti e delle libertà sanciti nella CEDU e nella CDFUE, e quindi le relative pronunce rappresentano precedenti "vincolanti" sul piano ermeneutico⁴⁶, compete alla Corte costituzionale, nella sua veste di 'interprete qualificato' della Costituzione, la definizione e la precisazione dei confini e delle direttrici applicative delle norme costituzionali⁴⁷.

Sebbene l'elaborazione della criteriologia interna – come si avrà modo di rilevare nei paragrafi che seguono – possa talora intravedersi solo *in nuce*, o comunque non risulti definita con precisione sotto taluni profili⁴⁸, il significato della necessaria distinzione risiede nell'autonomia del perimetro del divieto costituzionale di retroattività *in peius*, anche dopo l'affrancamento da schemi di giudizio strettamente formali⁴⁹. La censurabilità di

⁴⁴ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.

⁴⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.1.

⁴⁶ Non si esclude che la Corte costituzionale, al pari di ogni altro giudice nazionale, possa applicare norme della CEDU al fine di evitare violazioni della stessa, e ciò anche in riferimento a fattispecie che ancora non siano state oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo: ciò che è ad essa vietato è, invece, di sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, come chiarito in Corte cost., sent. 26 novembre 2009, n. 311, e sent. 4 dicembre 2009, n. 317. In concreto, quindi, il Giudice delle leggi ben potrebbe vagliare la legittimità costituzionale, rispetto all'art. 7 CEDU, di una norma punitiva interna recante sanzioni su cui non si rinvenivano precedenti in termini nella giurisprudenza convenzionale – e, in questo senso, cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., n. 7 *Cons. dir.* –, ma, al contrario, non potrebbe verificare l'applicabilità della disposizione convenzionale prescindendo dalla criteriologia *Engel*.

⁴⁷ Con specifico riguardo alla nozione di autorità di cosa interpretata, in relazione alla giurisprudenza convenzionale, cfr. RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, cit., 315-316.

⁴⁸ Seppure una qualche indicazione sembri rinvenibile, sotto il profilo dell'estensione della garanzia dell'irretroattività al diritto sanzionatorio extrapenale, in Corte cost., sent. 276 del 2016, cit., e, quanto all'espansione verso l'esecuzione penale, in Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit.

⁴⁹ In particolare, ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, cit., 93-94, sottolinea come l'allargamento dell'ambito di applicazione alle sanzioni amministrative delle garanzie

norme sanzionatorie retroattive, quindi, non dipende unicamente dall'evo-cazione delle garanzie sovranazionali, né dal rinvenimento di precedenti giudiziari o filoni giurisprudenziali delle Corti europee che possano ritenersi conferenti. Ma essa può fondarsi anche sulla prospettazione di profili di violazione della garanzia interna secondo autonomi schemi decisori, la cui implementazione potrebbe portare il Giudice costituzionale – su sollecitazione di felici intuizioni della giurisdizione comune⁵⁰ – ad attestarsi su posizioni connotate da una particolare sensibilità garantistica, in ipotesi anche maggiore rispetto a quella delle Corti europee.

2.1.1. *L'irretroattività di norme punitive extrapenali*

La prima direttrice estensiva del campo applicativo del principio costituzionale di irretroattività, quella concernente il diritto extrapenale, è inaugurata da un trittico di pronunce aventi ad oggetto ipotesi di confisca, per poi essere confermata e, a più riprese, ribadita in relazione a molteplici misure sanzionatorie. L'origine dell'orientamento giurisprudenziale non può, certo, destare stupore se solo si considera l'ampiezza del dibattito, risalente nel tempo, circa la qualificazione di tale strumento ablativo. Il polimorfismo della confisca costituisce un dato accolto senza particolari contestazioni⁵¹, e mostra la necessità di un'indagine volta a rintracciarne la reale natura sostanziale⁵² al fine di individuare il relativo statuto garantistico⁵³.

apprestate dai parametri costituzionali interni dedicati formalmente alla materia penale (fra cui l'art. 25, secondo comma, Cost.) non implichi necessariamente una «trasformazione penale» della sanzione mediante il ricorso ai criteri *Engel*.

⁵⁰ Si rinvia *infra*, Sez. II, e Cap. IV.

⁵¹ Pur a fronte di una stessa “etichetta” formale (il *nomen*) e di un identico contenuto (l'ablazione di beni), la confisca assume caratteri differenti a seconda del contesto ordinamentale e della precipua disciplina regolatrice. Sul polimorfismo dell'istituto, nella giurisprudenza di legittimità, si veda, fra le molte, Cass. pen., Sez. Un., sent. 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, *Spinelli* in CED n. 262602; in dottrina, si vedano i diversi contributi in EPIDENDIO T.E.-VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2024, e anche MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1261.

⁵² Già nella sentenza n. 29 del 1961, riguardante una speciale ipotesi di confisca introdotta dalla legislazione luogotenenziale, la Corte costituzionale aveva riconosciuto la mutevole natura della misura, chiarendo che essa «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa»; e aveva ribadito nella sentenza n. 46 del 1964, relativa ad analoga fattispecie legislativa, che la «confisca non

si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale». Le implementazioni normative più recenti hanno corroborato tali osservazioni, confermando il rilievo secondo cui la confisca costituisce uno strumento al “crocevia” fra prevenzione, riparazione e repressione: cfr. MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 139 ss.

⁵³ L'inquadramento giuridico della confisca – come misura di sicurezza, misura di prevenzione, pena o sanzione extrapenale – dipende da considerazioni legate alle caratteristiche della singola ipotesi e implica l'operatività di differenti garanzie costituzionali e sovranazionali: sul tema, in generale, si veda MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in EPIDENDIO T.E.-VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, 3 ss., cui si rinvia anche per la letteratura *ivi* richiamata. Ancora di recente, in Corte cost., sent. 24 gennaio 2023, n. 5, n. 5.3.1 *Cons. dir.*, si riconosce che «[l]a natura delle varie forme di confisca deve, dunque, essere valutata in relazione alla specifica finalità e allo specifico oggetto di ciascuna di esse, nella consapevolezza – emersa già in pronunce assai risalenti di questa Corte (sentenze n. 46 del 1964 e n. 29 del 1961) – della estrema varietà di disciplina e funzioni delle confische previste nell'ordinamento italiano»: si cfr. la nota di CHIARELLI L., *Corte costituzionale n. 5/2023: un'occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno*, in *sistemapenale.it*, 2023. In tal senso, si è opportunamente evidenziato che occorre ormai declinare al plurale le problematiche concernenti la legittimazione e lo statuto costituzionale dell'istituto, distinguendo fra diverse confische: cfr., fra gli altri, nella letteratura più recente, PULITANO D., *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019, 1. Si sono, infatti, affiancate alle ipotesi codicistiche di confisca facoltativa (art. 240, primo comma, cod. pen.) ed obbligatoria (art. 240, secondo comma, cod. pen.), ipotesi ulteriori, in una costruzione giuridica, invero, asistematica, quali: la confisca per equivalente (art. 322-ter cod. pen.); la confisca c.d. allargata, sulla quale cfr. Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33, su cui AMARELLI G., *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri “reati-matrice”*, in *Giur. cost.*, 2018, 307 ss.; APRILE E., *La confisca “allargata” ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato “presupposto” è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.; PICCARDI M., *Legittima la confisca “allargata” nel caso di condanna per ricettazione*, *ivi*, 2816 ss.; FINOCCHIARO S., *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; LIBERALI B., *La “ragionevolezza temporale” della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 317 ss.; la confisca di prevenzione, in relazione alla quale cfr. in generale VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale delle confische di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 610 ss.; PELISSERO M., *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 10, 2019, 1148 ss.; DOLSO G.P., *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2019, 1867 ss.; nonché

2.1.1.1. *Le origini del nuovo indirizzo interpretativo*

La problematica dell'irretroattività di confische sanzionatorie si era posta nella giurisprudenza costituzionale già negli anni Sessanta del secolo scorso, senza che però fosse mai apertamente esaminata⁵⁴. Nelle sentenze n. 29 del 1961 e n. 46 del 1964 non si era esclusa, in termini generali, la possibilità che specifiche confische potessero assurgere a pena in senso sostanziale ai fini dell'operatività del divieto di retroattività, ma si era negato che le misure allora scrutinate presentassero una siffatta natura. In seguito, nell'ordinanza n. 392 del 1987⁵⁵ venivano giudicati manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale sollevati sulla applicazione retroattiva, fra l'altro, di un'ipotesi di confisca di veicoli, in quanto il giudice rimettente non aveva messo in discussione la relativa natura di misura di sicurezza⁵⁶.

Più di recente, la stessa problematica si è riproposta – e non è un caso –

cfr. Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 24, su cui si vedano APRILE E., *La Corte costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 1886 ss.; CERFEDA M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *archiviopenale.it*, 2, 2019; DOLSO G.P., *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione*, in *Quad. cost.*, 2019, 691 ss.; FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org*; MAZZACUVA F., *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987 ss.; MENDITTO F., *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019; nonché Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 26, sulla quale si vedano CALVIGIONI S., *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*, in *Foro it.*, 7-8, 2019, parte I, 2288 ss. In generale, sul tema; e, ancora, specifiche ipotesi *extra ordinem* collegate a fattispecie di reato o di illecito amministrativo, come quelle previste in diverse discipline settoriali, ad esempio in materia di c.d. *market abuse*, di abusi edilizi e di violazioni del codice della strada.

⁵⁴ Ripercorre le «stagioni della confisca nella giurisprudenza costituzionale» MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., spec. 17-30.

⁵⁵ Si cfr. Corte cost., ord. 12 novembre 1987, n. 392.

⁵⁶ Con tale pronuncia sono stati dichiarati manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale allora sollevati rispetto al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di irretroattività (art. 25, secondo e terzo comma, Cost.) dell'art. 200, primo comma, cod. pen.

dopo le sentenze cc.dd. ‘gemelle’ del 2007, definenti i rapporti fra diritto interno e garanzie convenzionali, nell’ambito di due giudizi di costituzionalità vertenti sull’estensione della confisca per equivalente *ex art. 322-ter* cod. pen. agli autori di taluni reati tributari. I profili di illegittimità costituzionale originavano dalla mancata previsione di una specifica disciplina transitoria che escludesse espressamente l’applicazione di tale confisca, e del sequestro preventivo ad essa preordinato, a condotte anteriori all’entrata in vigore della novella⁵⁷.

Entrambi i giudizi sono stati decisi con ordinanza di manifesta infondatezza, le n. 97 e n. 301 del 2009⁵⁸, motivate dall’erroneo presupposto interpretativo alla base dei dubbi di costituzionalità, consistente nell’aver qualificato la confisca alla stregua di una misura di sicurezza e non invece di una pena, come avrebbe dovuto suggerire la sua sostanziale natura sanzionatoria, peraltro riconosciuta da un indirizzo giurisprudenziale non privo di consistenza⁵⁹. Il Giudice costituzionale, quindi, ha ritenuto che la preclusione all’applicazione retroattiva della misura, dovuta alla sua connotazione prevalentemente afflittiva, trovasse un duplice fondamento: da un lato, negli approdi della Corte europea dei diritti, che nella sentenza *Welch c. Regno Unito* – già esaminata⁶⁰ – aveva riconosciuto la violazione dell’art. 7 CEDU per l’applicazione retroattiva di una confisca per equivalente; e, dall’altro, nell’art. 25 secondo comma, Cost., che vieta l’applicazione retroattiva di una sanzione penale, quale è da riconoscersi la confisca di specie⁶¹.

Le due ordinanze appaiono, certo, in sintonia con la giurisprudenza an-

⁵⁷ Sul problema, MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791 ss.

⁵⁸ Si v. Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97; ord. 20 novembre 2009, n. 301.

⁵⁹ In Corte cost., ord. n. 301 del 2009, cit., si legge che «la confisca per equivalente – in ragione della mancanza di pericolosità dei beni che ne costituiscono oggetto, unitamente all’assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato ed i beni – palesa una connotazione prevalentemente afflittiva ed ha, dunque, una natura “eminentemente sanzionatoria”, tale da impedire l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall’art. 200 cod. pen.».

⁶⁰ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.

⁶¹ La precisazione è ancor più significativa, in quanto nell’ordinanza di rimessione che ha dato luogo al giudizio di costituzionalità, deciso con la prima delle due ordinanze, la n. 97 del 2009, l’art. 25 Cost. non era stato neppure evocato quale parametro di costituzionalità in tesi violato.

teriore e ne costituiscono ulteriore sviluppo, nella misura in cui ribadiscono la limitazione – allora incontestata – del campo applicativo della disposizione costituzionale alle sole sanzioni penali, e condividono, pertanto, lo stesso schema di giudizio ricavabile anche dalle sentenze degli anni Sessanta⁶². Esse, però, presentano anche elementi di novità – premonitori delle dinamiche successive – là dove riconoscono la natura sostanziale di pena a un'ipotesi di confisca e l'operatività, rispetto ad essa, del divieto di retroattività delle norme punitive sfavorevoli⁶³. Il che assume ancora più significato se si considera che il percorso argomentativo valorizza sia la garanzia costituzionale interna sia quella convenzionale, e in particolare un precedente della Corte europea selezionato poiché in termini rispetto alla fattispecie legislativa oggetto di esame⁶⁴.

Se, quindi, tali ordinanze si pongono pur sempre in una linea di continuità con la giurisprudenza pregressa, il superamento dell'orientamento restrittivo circa il perimetro applicativo del divieto costituzionale di retroattività può dirsi compiuto nella sentenza, di poco successiva, n. 196 del 2010⁶⁵. In tale occasione, il sindacato di costituzionalità concerneva l'ipotesi di confisca dell'autoveicolo a seguito di condanna per guida in stato di ebbrezza, prevista dal codice della strada⁶⁶, la cui applicazione retroattiva – a

⁶² In tali pronunce, infatti, si era ammesso, in astratto, che una confisca dal carattere sostanzialmente punitivo potesse venire considerata alla stregua di una pena in senso stretto ai fini dell'applicazione del divieto di retroattività.

⁶³ Si intende, la garanzia dell'irretroattività ricavabile dal secondo comma dell'art. 25 Cost.

⁶⁴ Come ricorda MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, cit., 18, già in Corte cost., sent. 23 dicembre 1997, n. 435, si era fatto riferimento a un'ipotesi di confisca del ciclomotore presupponendone la natura di sanzione amministrativa accessoria; il precedente non è, però, particolarmente rilevante ai fini che qui interessano, considerato che in quell'occasione, da un lato, non si era posto un problema di retroattività, ma di sproporzione della misura e, da un altro lato, la Corte costituzionale non aveva proceduto a esaminare *funditus* la questione della reale natura della confisca, limitandosi a non mettere in discussione la qualifica ad essa attribuita dal giudice remittente, in presenza di altri motivi atti a fondare la declaratoria di manifesta infondatezza delle questioni di costituzionalità.

⁶⁵ Si v. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, su cui cfr. TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.; e sul tema, MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 76 ss.

⁶⁶ Si cfr. art. 186, comma 2, lett. c), codice della strada, nel testo come novellato dall'art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

giudizio del remittente – era dubitata di porsi in violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. A differenza di quanto accaduto nelle pronunce dell'anno precedente, in questo caso il Giudice costituzionale non avrebbe potuto risolvere la questione in via interpretativa stante l'inequivoco tenore letterale della disposizione – che postulava la qualificazione della confisca come misura di sicurezza tramite un espresso rinvio all'art. 240, secondo comma, cod. pen. – e a fronte dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ammetteva l'applicazione retroattiva della misura⁶⁷. E, infatti, il Giudice delle leggi, una volta verificata la natura essenzialmente sanzionatoria della confisca attraverso l'utilizzo dei criteri *Engel*⁶⁸, non si è limitato a riconoscere l'inidoneità della confisca ad applicarsi retroattivamente, ma ha anche proceduto a espungere, con una pronuncia manipolativa, il rinvio alla disciplina delle misure di sicurezza, il solo elemento espresso in grado di fondare l'illegittima applicazione retroattiva⁶⁹. A ben vedere, l'intervento è consistito nella rimozione di quegli ostacoli di ordine testuale che si frapponevano a un'interpretazione del disposto legislativo in senso conforme alla garanzia convenzionale evocata, in vista di una (ri)qualificazione della misura in chiave sostanzialmente punitiva.

Oltre che per la peculiare tipologia decisoria adottata, la pronuncia riveste centrale importanza per il contenuto della motivazione, nella quale la Corte costituzionale – prima di valutare l'effettiva natura della confisca, e giungere alla declaratoria di incostituzionalità per contrasto con la garanzia convenzionale – ha avvertito l'esigenza di ricostruire il perimetro della garanzia interna, pur se non evocata nell'ordinanza di rimessione. In quello che, a tutti gli effetti, costituisce un semplice *obiter dictum*, si è precisato che anche dall'art. 25, secondo comma, Cost. può desumersi l'irretroattivi-

⁶⁷ Solo dopo la pronuncia della Corte costituzionale è stata depositata la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la quale ha chiarito la natura sanzionatoria della confisca, superando l'orientamento contrario in precedenza esistente: si veda Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 febbraio 2010 (dep. 18 giugno 2010), n. 23428, *P.M. in c. Caligo*, in *CED* n. 247042, ove si legge che «la confisca del veicolo prevista dal Codice della Strada nel caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'accertamento del tasso alcolemico ha natura di sanzione penale accessoria». Sulla sentenza si cfr. anche la nota di TURCO E., *Nota a Corte di cassazione, sez. unite penali, sent. n. 23428 del 2010*, in *Foro it.*, 2010, parte II, 499 ss.

⁶⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, cit., n. 5 *Cons. dir.*

⁶⁹ La disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale».

tà di qualunque intervento sanzionatorio punitivo-afflittivo, a prescindere dalla qualificazione formale⁷⁰. L'affermazione ha segnato, nonostante la sede in cui è stata resa, un'inequivocabile e consapevole evoluzione giurisprudenziale, che è stata influenzata – appare altrettanto chiaramente – dagli approdi giurisprudenziali convenzionali⁷¹.

L'importanza del passaggio avrebbe, certo, meritato una minore ictasticità, se così si può dire, quanto agli argomenti addotti a giustificazione della conclusione⁷². In effetti, nella pronuncia si è omesso un reale confronto con i precedenti approdi della giurisprudenza costituzionale, nei quali si era esclusa l'operatività del divieto costituzionale di retroattività *in peius* rispetto a sanzioni extrapenali. Nella motivazione compare solo un richiamo delle sentenze n. 78 del 1967⁷³ e n. 447 del 1988⁷⁴, le quali, tuttavia, non appaiono costituire un precedente in termini, giacché vi si affrontava un problema di retroattività di uno strumento sanzionatorio, ma di insufficiente definizione legislativa delle fattispecie, e quindi di violazione della riserva di legge. Peraltro, le due decisioni richiamate risultano fra loro in contraddizione quanto ai risultati ermeneutici, atteso che, mentre nella pronuncia più risalente nel tempo si affermava – o comunque sembrava prefigurarvisi – un'interpretazione estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost. tale da ricomprendere anche le sanzioni amministrative, in quella più recente si era esplicitamente negata siffatta lettura,

⁷⁰ Il passaggio fondamentale, che sarà poi ripreso nella giurisprudenza successiva, è quello in cui si afferma che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza) è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (n. 3.1.5 *Cons. dir.*).

⁷¹ Sul punto, si condividono, quindi, le posizioni di MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 312, secondo cui la pronuncia rappresenterebbe un «fulgido esempio» del «possibile utilizzo della giurisprudenza della Corte EDU in chiave di “integrazione interpretativa” del principio costituzionale (domestico) invocato come parametro di legittimità», e di MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controllimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 21, che considera la stessa pronuncia un «pregevole esempio di “approccio integrato”» fra fonti sovranazionali e principi costituzionali, in cui si sarebbe verificata una «significativa e del tutto innovativa interpretazione “convenzionalmente conforme” dell'art. 25 Cost.».

⁷² In tal senso, anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 10.

⁷³ Si v. Corte cost., sent. n. 78 del 1967, cit.

⁷⁴ Si v. Corte cost., sent. n. 447 del 1988, cit.

limitando la riserva di legge alle sanzioni penali in senso proprio⁷⁵.

Il mutamento di paradigma – che, *per incidens*, concorre alla più generale tendenza all'operatività delle garanzie penalistiche⁷⁶ rispetto a ipotesi

⁷⁵ Nella pronuncia si è altresì dato rilievo, ma solo quale elemento aggiuntivo, al fatto che il divieto di retroattività delle sanzioni amministrative sia stato codificato dall'art. 1 legge n. 689 del 1981.

⁷⁶ Senza allontanarsi eccessivamente dall'oggetto della trattazione, si può rilevare che tale qualificazione non soltanto ha messo in discussione la possibile operatività retroattiva della confisca ma ha dato luogo anche a dubbi significativi con riguardo ai relativi presupposti applicativi, dubbi vertenti, in ultima analisi, sul quesito se siffatte misure debbano conseguire indefettibilmente a una formale pronuncia di condanna, ovvero se esse possano essere disposte anche con una sentenza di proscioglimento. Il quesito si era già posto, in passato, con riferimento a quelle ipotesi di confisca che, qualificate come misure di sicurezza, presuppongano una condanna, allorché erano sorti dubbi interpretativi – concretizzatisi in aperti contrasti nella prassi giudiziaria – sul significato da attribuire a quest'ultimo concetto giuridico, considerata l'esistenza di sentenze di proscioglimento comportanti un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato: in proposito, Cass. pen., Sez. Un., sent. 10 luglio 2008 (dep. 15 ottobre 2008), n. 38834, *De Maio*, in *CED* n. 240565, e, ancor prima, Cass. pen., Sez. Un., sent. 25 marzo 1993 (dep. 23 aprile 1993), n. 5, *Carlea*, in *CED* n. 193120. Come evidenziato anche da Corte cost., sent. 4 aprile 2008, n. 85, vengono in rilievo le ipotesi di dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione, di proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*, di proscioglimento per concessione del perdono giudiziale. A tale rassegna possono aggiungersi, come sottolineato da Cass. pen., Sez. Un., sent. 26 aprile 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, *Lucci*, in *CED* n. 264434, il proscioglimento per difetto di imputabilità, la sentenza di non luogo a procedere nei confronti dei minorenni *ex art. 26 d.P.R. n. 448 del 1988* e la sentenza con la quale l'imputato venga proscioltto in quanto non punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* cod. pen. Sempre con riguardo a ipotesi di confisca-misura di sicurezza, aveva fatto ingresso nella giurisprudenza costituzionale l'esigenza, certamente non aliena alla problematica in considerazione, di evitare incisioni del patrimonio di persone estranee al reato, là dove si era riconosciuta l'efficacia del principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27*, primo comma, Cost., conseguendone la dichiarazione di incostituzionalità di previsioni, per così dire, di responsabilità oggettiva, cioè legittimanti l'applicazione della confisca a prescindere dalla valutazione di un qualsivoglia legame psicologico fra il fatto di reato presupposto e il soggetto cui appartengano le cose astrattamente suscettibili di ablazione. In questo modo, si era dichiarata l'illegittimità della confisca obbligatoria di cose d'interesse artistico o storico esportate abusivamente, quando risultassero di proprietà di un terzo che non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto (Corte cost., sent. 19 gennaio 1987, n. 2, con la nota a prima lettura di FIANDACA G. in *Foro it.*, 1987, parte I, 1364 ss.), nonché della confisca obbligatoria, prevista dalla legislazione doganale, di cose appartenenti a persone estranee al reato, alle quali non fosse imputabile un difetto di vigilanza (Corte cost., sent. 17 luglio 1974, n. 229) di cose oggetto di contrabbando illegittimamente sottratte a terzi, quando tale sottrazione risultasse giudizialmente accertata (Corte cost., sent. 19 dicembre 1976,

di confisca di natura sostanzialmente sanzionatoria⁷⁷, anche se con esiti

n. 259, su cui si veda VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, 416 ss.), nonché di cose appartenenti a persone estranee al reato, le quali potessero provare di avere acquistato la relativa proprietà ignorando senza colpa l'illecita immissione nel mercato (Corte cost., sent. 10 gennaio 1997, n. 1). Siffatti approdi, che pure avevano costituito un innalzamento qualitativo dello statuto garantistico della confisca-misura di sicurezza, non precludevano però l'applicazione dello strumento in presenza di situazioni di per sé non espressive della commissione di un reato, e per tale ragione non potevano considerarsi del tutto soddisfacenti: in questo senso, si cfr. PULITANÒ D., *Sullo statuto costituzionale delle confische*, cit., che ha sottolineato come dalle pronunce che hanno invalidato ipotesi di confisca nei confronti di persone estranee al reato non potrebbe comunque ricavarsi l'illegittimità dell'operare delle medesime ipotesi di confisca a carico di persone di per sé non espressive della commissione di un reato (che, invece, dovrebbe costituire presupposto applicativo delle misure di sicurezza), quali un mero difetto di vigilanza, un'ignoranza colposa, o l'aver tratto profitto dal reato. *A fortiori*, i medesimi approdi non avrebbero potuto essere semplicemente riproposti in relazione alle ipotesi di confisca-sanzione, rispetto alle quali ancor più forte è l'esigenza che la misura ablativa produca effetti solamente sul patrimonio di chi sia riconosciuto autore di un fatto di reato, accertato in tutti i relativi elementi costitutivi.

⁷⁷ Con riguardo alle ipotesi di confisca-sanzione è stata la giurisprudenza convenzionale a fornire un contributo decisivo, a partire dalla già citata sentenza resa nel caso *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia* (si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2), ove si è dichiarata la violazione dell'art. 7 CEDU, fra l'altro, per l'assenza di un accertamento in concreto, nel caso oggetto di esame, di un legame psicologico (*i.e.* dell'elemento soggettivo) fra i destinatari della confisca urbanistica e i fatti di reato di lottizzazione abusiva. La prospettiva della Corte europea dei diritti, precisata e confermata in successive pronunce, è oggi chiara nel richiedere, come indefettibile presupposto applicativo di una confisca avente natura sanzionatoria, quale è la confisca urbanistica, l'accertamento della responsabilità penale del soggetto nei cui confronti opera la misura, accertamento che potrebbe essere contenuto in una sentenza di condanna, ma anche – come si è chiarito *expressis verbis* nella sentenza *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia* – in una sentenza di proscioglimento dichiarativa del decorso del termine prescrizione. Sul piano interno, Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 239, aveva riconosciuto – all'indomani della sentenza *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia* – la possibilità che l'accertamento di colpevolezza, essenziale ai fini dell'adozione della confisca urbanistica, fosse inserito in una sentenza di proscioglimento del reato per intervenuta prescrizione: si cfr. la nota di SCARCELLA A., *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3015 ss. In seguito, la Corte costituzionale è ritornata sul problema nella sentenza n. 49 del 2015 in relazione a nuovi dubbi di costituzionalità sorti a seguito della sentenza *Varvara c. Italia*, dalla quale alcuni giudici di merito e di legittimità avevano ritenuto di trarre la regola secondo cui la confisca urbanistica dovesse conseguire necessariamente a una formale sentenza di condanna, approdo che, se confermato, sarebbe stato alquanto innovativo. Tale interpretazione della sentenza convenzionale è stata, però, reputata erranea dal Giudice costituzionale, visto che un esame maggiormente approfondito della stessa avrebbe

ancora incerti⁷⁸ – è ribadito e portato a conseguenze ulteriori nella giuri-

permesso di rinvenire la sua consonanza rispetto alla precedente giurisprudenza convenzionale, in base alla quale assume rilievo la sostanza dell'accertamento, e non invece la forma della sentenza di condanna. Nella pronuncia costituzionale si è, così, ribadito che la sentenza di non doversi procedere per decorso del periodo di prescrizione del reato non è incompatibile, né logicamente né giuridicamente, con un accertamento di responsabilità funzionale alla disposizione della confisca, precisandosi, anzi, come detto accertamento sia doveroso quando si deve disporre la confisca urbanistica, di cui si è inequivocabilmente riconosciuta la natura punitivo-afflittiva. È, quindi, un esito ormai pacifico, anche nella prassi, quello per cui la riqualificazione della confisca urbanistica in termini sostanzialmente sanzionatori ne impone l'applicazione sul presupposto di un accertamento di colpevolezza contenuto, in ipotesi, anche in una pronuncia di proscioglimento per decorso del termine prescrizionale: si cfr., fra le molte, Cass. pen., Sez. III, sent. 5 luglio 2019 (dep. 17 settembre 2019), n. 38484, *Giannattasio*, in CED n. 277322-01.

⁷⁸Non appena si fuoriesce dalla ristretta materia urbanistica (sulla quale ci si è diffusi nella nota precedente) e si esaminino altre misure di confisca, tale chiarezza sembra venire meno. Si rilevano, anzitutto, difficoltà nell'opera di qualificazione in termini sostanziali delle stesse misure in ragione del perseguimento, da parte di esse, di diverse concorrenti finalità (preventive, sanzionatorie e/o ripristinatorie). Per una recente ipotesi di confisca obbligatoria la cui contestata natura sostanziale ha portato alla sollevazione di dubbi di costituzionalità, fra l'altro, in relazione alla garanzia della presunzione di innocenza di cui agli artt. 27, secondo comma, Cost., 6, par. 2, CEDU e 48, par. 1, CDFUE, si cfr. Corte cost., sent. n. 5 del 2023, cit.: in essa si afferma la natura essenzialmente preventiva della confisca obbligatoria ex art. 6 legge n. 152 del 1975 (che rinvia all'art. 240, secondo comma, cod. pen.) delle armi di cui non sia stato denunciato il trasferimento, contravvenzione di cui al combinato disposto degli artt. 17 e 38, settimo comma, TULPS (r.d. n. 733 del 1931); pertanto, si esclude il necessario presupposto logico su cui si fondavano le censure riferite alla predetta garanzia penalistica, con conseguente dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale. Sulla sentenza, si cfr. oltre a CHIARELLI L., *Corte costituzionale n. 5/2023: un'occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno*, cit., anche CASCINI N.D., *Sull'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale della confisca obbligatoria delle armi da fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1, 287 ss. e VALENTINI V., *Il fattivo abbraccio fra presunzione d'innocenza e misure ablative preventive*, in *Giur. cost.*, 1, 2023, 63 ss. Inoltre, non mancano difficoltà neppure quando non sussistono dubbi circa la natura essenzialmente sanzionatoria della confisca. Ne sono un esempio i principi di diritto sanciti in Cass. pen., Sez. Un., n. 31617 del 2015, cit., con i quali si è riconosciuto che il concetto sostanziale di condanna, comprensivo anche delle sentenze di proscioglimento dichiarative dell'intervenuta prescrizione purché contenenti un accertamento di responsabilità, è da accogliersi solamente in riferimento alle ipotesi di confisca diretta del prezzo o del profitto, qualificate come misure di sicurezza; diversamente, rispetto all'ipotesi di confisca per equivalente, di cui pure è riconosciuta la natura sanzionatoria, tali conclusioni vengono negate.

A queste incertezze non sembrano aver posto rimedio gli interventi legislativi riguardanti proprio i poteri del giudice dell'impugnazione in caso di sopravvenuta estinzione del rea-

sprudenza successiva in relazione ad altre misure connotate da un sostanziale carattere punitivo-afflittivo.

Sovviene in tal senso la sentenza n. 104 del 2014, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione regionale che ammetteva la retroattività di sanzioni amministrative pecuniarie per violazioni della disciplina di procedimenti autorizzativi⁷⁹. In questo caso l'incostituzionalità è discesa – e in ciò risiede uno dei profili di interesse della pronuncia – esclusivamente dal contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost.⁸⁰, stante la mancata evocazione, nel ricorso del Governo, delle corrispondenti garanzie sovranazionali quali parametri interposti di costituzionalità⁸¹. E, infatti, nell'incedere argomentativo viene riaffermata, in termini generali, l'ampia estensione del perimetro applicativo della disposi-

to per prescrizione o amnistia, che appaiono di difficile ricostruzione sistematica. In particolare, si è avuto, dapprima, l'inserimento nel solo ambito della disciplina della confisca c.d. allargata, allora contenuta nell'art. 12-*sexies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, di un nuovo comma 4-*septies*, che consentiva al giudice dell'impugnazione di applicare tale ipotesi di confisca anche qualora a una precedente sentenza dispositiva della misura fosse sopravvenuta l'estinzione del reato per prescrizione o amnistia; in seguito, contestualmente alla soppressione di detta disposizione, è stato introdotto l'art. 578-*bis* cod. proc. pen., che prevede analoghe facoltà per il giudice dell'impugnazione, ma con un rinnovato ambito applicativo, non più circoscritto alla confisca c.d. allargata bensì comprensivo anche della confisca obbligatoria ex art. 322-*ter* cod. proc. pen.; da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, *Perroni*, in *CED* n. 278870, ha esteso il perimetro della disposizione del codice di rito anche alla confisca urbanistica, pur se testualmente non ricompresa in esso. L'intera materia, in definitiva, sembra soffrire di perduranti incongruenze e merita di essere approfondita – oltre che, nel caso, per giungere in una prospettiva *de jure condendo*, alla proposizione di nuovi interventi normativi – per riportare coerenza fra disposizioni legislative, sostanziali e processuali, e soluzioni giurisprudenziali, interne e sovranazionali, con riguardo sia a problematiche attualmente oggetto del dibattito dottrinale e giudiziario, sia ad aspetti rimasti finora un poco in secondo piano. Si pensi, ad esempio, alle problematiche concernenti gli inediti spazi applicativi della misura cautelare del sequestro preventivo ex art. 321, comma 2, cod. proc. pen., in ragione del proliferare di nuove ipotesi di confisca, cui tale ipotesi di sequestro è preordinato.

⁷⁹ Si v. Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, su cui si veda URBANI F., *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della "continuità dell'illecito"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1832 ss.

⁸⁰ La Corte costituzionale ha ritenuto di precisare in questo senso la prospettazione del Governo, ricorrente nel giudizio di costituzionalità, che aveva evocato l'art. 25 Cost. in relazione al principio *tempus regit actum*.

⁸¹ Si trattava, infatti, di un giudizio di legittimità costituzionale instaurato in via principale.

zione costituzionale, ricomprensivo degli strumenti sanzionatori extrapenali⁸², e viene riconosciuta l'operatività della garanzia costituzionale, in particolare, rispetto alle sanzioni amministrative in esame, assumendone la natura punitivo-afflittiva⁸³. Nella pronuncia, quindi, si è avuta la prima applicazione a una sanzione extrapenale del principio costituzionale interno di irretroattività delle norme punitive sfavorevoli, nella sua rinnovata configurazione⁸⁴.

2.1.1.2. *Lo sviluppo di una criteriologia sostanzialistica 'propria'*

Uno sviluppo di criteri autonomi sostanzialistici si riscontra, più di re-

⁸² Gli approdi giurisprudenziali convenzionali sono stati richiamati solamente nel breve passaggio in cui si è compendiate la portata dell'*obiter dictum* del 2010.

⁸³ In altre parole, non era in dubbio la natura punitiva della misura in questione, qualificata dal legislatore come sanzione amministrativa; la questione atteneva esclusivamente alla riconducibilità del diritto amministrativo sanzionatorio al perimetro del principio costituzionale di irretroattività sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.

⁸⁴ Invero, già in Corte cost., ord. 5 aprile 2012, n. 82, si era riconosciuta l'operatività del principio di legalità, e in particolare del divieto di retroattività *in peius*, in presenza di sanzioni amministrative accessorie a sanzioni penali conseguenti all'accertamento di un reato, onde escludere la rilevanza delle questioni di costituzionalità sollevate, ma tale passaggio argomentativo si era fondato esclusivamente sull'art. 1 legge n. 689 del 1981. Dunque, la Corte costituzionale si era limitata a rilevare l'erronea ricostruzione della disciplina legislativa, entro cui poteva rinvenirsi la regola dell'irretroattività delle sanzioni amministrative, ma non aveva inteso affermare, invece, l'estensione in tale direzione della garanzia costituzionale dell'irretroattività ex art. 25, secondo comma, Cost.: in proposito, cfr. anche CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, spec. 5. Parimenti, nella più recente Corte cost., sent. 24 marzo 2022, n. 75, si riscontra una valutazione sostanzialistica intorno alla natura sanzionatoria ovvero riparatoria di una misura formalmente amministrativa, ossia l'indennità paesaggistica ex art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42 del 2004, e del suo eventuale assoggettamento al principio di irretroattività di cui alla legge n. 689 del 1981, ai limitati fini della decisione circa la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale sollevate (nella specie, l'irretroattività avrebbe reso inapplicabili *tout court* le norme investite dei dubbi di legittimità costituzionale). Anche quest'ultima pronuncia non è di stretto interesse per la nostra indagine, sia perché il principio di irretroattività richiamato è quello legislativo, e non costituzionale, sia in quanto – e ciò è dirimente – la Corte costituzionale si è limitata a un controllo esterno di non implausibilità – come sempre accade nel controllo di rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale – degli esiti della verifica condotta dal giudice rimettente, che aveva ritenuto la natura riparatoria della misura, mentre non ha essa stessa proceduto a una nuova verifica intorno alla natura sostanziale della misura amministrativa.

cente, nelle pronunce relative alle ipotesi di incandidabilità, decadenza e sospensione da cariche elettive – previste dal d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 – ove sono riproposti ed “esplosi” schemi argomentativi ravvisabili *in nuce* nella giurisprudenza precedente. Nella sentenza n. 236 del 2015⁸⁵ è stata esclusa la natura sostanzialmente sanzionatoria della misura della sospensione, rispetto a censure riferite all’art. 51 Cost. ma comunque involgenti la retroattività della misura, in esito a una disamina delle relative caratteristiche di operatività e della relativa preminente funzione. Sotto l’aspetto operativo, si è osservato che l’incandidabilità e la decadenza, cui è preordinata la sospensione, rappresentano mere conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo ritenuto dal legislatore essenziale per l’accesso alle cariche o per il loro mantenimento, in ciò differenziandosi dai veri e propri effetti penali della condanna⁸⁶. Quanto al profilo teleologico, si è rilevato che, nel complesso, tali misure rispondono a esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il relativo destinatario presta servizio. Si è, inoltre, aggiunto che la misura sospensiva persegue unicamente finalità cautelari.

L’esclusione della natura punitiva della sospensione è stata ribadita nella sentenza n. 276 del 2016⁸⁷ quale presupposto del giudizio di infondatezza delle questioni sollevate in relazione sia all’art. 25, secondo comma, Cost. che all’art. 7 CEDU⁸⁸. Nella decisione, che pure conferma le conclu-

⁸⁵ Corte cost., sent. 19 novembre 2015, n. 236, con i commenti di GAMBARDELLA M., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. legge Severino*, in *Cass. pen.*, 2016, 1884 ss.; MARINI F.S., *La “legge Severino” tra le Corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2016; ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2, 2016, parte I, 412 ss.; TORRETTA P., *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, 3, 2016, 258 ss.

⁸⁶ Si cfr. sent. cit., *Cons. dir.* n. 4.1.

⁸⁷ Corte cost., sent. 16 dicembre 2016, n. 276, sulla quale copiosi sono stati i commenti dottrinali: si vedano, fra gli altri, ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 276/2016*, in *Foro it.*, 12, 2017, 3521 ss.; RIVOSECCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, 2385 ss.; MENEGUS G., *La sospensione di diritto ex legge Severino supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. 276/2016*, in *Riv. AIC*, 2, 2017. In generale, sul tema, BAILO F., *Una “pietra tombale” sulla “natura afflittiva” della limitazione dell’elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, 450 ss.

⁸⁸ Di qui, l’infondatezza delle relative questioni di costituzionalità. Sul tema, in generale, PUPO V., *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l’infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla “legge Severino”*, in *forumcostituzionale.it*, 2018.

sioni relative all'estensione del principio interno di irretroattività, l'esame delle censure di incostituzionalità è stato condotto distintamente rispetto alle due norme parametro. In tal guisa, se in riferimento alla garanzia convenzionale si è dato rilievo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti e, riscontrata l'assenza di precedenti – fino a quel momento – strettamente in termini⁸⁹, si è proceduto a una diretta applicazione dei criteri *Engel*⁹⁰, in relazione alla garanzia interna sono stati valorizzati precedenti della giurisprudenza costituzionale⁹¹, già menzionati nella pronuncia del 2015⁹².

In altre parole, la criteriologia convenzionale è stata presa in considerazione – pur se, come si è rilevato in letteratura, in modo non del tutto esauritivo⁹³ – solamente per verificare la sussunzione della misura sotto la nozione autonoma di 'materia penale' rilevante ai fini dell'art. 7 CEDU, mentre la valutazione in ordine alla riconducibilità al campo applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. appare seguire proprie verifiche sostanzialistiche. In tale ottica, sembra attribuirsi peso decisivo – anche in questa sede – ai caratteri operativi e finalistici della sospensione da cariche elettive, e quindi in ultima analisi alla sua ascrivibilità al novero dei cc.dd. 'effetti riflessi' di una condanna penale, ossia a misure amministrative – in questo caso, peraltro, solo cautelari e non definitive – che ne costituirebbero una ricaduta negativa solo indiretta (a differenza degli effetti penali), e che si realizzano per il semplice venir meno di un requisito soggettivo previsto per una determinata attività, carica o qualità⁹⁴.

⁸⁹ Per la giurisprudenza convenzionale sopravvenuta, si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.3.

⁹⁰ Si v. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., nn. 5.3-5.7 *Cons. dir.*

⁹¹ *Ivi*, n. 5.2 *Cons. dir.*

⁹² Si cfr. Corte cost., sent. 13 luglio 1994, n. 295, con la nota di CANTARO A., *La decadenza di diritto degli amministratori elettivi*, in *Giur. cost.*, 1994, 3192 ss.; sent. 3 giugno 1999, n. 206, su cui ID., *La sospensione dell'impiegato rinviato a giudizio per delitti di criminalità organizzata: una misura cautelare obbligatoria ma temporanea*, in *Giur. cost.*, 1999, 1254 ss.; sent. 15 febbraio 2002, n. 25, con la nota di ODDI A., *A proposito di condanne penali e limitazioni del diritto di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2002, 180 ss.

⁹³ In questo senso, si v. BISSARO S., *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Riv. AIC*, 2, 2017, spec. 16-17. In generale, in chiave ricostruttiva della giurisprudenza convenzionale sul tema, cfr. MANCINI M., *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 1, 2018, reperibile in *federalismi.it*.

⁹⁴ Si cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, cit., n. 5.2 *Cons. dir.*; nuovi dubbi di legittimità costituzionale sul c.d. decreto Severino, non riferiti all'art. 25 Cost. né all'art. 7 CEDU, sono stati dichiarati infondati e inammissibili in Corte cost., sent. 6 marzo 2019, n. 36.

La sottolineatura non riveste importanza per ragioni esclusivamente processualistiche – in vista di una opportuna prospettazione delle censure rispetto a ciascuno dei due parametri –, ma restituisce l'autonomia delle due garanzie, quella interna e quella convenzionale, il cui perimetro applicativo, benché sovrapponibile, potrebbe non essere in tutto coincidente. Né appare superfluo precisare che queste osservazioni assumono rilievo meramente metodologico, e quindi prescindono da una qualsiasi valutazione in ordine alla plausibilità della criteriologia implementata dalla Corte costituzionale, e peraltro di recente ribadita nella sentenza n. 35 del 2021⁹⁵ e nella sentenza n. 230 del 2021⁹⁶ con riguardo a censure riferite a diverse garanzie costituzionali.

Sotto quest'ultimo profilo è chiaro che la tematica coinvolgerebbe, in una prospettiva più ampia, l'intero filone giurisprudenziale che nega natura sanzionatoria ai cc.dd. 'effetti riflessi' di una condanna penale, anche rispetto a tutele differenti dal principio di irretroattività. Si tratta di un orientamento ermeneutico che pone l'accento sia su caratteristiche operative e finalistiche analoghe a quelle ritenute decisive nelle pronunce esaminate, che su elementi ulteriori, come la diversità dei settori ordinamentali entro cui operano le misure sanzionatorie e le conseguenze pregiudizievoli indirette.

Senza dubbio sarebbe meritevole di un'autonoma indagine l'idoneità dei criteri adottati per discernere le misure amministrative prive di carattere punitivo-afflittivo da quelle, invece, strettamente avvinte alla condanna penale, e pertanto dotate di un siffatto carattere⁹⁷. In effetti, in alcune occasioni l'apertura a logiche di giudizio sostanzialistiche si mostra solo apparente, nella misura in cui la valutazione sembra muovere dalla valorizzazione di elementi meramente normativi e, pertanto, pare celare incrostazioni formalistiche. In sé considerate, infatti, misure come la decadenza da una certa carica o la revoca di un certo titolo abilitativo (o un qualsiasi altro analogo provvedimento amministrativo conseguente a una sentenza penale di condanna) condividono aspetti contenutistici, implicazioni o ricadute concrete caratterizzanti pene o sanzioni amministrative accessorie, ovvero comunque effetti penali o sanzionatori.

⁹⁵ Si cfr. Corte cost., sent. 11 marzo 2021, n. 35, n. 3.2.3 *Cons. dir.*

⁹⁶ Si cfr. Corte cost., sent. 2 dicembre 2021, n. 230, nn. 6-7 *Cons. dir.*

⁹⁷ Si cfr. Corte cost., sent. 9 febbraio 2018, n. 22, n. 6.1 *Cons. dir.*, in cui si esclude la natura sanzionatoria della revoca della patente in esame, in quanto si tratterebbe solo di «effetti riflessi della condanna penale, in settori ordinamentali diversi da quello cui è affidata la funzione repressiva degli illeciti con le misure afflittive al riguardo previste».

Né può escludersi che la scelta legislativa, meramente formale, di qualificare l'assenza di condanne penali come requisito per lo svolgimento di una certa attività o per assumere una certa qualità o carica – con conseguenti effetti inibitori nel caso in cui la condanna sopraggiunga in un secondo momento – possa nascondere finalità punitive. Donde, dovrebbe avvertirsi l'esigenza di individuare con maggiore precisione 'indici' – sia generali, che riferiti a ciascun ambito ordinamentale – dotati di una reale capacità selettiva, congruenti con la finalità di individuare le ipotesi in cui le menzionate conseguenze pregiudizievoli si atteggiino come sostanziali effetti punitivi o vere e proprie sanzioni, giustificando un'estensione, almeno parziale, dello statuto garantistico di stampo penalistico⁹⁸.

2.1.1.3. *Fra "applicazione" interna delle garanzie sovranazionali e operatività della garanzia costituzionale*

Nella complessiva traiettoria estensiva del campo applicativo del principio costituzionale di irretroattività non sono mancate incertezze, come quelle che sono emerse in merito a discipline intertemporali connesse a interventi di depenalizzazione. Queste, di sovente, dispongono l'applicazione *tout court* della disciplina sanzionatoria di nuova introduzione a condotte avvenute sotto il vigore della precedente legge penale⁹⁹, condotte che, altrimenti, pur in costanza di un immutato carattere illecito, sfuggirebbero sia alle sanzioni penali, non più applicabili¹⁰⁰, sia alle nuove sanzioni am-

⁹⁸ Sul tema, cfr. Corte cost., sent. 6 giugno 2023, n. 168, che nega natura sostanzialmente alla revoca delle prestazioni, comunque denominate – quali l'indennità di disoccupazione, l'assegno sociale, la pensione sociale e la pensione per gli invalidi civili –, nei confronti di soggetti condannati con sentenza passata in giudicato, proprio riconducendola alla categoria degli effetti riflessi (*i.e.* extrapenali) della condanna penale; con la conseguenza che non si applica nella specie il divieto costituzionale di retroattività *in malam partem*.

⁹⁹ Un peculiare problema di successione di leggi punitive eterogenee si è verificato nell'ambito della disciplina sanzionatoria volta al contenimento dell'emergenza epidemiologica da Covid-19: in proposito, cfr. GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *sistemapenale.it*, 2020.

¹⁰⁰ In ragione dell'operare delle regole sulla successione di leggi penali nel tempo *ex art. 2 cod. pen.* che precludono l'applicazione della legge penale in vigore al momento della realizzazione della condotta incriminata nell'ipotesi di sopravvenuta *abolitio criminis*.

ministrative, applicabili solo *pro futuro*¹⁰¹. Senonché, la valorizzazione della natura intrinsecamente punitiva delle sanzioni extrapenali ha messo in discussione il presupposto di simili normative transitorie, vale a dire la sicura minore gravità del trattamento sanzionatorio sopravvenuto¹⁰². E, infatti, l'ampliamento della garanzia costituzionale dovrebbe precludere l'operare retroattivo del trattamento extrapenale quando esso si riveli in concreto maggiormente afflittivo di quello penalistico previgente. Si impone, così, un giudizio sostanzialistico volto a raffrontare – a prescindere dalle forme legislative impiegate – la gravosità delle due discipline sanzionatorie succedutesi nel tempo con riguardo alle conseguenze nella sfera giuridica del soggetto interessato¹⁰³.

In proposito, sovviene la sentenza n. 68 del 2017¹⁰⁴, nella quale, pur pervenendosi a una declaratoria di inammissibilità, si è prefigurata la possibilità di censurare l'applicazione retroattiva di un trattamento extrapenale, in tesi più gravoso rispetto al precedente trattamento penale, in ragione dell'introduzione della confisca per equivalente per le ipotesi depenalizzate di *insider trading*. In tale occasione la Corte costituzionale, chiamata a giudicare su profili di illegittimità rivolti sia alla garanzia interna sia a quella

¹⁰¹ In virtù del generale principio di retroattività sancito dall'art. 11 delle cc.dd. Preleggi e altresì, proprio nel settore del diritto amministrativo sanzionatorio, dall'art. 1, legge n. 869 del 1981.

¹⁰² Per un'ampia ricostruzione del tema in chiave problematica, si veda lo studio condotto da TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 3, 2019.

¹⁰³ Si può rilevare che ogniquale volta si preveda, in occasione di un intervento legislativo di depenalizzazione, la possibile applicazione retroattiva della sopravvenuta legge sanzionatoria extrapenale, si verifica, rispetto ai fatti occorsi sotto il vigore della legge penale abrogata, un fenomeno giuridico di successione nel tempo di leggi punitive eterogenee (o 'successione impropria') che non può comportare l'irrogazione retroattiva di sanzioni che, a prescindere dal *nomen iuris*, si rivelino nel complesso maggiormente afflittive rispetto a quelle che erano prevedibili, da parte del soggetto interessato, al momento della commissione del fatto.

¹⁰⁴ Si cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68, sulla quale si vedano VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; AMARELLI G., *Irretroattività e sanzioni sostanzialmente penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 691 ss.; BARBIERI E.M., *La confisca per equivalente in tema di intermediazione finanziaria secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 773 ss.

convenzionale¹⁰⁵, non ha escluso che il divieto di retroattività *in peius* possa, in astratto, operare in una simile ipotesi; e, tuttavia, ha rilevato l'erroneità del presupposto ermeneutico alla base dei dubbi di costituzionalità, secondo cui l'aggiunta della confisca per equivalente, di per sé considerata, avrebbe reso il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo in ogni caso deteriore. Nella sentenza si è chiarito che i giudici *a quibus* avrebbero dovuto, non già limitare l'esame alla sola confisca, ma verificare se il complessivo trattamento di nuova introduzione si appalesasse in concreto maggiormente afflittivo, a seguito di un raffronto con gli esiti sanzionatori derivanti dal precedente trattamento penalistico¹⁰⁶.

La pronuncia ha sovvertito, quindi, il tradizionale orientamento della giurisprudenza costituzionale che affermava l'inconferenza dell'art. 25, secondo comma, Cost., *sub specie* di irretroattività, nelle ipotesi di successione nel tempo fra norme penali e norme amministrative sanzionatorie¹⁰⁷. Nonostante il dispositivo di inammissibilità, vi si è riconosciuto in termini espressi che il passaggio da una fattispecie di reato a una figura di illecito amministrativo non determina sempre e comunque una mitigazione del trattamento punitivo. Con la conseguenza che, l'applicazione retroattiva delle sopravvenute sanzioni amministrative – in ipotesi prevista dalla pertinente disciplina transitoria – potrebbe dare luogo a violazioni del principio costituzionale di irretroattività¹⁰⁸.

Sotto altro profilo, la sentenza suscita interesse per le motivazioni addotte in ordine all'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. rispetto alla specifica misura ablatoria in esame. L'operatività della garanzia è giustificata dal carattere punitivo-afflittivo della misura, che è riconoscibile – pur in assenza di un'espressa qualifica legislativa – per l'assenza di un nesso diretto, attuale e strumentale fra i beni che ne sono oggetto e la fattispecie di illecito. E, a tal fine, la Corte costituzionale congruamente ha attribuito

¹⁰⁵ Nelle ordinanze di rimessione venivano evocati, come parametri di costituzionalità, gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU.

¹⁰⁶ Si cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., n. 8 *Cons. dir.*

¹⁰⁷ Ancora, in tal senso, cfr. ad esempio Corte cost., sent. n. 150 del 2002, cit., ove si era affermato che tale disposizione costituzionale, «nello stabilire un principio di necessaria e previa definizione legislativa degli illeciti, si riferisce, come questa Corte ha già avuto occasione di precisare, alla sola materia penale», e si concludeva per la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità anche rispetto a tale parametro.

¹⁰⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit., nn. 7-9 *Cons. dir.*

rilievo a propri precedenti in relazione alla garanzia interna, mentre ha richiamato pronunce della Corte europea dei diritti rispetto alla corrispondente garanzia convenzionale¹⁰⁹.

Sino a qui, dunque, si tratta di considerazioni coerenti con la necessaria distinzione delle due garanzie. Epperò, nella stessa pronuncia il Giudice costituzionale ha proceduto altresì a definire il perimetro della garanzia interna dando adito a una qualche incertezza, là dove ha affermato che detta garanzia concernerebbe non solo le pene propriamente dette, ma anche quelle «così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU»¹¹⁰. Tale passo, nella sua icasticità, potrebbe anche leggersi nel senso di attribuire alla nozione convenzionale di 'materia penale' un qualche rilievo diretto ai fini dell'operatività anche dell'art. 25, secondo comma, Cost., con una apparente confusione fra le due garanzie. Una simile lettura sembra porsi in attrito con la giurisprudenza precedente, nella quale lo scrutinio dei dubbi di costituzionalità *sub* art. 25, secondo comma, Cost. è stato compiuto a prescindere da una esplicita applicazione o considerazione dei criteri *Engel*; e neppure trova conferme nella giurisprudenza successiva, a partire dalla sentenza n. 109 del 2017¹¹¹, ove si si sono affrontate nuovamente censure concernenti una disciplina transitoria di un intervento di depenalizzazione¹¹².

Nella pronuncia più recente l'inammissibilità della questione è dovuta al carattere intrinsecamente contraddittorio del percorso argomentativo seguito dal giudice remittente, il quale, dopo aver applicato la criteriologia *Engel* per rinvenire il contenuto punitivo delle sanzioni amministrative, aveva sollevato dubbi di costituzionalità in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., per violazione del principio di irretroattività. Secondo la Corte costituzionale, le premesse alla base delle censure di illegittimità costituzionale avrebbero dovuto portare all'evocazione, quale parametro di

¹⁰⁹ Si cfr. Corte cost., n. 68 del 2017, cit., n. 7 *Cons. dir.*

¹¹⁰ Si cfr. *ivi*.

¹¹¹ Si cfr. Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109, sulla quale cfr. VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*; PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 172 ss.

¹¹² Si cfr. artt. 8, commi 1 e 3, e 9 d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 (recante *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*).

costituzionalità, dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, garanzia la cui operatività è, appunto, definita dalla criteriologia implementata dal *giudice a quo*¹¹³.

La pronuncia, in sostanza, ha “sanzionato” l'*iter* logico dell'ordinanza di rimessione per un uso scorretto dei criteri sostanzialistici convenzionali definitori della relativa ‘materia penale’, i quali avrebbero potuto assumere rilievo diretto solamente in vista dell’“applicazione” interna – ai fini del sindacato di costituzionalità – delle garanzie della CEDU. Vi si è chiarito, infatti, che il giudice rimettente avrebbe potuto prospettare il contrasto della disposizione con il solo art. 25, secondo comma, Cost. – come, in effetti, ha fatto – in esito, però, a un diverso incedere argomentativo, che muovesse dal presupposto dell'applicabilità della garanzia costituzionale interna alle sanzioni amministrative, e che facesse utilizzo dei criteri *Engel* alla stregua di meri supporti argomentativi «per integrare il significato del parametro costituzionale interno», e non già per affermare la natura penale delle sanzioni in esame ai fini convenzionali¹¹⁴.

Dalla decisione sembra potersi desumere – oltre che una conferma dell'eccentricità del passaggio motivazionale contenuto nella sentenza n. 68 del 2017 – una precisa intenzione di fare chiarezza circa i rapporti fra la garanzia interna e la corrispondente tutela convenzionale, riaffermando l'autonomia dei perimetri applicativi delle due garanzie, e quindi la preclusione a un utilizzo improprio dei criteri *Engel* al di fuori di problematiche attinenti all'interpretazione della Convenzione¹¹⁵. Tale scopo non può che apparire meritorio, e tuttavia non risulta pienamente adeguata, rispetto ad esso, la dicotomia – cui la pronuncia sembra alludere – fra ‘applicazione diretta’ dei criteri *Engel* (quella effettuata dal giudice remittente, e che avrebbe dovuto condurlo a sollevare la questione in relazione alla sola garanzia convenzionale) e ‘mero richiamo indiretto’ a fini argomentativi degli

¹¹³ Come riconosce lo stesso giudice relatore, si palesava una certa *contraddittorietà della prospettazione*: cfr. ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, cit., spec. 91-92.

¹¹⁴ Si cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, cit., n. 3.1 *Cons. dir.*

¹¹⁵ Nello stesso senso, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 22, secondo cui la Corte costituzionale ha voluto cogliere l'occasione per rimarcare «una visione dualistica del rapporto tra il principio di legalità stabilito dall'art. 25 Cost. e l'omologa garanzia costituzionale», e PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, cit., 173-174.

stessi criteri (ciò che avrebbe potuto condurre il giudice remittente a sollevare la questione rispetto alla sola garanzia costituzionale interna). Una siffatta distinzione, in effetti, non sembra escludere improprie sovrapposizioni fra il piano delle tutele interne e quello delle tutele convenzionali¹¹⁶, e quindi essa, per quanto predicabile – e predicata – in astratto¹¹⁷, alla prova dei fatti pare rivelarsi di difficile riconoscimento in concreto¹¹⁸.

2.1.1.4. *Le conseguenze nella successione impropria di norme punitive eterogenee*

A prescindere da questi ultimi elementi di criticità, si deve comunque rilevare che gli approdi sulla portata della garanzia costituzionale interna sembrano “consolidarsi” nella giurisprudenza successiva, trovando pieno compimento nelle ipotesi di successione impropria tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative. Nella sentenza n. 223 del 2018 si è pervenuti, infatti, a una prima declaratoria di incostituzionalità di una disciplina transitoria correlata a una depenalizzazione – si trattava della medesima disciplina in tema di *insider trading*, già oggetto della sentenza n. 68 del 2017 – per violazione del divieto di retroattività *in peius*, e ciò sul presupposto della ritenuta maggiore gravosità del trattamento punitivo extrapenale di nuova introduzione¹¹⁹.

¹¹⁶ Sembrerebbe doversene desumere, infatti, che la considerazione degli *Engel criteria* potrebbe costituire uno degli elementi suscettibili di condurre al riconoscimento, non già della natura *sostanzialmente penale*, ai fini convenzionali, di una certa misura, bensì, più semplicemente, del suo carattere punitivo-afflittivo, dal che dovrebbe discendere l’operatività della garanzia *ex art. 25*, secondo comma, Cost.

¹¹⁷ In altri termini, essa tenta di discernere le ipotesi di applicazione della regola (*i.e. ratio decidendi*) enucleabile dal precedente giudiziario convenzionale, praticabile solo evocando il rispettivo parametro interposto di costituzionalità, e quelle di semplice utilizzo argomentativo di alcune pronunce, o di un complesso di pronunce, della Corte europea dei diritti, il che sarebbe consentito, invece, in chiave giustificativa dell’espansione applicativa del parametro costituzionale interno.

¹¹⁸ In dottrina, VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull’irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., sostiene che la Corte costituzionale avrebbe potuto correggere l’errore commesso dal giudice remittente, invero veniale, reputando assai rigorosa la conclusione dell’inammissibilità; in senso adesivo, MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., 22, nt. n. 39.

¹¹⁹ Si v. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., sulla quale, nella letteratura, si vedano i

Nella pronuncia il Giudice delle leggi ha confermato l'operatività della garanzia costituzionale rispetto al diritto amministrativo sanzionatorio¹²⁰ e ribadito la natura solo relativa della presunzione di maggior favore dell'apparato punitivo extrapenale¹²¹. Su tali basi, la Corte ha ritenuto di poter esaminare il merito delle questioni di legittimità costituzionale, le quali erano state sollevate – in coerenza con le indicazioni contenute nella pronuncia dell'anno precedente – tenendo conto della maggiore afflittività del complessivo trattamento amministrativo¹²². Così, raffrontati gli esiti operativi delle due discipline sanzionatorie succedutesi nel tempo, si è dichiarato il contrasto della disposizione transitoria censurata rispetto a entrambi i parametri evocati (l'art. 25, secondo comma, e l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU) nella parte in cui essa prescriveva inderogabilmente l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative anche se suscettive di dar luogo a conseguenze più gravose di quelle discendenti dalle norme penali vigenti al *tempus commissi delicti*.

Se il giudizio di maggior favore ha riguardato le due discipline nel loro complesso, la portata della declaratoria di incostituzionalità è stata, però, circoscritta all'operatività della confisca per equivalente, in ragione del limitato *petitum* delle questioni di costituzionalità, le quali miravano a colpire l'applicabilità di tale misura in quanto ritenuta decisiva nel giudizio di maggiore gravosità del trattamento punitivo extrapenale¹²³. La presunzione assoluta alla base della disciplina transitoria è stata, quindi, sostituita con una 'regola' che impone al giudice comune di raffrontare i trattamenti punitivi,

commenti di GATTA G.L., *Non sempre “depenalizzazione” equivale a “mitigazione”*. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative “punitive” più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario), in *penalecontemporaneo.it*, 2018, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; MAZZACUVA F., *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2591 ss.; NARDOCCI C., *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 599 ss.

¹²⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., n. 6.1 *Cons. dir.*

¹²¹ *Ivi*, n. 6.2 *Cons. dir.*

¹²² Per un commento a una delle molteplici ordinanze di rimessione seguito alla pronuncia del 2017, cfr. CHIBELLI A., *La Cassazione “torna alla carica”: di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

¹²³ Si cfr. Corte cost., sent. n. 223 del 2018, cit., n. 6.4 *Cons. dir.*

e preclude l'applicazione della confisca per equivalente allorché il trattamento extrapenale, nel suo complesso, risulti concretamente più sfavorevole rispetto a quello penalistico¹²⁴.

Gli approdi sono stati confermati nella sentenza n. 96 del 2020¹²⁵, ove la questione di legittimità costituzionale, sollevata sempre su una disciplina transitoria di un'ipotesi di depenalizzazione, è stata dichiarata inammissibile solo in quanto il giudice remittente non aveva dato dimostrazione di aver verificato se il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo, considerato nel suo complesso, fosse effettivamente più gravoso di quello previgente. In particolare, il giudice *a quo*, seppure avesse sostenuto un peggioramento nel trattamento sanzionatorio dell'illecito di guida senza patente, stante l'impossibilità di ricorrere a istituti in grado di assicurare l'estinzione del reato o della pena, ovvero la non punibilità dell'agente, non aveva valutato la concreta applicabilità, nel caso di specie, di tali istituti sulla base della disciplina previgente.

La disamina giurisprudenziale ha portato, dunque, a osservare che nelle ipotesi di successione impropria il principio costituzionale di irretroattività impone alle giurisdizioni comuni di individuare la disciplina applicabile sulla base del criterio della legge punitiva concretamente più favorevole. Se il confronto fra gli esiti sanzionatori delle due discipline dovesse evidenziare il maggior favore della previgente legge penale, si dovrebbe anzitutto interpretare la legge extrapenale – l'unica in astratto applicabile – in modo da farne derivare conseguenze sanzionatorie non deteriori rispetto a quelle previste dalla legge penale. In caso di impraticabilità della soluzione interpretativa, si imporrebbe allora la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale sulla disciplina transitoria nella parte in cui imponga, in ipotesi, l'operatività retroattiva del sopravvenuto trattamento extrapenale nella sua intera estensione¹²⁶.

¹²⁴ L'art. 9, comma 6, della legge n. 62 del 2005 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui stabilisce che la confisca per equivalente prevista dall'art. 187-sexies t.u.f. si applica, allorché il procedimento penale non sia stato definito, anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 62 del 2005, quando il complessivo trattamento sanzionatorio conseguente all'intervento di depenalizzazione risulti in concreto più sfavorevole di quello applicabile in base alla disciplina previgente.».

¹²⁵ Si cfr. Corte cost., sent. 20 maggio 2021, n. 96.

¹²⁶ Dalla pronuncia della Corte costituzionale sembra doversi ricavare che la soluzione del problema non potrebbe derivare da un'applicazione analogica delle regole sulla successione

A sua volta, alla giurisdizione costituzionale spetterebbe di verificare il percorso argomentativo seguito per giustificare l'applicabilità della garanzia evocata, o delle garanzie evocate, così come l'applicazione del criterio della legge punitiva concretamente più favorevole, il quale postula una – invero non agevole – comparazione fra trattamenti punitivi eterogenei¹²⁷. Una volta verificata l'effettiva maggiore gravosità della disciplina sopravvenuta, si potrebbe giungere a una pronuncia di incostituzionalità che ne precluda l'operatività retroattiva limitatamente a quella “porzione” del trattamento punitivo idonea a renderlo, nel caso di specie, deteriore rispetto a quello previgente.

2.1.2. *L'irretroattività di norme punitive formalmente processuali*

L'espansione della garanzia dell'irretroattività segue – come si è anticipato – una seconda direttrice, interessando norme formalmente appartenenti al diritto processuale penale. La dinamica ha coinvolto anzitutto quegli istituti aventi natura mista, che associano il realizzarsi di effetti di natura sostanziale all'adozione di particolari forme e scansioni processuali. Al riguardo, la Corte costituzionale ha mostrato – anche sotto questo profilo – di prescindere dalla natura formale della disposizione in esame e altresì dalla sua eventuale collocazione nel codice di rito, e ha proceduto a distinguere fra aspetti processuali e materiali della disciplina, in vista dell'applicazione delle pertinenti garanzie fondamentali.

In una prima fase l'adozione del criterio sostanzialistico nella giurisprudenza costituzionale si spiega con la particolare configurazione delle questioni di legittimità costituzionale che erano state sollevate, sulle norme disciplinanti il rito abbreviato, in riferimento all'art. 7 CEDU e alla pertinente giurisprudenza convenzionale e, in particolare, alla sentenza *Scoppola c. Italia*¹²⁸. Nell'ambito di tali giudizi di costituzionalità, la Corte costituzio-

nel tempo di leggi penali, e in particolar modo dell'art. 2, quarto comma, cod. pen.; in giurisprudenza, già si era esclusa l'inapplicabilità di dette disposizioni in Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 marzo 2012 (dep. 28 giugno 2012), n. 25457, *R.A.J. Campagne*, in CED n. 252694.

¹²⁷ Fra le diverse problematiche che restano aperte, quella di maggiore complessità attiene alla individuazione dei criteri sulla cui base effettuare la comparazione fra trattamenti punitivi eterogenei; per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, si v. TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, cit., spec. 33 ss.

¹²⁸ Al riguardo si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.5.

nale ha utilizzato il criterio sostanzialistico emergente negli approdi sovranazionali, e sulla base di esso ha distinto i profili processuali delle norme sul rito abbreviato, assoggettati al principio del *tempus regit actum*¹²⁹, dai profili sostanziali, soggiacenti ai principi di retroattività favorevole e di irretrattività sfavorevole¹³⁰. È chiaro che, in queste ipotesi, lo sviluppo di tale criterio di giudizio è strettamente legato a un apporto diretto del diritto giurisprudenziale sovranazionale, che concorre all'ascrizione di contenuti al parametro interposto di costituzionalità¹³¹.

¹²⁹ Sotto questo profilo, un aspetto tipicamente processuale della disciplina di un istituto misto è quello concernente il termine per la richiesta di ammissione ad esso: sempre in tema di rito abbreviato, rispetto al regime transitorio allora regolato dall'art. 247 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di rito penale, cfr. già Corte cost., sent. 31 maggio 1990, n. 277. In tale pronuncia è dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, per contrasto con il principio di retroattività della disciplina sostanziale favorevole, sulla disciplina transitoria nella parte in cui limitava l'ammissibilità del rito abbreviato ai procedimenti pendenti in cui non siano state compiute le formalità d'apertura del dibattimento di primo grado. Le ragioni della decisione risiedono proprio nell'inapplicabilità della predetta garanzia sostanziale a un ambito della disciplina strettamente processuale, che è stato peraltro regolato dal legislatore, sul piano transitorio, in modo coerente con la *ratio* e la fisionomia dell'istituto misto, con conseguente inconfigurabilità di censure anche sotto il profilo della irrazionalità.

¹³⁰ In Corte cost., sent. n. 210 del 2013, cit., è dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, della norma di pretesa interpretazione autentica che aveva retroattivamente determinato la condanna all'ergastolo di imputati ammessi al rito abbreviato, che avrebbero dovuto essere condannati, sulla base della normativa previgente, a trent'anni di reclusione. La violazione della garanzia convenzionale di irretrattività sfavorevole si fonda, quindi, sulla ritenuta natura sostanziale della disciplina concernente la misura della diminuzione di pena discendente dall'accesso al rito abbreviato. Nella prospettiva del Giudice costituzionale, la pronuncia d'in-costituzionalità si porrebbe in una logica di conformazione agli obblighi di cui alla già esaminata sentenza della Corte EDU *Scoppola c. Italia* (n. 2), in quanto consente l'applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio a soggetti che si trovano in una posizione analoga a quella del ricorrente nel caso che ha portato alla pronuncia. E, peraltro, l'ammissibilità della sollevazione nel giudizio di esecuzione di una siffatta questione, che riguarda una norma già applicata nel giudizio di cognizione, è giustificata – ma si tratta di una notazione processuale – proprio in quanto essa è animata dalla logica conformativa cennata, il che spiega la limitazione del superamento dell'opposto orientamento giurisprudenziale al solo esame (e accoglimento) di detta questione in relazione al parametro interposto convenzionale.

¹³¹ In tal senso, si cfr. oltre alla già citata Corte cost., sent. n. 210 del 2013, cit., anche ord. 23 luglio 2013, n. 235, nella quale la dichiarazione di manifesta inammissibilità delle questioni di costituzionalità – sollevata sulla norma che limita ai processi pendenti nei gradi di merito la riapertura dei termini per la richiesta di rito abbreviato, a partire dall'entrata in

Lo stesso criterio risulta impiegato dalla Corte costituzionale rispetto a istituti dell'ordinamento interno che non erano divenuti oggetto di pronunce convenzionali. Così, con riguardo alla messa alla prova, si è osservato che la preclusione nell'accesso all'istituto nei procedimenti pendenti alla data della sua introduzione non è censurabile sul piano della violazione del principio della retroattività favorevole, in quanto la relativa norma disciplinatrice attiene esclusivamente al processo (*recte*, al momento processuale ultimo entro il quale accedere all'istituto) ed è pertanto espressione del principio del *tempus regit actum*¹³². Al pari degli approdi in tema di rito abbreviato, anche queste affermazioni sono state rese in relazione a dubbi di legittimità costituzionale prospettati per violazione della garanzia convenzionale. E, quindi, la distinzione fra aspetti processuali e sostanziali degli istituti cc.dd. misti si muoveva sempre in una logica di implementazione interna del criterio sostanzialistico sovranazionale.

Sono, invece, i confini propri del principio costituzionale di irretroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost. a venire "forzati" nella sentenza n. 32 del 2020 in relazione all'esecuzione penale¹³³, tappa alquanto significativa di quella che è stata definita come una «primavera silenziosa della Costituzione penale»¹³⁴. In essa sono state esaminate censure rivolte, fra l'altro, al-

vigore della legge n. 144 del 2000 – si fonda proprio sulla *ratio decidendi* del pertinente precedente giudiziario convenzionale, individuato nella decisione *Morabito c. Italia* (su cui si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 2.5). Come in tale occasione, a venire in rilievo nella specie non è tanto l'aspetto sostanziale della disciplina, attinente alla riduzione di pena, quanto invece il momento di proposizione della richiesta, donde la natura processuale della norma; a tale riconoscimento consegue l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale nell'ambito del giudizio *a quo* di esecuzione, dal momento che il soggetto condannato nella specie non aveva mai acquisito il diritto di essere ammesso al rito abbreviato, né vi aveva fatto richiesta nel giudizio di legittimità del processo di cognizione, e quindi la censurata norma processuale non avrebbe potuto essere applicata nella sede dell'incidente di esecuzione.

¹³² Si v. Corte cost., sent. 26 novembre 2015, n. 240, spec. n. 2.3 *Cons. dir.*

¹³³ Si v. Corte cost., sent. 26 febbraio 2020, n. 32, su cui, oltre al commento di cui alla nota precedente, si vedano GIUGNI I., *La differenza fra "dentro" e "fuori" il carcere è radiale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti*, in *diritticomparati.it*, 2020; MARTIN F., *La sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino*, in *giurisprudenzapenale.com*, 3, 2020; LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all'art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 ("spazzacorrotti")*, in *sistemapenale.it*, 2020.

¹³⁴ Così, MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 1.

la retroattività dell'estensione del regime *ex art. 4-bis* ord. pen. a condannati per taluni reati contro la pubblica amministrazione¹³⁵, retroattività riconosciuta espressamente da un indirizzo giurisprudenziale allora prevalente, che assoggettava, in ogni caso, le modifiche peggiorative delle modalità di esecuzione della pena al principio del *tempus regit actum*¹³⁶.

La decisione ha maturato una complessiva rimeditazione della garanzia in esame sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost., cui la giurisdizione costituzionale è pervenuta in esito a un ampio richiamo sia dei riferimenti normativi rinvenibili nell'ordinamento francese¹³⁷, che degli approdi giurisprudenziali della Corte Suprema statunitense sul generale divieto di *ex post facto laws*¹³⁸, oltre che della Corte europea dei diritti. La valorizzazione di siffatti richiami non rappresenta un semplice passaggio motivazionale integrativo, per così dire, *ad colorandum*, ma pare costituire un argomento di particolare pregnanza a giustificazione della svolta interpretativa¹³⁹. D'altronde, è proprio il riferimento alla giurisprudenza statunitense a consentire una precisazione sulla duplice *ratio* del divieto di irretroattività, volto non soltanto a garantire la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie ai relativi destinatari, ma anche a porre un argine a possibili abusi da parte del potere legislativo¹⁴⁰.

Per quanto di interesse, è la giurisprudenza convenzionale sull'art. 7 CEDU a offrire – come, peraltro, sarà ammesso nella successiva sentenza n. 17 del 2021¹⁴¹ – un influente termine di raffronto per una riconsiderazione della “dimensione esecutiva” dell'art. 25, secondo comma, Cost. attraverso

¹³⁵ Si cfr. art. 1, comma 6, lett. b), legge 9 gennaio 2019, n. 3 (*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*), recata dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3.

¹³⁶ In senso contrario si segnalano solo alcune pronunce di giudici di merito, su cui cfr. MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, e BARON L., “Spazzacorrotti”, art. 4-bis ord. pen., e regime intertemporale, *ivi*.

¹³⁷ Si cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.2.4 Cons. dir.

¹³⁸ Si cfr. *ibidem*.

¹³⁹ Evidenziano un uso non solo conoscitivo della comparazione, ma un suo insediamento ermeneutico MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, cit., 7-8.

¹⁴⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.3.1 Cons. dir.

¹⁴¹ Si v. *infra*, § 2.4.

il ricorso a verifiche sostanzialistiche circa la natura delle modifiche normative sopravvenute in costanza dell'esecuzione della pena¹⁴². Nella sentenza non si è posta in discussione la regola generale secondo cui le pene debbono espiarsi in base alla disciplina recata dalla legge in vigore al momento dell'esecuzione, pur se diversa da (ed eventualmente anche meno favorevole di) quella in vigore al momento della commissione del fatto. Si è, invece, individuata un'eccezione a tale regola suscettiva di operare allorché l'innovazione legislativa non riguardi semplici modifiche delle modalità esecutive, ma comporti una «trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale»¹⁴³. Siffatte condizioni – osserva il Giudice costituzionale – debbono ritenersi integrate quando la nuova disciplina conduca all'applicazione di una pena che sia sostanzialmente diversa rispetto a quella prevista dalla disciplina precedente. Il che avviene quando da una pena che sarebbe stata eseguita, in base a valutazioni di rilevante probabilità¹⁴⁴, all'esterno del carcere si giunga a una pena che, invece, dovrebbe eseguirsi al suo interno¹⁴⁵.

Muovendo da tali indicazioni generali, si è esclusa l'operatività della garanzia con riguardo a modifiche della disciplina dei permessi premio e del lavoro all'esterno del carcere, in quanto un condannato che pure fruisca di tali benefici è assoggettato a una pena caratterizzata da una prevalente dimensione «intramuraria»¹⁴⁶. Al contrario, sono ricondotte al diritto punitivo sostanziale, e quindi all'ambito applicativo della garanzia costituzionale dell'irretroattività, le modifiche attinenti alle misure alternative alla detenzione e alla semilibertà¹⁴⁷, alla liberazione condizionale¹⁴⁸ e alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena¹⁴⁹, in quanto incidenti sulla qualità e sulla quantità della pena.

Sul piano decisorio, la Corte costituzionale ha adottato una pronuncia interpretativa di accoglimento che colpisce la soluzione ermeneutica allora

¹⁴² Si cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.2.3 *Cons. dir.*

¹⁴³ Si cfr. *ivi*, n. 4.3 *Cons. dir.*

¹⁴⁴ Si cfr. *ivi*, n. 4.4.5 *Cons. dir.*

¹⁴⁵ La trasformazione riguarda quindi il passaggio da una pena prevalentemente «extramuraria» a una pena prevalentemente «intramuraria».

¹⁴⁶ Si cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., n. 4.4.1 *Cons. dir.*

¹⁴⁷ Si cfr. *ivi*, n. 4.4.2 *Cons. dir.*

¹⁴⁸ Si cfr. *ivi*, n. 4.4.3 *Cons. dir.*

¹⁴⁹ Si cfr. *ivi*, n. 4.4.4 *Cons. dir.*

invalsa nel ‘diritto vivente’ (che affermava la retroattività delle modifiche peggiorative introdotte dalla novella legislativa) limitatamente agli istituti “attratti” alla sfera sostanziale del diritto punitivo¹⁵⁰.

La pronuncia, storica per la portata delle conclusioni raggiunte¹⁵¹, ha segnato un nuovo capitolo della progressiva espansione del perimetro del principio costituzionale di irretroattività verso misure che siano riconducibili al diritto punitivo in un senso materiale. Così come è avvenuto in relazione a strumenti di diritto sanzionatorio extrapenale, anche rispetto a istituti formalmente appartenenti al diritto processuale penale la Corte costituzionale ha abbracciato schemi decisori sostanzialistici, con ciò mostrando di volersi adeguare a *standard* di tutela esistenti nel contesto sovranazionale e comparato, i quali sono stati, infatti, ampiamente richiamati nell’incedere argomentativo¹⁵².

Ma è ancor più significativo notare che il percorso decisorio, seppure influenzato da soluzioni “esterne”, per così dire, all’ordinamento nazionale, si fonda esclusivamente su una piena valorizzazione dell’art. 25, secondo comma, Cost., come dimostra l’assorbimento di tutte le censure riferite agli altri parametri evocati, fra cui anche l’art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall’art. 7 CEDU. Dal che si può desumere l’intento di evidenziare le autonome potenzialità operative della garanzia interna, mediante la precisazione, l’implementazione e, infine, l’utilizzo di propri criteri di giu-

¹⁵⁰ La disposizione censurata è stata dichiarata incostituzionale in quanto interpretata nel senso che le modificazioni introdotte all’art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975 si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all’entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 cod. pen. e del divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione previsto dall’art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale anche sotto un altro profilo, qui non rilevante, per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui non prevedeva il riconoscimento del beneficio del permesso premio ai condannati che, prima dell’entrata in vigore della medesima disposizione, avessero già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio.

¹⁵¹ Così, MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell’esecuzione penale*, cit., 6.

¹⁵² Peraltro, deve evidenziarsi come i precedenti convenzionali rilevanti, in questo caso, sono quelli in cui la Corte EDU ha specificamente affrontato la problematica della distinzione fra modifiche della disciplina sostanziale di una sanzione e modifiche delle relative modalità esecutive: su cui cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.5.

dizio, basati su ‘indici’ quantitativi e qualitativi volti al riconoscimento del manifestarsi di un’effettiva ‘trasformazione’ della pena.

In seguito, questo criterio è divenuto “pietra angolare” nel sindacato relativo all’art. 25, secondo comma, Cost., e infatti è stato impiegato nelle sentenze n. 193 del 2020¹⁵³ e n. 183 del 2021¹⁵⁴ per ribadire l’operatività della garanzia dell’irretroattività in presenza di modifiche normative che escludevano la sospensione dell’ordine di esecuzione della pena per talune figure di reato. Si è confermata, infatti, l’idoneità delle discipline censurate a comportare una radicale modifica della natura della pena inflitta, implicando l’avvio dell’esecuzione della pena in carcere, nelle more della decisione del magistrato di sorveglianza, ciò che invece non era consentito dalla legge vigente al momento della commissione del fatto. E tale effetto è reputato in grado di produrre una ‘trasformazione’ della pena inflitta e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, integrando il criterio di giudizio sostanziale elaborato nella sentenza n. 32 del 2020.

Su queste premesse, la Corte costituzionale ha affermato, quindi, il divieto di applicare la modifica normativa scrutinata a condanne per reati commessi anteriormente all’entrata in vigore della novella. In questo caso, però, siffatto esito è assicurato tramite una pronuncia interpretativa di rigetto – e non di accoglimento come nel precedente appena menzionato – in considerazione del tenore delle disposizioni oggetto dei dubbi di costituzionalità (che nulla disponevano circa il regime intertemporale) e dell’assenza di un opposto ‘diritto vivente’ (proprio la sentenza n. 32 del 2020 aveva messo in discussione la soluzione interpretativa accolta nella giurisprudenza precedente).

Peraltro, l’applicazione del criterio della ‘trasformazione’ della pena non esaurisce il proprio orizzonte operativo nell’esecuzione penale, ma ha concorso a precisare i termini della distinzione – già predicata, come si è visto poc’anzi, nella giurisprudenza costituzionale – fra profili processuali e sostanziali della disciplina di istituti aventi natura mista. Nella sentenza n. 260 del 2020¹⁵⁵ è stato proprio tale criterio a fondare il riconoscimento della natura sostanziale della norma, introdotta nel 2019, che stabiliva *pro futuro* la preclusione nell’accesso al rito abbreviato per contestazioni relative a reati puniti con l’ergastolo. Vi si è osservato che tale disciplina, per quan-

¹⁵³ Si v. Corte cost., sent. 31 luglio 2020, n. 193.

¹⁵⁴ Si v. Corte cost., sent. 30 luglio 2021, n. 183.

¹⁵⁵ Si v. Corte cost., sent. 3 dicembre 2020, n. 260.

to concerna le possibilità di accedere a una forma procedimentale, è suscettiva di avere ripercussioni sulla qualità e quantità della pena, onde trova il proprio fondamento, non già nel principio del *tempus regit actum*, ma in quello dell'irretroattività sfavorevole¹⁵⁶.

L'individuazione della natura della norma ha costituito la premessa per evidenziare l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muovevano i dubbi di costituzionalità, riconducibile alla (ritenuta) applicabilità della nuova norma peggiorativa a condotte tenute anteriormente alla sua entrata in vigore, ma il cui evento si fosse verificato successivamente. La Corte costituzionale ha chiarito che l'interpretazione opposta – che conduce all'applicazione della più favorevole disciplina previgente in siffatte ipotesi di reati a evento differito – è coerente con la *ratio* di tutela comune all'art. 7 CEDU, unico parametro evocato, e all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁵⁷. E, per tali ragioni, da un lato, è stato dichiarato il difetto di rilevanza della questione sollevata sulla nuova disposizione introdotta nel codice di rito, visto che la sua applicabilità – in luogo della disposizione previgente – si basava su un'interpretazione della disciplina transitoria incompatibile con le istanze di prevedibilità sottese al divieto di irretroattività, e, dall'altro, è stata giudicata infondata la questione sollevata sulla medesima disciplina transitoria.

Dunque, l'utilizzo del criterio sopra menzionato nella materia degli istituti cc.dd. misti ha portato a ricondurre, fra gli aspetti normativi ritenuti sostanziali, la disciplina non solo – come si era già riconosciuto in precedenza – della diminuzione di pena connessa alle forme processuali, ma anche dei limiti di ammissibilità dovuti al tipo e alla misura della pena applicabile. E, del resto, una siffatta lettura trova conforto, pur se solo incidentalmente, anche nella sentenza n. 147 del 2021, nella quale si è chiarito che la disciplina concernente l'accesso al rito alternativo può avere rilevanti ri-

¹⁵⁶ *Ivi*, n. 6.1.2 *Cons. dir.*

¹⁵⁷ Sul punto, la Corte costituzionale, in risposta alla questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 7 CEDU, chiarisce che per determinare il *tempus commissi delicti* rilevante per l'applicazione della nuova, più sfavorevole disciplina occorre aver riguardo al momento della condotta, anche nei reati a evento differito. E precisa che una siffatta interpretazione si pone, non già in contrasto, bensì in conformità con la predetta garanzia convenzionale e altresì con lo stesso art. 25, secondo comma, Cost., in quanto esclude che una norma processuale avente effetti peggiorativi sulla pena applicabile in caso di condanna possa applicarsi alle condotte commesse anteriormente alla sua entrata in vigore – quando cioè era prevedibile un differente e più favorevole trattamento – anche se l'evento costitutivo del reato si è verificato successivamente: *ivi*, n. 13 *Cons. dir.*

cadute sulla pena applicabile, e deve in tal caso soggiacere alle garanzie proprie del diritto sostanziale¹⁵⁸.

L'adozione di tale criterio sembra, quindi, capace di contribuire a una maggiore chiarezza nella definizione dell'intrinseca natura, processuale o sostanziale, dei singoli profili degli istituti cc.dd. misti, e in particolare di quella "porzione" della disciplina concernente l'accesso agli stessi. Gli approdi poc'anzi descritti consentono, infatti, di riconnettere al diritto materiale quelle norme che stabiliscono la platea di possibili destinatari tramite il rinvio alla tipologia e alla misura della pena applicabile, e, al contrario, di associare al diritto processuale quelle norme che attengono alla determinazione del momento processuale (fase e/o segmento) entro cui possa richiedersi o disporsi l'accesso all'istituto¹⁵⁹.

2.2. *L'estensione del principio di precisione (tassatività) alle norme punitive extrapenali*

L'estensione dell'art. 25, secondo comma, Cost. riguarda anche il principio di precisione nella formulazione delle norme punitive, sia di quelle che istituiscono la fattispecie di illecito sia di quelle che vi riconnettono un determinato regime sanzionatorio¹⁶⁰. Come accaduto in relazione al prin-

¹⁵⁸ Si v. Corte cost., sent. 8 luglio 2021, n. 147.

¹⁵⁹ Nella prassi non sono, tuttavia, mancati sviluppi non del tutto coerenti: per un esempio, cfr. Corte cost., sent. 13 novembre 2020, n. 238, in relazione alla speciale procedura estintiva prevista dal d.lgs. n. 152 del 2006. Sulla pronuncia sia consentito rinviare a RUDONIR, *La disciplina transitoria della cd. oblazione ambientale al vaglio di costituzionalità, tra retroattività di norme sostanziali più favorevoli e regime intertemporale di norme processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, 265 ss.

¹⁶⁰ Come evidenziato da NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, cit., 4 ss., possono individuarsi tre aspetti distinti del principio: «la "precisione", intesa come obbligo del legislatore di "disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali", evitando che "il giudice assuma un ruolo creativo"; la "determinatezza", ossia "l'esigenza [...] che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo"; la "tassatività", quale sinonimo del divieto di analogia a sfavore del reo». Nella giurisprudenza costituzionale si v. da ultimo Corte cost., sent. 29 marzo 2024, n. 54, n. 4 *Cons. dir.*, nella quale, con riguardo ai requisiti minimi di chiarezza e precisione che debbono presentare le disposizioni incriminatrici, si osserva che dal principio di legalità-tassatività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. deriva un «imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di "formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelleggibilità dei termini impiega-

cipio di irretroattività, anche in questo caso il precedente orientamento interpretativo restrittivo – secondo cui la garanzia avrebbe dovuto ritenersi confinata agli illeciti e alle sanzioni in senso proprio penali – è stato messo in discussione, sino a essere sostanzialmente superato. L'esito risponde, in ultima analisi, a un'esigenza di rispetto della divisione dei poteri dello Stato e altresì a una concorrente esigenza di tutela delle libere scelte di azione dei singoli¹⁶¹. E, proprio sotto il secondo profilo, l'operatività della garanzia nell'ambito del diritto extrapenale pare risentire dell'influenza degli approdi della giurisprudenza sovranazionale relativi alla qualità della 'base legale' di interventi punitivi in qualunque modo disciplinati dal diritto nazionale¹⁶², donde alla loro accessibilità e prevedibilità in concreto¹⁶³.

Il definitivo superamento della precedente interpretazione si compie nella sentenza n. 121 del 2018¹⁶⁴, ove si è riconosciuto che il principio di precisione *ex art. 25*, secondo comma, Cost. si estende alle sanzioni amministrative – in quell'occasione previste da una legge regionale – e se ne è evidenziata la duplice finalità garantistica: evitare un ruolo creativo in materia sanzionatoria all'autorità amministrativa o giurisdizionale – trovando completamento nel divieto di applicazione analogica *in malam partem* delle norme punitive¹⁶⁵ – e, al contempo, garantire la libera autodeterminazione individuale, assicurando la previa conoscenza delle conseguenze giuridico-penali di una certa condotta. Il contributo fornito, sul punto, dalla giurisprudenza convenzionale è ammesso dalla stessa Corte costituzionale, che ha cura di sottolineare come prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, comunque

ti"». Nella stessa pronuncia si evidenzia il duplice obiettivo sotteso al principio: «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito»; e «garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta».

¹⁶¹ Si cfr., per la materia strettamente penale, Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 327.

¹⁶² Nelle pronunce si parla, in proposito, di «patrimonio condiviso».

¹⁶³ Sul piano sovranazionale la valenza garantistica del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, riconosciuto dagli artt. 7 CEDU e 49 CDFUE, è ancorata alla *regula iuris* quale risultato emergente anche dall'attività ermeneutica, laddove sul piano interno il principio di legalità non si riferisce al diritto giurisprudenziale.

¹⁶⁴ Si v. Corte cost., sent. 13 giugno 2018, n. 121.

¹⁶⁵ In tal senso, cfr. Corte cost., sent. 14 maggio 2021, n. 98, n. 2.4 *Cons. dir.*

qualificate, debbano reputarsi «patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»¹⁶⁶.

La conclusione è stata confermata nella sentenza n. 134 del 2019¹⁶⁷ – sempre rispetto a sanzioni amministrative previste da leggi regionali – ove viene effettuata una netta distinzione fra il principio di precisione-tassatività e la riserva di legge assoluta, ricavabili entrambi dalla medesima disposizione costituzionale. Si è chiarito che se la riserva di legge si riferisce – come si approfondirà¹⁶⁸ – esclusivamente alle leggi penali in senso stretto, il principio summenzionato si estende alle leggi regionali che prevedano mere sanzioni amministrative, le quali debbono garantire ai propri destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

Siffatte affermazioni sono state, in seguito, ribadite tanto da poter riscontrare una stabilizzazione del nuovo indirizzo interpretativo. Esso, infatti, sembra trovare conferma, ad esempio, nella sentenza n. 145 del 2020¹⁶⁹ rispetto a censure prospettate intorno alla carente determinatezza di sanzioni amministrative reputate di natura sostanzialmente punitiva¹⁷⁰, e incidentalmente anche nella sentenza n. 140 del 2021, che tuttavia concerne dubbi di costituzionalità per insufficiente determinatezza di una norma penale in senso stretto¹⁷¹.

¹⁶⁶ *Ivi*, n. 15.3 *Cons. dir.*

¹⁶⁷ Si v. Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 134, su cui cfr. CONTIERI A., *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1661 ss.

¹⁶⁸ Si v. *infra*, § 2.4.

¹⁶⁹ Corte cost., sent. 10 luglio 2020, n. 145.

¹⁷⁰ La questione di costituzionalità sull'art. 709-ter cod. proc. civ., sollevata per contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. è stata dichiarata infondata, in quanto il ricorso a un'enunciazione sintetica della norma incriminatrice non comporta *ex se* un vizio di indeterminatezza, a condizione che sia possibile, sul piano interpretativo, attribuire alla previsione normativa un significato chiaro, intelligibile e preciso: cfr. *ivi*, n. 8.1 *Cons. dir.*

¹⁷¹ Si cfr. Corte cost., sent. 6 luglio 2021, n. 140.

2.3. Excursus: l'estensione di altre garanzie tipiche del diritto penale

Una dinamica espansiva analoga a quella sinora descritta è riscontrabile anche in relazione ad altre garanzie concernenti la materia punitiva sostanziale, a partire dal principio di retroattività della *lex mitior*¹⁷². Nella sentenza n. 63 del 2019¹⁷³ si è riconosciuto che tale principio è applicabile a singole sanzioni amministrative aventi natura e finalità punitiva, e ciò sulla base sia della garanzia sovranazionale (art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU) – pur in assenza di precedenti in termini nella giurisprudenza della Corte EDU – sia di quella propriamente interna (art. 3 Cost.)¹⁷⁴. L'implementazione del criterio sostanzialistico definente la 'materia penale' convenzionale è, quindi, compiuta in autonomia da parte della Corte costituzionale, in coerenza con i canoni ermeneutici elaborati dalla stessa Corte europea dei diritti¹⁷⁵.

Parimenti, non concerne propriamente l'art. 25, secondo comma, Cost., se non per la comune sottesa istanza di *favor rei*, l'avvenuta estensione della regola sancita dall'art. 30, ultimo comma, legge n. 87 del 1953 – nell'ampia lettura accolta nella giurisprudenza di legittimità rispetto a sanzioni propriamente penali¹⁷⁶ – anche a una sanzione amministrativa accessoria dotata di

¹⁷² Sulla non riconducibilità del principio di retroattività della *lex mitior* all'art. 25, secondo comma, Cost. la giurisprudenza costituzionale è consolidata: cfr. Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393; sent. 18 giugno 2008, n. 215; sent. n. 236 del 2011, cit.

¹⁷³ Si cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 2019, cit.

¹⁷⁴ Si cfr. Corte cost., sent. n. 63 del 2019, cit., spec. n. 6.2 *Cons. dir.*

¹⁷⁵ Per un'ipotesi in cui il sindacato di costituzionalità è compiuto anche in relazione all'art. 49, par. 1, CDFUE, cfr. Corte cost., sent. 26 luglio 2022, n. 198.

¹⁷⁶ Si cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, *Gatto*, in CED n. 260695, nella quale, superandosi un precedente opposto orientamento giurisprudenziale, si è accolta una lettura ampia ed estensiva della disposizione, tale da ricomprendere nel suo ambito applicativo le ipotesi di incostituzionalità tanto di leggi incriminatrici quanto di leggi sanzionatorie. In precedenza, nella letteratura sul tema, aveva sostenuto tale soluzione ermeneutica, già ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, cit., 1966, 353 ss., il quale aveva sottolineato come l'esigenza di ricondurre a legalità il trattamento sanzionatorio inflitto dovesse prevalere sull'intangibilità del giudicato, reputandosi inaccettabile che l'applicazione di una legge illegittima potesse continuare a fondare il prodursi di effetti penali deteriori rispetto a quelli previsti dalla legge non incostituzionale, dopo che ne si fosse accertata definitivamente l'originaria invalidità: e, cioè, dopo il riconoscimento, pur se a posteriori, del fatto che tali effetti penali non trovavano alcun valido fondamento normativo neppure al momento della pronuncia della sentenza di condanna.

caratteri sostanzialmente punitivi. Il significato dell'approdo, raggiunto nella sentenza n. 68 del 2021¹⁷⁷, è accresciuto dal breve tempo trascorso rispetto al precedente di segno parzialmente contrario, la sentenza n. 43 del 2017¹⁷⁸, in cui la stessa giurisprudenza costituzionale aveva escluso una simile apertura.

Nella pronuncia meno recente erano state rigettate le questioni di costituzionalità sollevate sulla portata del predetto art. 30, ultimo comma, l. cit., nella parte in cui esso non ricomprendeva anche sanzioni amministrative sostanzialmente 'penali' ai fini convenzionali¹⁷⁹, sulla base di un duplice rilievo. In primo luogo, si era rilevato, con riguardo al prospettato contrasto con l'art. 7 CEDU, che la nozione autonoma di 'materia penale' elaborata nella sede sovranazionale, pur se attrattiva di sanzioni amministrative come quelle rilevanti nel giudizio *a quo*, assumerebbe significato al solo fine di interpretare, e quindi applicare, le garanzie convenzionali penalistiche, fra le quali non era rinvenibile una regola analoga a quella recata dall'ultimo comma dell'art. 30 legge cit.¹⁸⁰

In secondo luogo, quanto ai profili di illegittimità interni (artt. 25, secondo comma, e 3 Cost.), si era osservato che l'ingresso nell'ordinamento nazionale del diritto giurisprudenziale sovranazionale non avrebbe comportato il venire meno dell'autonomia del diritto penale rispetto al diritto amministrativo sanzionatorio. Pertanto, se è vero che le sanzioni amministrative aventi natura afflittivo-punitiva debbono essere assistite dalle conferenti garanzie convenzionali penalistiche e altresì dalle garanzie costituzionali interne corri-

¹⁷⁷ Si cfr. Corte cost., sent. 16 aprile 2021, n. 68.

¹⁷⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cit., su cui si vedano CANZIAN N., *Le sanzioni amministrative "incostituzionali" fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quad. cost.*, 2017, 378 ss.; ID., *Quando è incostituzionale la sanzione amministrativa sostanzialmente penale (Corte Cost. n. 43 del 2017)*, in *Studium iuris*, 1, 2018, 19 ss.; CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org; GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018; UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in archivioldpc.dirittopenaleuomo.org.

¹⁷⁹ Si trattava di sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (recante *Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*) in riferimento a violazioni, da parte del datore di lavoro, della durata dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti.

¹⁸⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cit., nn. 3.5-3.8 *Cons. dir.*

spondenti, non vi sarebbe alcuna necessità, al di fuori di tali ipotesi, di estendere gli ulteriori presidi previsti dal legislatore per le sanzioni penali, privi di una diretta copertura convenzionale o costituzionale, quale era ritenuto essere, appunto, la disciplina prevista dalla fonte in esame¹⁸¹.

Era di particolare interesse il passaggio motivazionale concernente la portata dell'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁸², in cui si spiegava che l'applicabilità di tale disposizione oltre i confini del diritto penale in senso stretto era stata riconosciuta, sino ad allora, solo occasionalmente ed esclusivamente in riferimento al principio di irretroattività¹⁸³. La decisione sembrava presupporre, quindi, una distinzione fra le diverse garanzie ricavabili dalla medesima disposizione, là dove vi si era ribadito che il predetto principio era suscettivo di operare in relazione a tutte le sanzioni punitivo-afflittive, in quanto riconducibile al contenuto essenziale del precetto costituzionale, con ciò escludendosi implicitamente un'analogica estensione di altre garanzie¹⁸⁴. In tal modo, la Corte costituzionale aveva mostrato una particolare attenzione nel circoscrivere i contorni dell'innovativo orientamento sull'art. 25, secondo comma, Cost., mettendo in guardia da conclusioni semplicistiche, come quella di una presunta – e mai realizzatasi – parificazione a tutti gli effetti dello statuto garantistico interno delle sanzioni amministrative a quello delle sanzioni penali¹⁸⁵.

¹⁸¹ Si cfr. *ivi*, n. 4 *Cons. dir.*

¹⁸² Si cfr. *ivi*, spec., n. 4.3 *Cons. dir.*

¹⁸³ Vi si legge: «È pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104 del 2014, n. 196 del 2010, richiamate dalla recente n. 276 del 2016), riferito il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura “è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato” (sentenza n. 276 del 2016), e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino».

¹⁸⁴ In questo senso, anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 14-16.

¹⁸⁵ Nella pronuncia si afferma che il problema posto dall'ordinanza di rimessione non è tanto quello dell'estensione alle sanzioni amministrative del nucleo essenziale del precetto costituzionale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., quanto semmai quello dell'applicabilità a tali sanzioni di tutte le garanzie previste dalla legge penale (cfr. n. 4.3 *Cons. dir.*). Sembrerebbe potersi ricavare, quindi, che la Corte costituzionale abbia ritenuto la regola prevista dall'art. 30, u.c., legge n. 87 del 1953, una soluzione legislativa priva di una diretta copertura costituzionale nell'art. 25, secondo comma, Cost. o, quanto meno, non riconducibile al predetto nucleo essenziale di tutela riferibile alla medesima disposizione costituzionale.

In realtà, a distanza di quattro anni, la Corte costituzionale, mutando – almeno parzialmente – la propria posizione, con la sentenza n. 68 del 2021¹⁸⁶ è pervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, ultimo comma, legge cit., ove interpretato nel senso che esso non si applichi alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ex art. 222, comma 2, d. lgs. n. 285 del 1992, disposta con sentenza irrevocabile, proprio in quanto tale sanzione è da reputarsi sostanzialmente punitiva¹⁸⁷. L'accoglimento della questione di costituzionalità è stato limitato alla precipua misura sanzionatoria che veniva in rilievo nel giudizio *a quo*, ed è stato giustificato, da parte del Giudice delle leggi, con gli sviluppi giurisprudenziali sopravvenuti alla sentenza n. 43 del 2017.

Nella decisione si è enfatizzato, infatti, il processo di assimilazione (parziale) delle sanzioni amministrative punitive alle sanzioni penali, ai limitati fini delle garanzie costituzionali applicabili. In tale ottica, si è ricordata l'estensione alle prime di larga parte dello statuto costituzionale delle seconde, secondo una traiettoria che ha finito per interessare – come si è illustrato – anche il principio costituzionale di retroattività della *lex mitior*, il quale è ritenuto espressivo di una garanzia “meno forte” di quella rappresentata dal principio di legalità costituzionale della pena¹⁸⁸, donde l'assenza di ostacoli di ordine generale all'ulteriore ampliamento.

D'altro canto, si è rilevato che l'estensione del principio espresso dalla disposizione censurata è reso possibile, nella specie, dalla particolare configurazione degli effetti della sanzione amministrativa in esame, la cui applicazione non comporta *sic et simpliciter* l'esaurimento del rapporto giuridico, ma produce un effetto inibitorio di cinque anni all'ottenimento di una nuova patente di guida. Si ha a che fare, quindi, con una sanzione non già dagli effetti istantanei, bensì perduranti nel tempo, e pertanto la parte interessata potrebbe chiederne la cessazione all'autorità giurisdizionale competente a conoscere della fase esecutiva della sanzione amministrativa, vale a dire – ciò che costituisce un ulteriore profilo di particolarità di tale sanzione – al giudice dell'esecuzione penale.

¹⁸⁶ Si cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cit.

¹⁸⁷ Al riguardo, si cfr. MARCENÒ V., *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021.

¹⁸⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cit., n. 7 *Cons. dir.*

2.4. La compresenza di approcci ermeneutici estensivi (sostanzialistici) e restrittivi (formalistici) circa la portata della riserva di legge penale

Nella giurisprudenza costituzionale si riscontra una tendenza volta a espandere l'ambito operativo anche della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost., in relazione a istituti formalmente appartenenti al diritto processuale. Nella sentenza n. 17 del 2021¹⁸⁹ l'estensione ha riguardato l'istituto della liberazione anticipata ed è avvenuta sulla base del criterio della 'trasformazione della pena'¹⁹⁰, già elaborato – come si è illustrato – per l'assoggettamento al principio di irretroattività sfavorevole di istituti cc.dd. misti, processuali e sostanziali, oltre che dell'esecuzione penale. In tale occasione, l'adozione di un approccio sostanzialistico ha portato all'affermazione della natura materiale della norma disciplinante le ipotesi di revoca della liberazione anticipata, ciò che è stato decisivo per la dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale allora in esame in quanto tesa a introdurre un'ulteriore ipotesi di revoca. L'aggiunta, infatti, sarebbe stata produttiva di effetti punitivi sostanziali *in malam partem*, al di fuori dei casi eccezionali in cui ciò è ammesso, con conseguente travalicamento dei limiti di intervento della giurisdizione costituzionale nella materia penale. In termini generali, si è riconosciuto, quindi, che le variazioni *in peius* del trattamento di quegli istituti dell'esecuzione penale suscettivi di realizzare una sostanziale 'trasformazione' della pena non solo non possono operare retroattivamente, ma devono anche discendere da previsioni della legge formale o di atti aventi forza di legge¹⁹¹.

L'estensione del perimetro della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost. non ha riguardato, invece, il diritto sanzionatorio formalmente extrapenale, il quale resta esplicitamente escluso dalla cornice applicativa della garanzia. In proposito, assume rilievo la citata sentenza n. 134 del 2019, in cui la Corte costituzionale ha ribadito il proprio orientamento – che potrebbe definirsi consolidato, se si considera come un *unicum* la sentenza n. 78 del 1967 – secondo cui la predetta riserva di legge assoluta opera solamente in relazione a leggi penali in senso stretto.

Per contro, la previsione legislativa di sanzioni amministrative può es-

¹⁸⁹ Si cfr. Corte cost., sent. 11 febbraio 2021, n. 17.

¹⁹⁰ Per la prima volta precisato in Corte cost., sent. n. 32 del 2020, cit., rispetto alla quale si rinvia a quanto osservato *supra* nella presente Sezione, § 2.1.2.

¹⁹¹ Si cfr. sent. cit., n. 5 Cons. dir.

sere integrata da atti sub-legislativi nel rispetto della riserva di legge relativa sancita dall'art. 23 Cost.¹⁹². Quest'ultima, pur non ammettendo prescrizioni legislative "in bianco" – prive, cioè, di una predeterminazione dei contenuti e dei modi di esercizio del potere punitivo – lascia all'autorità amministrativa la possibilità di regolare le fattispecie di illecito con fonti normative di carattere secondario, sempre che la materia interessata non ricada nel cono applicativo di altre riserve di legge assolute, diverse da quella prevista dall'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁹³.

L'approdo sembrerebbe confermato anche dalla sentenza n. 139 del 2019¹⁹⁴, nella quale sono stati esaminati nel merito – salvo poi venire dichiarati infondati¹⁹⁵ – i profili di illegittimità prospettati, in riferimento all'art. 23 Cost., sulla disposizione del codice di rito civile regolante la condanna al pagamento delle spese processuali a carico della parte soccombente nelle ipotesi di responsabilità aggravata. E, all'opposto, sono stati giudicati inammissibili gli analoghi profili di incostituzionalità sollevati rispetto all'art. 25, secondo comma, Cost, stante l'impossibilità di ricondurre lo strumento legislativo in esame alla categoria delle sanzioni in senso stretto¹⁹⁶.

Si tratta di una conclusione di per sé coerente con l'orientamento interpretativo tradizionale, anche se il percorso argomentativo addotto a giustificazione della dichiarazione di inammissibilità evidenzia talune incertezze, che meritano di essere approfondite. Sul punto, infatti, il Giudice costituzionale non si è limitato – come pure avrebbe potuto, in linea con i propri precedenti – a riscontrare l'estraneità rispetto al diritto penale in senso proprio della misura, ma, dando rilievo alla natura ibrida della disposizione censurata – sanzionatoria e, in uno, indennitaria –, ha escluso la riconducibilità della stessa al più ampio *genus* delle sanzioni punitivo-afflittive, come se la riserva di legge assoluta ex art. 25, secondo comma, Cost. possa comprendere anche norme punitive extrapenali. Tale motivazione – per così dire, ingiustificatamente sovrabbondante – si è associata, inoltre, a un'ambigua affermazione, secondo cui il parametro costituito dal «princi-

¹⁹² Nella pronuncia si omette il riferimento anche all'art. 97 Cost., che invece compare in decisioni precedenti.

¹⁹³ In questo senso, già Corte cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115 richiamata dalla sentenza in esame.

¹⁹⁴ Si cfr. Corte cost., sent. 6 giugno 2019, n. 139.

¹⁹⁵ Si cfr. nn. 8-10 *Cons. dir.*

¹⁹⁶ Si cfr. n. 3 *Cons. dir.*

pio di legalità *ex art. 25*, secondo comma, Cost., recante la più stringente prescrizione della riserva di legge, che è assoluta» sarebbe «impropriamente evocato perché riguarda le sanzioni penali, nonché quelle amministrative “di natura sostanzialmente punitiva” (sentenza n. 223 del 2018) e non già prestazioni personali e patrimoniali imposte per legge, alle quali fa invece riferimento l’art. 23 Cost.»¹⁹⁷.

Per quanto tale passaggio motivazionale sembri presupporre, a una prima lettura, un’estensione della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost., è comunque possibile prospettare un’interpretazione coerente con la giurisprudenza costituzionale anteriore. Del resto, se la Corte costituzionale avesse realmente inteso superare il precedente indirizzo ermeneutico, o anche soltanto lasciarne presagire un mutamento, vi avrebbe verosimilmente dedicato una diversa attenzione. A ben vedere, il passo in esame potrebbe spiegarsi con la semplice intenzione del Giudice delle leggi di chiarire la natura non esclusivamente sanzionatoria dell’istituto in esame. E l’apparentemente equivoco riferimento all’estensione dell’art. 25, secondo comma, Cost. potrebbe riguardare, non già la garanzia della riserva di legge nello specifico, ma la disposizione costituzionale nel suo complesso. Si giustificerebbe, in tal modo, anche il richiamo della sentenza n. 223 del 2018, che concerneva profili di violazione del divieto di retroattività *in peius*, dunque di una diversa garanzia.

A un esame approfondito, quindi, non parrebbe smentita l’esclusione delle norme punitive extrapenali dal perimetro della riserva di legge assoluta *ex art. 25*, secondo comma, Cost., come dimostra anche la successiva sentenza n. 5 del 2021¹⁹⁸. In quest’ultima si è riconosciuto che il rispetto del principio di legalità delle sanzioni amministrative rimane fondato sull’art. 23 Cost., il quale impone un’adeguata predeterminazione legislativa dei presupposti di esercizio del potere sanzionatorio – in coerenza con il principio di imparzialità dell’azione amministrativa *ex art. 97* Cost. – con riguardo sia all’individuazione della condotta illecita, sia alla tipologia e alla misura delle relative sanzioni, sia alla struttura di eventuali cause esimenti¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Si cfr. Corte cost., n. 5 del 2021, cit.

¹⁹⁹ *Ivi*, n. 5.1 e 5.2 *Cons. dir.*

3. *L'esclusione del diritto giurisprudenziale dal perimetro oggettivo dei principi costituzionali di legalità e irretroattività*

A differenza di quanto sinora osservato, si registra una posizione di chiusura della giurisprudenza costituzionale rispetto all'accoglimento di quelle letture sostanzialistiche del principio di legalità volte a ricomprendervi il diritto sub-legislativo e, soprattutto, il diritto giudiziario, quando concorrano alla definizione della norma incriminatrice o sanzionatoria²⁰⁰. A fronte della tensione fra le due diverse nozioni, quella interna-formale di 'legge' e quella sovranazionale-sostanziale di 'base legale' – sulla quale si è avuto modo di soffermarsi²⁰¹ –, sembra prevalere una logica di conservazione delle categorie proprie del patrimonio giuridico nazionale²⁰², debitore della tradizione continentale dei sistemi di *civil law* e del pensiero illuministico²⁰³.

Tale prospettiva affiora chiaramente nell'insuperabile resistenza frapposta – allo stato – al riconoscimento dell'applicabilità dei corollari della legalità al diritto giudiziario, storicamente giustificata – a vario titolo – per il necessario rispetto di imprescindibili esigenze di separazione dei poteri e per l'impossibilità di assegnare alle interpretazioni offerte dalle giurisdizioni comuni un ruolo di "creazione" normativa. La stessa prospettiva emerge altresì dagli stretti argini entro cui sono ritenuti ammissibili interventi della giurisdizione costituzionale produttivi di conseguenze punitive sfavorevoli. Anche se, sotto quest'ultimo profilo, l'apertura dell'ordinamento nazionale agli obblighi punitivi sovranazionali – come si evidenzierà – ha dato luogo a una categoria di pronunce di incostituzionalità con effetti *in malam partem*, nel che può rinvenirsi un ulteriore contributo del diritto di matrice giurisprudenziale nella materia punitiva²⁰⁴.

²⁰⁰ Si cfr. VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, cit.

²⁰¹ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3.

²⁰² In questo senso, MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 955 ss.

²⁰³ Si cfr. RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, cit., 279 ss.

²⁰⁴ Si cfr. DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit.

3.1. I profili di resistenza a riletture sostanzialistiche del concetto di legalità

La rigorosa interpretazione della riserva di legge custodita nell'art. 25, secondo comma, Cost., è riscontrabile sin dalle pronunce costituzionali più risalenti nel tempo e si fonda sul significato garantistico discendente dall'affidamento delle scelte di incriminazione – suscettive di incidere sulla libertà personale – all'istituzione (il Parlamento) che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica e alla fonte (la legge in senso formale) adottata in esito a un procedimento in cui si realizza il confronto dialettico fra tutte le forze politiche²⁰⁵. Si tratta di approdi ricorrenti, che non paiono scalfiti dalle differenti prospettive sostanzialistiche prevalenti nel contesto sovranazionale, le quali – come si è approfondito – assegnano un ruolo protagonista al diritto giurisprudenziale.

Le Corti europee, in coerenza con l'angolo prospettico da cui muovono – di tutela della posizione del singolo individuo – ritengono centrale la possibilità di predeterminare i risultati dell'esercizio di potestà punitive, e a tal fine attribuiscono rilievo agli orientamenti ermeneutici sviluppatisi per la definizione del contenuto di una norma incriminatrice o sanzionatoria²⁰⁶. Al contrario, la concezione accolta nella giurisprudenza costituzionale muove dal presupposto che tali istanze individuali di prevedibilità degli addebiti penali e, del pari, le esigenze ordinamentali di separazione dei poteri, sopra menzionate, possano ritenersi soddisfatte in presenza di una legge formale dotata di quegli indefettibili caratteri richiesti dal principio di legalità. In tal modo, l'individuazione della condotta incriminata, così come la qualità e l'ordine di grandezza delle relative pene, sarebbe sottratta a valutazioni puramente discrezionali del giudice, la cui attività interpretativa corrisponderebbe a un momento successivo rispetto alla posizione della norma punitiva, e perciò estraneo ai contenuti del principio di legalità.

Così, ad esempio, al susseguirsi di differenti interpretazioni (contrasto giurisprudenziale diacronico) non potrebbe applicarsi il principio di irretrattività sfavorevole, né specularmente quello di retrattività favorevole. Parimenti, la compresenza di differenti orientamenti (contrasto giurisprudenziale sincronico) non implicherebbe l'inoperatività della norma

²⁰⁵ Si cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 487 del 1989, cit.

²⁰⁶ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3.

punitiva, salvo che l'atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari non sia così 'gravemente caotico' da integrare quell'ipotesi di non conoscibilità scusabile della legge penale prefigurata nella celebre sentenza n. 364 del 1988²⁰⁷. E, ancora, pure l'affermarsi di un'univoca interpretazione nella prassi giudiziaria non escluderebbe la possibilità di muovere censure al dettato legislativo per la sua originaria, irrimediabile, carenza di precisione²⁰⁸.

La segnalata posizione di chiusura emerge, in modo particolare, nella sentenza n. 230 del 2012²⁰⁹ con la quale sono state giudicate infondate questioni di costituzionalità tese a configurare il mutamento giurisprudenziale favorevole quale ipotesi di revoca del giudicato penale *ex art. 673 cod. proc. pen.*²¹⁰. Per quanto di interesse, le questioni allora esaminate presupponevano l'accoglimento di una lettura sostanziale del concetto di legalità, e quindi prospettavano profili di contrasto rispetto agli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost. e in relazione all'art. 7 CEDU, quale parametro interposto di costituzionalità.

²⁰⁷ Si cfr. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, cit., n. 27 *Cons. dir.*

²⁰⁸ In argomento, si v., fra gli altri, DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisionsi vere o apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 13 ss.; più in generale, cfr. CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit.

²⁰⁹ Corte cost., sent. n. 230 del 2012, cit., sulla quale, fra i molti, cfr. COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Riv. AIC*, 3, 2013; DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 159 ss.; EPIDENDIO T.E., *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012, reperibile in *archiviopdc.dirittopenaleuomo.org*; MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.; MARI A., *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 945 ss.; MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.; NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 164 ss.

²¹⁰ In particolare, l'art. 673 cod. proc. pen. era dubitato di illegittimità costituzionale, nella parte in cui non prevede quale ipotesi di revoca della sentenza penale di condanna passata in giudicato anche il mutamento giurisprudenziale determinato da una decisione della Corte di cassazione a Sezioni Unite, in base al quale il fatto oggetto della sentenza non è previsto dalla legge come reato.

Con riguardo al presunto contrasto con i parametri interni, si è rilevato che l'inidoneità del mutamento giurisprudenziale a travolgere la *res iudicata* sarebbe dovuta all'impossibilità di sostenerne l'equiparazione, o assimilazione, all'abrogazione e alla declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice. A una simile conclusione si opporrebbero, difatti, sia l'assenza di vincolatività del precedente giudiziario che la riserva di legge in materia penale, letta in connessione con il principio di separazione dei poteri, da cui si ricava che ogni giudice, soggetto soltanto alla legge penale, ha facoltà di disattendere il nuovo orientamento interpretativo, quand'anche predicato dalla più autorevole composizione della Corte di cassazione. Di qui, anche l'inconsistenza delle censure per violazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, in quanto si debbono negare potenzialità normative a regole di provenienza giurisprudenziale²¹¹.

Quanto alle censure rispetto al parametro convenzionale, si è precisato che l'intervento additivo richiesto non sarebbe neppure rispondente agli obblighi convenzionali, visto che l'art. 7 CEDU non è interpretato dalla Corte europea nel senso di imporre la rimozione di una sentenza di condanna passata in giudicato contrastante con un sopravvenuto indirizzo interpretativo più favorevole²¹². L'infondatezza, sotto questo profilo, è dipesa dall'inesistenza dell'obbligo sovranazionale evocato, obbligo che – ha evidenziato il Giudice delle leggi – risultava solamente da un'artificiale composizione, da parte del giudice rimettente, di due differenti filoni giurisprudenziali convenzionali: quello per cui l'art. 7 CEDU custodisce il principio di retroattività della legge più favorevole e quello per cui la nozione autonoma di 'base legale' ricomprende il diritto giurisprudenziale. D'altra parte, al riconoscimento della garanzia della retroattività *in mitius* non è seguita, nella stessa giurisprudenza sovranazionale, l'affermazione della sua natura assoluta e inderogabile, e il giudicato costituisce proprio un ragionevole ostacolo all'esplicarsi di tale garanzia.

Sempre nel percorso motivazionale sui profili di incompatibilità convenzionale, la Corte costituzionale ha svolto un confronto fra la tutela offerta dalla norma convenzionale e quella derivante dalla legalità nazionale, senza che invero l'oggetto del giudizio di costituzionalità lo richiedesse. Nell'*obiter dictum* si è osservato che la garanzia convenzionale – più preci-

²¹¹ Si cfr. Corte cost., n. 230 del 2012, cit., spec. nn. 10-11 *Cons. dir.*

²¹² Si cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*

samente, quello che viene definito come principio convenzionale di legalità penale – sarebbe meno comprensiva, e quindi meno intensa, della corrispondente garanzia interna, in quanto solo a quest’ultima si riconnette la tutela della riserva di legge. Nella prospettiva del Giudice costituzionale sarebbe proprio la *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge a evidenziare il maggior pregio della tutela interna e il conseguente presunto “scarto di tutela” fra questa e la tutela convenzionale. È evidente che tali considerazioni non possono apparire persuasive, dal momento che poggiano su un di raffronto solo in astratto fra le due differenti garanzie²¹³, mentre la relativa portata dovrebbe essere valutata, e nel caso confrontata, solo in concreto, e cioè in base agli esiti determinati dall’operatività delle singole garanzie nel caso processuale²¹⁴. Peraltro, esse esulano dall’oggetto del giudizio di costituzionalità, nella misura in cui rivelano un fermo diniego all’accoglimento, in termini generali, di una concezione sostanziale di ‘base legale’²¹⁵, anche in relazione all’ipotesi – diversa da quella in esame in tale pronuncia – di mutamento giurisprudenziale sfavorevole, le cui problematiche finora non sono mai state apertamente esaminate dalla Corte costituzionale²¹⁶.

La descritta delimitazione dell’oggetto del principio di legalità interno comporta, sotto altro profilo, che il contenuto preciso e determinato del

²¹³ In effetti, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, in primo luogo le due tutele sembrano offrire non già una medesima garanzia di diversa intensità, bensì due differenti garanzie, diverse nella struttura e nei risultati. In secondo luogo, il raffronto fra le stesse sembra essere effettuato solo in astratto, pretermettendo la prospettiva di una protezione dei diritti fondamentali effettiva e concreta, e, al contempo, la logica – affermata nella stessa giurisprudenza costituzionale – di integrazione delle tutele, interne e convenzionali, in vista della massima espansione delle garanzie. In tal senso, condivisibilmente, già COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, cit.

²¹⁴ Si v. *infra*, Cap. IV, § 1.

²¹⁵ Sul tema cfr. MANES V., “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., spec. 967-969.

²¹⁶ La giurisprudenza costituzionale non ha mai avuto modo di occuparsi di questioni di costituzionalità specificamente correlate a una possibile applicazione retroattiva di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale sfavorevole, imprevedibile per il singolo soggetto interessato. Le medesime istanze di tutela, invece, hanno talvolta trovato considerazione nella giurisprudenza comune, e soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, come emerge anzitutto nel séguito della sentenza *Contrada c. Italia* (n. 3), che sarà approfondito nel prosieguo. Si veda *infra*, Sez. successiva, § 4.

precetto e del trattamento sanzionatorio, in ossequio al principio costituzionale di tassatività, deve risultare dalla lettera legislativa, senza che possa assumere alcun ruolo l'opera di chiarimento interpretativo svolta dalla giurisprudenza. In tale ottica, il corollario della tassatività implica, sul piano oggettivo, che il dettato normativo debba riferirsi a ipotesi esprimenti fattispecie corrispondenti alla realtà mediante l'impiego di termini conformi ai canoni di chiarezza e intelligibilità, e, sul piano soggettivo, che la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie debba valutarsi rispetto al diritto scritto legislativo.

Se ne ha cristallina conferma nelle due pronunce costituzionali intervenute nella vicenda *Taricco* – alla quale si è fatto cenno in precedenza²¹⁷ – nel cui ambito è stato messo in discussione il potere dei giudici comuni di “disapplicare” norme punitive sostanziali, dando luogo a effetti punitivi *in malam partem*, per contrasto con obiettivi repressivi di diritto europeo come precisati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In tali decisioni la Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità di tali conseguenze punitive con i principi di irretroattività e determinatezza delle norme punitive quali cc.dd. controlimiti, ha nuovamente enfatizzato la stretta connessione fra il principio di legalità penale nazionale e la sua *ratio* democratica, e la conseguente attribuzione alla legge soltanto delle scelte di politica criminale, negando rilievo al diritto giurisprudenziale.

Nella prima pronuncia, l'ordinanza n. 24 del 2017, si sono espressi dubbi sull'applicabilità della c.d. ‘regola Taricco’ non soltanto per la sua retroattività e per la scarsa precisione nella formulazione²¹⁸, ma – più in radice – in quanto l'obbligo di “disapplicazione” delle norme nazionali e le relative conseguenze sul piano sanzionatorio non sarebbero stati riconoscibili prima dell'intervento giurisprudenziale europeo. E il prodursi di tali conseguenze, secondo il Giudice costituzionale, avrebbe finito per affidare alla giurisdizione attribuzioni estranee all'ordinaria funzione giurisdizionale, alla quale, quanto meno nei sistemi giuridici di *civil law*, non è conferito il potere creativo²¹⁹.

Ancor più significativamente nella sentenza n. 115 del 2018 – con cui è

²¹⁷ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.4.

²¹⁸ In tale ottica, l'operatività delle norme interne sulla prescrizione sarebbe dipesa da una valutazione del giudice nazionale, la cui discrezionalità non era delimitata se non da un generale obiettivo di scopo, rappresentato dalla necessità di assicurare un'adeguata repressione delle frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea.

²¹⁹ Si cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, cit., nn. 5 e 9 *Cons. dir.*

stata dichiarata l'infondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate, alla luce dei chiarimenti forniti dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S. e M.B.*²²⁰ – la Corte costituzionale ha rilevato che la violazione, da parte della c.d. 'regola Taricco', del canone costituzionale di tassatività è dovuta non solo all'utilizzo di espressioni generiche inidonee a fissarne con precisione i presupposti applicativi, ma soprattutto all'impossibilità di prevederne gli effetti punitivi sfavorevoli sulla base del tenore testuale della disposizione europea (l'art. 325 TFUE) su cui avrebbe dovuto fondarsi il predetto obbligo di "disapplicazione". Al riguardo, si è osservato che nella tradizione giuridica continentale le scelte di diritto penale sostanziale debbono concretarsi in testi legislativi e risultare per tale via conoscibili ai consociati. Di tal che l'interpretazione giudiziaria di una certa disposizione – osserva la Corte costituzionale – non costituisce che un *posterius*, essendo volta semplicemente a individuare quale significato sia da accogliersi fra le diverse opzioni interpretative prefigurate dal testo scritto, e pertanto è inidonea a eliderne l'originaria indeterminatezza²²¹.

3.2. *L'incostituzionalità per contrasto con obblighi sovranazionali quale ipotesi di diritto giurisprudenziale con effetti in malam partem*

La descritta lettura formalistica del principio costituzionale di legalità punitiva determina una generale preclusione a dichiarazioni di illegittimità costituzionale che "creino" nuove norme penali, che estendano a casi non previsti (o non più previsti) norme già esistenti, ovvero che rendano più gravoso il relativo trattamento. Tale preclusione si fonda sulla impossibilità di qualificare, in via ordinaria, la pronuncia costituzionale come base legale *ex se* idonea ai fini interni, ed è ritenuta superabile – com'è noto – solo in ipotesi eccezionali, fra cui è da annoverarsi il contrasto di norme interne con obblighi punitivi sovranazionali. Questi ultimi possono derivare sia dal diritto eurounitario, come interpretato – si intende – dalla Corte di giustizia, sia da pronunce della Corte europea dei diritti, che richiedano agli Stati membri la previsione di un'adequata risposta punitiva come obbligo positivo necessario per assicurare la protezione di diritti e libertà custodite nella Convenzione²²².

²²⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 115 del 2018, cit.

²²¹ Si cfr. *ivi*, nn. 10-12 *Cons. dir.*

²²² Si cfr. NAPOLEONI V., *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in MANES V.-ID. (a cura di), *La legge penale illegittima*, cit., 534.

L'ammissibilità di simili interventi della giurisdizione costituzionale è stata riconosciuta nella sentenza n. 37 del 2019, anche se l'allora censurata abrogazione del delitto di ingiuria non è stata giudicata, nel merito, in contrasto con obblighi di carattere sovranazionale²²³. Tale conclusione – non priva di aspetti controversi²²⁴ – era invero ricavabile già dalla precedente sentenza n. 32 del 2014²²⁵, nella quale il ripristino della precedente disciplina sanzionatoria in tema di stupefacenti – per certi versi più gravosa di quella allora giudicata incostituzionale per un vizio formale – è stato motivato con l'esigenza di soddisfare obblighi sovranazionali di penalizzazione, e pertanto evitare una violazione del diritto europeo²²⁶.

Ancor prima, con la sentenza n. 28 del 2010²²⁷ è stata dichiarata illegittima una norma extrapenale integratrice della fattispecie di reato²²⁸, incidente in senso restrittivo sull'area di punibilità²²⁹, per contrasto con obblighi discendenti da direttive europee²³⁰. In tale occasione si è chiarito che gli effetti sfavorevoli derivanti dalla declaratoria di incostituzionalità non possono inibire la verifica della conformità delle norme interne a quelle europee, in quanto ciò darebbe luogo a un'inammissibile “zona franca” sottratta al sindacato di costituzionalità. In caso contrario, sarebbe infatti sufficiente prevedere una responsabilità penale in un ambito di rilevanza europea per precludere ogni sindacato sulla legittimità delle norme interne, e realizzare, così, uno svuotamento della vincolatività delle norme europee, di fatto non più cogenti nei confronti del legislatore nazionale²³¹.

Pertanto, la necessità di adeguare l'ordinamento interno a obblighi sovra-

²²³ Si cfr. Corte cost., sent. 6 marzo 2019, n. 37, n. 7.1 *Cons. dir.*

²²⁴ Si pensi alla distinzione dottrinale fra le ipotesi di ‘inattuazione originaria’ e ‘inattuazione sopravvenuta’: si cfr. ancora NAPOLEONI V., *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., 524-525.

²²⁵ Si cfr. Corte cost., sent. n. 32 del 2014, cit.

²²⁶ Si cfr. *ivi*, n. 5 *Cons. dir.*

²²⁷ Si cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit.

²²⁸ Si trattava di una norma extrapenale, che, sottraendo le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti, aveva escluso l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale dei rifiuti.

²²⁹ In questi casi gli effetti penali *in malam partem* sono, per così dire, indiretti, derivando dalla dichiarazione di incostituzionalità – per un qualsiasi vizio di illegittimità – di norme previste in altri settori dell'ordinamento, le quali siano richiamate dalla norma incriminatrice e concorrano, pertanto, a definirne l'ambito di applicazione.

²³⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 28 del 2010, cit., n. 5 *Cons. dir.*

²³¹ Si cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*

nazionali, diretti o indiretti, di penalizzazione – che configurano, a loro volta, obblighi di carattere costituzionale – induce a escludere che il controllo di costituzionalità possa, sotto questo profilo, soffrire limitazioni, dovendosi distinguere fra il piano dell'ammissibilità di detto controllo e quello degli effetti da esso derivanti nel processo principale, la cui valutazione è rimessa al giudice rimettente. È noto, infatti, che l'accoglimento di una questione di costituzionalità con effetti *in malam partem* è idonea a incidere sulle formule di proscioglimento e sulla *ratio decidendi* della sentenza penale riferita a fatti pregressi, anche se improduttiva per l'imputato di effetti pratici deteriori rispetto a quelli che sarebbero derivati dalla norma dichiarata incostituzionale²³².

4. *Le implicazioni sul principio di legalità degli approdi giurisprudenziali in tema di proporzionalità sanzionatoria*

L'incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale sullo svolgersi del sindacato di costituzionalità si manifesta anche nell'estensione alla materia extrapenale degli innovativi, e più recenti, approdi in tema di proporzionalità delle norme sanzionatorie. Sulla base di questi ultimi, l'intervento da parte del Giudice costituzionale non risulta più soggetto alle strettoie di uno schema di giudizio triadico²³³, e quindi al necessario rinvenimento di una fattispecie assimilabile (a quella scrutinata) attraverso cui addivenire a una manipolazione c.d. a rime obbligate delle scelte legislative²³⁴. Il superamento dei limiti tradizionali, entro cui si riteneva consentito l'utilizzo di sentenze manipolative, segna un evidente ampliamento del perimetro di operatività della giurisdizione costituzionale. Tali spazi, in precedenza, erano ritenuti

²³² Si rinvia alla dottrina già richiamata *supra*, Cap. I, § 2.

²³³ In generale, sul giudizio trilaterale di eguaglianza, si v. PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, 605 ss.; per un'analisi dello sviluppo di tale giudizio rispetto allo *ius puniendi* si rinvia a FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 142 ss.; DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 139 ss.

²³⁴ Sul tema, fra i molti, si rinvia alle ricostruzioni della giurisprudenza costituzionale compiute da VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., spec. 52-98; MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 364-372; TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate, in sistemapenale.it*, 2, 2021; RUOTOLO M., *Oltre le "rime obbligate"?*, in *Federalismi*, 3, 2021, 54 ss., reperibile in *federalismi.it*.

preclusi da una più rigida interpretazione della riserva di legge in materia punitiva ed erano giustificati da una concezione restrittiva del ruolo, della legittimazione e dei poteri spettanti, nel sistema, alla stessa giurisdizione costituzionale²³⁵.

In un primo momento, il nuovo orientamento si era affermato – appunto – nella sola materia penale in senso proprio intesa, in esito a percorsi ermeneutici tendenti a una sostanziale “autonomizzazione” del principio di proporzionalità delle sanzioni²³⁶. Una siffatta valorizzazione del principio di proporzionalità veniva predicata muovendo da una rilettura congiunta di diversi principi costituzionali, di eguaglianza, di finalismo rieducativo delle pene, di personalità della responsabilità penale e di offensività. Su questi presupposti, si sono registrate manipolazioni di intere cornici edittali²³⁷, di minimi edittali²³⁸ e di automatismi connotanti l'applicazione di pene accessorie²³⁹, senza che il corpo motivazionale delle relative pronunce

²³⁵ Si cfr. FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit. 325 ss.; VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit.

²³⁶ L'individuazione dell'origine dell'orientamento in Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit., è contestata da LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 199, nt. 46; ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 86 ss.; in senso opposto TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia Press University, Bologna, 2020, 142. Sulla decisione si è sviluppato un ampio dibattito, dati i significativi elementi di novità: cfr., *ex plurimis*, MANES V., *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.; VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 4; DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; PULITANÒ D., *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

²³⁷ Si cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit.

²³⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 40 del 2019, cit., su cui si v. BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.; BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; CANZIAN N., *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe “pesanti” fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 994 ss.

²³⁹ Si cfr. Corte cost., sent. n. 222 del 2018, cit., su cui si v. APRILE E., *Con una sentenza*

evidenziasse il rinvenimento di un vero e proprio *tertium comparationis*²⁴⁰. Il che avrebbe condotto, anteriormente al *revirement*, alla dichiarazione di inammissibilità delle questioni per discrezionalità del legislatore, al più accompagnata da un monito, o comunque al loro rigetto²⁴¹.

In un secondo momento, tale soluzione decisoria, oltre a essere esplorata nelle sue implicazioni interne alla materia propriamente penale²⁴², è stata estesa alle sanzioni extrapenali di carattere punitivo in ragione dei loro tratti caratteristici, comuni alle pene in senso stretto, quali sono la natura reattiva rispetto a un illecito e l'idoneità a incidere su di un diritto o una libertà fondamentale, pur se differenti dalla libertà personale²⁴³.

Nella traiettoria evolutiva delineata, volta all'affermazione di una concezione in senso forte del principio di proporzionalità, appare significativo il

manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie, in *Cass. pen.*, 2019, 1004 ss.; BARTOLI R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.; PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, 216 ss.

²⁴⁰ Sul tema in generale, *ex plurimis*, cfr. MANES V., *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.; MACCHIA A., *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss.

²⁴¹ Emblematiche di questo cambio di passo sono le pronunce che pervengono a dichiarazioni di incostituzionalità sulla base del nuovo orientamento, dopo che un'identica o analoga questione di legittimità costituzionale era stata in precedenza giudicata inammissibile o addirittura manifestamente infondata: si v., ad esempio, le menzionate sentenze n. 236 del 2016 e n. 40 del 2019, che hanno fatto seguito, rispettivamente, all'ordinanza n. 106 del 2007 e alla sentenza n. 179 del 2017; e, ancora, la sentenza n. 156 del 2020 che segue la sentenza n. 207 del 2017.

²⁴² Sul punto cfr. Corte cost., sent. 22 marzo 2024, n. 46, con la quale è sostituita la cornice editale per il reato di appropriazione indebita; sent. 10 marzo 2022, n. 63, con la quale vengono espunte dalle ipotesi aggravate del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina le fattispecie di impiego di servizi internazionali di trasporto o di documenti falsi o illegalmente ottenuti, con riespansione della norma della fattispecie base quanto alla cornice editale applicabile. Sui criteri di ragguaglio della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva breve, si cfr. sent. 1° febbraio 2022, n. 28. Sull'aggiunta di una fattispecie attenuante corrispondente a ipotesi di lieve entità o di minore gravità rispetto a specifiche fattispecie di reato: si cfr. sent. 2 dicembre 2022, n. 244 per il reato di distruzione o sabotaggio di opere militari; sent. 15 giugno 2023, n. 120 per il reato di estorsione; sent. 13 maggio 2024, n. 86 per il reato di rapina propria e impropria; sent. 20 maggio 2024, n. 91 per il reato di produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzazione di minori di anni diciotto.

²⁴³ Si cfr. Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cit., n. 8.2 *Cons. dir.*

contributo del diritto giurisprudenziale sovranazionale sia sotto il profilo dell'estensione alle sanzioni extrapenali, che in relazione allo svolgimento del *test* di proporzionalità. Ne risulta una più ampia giustiziabilità del principio di proporzionalità sanzionatoria, che prescinde dalla formale qualificazione legislativa, salvo essere inevitabilmente declinata in base alle precise finalità perseguite dalle sanzioni nei diversi rami ordinamentali, come ad esempio in materia disciplinare²⁴⁴ e tributaria²⁴⁵.

4.1. *L'enucleazione dello statuto costituzionale del principio di proporzionalità sanzionatoria, penale ed extrapenale*

Una tappa fondamentale è rappresentata dalla sentenza n. 112 del 2019²⁴⁶, resa in relazione all'ipotesi di confisca obbligatoria *ex art. 187-sexies* t.u.f. prevista per gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato. In essa il Giudice delle leggi ha ricostruito gli sviluppi della propria giurisprudenza – attenta a evitare invasioni nell'ampia sfera di discrezionalità attribuita al legislatore nella materia punitiva – e riconosciuto esplicitamente l'esistenza di un generale principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni, anche extrapenali, che è idoneo a operare al di fuori del ristretto ambito degli automatismi legislativi.

L'individuazione del fondamento della garanzia restituisce evidenza dell'influenza spiegata dalla giurisprudenza convenzionale ed europea, dal momento che esso è rinvenuto non soltanto nell'art. 3 Cost., in combinato disposto con le singole disposizioni costituzionali concernenti i diritti e le libertà incisi dalla misura sanzionatoria di volta in volta in esame, ma anche

²⁴⁴ Si cfr. sulla rimozione dei magistrati, Corte cost., sent. 28 marzo 2024, n. 51, e sent. 12 novembre 2018, n. 197; sulla destituzione dei notai, cfr. sent. 29 maggio 2019, n. 133.

²⁴⁵ Si cfr. Corte cost., sent. 17 marzo 2023, n. 46, che valorizza sul piano interpretativo l'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 472/97 quale valvola di decompressione sistemica.

²⁴⁶ In tal senso, già, Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cit., sulla quale cfr. MONGILLO V., *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 2019, 3343 ss.; MADIA N., *La Consulta dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998 sia nel testo introdotto dalla l. n. 62 del 2005 sia in quello modificato dal d.lgs. n. 107 del 2018*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1636 ss.; e sent. 17 aprile 2019, n. 88, annotata da PIERGALLINI C., *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzanti silenzi*, in *Giur. cost.*, 2019, 1199 ss.

nell'art. 49 § 3 CFUE, oltre che nelle norme della CEDU e della CDFUE recanti le corrispondenti garanzie limitate dalla sanzione scrutinata. Si è esclusa, invece, un'estensione del perimetro dell'art. 27 Cost., e in particolare della previsione sulla necessaria funzione rieducativa della pena, in ragione dello stretto legame sussistente fra di essa e la dimensione privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale attorno alla quale è costruito il sistema sanzionatorio *stricto sensu* penale.

In tale ottica, il diritto giudiziario sovranazionale pare acquisire un duplice rilievo ai fini del sindacato sulla proporzionalità. Da un lato, risulta conferente il richiamo di quei precedenti della Corte europea dei diritti in cui sia stata riconosciuta la natura sanzionatoria di una certa misura ovvero la sua incidenza su di una determinata garanzia fondamentale sia stata fatta oggetto di uno stringente *test* di proporzionalità. Dall'altro, diviene centrale l'art. 49 § 3 CDFUE, che – come le altre tutele recate dalla stessa disposizione – si applica anche rispetto a sanzioni punitive non formalmente penali²⁴⁷.

Il riconoscimento della violazione del principio costituzionale di proporzionalità sanzionatoria ha condotto a pronunce di incostituzionalità che hanno fatto venire meno la fissità di sanzioni, sia amministrative²⁴⁸ che di-

²⁴⁷ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. II.

²⁴⁸ Si cfr. Corte cost., sent. 10 marzo 2023, n. 40, con cui è dichiarata l'incostituzionalità della disciplina sanzionatoria concernente il regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari, nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «di euro cinquantamila», anziché «da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro»; sent. 9 dicembre 2022, n. 246, con la quale è dichiarato costituzionalmente illegittimo l'automatismo della revoca della patente in conseguenza di condotte di circolazione abusiva del veicolo sottoposto a sequestro, in quanto tali condotte possono sottendere «una possibile eterogeneità di ragioni», e risultare così espressive di una diversa «gravità della violazione dei doveri di custodia nel caso specifico», della quale è necessario che l'autorità amministrativa tenga conto in sede di decisione sulla irrogazione della sanzione accessoria; sent. 17 aprile 2019, n. 88 con la quale è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, del codice della strada, nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., per i reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime, il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis cod. pen.; per un recente esempio di pronuncia di incostituzionalità di un'ipotesi di revoca automatica, cfr. sent. 28 marzo 2024, n. 52; nella sent. 22 dicembre 2022, n. 266 è, invece, esclusa la manifesta irragionevolezza dell'automatica revoca della patente per l'inversione del senso di marcia in un'autostrada o in una strada

sciplinari²⁴⁹, che hanno sostituito intere cornici edittali amministrative²⁵⁰, o che hanno espunto *tout court* sanzioni amministrative²⁵¹. E l'operatività del principio non si esaurisce nelle previsioni concernenti singole sanzioni, o singoli apparati sanzionatori, ma ricomprende trattamenti sanzionatori complessi, che prevedano un concorso di sanzioni tutte penali o tutte extrapenali (cumulo omogeneo)²⁵² ovvero una combinazione di sanzioni penali ed extrapenali (cumulo eterogeneo)²⁵³.

4.2. La proporzionalità dei cumuli punitivi omogenei

La menzionata sentenza n. 112 del 2019 riveste particolare interesse anche per le modalità con le quali la Corte costituzionale ha condotto la valutazione in ordine alla proporzionalità della confisca obbligatoria oggetto delle questioni, che veniva censurata in quanto aveva ad oggetto non solo il profitto dell'illecito, ma anche il prodotto dello stesso e i beni utilizzati per

extraurbana principale, anche nel tratto di strada immediatamente successivo ai caselli d'uscita dell'autostrada, a fronte della gravità di tutte le condotte riconducibili alla fattispecie; altro esempio di decisione di non fondatezza è la sent. 19 settembre 2023, n. 194, in relazione alla revoca quale sanzione accessoria per l'ipotesi di incidente stradale provocato da un conducente di cui sia accertato un valore corrispondente a un tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l. Peraltro, l'automatismo applicativo è censurato anche in relazione a quelle ipotesi di revoca della patente che non presentino carattere sanzionatorio, ma natura di "effetti riflessi" di una condanna penale, ovvero dell'applicazione di misure di sicurezza e prevenzione: cfr. Corte cost., sent. n. 22 del 2018, cit., concernente la revoca della patente conseguente alla condanna per un reato in materia di stupefacenti; sent. 20 febbraio 2020, n. 24, in relazione alla revoca della patente quale effetto dell'applicazione di una misura di sicurezza; sent. 27 maggio 2020, n. 9, in riferimento alla revoca della patente quale conseguenza dell'applicazione di misure di prevenzione.

²⁴⁹ Si cfr. in tema di rimozione dei magistrati, Corte cost., sent. n. 51 del 2024, cit., e sent. n. 197 del 2018, cit.; sulla destituzione dei notai, cfr. sent. n. 133 del 2019, cit.

²⁵⁰ Si cfr. sent. 14 aprile 2022, n. 95, con la quale è sostituita la cornice edittale dell'illecito amministrativo di atti contrari alla pubblica decenza: in proposito, sia consentito rinviare a RUDONI R., *Il principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni punitive e l'incerta giustiziabilità delle sue violazioni*, in *Giur. cost.*, 2022, 995 ss.; sent. 1° luglio 2022, n. 165, in tema di oblazione in materia edilizia, con cui è dichiarata l'incostituzionalità della disciplina della regione Lazio con conseguente riespansione della legislazione statale.

²⁵¹ Si cfr. Corte cost., sent. 23 settembre 2021, n. 185.

²⁵² Si v. *infra*, § 4.2.

²⁵³ Si v. *infra*, § 4.3.

la sua commissione. L'*iter* argomentativo ha preso le mosse dal riconoscimento della natura punitiva di queste due ultime ipotesi di confisca, le quali, a differenza di quella relativa al profitto, non perseguono una funzione meramente ripristinatoria della situazione patrimoniale dell'autore dell'illecito, determinando una limitazione del diritto di proprietà maggiore di quella derivante dall'ablazione del vantaggio economico realizzato²⁵⁴. Su queste basi, il sindacato sulla proporzionalità si è incentrato sulle caratteristiche di operatività di tali misure sanzionatorie anche nel loro combinarsi con le sanzioni amministrative pecuniarie previste in riferimento alle medesime fattispecie di illecito.

L'accoglimento delle questioni è disceso, quindi, da una valutazione di manifesta sproporzione del complessivo trattamento punitivo, onde del cumulo di sanzioni, e non delle ipotesi di confisca in sé considerate, anche se poi la declaratoria di incostituzionalità ha investito proprio tali ipotesi, espungendole dall'ordinamento²⁵⁵. Ed è significativo rilevare che la manipolazione è avvenuta a seguito di un giudizio tutto interno alle fattispecie di illecito, nel cui ambito è stato raffrontato il grado di afflittività del trattamento punitivo nel suo complesso – sanzioni pecuniarie e confisca obbligatoria – con la gravità delle condotte riconducibili alle fattispecie. Il sindacato sulla proporzionalità è avvenuto, cioè, senza avere riguardo delle soluzioni implementate dal legislatore in relazione a fattispecie analoghe o assimilabili²⁵⁶. In questi termini, la pronuncia evidenzia appieno la logica

²⁵⁴ Sia consentito notare incidentalmente che emerge, ancora una volta, il già segnalato polimorfismo della confisca, la cui natura sostanzialmente 'penale' dipende evidentemente dall'oggetto di essa e dai modi del suo operare: si veda *supra*, nella presente Sezione, § 2.

²⁵⁵ L'eccessivo rigore del cumulo è stato mitigato, quindi, attraverso la declaratoria di incostituzionalità della norma sanzionatoria extrapenale nella parte in cui comportava l'applicazione della confisca obbligatoria del prodotto dell'illecito e dei beni destinati alla sua commissione, e non del solo profitto.

²⁵⁶ Alla stregua di quanto accaduto nella materia in senso proprio penale, la Corte costituzionale adotta una soluzione che non è definibile come costituzionalmente obbligata: se, infatti, la sproporzione per eccesso traeva origine dalla combinazione delle diverse misure sanzionatorie in gioco, le confische punitive e le sanzioni pecuniarie, l'intervento manipolativo avrebbe potuto riguardare, in astratto, tanto le prime, le cui norme istitutive erano effettivamente oggetto delle questioni di costituzionalità, quanto le seconde, invece non considerate dall'ordinanza di rimessione. Quindi, a fronte di diverse soluzioni egualmente idonee a ricondurre a proporzione il trattamento punitivo, la pronuncia di incostituzionalità incide su quegli istituti punitivi su cui, per così dire, casualmente il remittente aveva concentrato la propria attenzione.

sottesa al nuovo orientamento giurisprudenziale, il cui schema decisorio è ritenuto operante non solo per eliminare, ma anche per ridurre – secondo uno dei modi possibili – la manifesta sproporzione del trattamento punitivo interessato dai dubbi di costituzionalità²⁵⁷.

4.3. La proporzionalità dei cumuli punitivi eterogenei

La valorizzazione delle istanze di proporzionalità ha interessato anche i cumuli procedimentali e sanzionatori connessi all'operatività di sistemi di 'doppio binario', quale implicazione degli sviluppi della giurisprudenza convenzionale ed europea in tema di *ne bis in idem*. La valutazione della congruità del complessivo trattamento punitivo è divenuto, infatti, uno degli indici attraverso cui esaminare la sussistenza di una 'connessione' – per usare l'espressione utilizzata dalla Corte europea dei diritti – o di una 'coordinazione' – secondo la terminologia della Corte di giustizia – dei procedimenti sanzionatori di diversa tipologia instaurati nei riguardi di un medesimo soggetto per uno stesso illecito. Si tratta, cioè, di uno degli elementi decisivi per l'integrazione o meno dei criteri elaborati dalle Corti europee in vista della decisione sulla violazione della garanzia fondamentale poc'anzi menzionata²⁵⁸.

La complessità della problematica si deve alle insidie presentate da una valutazione concernente un corpo multiforme di sanzioni, di diversa natura e collocazione ordinamentale, ed è accresciuta dal contesto di riferimento nel quale tale valutazione si inserisce (il *test* sulla 'connessione' o 'coordinazione' fra ambiti punitivi), considerato che essa è chiamata ad assumere rilievo assieme ad altri elementi non raffrontabili. La necessaria verifica sull'esistenza degli indici sintomatici della 'connessione' o 'coordinazione' esige l'adozione di un approccio di tipo casistico, volto a dare rilievo ai precipi caratteri della fattispecie sostanziale e procedimentale oggetto di considerazione, sia nella sua configurazione normativa astratta che nella sua concreta applicazione²⁵⁹.

²⁵⁷ Tale orientamento ha, poi, trovato ulteriori inasprimenti rispetto al diritto extrapenale, attestando, anche in quest'ambito, il carattere ormai recessivo del modello decisorio basato sulla tecnica delle "rime obbligate": sia consentito rinviare a RUDONI R., *Il principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni punitive e l'incerta giustiziabilità delle sue violazioni*, cit., 1002-1003.

²⁵⁸ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, §§ 4.2 e 4.3; Sez. II, § 3.2.3.

²⁵⁹ Vi si tornerà *infra*, § 4.3.5.

In quest'ottica, appaiono piuttosto evidenti, oltre che comprensibili, le difficoltà che si sono frapposte a un intervento nella materia da parte della Corte costituzionale²⁶⁰, ben dimostrate dal fatto che, in un primo periodo, essa non fosse mai pervenuta a un esame nel merito delle questioni di costituzionalità sollevate in ragione della possibile incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale (e anche europeo) di diversi sistemi punitivi di 'doppio binario'²⁶¹. Solo nella sentenza n. 145 del 2020 si è avuta una prima valutazione nel merito di tali profili di contrasto, anche se il cumulo punitivo in quell'occasione scrutinato – in relazione a obblighi di mantenimento della prole – è stato “disinnescato” attraverso una pronuncia interpretativa di rigetto²⁶². È seguita la sentenza n. 149 del 2022²⁶³, con

²⁶⁰ Si cfr. gli scritti di CONTI R., *Ne bis in idem*, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto* 2015, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2015, 438 ss.; DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, cit., 469 ss.; DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam, Padova, 2016, 515 ss.; ID., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell'ordinamento italiano*, cit., 201 ss.; FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum*, in *Riv. AIC*, 3; LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del «doppio binario» sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2014, 82 ss.; VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 186 ss.; ID., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, cit., 219 ss.; TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.; BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi*, 17, 2018, reperibile in *federalismi.it*; LONGO A.-DI STEFANO F.M., *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi*, 13, 2017, reperibile in *federalismi.it*; ANGIOLINI G., *Una questione irrisolta: il ne bis in idem «europeo» e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.

²⁶¹ Nei successivi paragrafi si esamineranno *funditus* le pronunce sulla disciplina in tema di abusi di mercato e di illeciti tributari. Nella giurisprudenza costituzionale si rinviene anche una decisione, sempre di carattere processuale, relativa al 'doppio binario' punitivo per la repressione delle violazioni della normativa sugli aiuti comunitari in ambito agricolo: cfr. Corte cost., ord. 8 marzo 2018, n. 54.

²⁶² Si cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit., con nota di Malfatti E. *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2020.

²⁶³ Si cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cit., sulla quale si cfr., volendo, RUDONI R., *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al 'doppio binario' in materia di diritto d'autore)*, in *Nomos*, 2, 2022.

la quale il Giudice costituzionale è pervenuto a una prima pronuncia di accoglimento specificamente riferita al cumulo attinto dalle questioni, relativo al diritto d'autore²⁶⁴.

Procedendo con ordine, stante il rilievo – per le ragioni descritte – che assumono le caratteristiche di ciascun sistema punitivo, nel prosieguo si procederà alla disamina della giurisprudenza costituzionale partitamente, distinguendo per singolo ambito ordinamentale.

4.3.1. ... in materia di abusi di mercato

La disciplina in materia di abusi di mercato prevista dal t.u.f., nella versione successiva alle modifiche operate con la legge n. 62 del 2005, è stata la prima a essere interessata da pronunce della Corte costituzionale, sollevate a seguito della sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* che aveva evidenziato le criticità del peculiare cumulo sanzionatorio previsto dal legislatore italiano²⁶⁵.

Con la sentenza n. 102 del 2016²⁶⁶ il Giudice delle leggi era chiamato a verificare la compatibilità delle norme interne istitutive degli illeciti ammi-

²⁶⁴ Ancor più di recente, si segnala Corte cost., sent. 15 giugno 2023, n. 121, con la quale è giudicata fondata la questione di legittimità costituzionale, per invasione della competenza legislativa statale in materia di ordinamento penale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., sollevata in relazione a sanzioni amministrative introdotte alla Regione Siciliana e destinate a operare in aggiunta a quelle penali previste per i medesimi fatti, in deroga al principio di specialità sancito dall'art. 9, secondo comma, legge n. 689 del 1981. Il riconoscimento della violazione sotto il profilo della competenza legislativa comporta la rimozione della clausola («[f]atte salve le sanzioni previste dalla normativa nazionale») con cui si apre la norma regionale, che rendeva possibile il cumulo di sanzioni eterogenee. In tal modo, perdono di consistenza i dubbi di legittimità costituzionale della medesima norma regionale rispetto al divieto convenzionale di *bis in idem*.

²⁶⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, §§ 2.3 e 4.

²⁶⁶ Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, su cui cfr. anche TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss.; VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in archiviopdc.dirittopenaleuomo.org; e volendo anche RUDONI R., *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 2016.

nistrativi di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (artt. 187-*bis* e 187-*ter* del t.u.f.) e della norma processuale sul divieto di secondo giudizio in ambito penale (art. 649 cod. proc. pen.) in rapporto ai contenuti della garanzia del *ne bis in idem* convenzionale allora risultanti proprio dalla sentenza *Grande Stevens*, da cui – secondo i giudici rimettenti – si sarebbe dovuto ricavare un divieto assoluto di prosecuzione del secondo procedimento a seguito della definitività della sentenza conclusiva del primo. La pronuncia è stata resa, quindi, in presenza di un quadro giurisprudenziale non più attuale – a fronte della sopravvenuta sentenza *A e B c. Norvegia*²⁶⁷ – e tuttavia è interessante rilevare che tutte e tre le questioni allora sollevate sono state dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza, perplessità della motivazione sulla non manifesta infondatezza e oscurità del *petitum*, proprio a dimostrazione delle menzionate difficoltà nella prospettazione dei dubbi di costituzionalità²⁶⁸.

²⁶⁷ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. I, § 4.1.

²⁶⁸ L'inammissibilità della prima questione di costituzionalità sollevata dalla quinta sezione penale, volta a richiedere la sostituzione dell'*incipit* dell'art. 187-*bis*, comma 1, t.u.f. («salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato», anziché «salvo che il fatto costituisca reato») è stata dichiarata per difetto di rilevanza: in tal senso, già FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, cit., 10. Difatti, i dubbi di legittimità costituzionale venivano sollevati nell'ambito di un giudizio penale instaurato per l'accertamento del delitto di abuso di informazioni privilegiate, mentre la disposizione censurata istitutiva del corrispondente illecito amministrativo aveva già ricevuto applicazione nel precedente procedimento amministrativo. Peraltro, la declaratoria d'incostituzionalità richiesta neppure sarebbe valsa a evitare una violazione della garanzia convenzionale, visto che la celebrazione del pendente giudizio penale sarebbe comunque continuata, non impedendo la duplicazione procedimentale. Più in generale, l'accoglimento della questione avrebbe comportato una radicale trasformazione dei rapporti fra tutele penale e amministrativa, non più concorrenti, bensì alternative: l'illecito amministrativo avrebbe assunto carattere sussidiario, venendo in rilievo nei soli casi, marginali, lasciati scoperti dal corrispondente illecito penale. Tale obiettivo risultava, però, eccessivo rispetto a quanto richiesto anche dalla giurisprudenza convenzionale esistente al momento dell'esame della questione di costituzionalità. Già allora, infatti, la garanzia del *ne bis in idem* non implicava l'instaurazione di un unico procedimento sostanzialmente penale rispetto ad un medesimo fatto materiale, ma ammetteva, al contrario, che la punizione di fatti identici potesse avvenire anche attraverso la celebrazione di distinti giudizi, sia tra loro coordinati sia autonomi, alla condizione però che non si proseguisse nella celebrazione di uno di essi una volta divenuta definitiva la sentenza relativa all'altro: per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza convenzionale sul punto si v. Cap. II, Sez. I, § 4. La seconda questione di costituzionalità, sollevata in via subordinata dalla medesima quinta Sezione penale sull'art. 649 cod. proc. pen. – nella parte in cui detta disposizione non trova

Anche nella sentenza n. 240 del 2018²⁶⁹ la Corte costituzionale è pervenuta a una dichiarazione di inammissibilità dovuta, in questo caso, all'erroneo presupposto interpretativo da cui aveva preso le mosse il giudice remittente, il quale aveva attribuito natura sanzionatoria alla sospensione dall'esercizio dell'attività di consulente finanziario di cui all'art. 55, comma 2, t.u.f., mentre tale misura – osserva il Giudice delle leggi – persegue finalità meramente cautelari²⁷⁰. L'errore compiuto sul piano ermeneutico pregiudicava, in radice, l'incedere argomentativo alla base dei dubbi di costituzionalità, dal momento che portava a ritenere inesistente il presunto concorso di diverse misure sanzionatorie – in tesi, la sospensione *ex art.* 55, comma 2, t.u.f. e la sospensione *ex art.* 196 t.u.f. – e quindi inapplicabile la garanzia fondamentale.

applicazione nelle ipotesi di cumulo di procedimenti di diversa natura formale – è stata ritenuta inammissibile in ragione del carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza. Secondo il Giudice costituzionale, l'intervento richiesto avrebbe rappresentato “una incongrua soluzione di ripiego”, visto che era lo stesso giudice rimettente a postulare che l'adeguamento alla garanzia convenzionale avrebbe dovuto avvenire prioritariamente attraverso una strada che egli non poteva percorrere per difetto di rilevanza. Dall'invero scarna motivazione sembrava potersi evincere che la perplessità della motivazione sulla non manifesta infondatezza fosse discesa dalla graduazione operata dal giudice *a quo* tra le due questioni di legittimità costituzionale, il che non risultava del tutto coerente con la consolidata giurisprudenza costituzionale, la quale ritiene, al contrario, ammissibile la proposizione di questioni di legittimità costituzionale in via subordinata. Invero, l'icasticità e oscurità del passaggio paiono nascondere la reale intenzione di evitare un esame nel merito delle complesse problematiche connesse alla questione. Non sarebbero, peraltro, mancati argomenti diversi e più convincenti per giungere a dichiarare l'inammissibilità della questione, in ragione, ancora una volta, della natura costituzionalmente non obbligata dell'intervento manipolativo richiesto, oltre che di considerazioni di carattere sistematico. La risposta sanzionatoria da applicare nei confronti dell'autore di una condotta di *market abuse*, sarebbe stata determinata, infatti, da un fatto casuale, come la celerità del procedimento, o ancora da una scelta dello stesso autore dell'illecito. Inoltre, tale disposizione processuale, nella versione “estesa” di cui si è detto, avrebbe operato non soltanto nel limitato settore degli abusi di mercato, bensì nei più diversi ambiti dell'ordinamento interno, nei quali un medesimo fatto materiale potesse divenire oggetto di distinti e concorrenti procedimenti sanzionatori da considerarsi sostanzialmente penali ai fini convenzionali. Infine, la terza questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla sezione tributaria della Corte di cassazione nell'ambito di un giudizio relativo all'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, è stata dichiarata inammissibile per l'incertezza e l'oscurità del *petitum*, nonché per la sua formulazione in termini dubitativi e perplessi.

²⁶⁹ Si cfr. Corte cost., sent. 21 dicembre 2018, n. 240, sulla quale si veda FIDONE G., *Sulla qualificazione sostanziale del potere della CONSOB di cui al previgente art. 55 comma 2 del t.u. finanza: misura cautelare o sanzionatoria?*, in *Giur. cost.*, 2019, 443 ss.

²⁷⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 240 del 2018, cit., n. 4 *Cons. dir.*

4.3.2. ... in ambito tributario

Maggiormente significativo è il filone di pronunce concernenti il rapporto fra il 'doppio binario' tributario e il *ne bis in idem*²⁷¹, rese anteriormente all'intervento operato con il d.lgs. n. 87 del 2024²⁷² anche al fine di rendere il sistema nel suo complesso conforme alla garanzia²⁷³. A seguito di alcune decisioni di restituzione degli atti al giudice rimettente prive di statuizioni di interesse²⁷⁴, la Corte costituzionale ha avuto modo di ritornare sulla problematica nella sentenza n. 43 del 2018²⁷⁵ che, seppure nuovamente di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, assume rilievo sia per l'approfondita disamina dei contenuti della garanzia convenzionale quale parametro interposto di costituzionalità²⁷⁶, sia per le indicazioni circa la conformità, rispetto a detta garanzia, del sistema punitivo na-

²⁷¹ La conformazione del sistema di repressione secondo due diversi 'binari' suscettibili di operare in modo congiunto – da un lato, illeciti e sanzioni formalmente amministrativi e, dall'altro, reati e pene in senso proprio – corrisponde infatti, su di un piano storico, a una scelta risalente nel tempo, e non connessa a recenti esigenze di efficienza repressiva. Specificamente sui profili di attrito col principio del *ne bis in idem* presentati dal sistema di 'doppio binario' in ambito tributario previsto nel nostro ordinamento, si vedano FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, cit.; BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee*, cit., 153 ss.; DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, cit.; FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, cit.; RIVELLO P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, cit.; MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, cit., 1033 ss.; PISTOLESI F., *Crisi e prospettive del principio del "doppio binario" nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, cit., 29 ss.

²⁷² Si cfr. le modifiche di cui all'art. 1 d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87 (recante *Revisione del sistema sanzionatorio tributario, ai sensi dell'articolo 20 della legge 9 agosto 2023*, n. 111).

²⁷³ Si cfr. art. 20, comma 1, n. 1), legge 9 agosto 2023, n. 111 (recante *Delega al Governo per la riforma fiscale*) che individua quale principio e criterio direttivo quello di «razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*».

²⁷⁴ Si v. Corte cost., ord. n. 112 del 2016, cit.; ord. n. 209 del 2016, cit.; ord. n. 229 del 2016, cit.

²⁷⁵ Si cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., con note di PEPE F., *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.; TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530 ss.

²⁷⁶ Il rimettente non aveva preso in considerazione né la garanzia del *ne bis in idem ex art. 50 CDFUE* né norme di diritto derivato dell'Unione europea eventualmente rilevanti.

zionale istituito per la repressione di illeciti e violazioni attinenti alla materia fiscale²⁷⁷.

Sotto il primo profilo, occorre osservare, infatti, che il parametro interposto era stato interpretato dal giudice *a quo*, sulla base della giurisprudenza convenzionale allora disponibile, nel senso che la garanzia del *ne bis in idem* avesse carattere tendenzialmente inderogabile e natura esclusivamente processuale²⁷⁸, trovando applicazione nei rapporti fra processo tributario e processo penale ogniquale volta uno dei due procedimenti fosse definito con sentenza passata in giudicato. Senonché, successivamente al promovimento del giudizio costituzionale, la sentenza *A e B c. Norvegia* aveva ascrivito alla garanzia convenzionale nuovi contenuti e la Corte costituzionale non ha potuto che prendere atto di tali profili di novità. Il Giudice delle leggi ha rilevato, in particolare, che il divieto di *bis in idem* ha perduto il carattere di inderogabilità, essendo soggetto a un apprezzamento circa la ‘connessione’ fra i procedimenti sanzionatori, e che la garanzia non ha più natura esclusivamente processuale, in quanto il criterio eminente per affermare o negare detta ‘connessione’ è costituito dalla proporzionalità complessiva del cumulo di sanzioni applicate²⁷⁹. In definitiva, nella pronuncia si è osservato che in presenza di sistemi di ‘doppio binario’ punitivo – come quello oggetto della questione di costituzionalità – la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale non opera in modo rigido e automatico al passaggio in giudicato della prima pronuncia ‘penale’, salvo che le sanzioni formalmente extrapenalali siano riconducibili al ‘nucleo duro’ del diritto penale.

Il nuovo significato assunto dalla garanzia ha giustificato la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens* – *rectius*, per sopravvenuta modifica del parametro convenzionale interposto²⁸⁰ – ai fini di una nuova

²⁷⁷ Il giudizio di costituzionalità cui la sentenza si riferisce era stato promosso nell’ambito di un processo penale che vedeva imputato per il reato di omessa presentazione delle dichiarazioni relative all’IRPEF e all’IVA un soggetto già definitivamente sanzionato, per la medesima omissione, sul piano amministrativo. La questione di costituzionalità riguardava l’art. 649 cod. proc. pen., di cui veniva prospettata l’illegittimità per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost., in riferimento all’art. 4 Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui tale disposizione non opera anche in relazione a procedimenti sanzionatori amministrativi, ma sostanzialmente penali ai fini convenzionali.

²⁷⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., n. 5 del *Cons. dir.*

²⁷⁹ Si cfr. *ivi*, n. 7 *Cons. dir.*

²⁸⁰ Per un precedente, si veda Corte cost., ord. n. 150 del 2012, cit., su cui, fra gli altri, RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione*

valutazione sulla rilevanza della questione di costituzionalità. Lo stesso Giudice costituzionale, tuttavia, non ha mancato di chiarire che le più recenti affermazioni rinvenibili nella giurisprudenza convenzionale sono suscettibili di assumere rilievo proprio nei rapporti fra procedimento penale e procedimento tributario, sussistendo la possibilità che tali ‘binari’ sanzionatori possano essere in concreto ritenuti sufficientemente ‘connessi’. In proposito, la Corte ha precisato che la valutazione deve «passare da un giudizio casistico, affidato all’autorità procedente, che tenga in considerazione sia l’astratta configurazione normativa del sistema punitivo, sia le peculiari dinamiche con cui le vicende procedurali si sono atteggiate nel caso concreto»²⁸¹.

Nella successiva sentenza n. 222 del 2019²⁸² è stata dichiarata l’inammissibilità della questione di costituzionalità, sollevata sull’art. 649 cod. proc. pen. per contrasto del ‘doppio binario’ tributario con il *ne bis in idem* convenzionale²⁸³, in ragione dell’insufficiente e inadeguata motiva-

degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, in *giurcost.org*, 2012; MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 2012. In quel caso, tuttavia, il mutamento del parametro interposto convenzionale era dovuto al fatto che, in relazione alla pronuncia resa da una sezione della Corte europea dei diritti su cui si era fondata l’ordinanza di rimessione, era *medio tempore* intervenuto rinvio alla Grande Camera e successivamente una nuova pronuncia di quest’ultima.

²⁸¹ Si cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2018, cit., nn. 8-9 *Cons. dir.*; resta perciò attuale l’invito al legislatore a “stabilire quali soluzioni debbano adottarsi per porre rimedio alle frizioni” che il sistema del ‘doppio binario’ “genera tra l’ordinamento nazionale e la CEDU” (sentenza n. 102 del 2016, cit.).

²⁸² Si cfr. Corte cost., sent. 24 ottobre 2019, n. 222, su cui BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall’automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile in *giurcost.org*; SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649 ss.; APRILE E., *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il “doppio binario sanzionatorio”, penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, 596 ss.; DE LIA A., *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *forumcostituzionale.it*, 2020.

²⁸³ A sollevare questione di legittimità costituzionale era stato lo stesso giudice penale cui era affidato il processo, per fatti di omesso versamento dell’imposta sul valore aggiunto, nel cui ambito era stato effettuato il rinvio pregiudiziale interpretativo deciso con la richiamata sentenza *Menci* della Corte di giustizia dell’Unione europea; questi, pur rilevata l’assenza di complementarità delle due risposte punitive, penale e tributaria – requisito neces-

zione in ordine all'integrazione dei requisiti di 'connessione' richiesti dal diritto giurisprudenziale sovranazionale²⁸⁴. Ripercorrendo gli approdi - ritenuti analoghi - della giurisprudenza convenzionale ed europea, la Corte costituzionale ha ribadito che sistemi punitivi di c.d. 'doppio binario' non si pongono in una posizione di radicale contrarietà al *ne bis in idem*, essendo necessario procedere a un approfondito esame degli scopi perseguiti dai due procedimenti, della prevedibilità della loro instaurazione, dell'eccessiva onerosità del cumulo procedimentale e della proporzionalità del cumulo sanzionatorio²⁸⁵. Si è, così, rilevato che il giudice rimettente non aveva svolto un'analitica disamina sulla sussistenza di tali indici sintomatici della 'connessione', e quindi sull'integrazione del relativo criterio.

Nella pronuncia il Giudice costituzionale non si è, però, limitato a rilevare le carenze motivazionali in punto di non manifesta infondatezza della questione, ma - come accaduto nella citata sentenza n. 43 del 2018 - ha fornito ulteriori

sario ai fini della compatibilità, con il diritto europeo, della normativa nazionale istitutiva del cumulo sanzionatorio -, non aveva ritenuto di fare uso dei propri poteri di «disapplicazione», né si era in alcun modo confrontato con i problemi di un eventuale utilizzo degli stessi nel caso concreto; al contrario, aveva sollevato una nuova questione di costituzionalità sull'art. 649 cod. proc. pen., rispetto agli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in riferimento solamente all'art. 4 Protocollo n. 7 annesso alla CEDU (singolarmente non anche all'art. 11 Cost. e alle rilevanti norme di diritto dell'Unione europea) sul presupposto che, da un lato, l'evocato parametro costituzionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dalla garanzia convenzionale, elevasse a norma di rango costituzionale la norma interposta ricavabile dall'art. 50 CDFUE e che, da un altro lato, la mancanza dei requisiti di 'coordinazione' indicati nel contesto europeo ridondasse nell'insussistenza della 'connessione' fra procedimenti sanzionatori richiesta ai fini convenzionali.

²⁸⁴ Peraltro, l'ordinanza di remissione presentava non irrilevanti profili di criticità anche sotto il profilo del *petitum*. Sebbene, infatti, la Corte costituzionale, in via interpretativa, avesse poi circoscritto alle sanzioni tributarie la pronuncia additiva richiesta, invero l'intervento invocato dal rimettente sembrava volto a estendere l'applicabilità della disciplina del divieto di secondo giudizio penale nei confronti di un qualunque procedimento teso all'applicazione di sanzioni riconducibili alla '*matière pénale*'. Tale ampiezza e genericità non pareva coerente né con i nuovi contenuti del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo, che postulano un confronto in concreto fra la garanzia fondamentale e il singolo sistema di 'doppio binario', né con lo stesso percorso motivazionale seguito dal rimettente, che da un punto di vista metodologico si era, in effetti, correttamente fondato sulle precipue caratteristiche del sistema punitivo degli omessi versamenti dell'imposta sul valore aggiunto.

²⁸⁵ Si cfr. Corte cost., sent. n. 222 del 2019, cit., n. 2 *Cons. dir.*

indicazioni sulla ‘connessione’ fra procedimenti tributari e processi penali²⁸⁶, in particolar modo con riguardo alle rispettive finalità e agli istituti previsti per il raccordo di essi²⁸⁷.

4.3.3. ... in relazione agli obblighi di mantenimento dei figli

Solo nella sentenza n. 145 del 2020²⁸⁸ si è giunti per la prima volta – come anticipato – a un esame nel merito dei dubbi di costituzionalità rispetto al divieto di *bis in idem* di un cumulo punitivo eterogeneo, nella specie quello previsto per le ipotesi di inadempimento da parte del genitore degli obblighi di mantenimento nei confronti della prole in caso di scioglimento, cessazione degli effetti civili o nullità del matrimonio ovvero di separazione dei coniugi o di affidamento condiviso dei figli. Secondo il giudice rimettente, la condotta del genitore resosi inadempiente rispetto agli ob-

²⁸⁶ Seguendo le indicazioni provenienti dalle giurisprudenze costituzionale, convenzionale ed europea comunitaria, nella giurisprudenza comune è finora prevalso l’orientamento che riconosce la sussistenza di una stretta ‘connessione’ tra il processo penale e quello tributario, e che quindi esclude in via di principio profili di incompatibilità con la garanzia fondamentale. Si è, infatti, ritenuto che le due tipologie di sanzioni possano considerarsi quali parti di un unico sistema adottato dal legislatore per sanzionare la commissione di un fatto illecito; a tal fine si sono valorizzati gli istituti di raccordo fra i procedimenti e la prossimità temporale dell’avvio degli stessi, o la irrogazione delle relative sanzioni, mentre è rimasto sullo sfondo l’indice della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente considerato: cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 2017, n. 6993, *Servello*, in CED n. 272388-01; sent. 12 settembre 2018, n. 5934, *Giannino*, in CED n. 275833; sent. 7 febbraio 2019, n. 22033, *Palma*, in CED n. 276023; Sez. V, sent. 12 aprile 2019, n. 28346, *Caroli*, in CED n. 276644; sent. 14 gennaio 2021, n. 4439; sent. 23 gennaio 2020, n. 13913; Cass. civ., Sez. trib., ord. 13 febbraio 2019, n. 7131, in CED n. 653320; ord. 24 ottobre 2019, n. 33050. Sul punto si tornerà *funditus infra* nel presente Capitolo, Sez. II.

²⁸⁷ La mancanza di un’adeguata motivazione, da parte del giudice rimettente, in ordine all’applicazione del criterio della ‘connessione’ fra procedimenti sanzionatori è stata alla base delle due ultime ordinanze di manifesta inammissibilità, entrambe relative a questioni di costituzionalità sollevate sull’art. 649 cod. proc. pen.: in Corte cost., ord. 12 giugno 2020, n. 114, i dubbi di costituzionalità – nascenti da un giudizio penale riguardante il reato di omessi versamenti dell’IVA – sono stati prospettati esplicitamente rispetto sia alla garanzia convenzionale che a quella europea, mentre in Corte cost., ord. 1° luglio 2021, n. 136 – concernente due questioni sostanzialmente identiche sollevate in giudizi penali in cui si procedeva per reati di dichiarazione fraudolenta o infedele – il giudizio è stato condotto solo in relazione alla garanzia convenzionale, l’unica evocata.

²⁸⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit.

blighi di mantenimento nei confronti dei figli avrebbe configurato l'ipotesi di atti in pregiudizio del minore *ex art. 709-ter*, secondo comma, cod. proc. civ., e pertanto avrebbe condotto all'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, in aggiunta alle sanzioni propriamente penali applicate con sentenza definitiva per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o scioglimento del matrimonio²⁸⁹.

Nell'esaminare i dubbi di costituzionalità sollevati sulla norma sanzionatoria extrapenale, il Giudice delle leggi ha anzitutto escluso che il cumulo eterogeneo integrasse il criterio della 'connessione'²⁹⁰. Al riguardo, si è infatti accertata l'assenza di un nesso sostanziale fra i due apparati sanzionatori, in quanto le sanzioni formalmente differenti perseguono una medesima finalità di deterrenza a carattere specialpreventivo, risultando sovrapponibili e non complementari. Il cumulo sanzionatorio, poi, non è giudicato prevedibile, atteso che la sanzione amministrativa pecuniaria costituisce un complemento solo eventuale del trattamento: la sua irrogazione dipende dalla proposizione, da parte dell'altro genitore, di un ricorso al giudice competente a conoscere della procedura di separazione coniugale o di scioglimento degli effetti civili del matrimonio; e in ogni caso il giudice adito potrebbe anche limitarsi ad ammonire il genitore inadempiente o a condannarlo al risarcimento del danno, misure prive di natura punitiva, e quindi insuscettibili di dare luogo a un *bis in idem*. Inoltre, la proporzionalità del cumulo di sanzioni non è stata ritenuta in sé sufficiente a superare la comprovata assenza di 'connessione' sul piano procedimentale; si è osservato, infatti, che tale elemento, sebbene sia di preminente importanza, non potrebbe giustificare autonomamente la legittimità di un 'doppio binario' punitivo.

²⁸⁹ Si cfr. art. 570-*bis* cod. pen., e in precedenza art. 3 legge 8 febbraio 2006, n. 54 (recante *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*).

²⁹⁰ In proposito, dapprima, si era riconosciuta la natura sostanzialmente penale della sanzione extrapenale sulla base dei criteri *Engel*, in considerazione tanto della sua connotazione pubblicistica e deterrente, evidenziata dalla sua destinazione alla Cassa delle ammende, quanto della sua gravità. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte costituzionale aveva applicato direttamente la criteriologia sostanzialistica sovranazionale, fornendo un'interessante precisazione in ordine al contenuto del sotto-criterio della gravità, la quale dovrebbe essere valutata avendo riguardo dello specifico contesto di misure irrogate in ambito familiare: quindi, il giudizio sulla gravità della sanzione sembrerebbe dover risentire del campo ordinamentale interessato, assumendo caratteri non già assoluti, bensì relativi. In seguito, riconosciuta l'identità fra il fatto suscettibile di sanzione amministrativa e quello già sanzionato con la sentenza penale, il percorso motivazionale si è soffermato sulla identità dei fatti materiali oggetto dei procedimenti e, infine, sulla 'connessione' fra gli stessi.

L'incompatibilità convenzionale del cumulo ha portato all'adozione di una interpretazione della disposizione censurata tale da escludere l'operatività della sanzione extrapenale – e quindi il suo concorso con le sanzioni penali – nella specifica ipotesi oggetto del giudizio *a quo*, ossia per gli inadempimenti degli obblighi di natura patrimoniale. Sulla base dei canoni dell'interpretazione sistematica e conforme alla Costituzione e alla CEDU, la fattispecie corrispondente alla sanzione extrapenale non sarebbe integrata in caso di mancato pagamento dell'assegno di mantenimento nei confronti della prole. In breve, con una pronuncia interpretativa di rigetto la Corte costituzionale ha indicato un'interpretazione restrittiva del perimetro della norma sanzionatoria extrapenale, idonea a escludere la configurabilità del cumulo punitivo²⁹¹.

4.3.4. ... nella disciplina sul diritto d'autore

La sentenza n. 149 del 2022²⁹² chiude, allo stato, la serie di pronunce con cui la Corte costituzionale ha vagliato la conformità alla garanzia del *ne bis in idem* sancita dall'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU di sistemi punitivi di 'doppio binario'²⁹³. In questa occasione, a dare luogo ai dubbi di legittimità costituzionale erano i peculiari caratteri della disciplina sanzionatoria in materia di violazioni del diritto d'autore, recata dalla legge n. 633 del 1941²⁹⁴, che affianca a ipotesi delittuose previste dagli artt. 171, 171-*bis* e 171-*ter*, per le quali sono comminate anche pene detentive, omologhe figure di illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* dal perimetro applicativo pressoché coincidente, alle quali sono associate consistenti sanzioni pecuniarie²⁹⁵.

²⁹¹ Si cfr. Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit., nn. 6-7 *Cons. dir.*

²⁹² Si cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cit., annotata da SCOLETTA M., *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *sistemapenale.it*, 2022.

²⁹³ Salvo quanto si è osservato *supra* a proposito di Corte cost., sent. n. 121 del 2023, cit.

²⁹⁴ Si cfr. legge n. 633 del 1941, recante *Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*.

²⁹⁵ L'art. 174-*bis* legge cit., prevede, infatti, che «[f]erme le sanzioni penali applicabili, la violazione delle disposizioni previste nella presente sezione è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del prezzo di mercato dell'opera o del supporto oggetto della violazione, in misura comunque non inferiore a euro 103,00. Se il prezzo non è facilmente determinabile, la violazione è punita con la sanzione amministrativa da euro 103,00 a euro 1.032,00. La sanzione amministrativa si applica nella misura stabilita per ogni violazione e per ogni esemplare abusivamente duplicato o riprodotto».

Il concorso di procedimenti e di sanzioni predisposto dal legislatore è stato ritenuto contrastante con i rinnovati contenuti della garanzia fondamentale per la mancata integrazione del criterio, di origine giurisprudenziale, della 'connessione sufficientemente stretta' fra i due 'binari' punitivi, i quali percorrono traiettorie parallele senza raccordo alcuno né sul piano processuale, visto che la conclusione del procedimento amministrativo non ha alcuna incidenza sul processo penale e viceversa, né sotto il profilo sostanziale, stante l'assenza di speciali meccanismi che consentano di commisurare le sanzioni tenendo conto di quelle già irrogate nel procedimento venuto per primo a conclusione²⁹⁶.

²⁹⁶ Nel merito, il giudizio di costituzionalità ha riguardato l'idoneità del sistema punitivo, nella sua astratta configurazione legislativa, a evitare occasioni di violazione della garanzia del *ne bis in idem*, sotto il profilo dell'adeguatezza a tessere un adeguato raccordo fra i due 'binari' sanzionatori. In tale prospettiva, nella pronuncia si rileva che la legge n. 633 del 1941 crea strutturalmente le condizioni affinché uno stesso soggetto possa essere sanzionato nelle sedi penale e amministrativa per una stessa condotta, senza che però fra i due ambiti sanzionatori siano create occasioni di coordinamento sul piano processuale, sostanziale e temporale. Lo stesso fatto illecito finisce, così, per essere sanzionato in esito a distinti procedimenti punitivi sia con pene in senso stretto sia con sanzioni formalmente amministrative, da ritenersi nondimeno sostanzialmente penali, alla luce dei criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU e adottati anche dalla Corte costituzionale. Per quanto, però, il cumulo procedimentale e sanzionatorio sia senz'altro prevedibile per il soggetto autore della condotta, derivando pacificamente dal modello legislativo, è evidente che i due procedimenti sanzionatori non perseguono scopi complementari, né concernono diversi aspetti del comportamento illecito, come dimostrato dai lavori preparatori della legge di riforma del 2000, introduttiva della fattispecie extrapenale, i quali rivelano la reale intenzione perseguita, ossia potenziare l'efficacia generale preventiva dei precetti già contenuti nella legge del 1941. Le ragioni di efficienza repressiva sono, poi, ulteriormente confermate dalle particolari modalità impiegate per descrivere l'ipotesi di illecito amministrativo, che si limita a fare rinvio alle fattispecie già esistenti, di tal che il relativo perimetro applicativo finisce per coincidere con quello dell'illecito penale, salvo che per la casistica, invero marginale, delle condotte colpose, non riconducibili alla figura di reato. Sul piano strettamente processuale, inoltre, si rileva la mancata previsione di meccanismi di raccordo atti a evitare duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove, e ad assicurare una coordinazione temporale dei procedimenti, stante la pacifica esclusione, da parte della consolidata giurisprudenza di legittimità, di quel rapporto di pregiudizialità tra illecito penale e amministrativo richiesto dall'art. 24 legge n. 689 del 1981 per attrarre in capo al giudice penale la competenza a irrogare la sanzione amministrativa. Da ultimo, si riscontra la mancata istituzione di raccordi sul piano sanzionatorio capaci di consentire al giudice penale (o all'autorità amministrativa, nel caso sia il processo penale a concludersi per primo) di tenere conto della sanzione già irrogata nel momento in cui sia chiamato a esercitare i propri poteri sanzionatori, essendogli così preclusa la possibilità di assicurare, in tal modo, la complessiva proporzionalità del cumulo di sanzioni.

La rilevata incompatibilità del sistema punitivo in esame con i contenuti del *ne bis in idem* convenzionale ha portato la Corte costituzionale ad accogliere la questione sollevata sull'art. 649 cod. proc. pen. per impedire l'operatività di tale 'doppio binario' sanzionatorio in caso di conclusione del procedimento amministrativo sanzionatorio, impedendo che il processo penale continui a celebrarsi. La portata della norma processuale viene estesa attraverso una pronuncia additiva (di regola)²⁹⁷ all'ipotesi in cui un soggetto, già sottoposto a un procedimento amministrativo definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo ex art. 174-bis legge cit., sia imputato per taluno dei corrispondenti delitti previsti dall'art. 171-ter. Si tratta, come si è detto, della prima pronuncia di incostituzionalità dovuta all'accertamento del contrasto fra un sistema di 'doppio binario' e la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale, la quale "colpisce" una disposizione processuale già oggetto di questioni di legittimità costituzionale – originate in procedimenti, penali o extrapenali, relativi ad altri sistemi sanzionatori – mai esaminate nel merito per ragioni di carattere processuale.

In questo caso, al cospetto di un sistema mancante di un adeguato coordinamento fra i diversi apparati sanzionatori la Corte costituzionale, anziché adottare una pronuncia volta a "creare" detto coordinamento e, così, consentire la prosecuzione del giudizio penale, ha ritenuto di disinnescare in radice il 'doppio binario' punitivo. Il che sembra ispirarsi alla primaria *ratio* di garanzia del *ne bis in idem*, non già ordinamentale a valenza oggettiva, bensì soggettiva di diritto fondamentale volto a tutelare un soggetto contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto ancor prima che una seconda pena²⁹⁸, garanzia di cui è riconosciuto il fondamento, oltre che convenzionale ed europeo, anche interno²⁹⁹.

²⁹⁷ Cfr., *ex multis*, ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, II, cit., 231-233.

²⁹⁸ Non a caso ricordata nella stessa pronuncia costituzionale: cfr. *ivi*, n. 5.1.1 *Cons. dir.*

²⁹⁹ Sempre nel passaggio preliminare della motivazione (n. 5.1 *Cons. dir.*), si conferma il fondamento anche interno della garanzia del *ne bis in idem*, come in precedenza riconosciuto, da ultimo, in Corte cost., sent. n. 145 del 2020, cit.: in tale occasione si era già chiarito che il principio del *ne bis in idem*, seppure non espressamente sancito, è garantito dalla Carta costituzionale, correlandosi (cfr. in precedenza sent. n. 200 del 2016, cit.) agli artt. 24 e 111 Cost., e risponde a una duplice esigenza, da un lato, ordinamentale, secondo cui una medesima situazione non potrebbe divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire, e, dall'altro lato, individuale, in base alla quale il singolo non potrebbe essere esposto a una spirale di reiterate iniziative penali per un medesimo fatto. Sul piano della normativa primaria, la connotazione sostanziale del principio – si

Senonché, come riconosciuto nella pronuncia, la soluzione accolta si rivela, per un verso, parziale dal momento che non è in grado di neutralizzare il cumulo – anzitutto procedimentale – nell’ipotesi inversa, quando sia il processo penale a chiudersi per primo. E, per un altro verso, la stessa soluzione è comunque produttiva di un risultato irragionevole, se si considera che ora, a fronte di uno stesso fatto illecito, dovrebbero essere avviati due procedimenti sanzionatori, di cui uno soltanto destinato a giungere a conclusione³⁰⁰. Ragion per cui, viene sollecitato un intervento del legislatore al quale – si rileva – spetta di «rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedimentali e sanzionatorie, nel quadro di un’auspicabile rimediatazione complessiva dei vigenti sistemi di ‘doppio binario’ sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte»³⁰¹.

era rilevato – trova espressione altresì nel generale canone di specialità che regola il concorso di diverse fattispecie di reato e di illecito potenzialmente incidenti su una stessa condotta (sia nei rapporti fra fattispecie di reato sia nei rapporti fra queste ultime e fattispecie di illecito extra-penale). In questo modo, la Corte costituzionale era giunta a riconoscere quale ‘principio cardine’ del nostro sistema l’eccezionalità della previsione di sistemi di ‘doppio binario’ punitivo, che in tanto si giustificano, in quanto siano rispettate esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo; sulla base di tali presupposti, si è quindi cercato di registrare una convergenza della giurisprudenza costituzionale con quella della Corti europee. Il riconoscimento del fondamento interno della garanzia del *ne bis in idem* anche in relazione a ‘doppi binari’ si inserisce nella tendenziale dinamica in atto nella giurisprudenza costituzionale di estendere l’operatività di garanzie penalistiche e altri istituti tipicamente correlati al diritto propriamente penale anche a sanzioni extra-penali di carattere punitivo. In tal senso, cfr. in relazione al principio di irretroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost., Corte cost., n. 196 del 2010, e le riflessioni di MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 312; al principio di determinatezza, *sub specie* di precisione della formulazione di norme punitive, sempre ricavabile dall’art. 25, secondo comma, Cost., Corte cost., sent. nn. 121 del 2018, cit., e 134 del 2019, cit.; al principio di retroattività della *lex mitior* *ex artt. 3 e 117*, primo comma Cost., in rapporto ai conferenti parametri interposti sovranazionali, Corte cost., sent. n. 63 del 2019, cit.; agli effetti sul giudicato di condanna della pronuncia di incostituzionalità *ex art. 30*, ultimo comma, legge 11 marzo 1953, n. 87, Corte cost., sent. n. 68 del 2021, cit., su cui v. MARCENÒ V., *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit. Sul tema generale, si v. VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.

³⁰⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cit., n. 7 *Cons. dir.*

³⁰¹ Si cfr. *ibidem*.

Invero, la neutralizzazione dell'operatività di un 'binario' sanzionatorio rappresenta solo una delle opzioni atte ad assicurare il rispetto della garanzia del *ne bis in idem*, visto che la riconduzione a legittimità di un sistema sanzionatorio potrebbe effettuarsi anche mediante la "creazione" o l'implementazione di opportuni meccanismi di raccordo processuale e sostanziale. Sotto questo profilo, quindi, sembra potersi ritenere che la pronuncia in esame costituisca un ulteriore esempio di pronuncia di incostituzionalità manipolativa adottata non "a rime obbligate"³⁰².

Inoltre, la soluzione adottata, per quanto consista in un'inedita – si intende, ai limitati fini qui di interesse – pronuncia di incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen., presenta una qualche assonanza con la sentenza n. 145 del 2020 quanto al risultato pratico perseguito. In entrambe le occasioni la Corte costituzionale ha inteso neutralizzare un 'doppio binario' punitivo giudicato illegittimo perché privo di un'adeguata 'connessione' fra i diversi ambiti sanzionatori. La differenza risiede nel modo attraverso cui si è arrivati a tale esito, nell'un caso attraverso una restrizione sul piano interpretativo della portata applicativa della fattispecie di illecito extrapenale, nell'altro mediante l'estensione dell'area di operatività di una disposizione processuale generale, conseguente a una manipolazione del testo legislativo³⁰³.

La diversità del "mezzo" impiegato nella specie si spiega, da un lato, con le specificità della situazione oggetto del giudizio *a quo*, nella quale, essendo divenuta definitiva l'irrogazione della sanzione amministrativa, l'intervento avrebbe dovuto inevitabilmente interessare norme processuali o sostanziali rilevanti nel processo penale in corso; e, dall'altro, con le peculiarità del cumulo punitivo in materia di diritto d'autore – ove la fattispecie di illecito amministrativo ricalca sostanzialmente la corrispondente ipotesi di reato, duplicandola – preclusive a un'articolata operazione, interpretativa o manipolativa, di differenziazione del perimetro delle due figure di illecito³⁰⁴.

³⁰² Si cfr. *supra*, § 4.

³⁰³ Per le peculiarità della soluzione interpretativa adottata nella sentenza n. 145 del 2020, si rinvia alle riflessioni di MALFATTI E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto*, cit.

³⁰⁴ Si cfr. al riguardo le osservazioni svolte nella pronuncia (n. 2.3 *Cons. dir.*) in risposta a un'eccezione della difesa erariale, là dove si evidenzia che proprio la coincidenza delle fattispecie di illecito, penale e amministrativa, potrebbe comportare in astratto un intervento manipolativo volto a espungere la clausola "ferme le sanzioni penali" presente nella norma

Per quanto si è osservato, la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 649 cod. proc. pen. "ritagliata" sul singolo 'doppio binario' sanzionatorio rappresenta una soluzione – come si è detto, parziale e non priva di elementi di criticità – che non pare poter essere considerata (né è auspicabile possa divenire) un nuovo paradigma decisorio, sulla cui base "far cadere" anche altri 'doppi binari' punitivi, in tesi, incompatibili con i contenuti del *ne bis in idem*. Si può forse ritenere che un siffatto modello possa essere utilizzato allorché sia impossibile correggere il sistema di 'doppio binario' istituendo un adeguato coordinamento fra i due ambiti che lo compongono e sia altresì preclusa una ridefinizione dei confini applicativi delle norme sostanziali di illecito. Tuttavia, nelle altre ipotesi è possibile prefigurare un intervento, interpretativo o manipolativo, vertente sulle specifiche norme processuali e sanzionatorio del 'doppio binario' interessato, e teso a dare luogo a quella 'connessione sufficientemente stretta' richiesta dalla giurisprudenza convenzionale (ed europea), onde rendere coerente, prevedibile e integrata la multiforme risposta punitiva. In tal modo, il rispetto del *ne bis in idem* potrebbe essere assicurato senza rinunciare al concorso di procedimenti e sanzioni di diversa natura.

4.3.5. I limiti e le potenzialità di un intervento della Corte costituzionale

In generale, si può rilevare che le criticità presentate dalla soluzione accolta nella pronuncia poc'anzi esaminata confermano le difficoltà presentate da un intervento della Corte costituzionale. Un primo aspetto controverso attiene alla riferibilità del singolo sistema punitivo oggetto di considerazione al 'nucleo duro' del diritto penale, una nozione apparsa nella giurisprudenza convenzionale e ripresa nella giurisprudenza costituzionale – proprio nella sentenza n. 149 del 2022³⁰⁵ – senza che essa sia stata ancora precisata e definita nei suoi esatti contenuti e confini³⁰⁶. Le incertezze intorno a tale nozione hanno implicazioni sul riconoscimento dell'operatività del *ne bis in idem* in termini rigorosi ovvero attenuati, e pertanto sulla ne-

sanzionatoria extrapenale; l'intervento, precluso nella specie stante l'inapplicabilità di detta norma nel processo penale, non costituirebbe una soluzione soddisfacente: si verrebbe, infatti, a determinare una radicale situazione di incertezza in ordine alla fattispecie applicabile, se quella penale ovvero quella amministrativa, stante l'inoperatività del criterio di specialità di cui all'art. 9, legge n. 689 del 1981.

³⁰⁵ Si cfr. nn. 2.3 e 5.1.3 *Cons. dir.*

³⁰⁶ Sul tema, cfr. anche MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 108 ss.

cessità di procedere (solo nella seconda eventualità) alla verifica del grado di coordinamento fra il processo penale ed il procedimento sanzionatorio extrapenale.

Nell'ambito di quest'ultima valutazione, assumono rilievo sia gli istituti e strumenti di raccordo processuale e sostanziale previsti dal legislatore, che, in concreto, il modo in cui la normativa nazionale sia stata applicata. È richiesto, quindi, un giudizio complessivo in ordine alla sussistenza ovvero alla mancanza di elementi fra di loro eterogenei, da condursi in assenza di punti di riferimento assoluti circa lo *standard* di 'connessione' sufficiente ai fini del rispetto della garanzia sovranazionale, e il 'peso' di ciascuno dei differenti indici sintomatici³⁰⁷.

A differenza di quanto accaduto nelle due occasioni in cui si è giunti all'esame del merito delle questioni di costituzionalità, ove la decisione ha portato al venir meno del cumulo punitivo, l'intervento richiesto alla Corte costituzionale potrebbe limitarsi a indicare, tramite una pronuncia additiva di principio, il modo attraverso cui poter assicurare in concreto quelle istanze di connessione procedimentale e sostanziale segnalate a livello sovranazionale³⁰⁸. Del resto, solo un organico intervento del legislatore po-

³⁰⁷ Per un'analisi critica sull'individuazione degli indici di 'connessione' e sulle difficoltà connesse alla valutazione della loro sussistenza, sia consentito rinviare, ancora, a RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, cit.

³⁰⁸ In proposito, non risulta priva di interesse l'analisi dell'esperienza francese, nella quale il *Conseil constitutionnel* ha avuto modo di sindacare nel merito la costituzionalità delle disposizioni nazionali che istituiscono sistemi sanzionatori di 'doppio binario' in vari settori dell'ordinamento, e segnatamente in materia di violazioni di norme di legge sulle entrate e sulle spese pubbliche: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 ottobre 2014, n. 2014-423 QPC, M. Stéphane R. et a.; in dottrina, PELTIER V., *Infléchissement de la validation constitutionnelle des cumuls de sanctions pénale et administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2015, n. 1, 36-37. In tema di abusi di mercato: si cfr. *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, M. John L. et a.; in dottrina, BUTTON A., *Droit penal des affaires – Délit d'initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, aprile-giugno 2015, n. 2, 367-370; STASIAK F., *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aprile-giugno 2015, n. 2, 374-378. In materia di irregolarità nelle spese relative alla campagna elettorale per la Presidenza della Repubblica: si cfr. *Cons. const.*, dec. 17 maggio 2019, n. 2019-783, M. Nicolas S. Nell'ambito degli illeciti tributari: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n. 2016-545 QPC, M. Alec W. et a.; dec. 24 giugno 2016, n. 2016-546 QPC, M. Jérôme C.; dec. 22 luglio 2016, n. 2016-556 QPC, M. Patrick S.; dec. 23 novembre 2018, n. 2018-745 QPC, M. Thomas T.; in dottrina, DETRAZ S., *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n° 27, 49-53; PELLETIER M., *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio

2016, n. 30-35, 3-5; SALOMON R., *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, *ivi*, 26-28; PELTIER V., *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n. 9, 43-44; ROBERT J.-H., *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n. 1, 39-40. Nelle decisioni intervenute sulla problematica, il cumulo di sanzioni amministrative e penali è sempre stato scrutinato in riferimento ai parametri costituzionali interni di sussidiarietà del diritto penale e di proporzionalità delle pene, riconosciuti dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 – atto normativo in vigore non solo per il richiamo operato nel Preambolo della vigente Costituzione francese del 4 ottobre 1958, ma anche per il valore prescrittivo a esso riconosciuto, in virtù di tale richiamo, dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* – e operanti nell'assetto costituzionale francese, anche oltre i confini del diritto penale, rispetto a ogni sanzione avente carattere afflittivo; nel percorso motivazionale e decisorio non si rinviene, invece, alcun esplicito riferimento alle garanzie convenzionali ed europee, né ad affermazioni della Corte EDU o della Corte di giustizia UE. L'approccio seguito nell'esame delle questioni di costituzionalità ha valorizzato la specifica configurazione dei singoli sistemi punitivi in questione e ha attribuito particolare rilievo alle modalità con cui negli ambiti interessati si realizza il cumulo di procedimenti e di sanzioni. È in tale prospettiva che si spiegano le diverse conclusioni raggiunte dal Giudice costituzionale francese in riferimento ai differenti sistemi sanzionatori. Da un lato, si è avuta la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni che sancivano il cumulo nell'ambito del *market abuse* per la riconosciuta coincidenza degli apparati sanzionatori amministrativo e penale (si cfr. *Cons. const.*, dec. 18 marzo 2015, n. 2014-453/454 QPC e 2015-462 QPC, cit., punti 24-28), che ha portato a un adeguamento del sistema in via legislativa: è stato introdotto, in particolare, un meccanismo di coordinamento fra azione penale condotta dal Procuratore della Repubblica e azione condotta dall'Autorità dei Mercati Finanziari (AMF) tale da precludere che un medesimo fatto di abuso del mercato possa dare luogo a un duplice procedimento sanzionatorio, come rilevato in Corte EDU, *Nodet c. Francia*, cit., in cui si riconosce la violazione del *ne bis in idem* convenzionale rispetto a procedimenti anteriori alle modifiche sopravvenute. Dall'altro lato, la disciplina legislativa concernente gli altri sistemi di 'doppio binario' ha formalmente superato il sindacato di legittimità costituzionale: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n. 2016-545 QPC, cit., punto 21; dec. 24 giugno 2016, n. 2016-546 QPC, cit., punto 21; dec. 22 luglio 2016, n° 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n. 2018-745 QPC, cit., punto 19. È significativo, però, rilevare che in queste ultime occasioni si è adottata la tecnica della *réserve d'interprétation*, attraverso cui si è riconosciuto che la medesima normativa non contrasta con i principi costituzionali nella misura in cui sia garantito il rispetto di tre condizioni volte ad assicurare la complementarità e la convergenza delle risposte punitive. Tale schema decisorio è ben evidenziato nelle decisioni concernenti il sistema di 'doppio binario' in materia fiscale, nelle quali si è evidenziato come il principio costituzionale di sussidiarietà del diritto penale imponga il divieto di pronunciare sentenza penale di condanna per condotte di frode fiscale, qualora una sentenza definitiva resa da un'autorità giurisdizionale abbia escluso, nel merito, la debenza dell'imposta cui si riferirebbe la contestazione penale, in tal modo richiedendosi un pur minimo coordinamento nell'accertamento del fatto tributario: si cfr. *Cons. const.*, dec. 24 giugno 2016, n. 2016-545 QPC, cit., punto 13; dec. 24 giugno 2016, n. 2016-546 QPC, cit., punto 13; dec. 22 luglio 2016, n. 2016-556 QPC, punto 10; dec. 23 novembre 2018, n. 2018-745 QPC, cit., punto 11; sul tema, si cfr. PELLETIER M., *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Re-*

trebbe dare piena soddisfazione alle istanze di tutela emerse nelle sedi sovranazionali, attraverso la “revisione” della struttura di ‘doppio binario’ del sistema punitivo o, in alternativa, il suo superamento. Nel frattempo, sarebbe però rispettata l’originaria scelta punitiva di prevedere un concorso di sanzioni e procedimenti di diversa natura, cui verrebbero apportati quei “correttivi” adeguati ad assicurare l’integrazione delle condizioni di ‘connessione’ richieste.

La diversa soluzione rappresentata dalla neutralizzazione del cumulo punitivo pare adeguarsi alle sole ipotesi in cui il ‘doppio binario’ – come,

vue de droit fiscal, 28 marzo 2019, n. 13, 20 ss. Si è, poi, chiarito che la previsione di un cumulo di risposte sanzionatorie, amministrative e penali, in tale ambito trova giustificazione nell’esigenza di rilievo costituzionale di assicurare un’adeguata protezione agli interessi finanziari dello Stato e di garantire l’uguaglianza di trattamento nel prelievo tributario; e che tale previsione non si pone in contrasto con il principio di *extrema ratio* del diritto penale, a condizione che il cumulo di sanzioni sia eventuale e si realizzi solamente nelle ipotesi di illecito, risultanti in un’evasione fiscale, da ritenersi più gravi in ragione dell’entità delle somme non versate a titolo di imposta o dei caratteri delle condotte poste in essere. Infine, si è affermato che in caso di congiunta applicazione di sanzioni di diversa natura, il principio di proporzionalità delle pene richiede che la misura complessiva delle sanzioni irrogate non superi il massimo edittale comminato dal legislatore per la figura di illecito più grave. Emerge con evidenza, quindi, come l’assenza di profili di illegittimità costituzionale di norme che diano luogo a un ‘doppio binario’ sanzionatorio nella materia tributaria – così come negli altri settori rispetto ai quali sono state adottate analoghe pronunce, ossia quelli relativi a violazioni della disciplina sulle entrate e sulle spese pubbliche e a irregolarità nelle spese relative alla campagna elettorale per la Presidenza della Repubblica – si giustifichi solo in presenza di un adeguato coordinamento dei due apparati sanzionatori, sia sul piano processuale che su quello sostanziale: sotto il primo aspetto, si evidenzia la necessità di evitare contraddizioni nell’accertamento dei fatti; quanto al secondo, si richiede di limitare il cumulo di procedimenti e di sanzioni alle fattispecie di maggiore gravità, e comunque di assicurare la complessiva proporzionalità del trattamento sanzionatorio: si cfr. DETRAZ S., *Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, luglio-settembre 2016, n. 3, 633-636; FOUQUET O.-HATOUB B., *Cumul des sanctions fiscales et pénales possible pour les cas de fraude les plus graves*, in *Revue de droit fiscal*, 18 maggio 2017, n. 20, 62-66. Spostandosi su di un piano più generale, quindi, per quanto il sindacato di costituzionalità sia stato condotto esclusivamente in riferimento a principi costituzionali interni, è interessante notare che le decisioni del *Conseil constitutionnel* rievocano i concetti di ‘connessione’ e di ‘coordinazione’ definiti nella giurisprudenza delle Corti europee rispetto al divieto di *bis in idem* in materia ‘penale’ e rispondano a istanze di tutela analoghe, cui il Giudice costituzionale francese ha inteso dare soddisfazione, distinguendo fra singoli sistemi punitivi interessati e, salvo che per la disciplina del *market abuse*, seguendo una via interpretativa che ha condizionato la dichiarazione di conformità a Costituzione alla sussistenza di elementi di raccordo fra i procedimenti sanzionatori.

appunto, quello in tema di diritto d'autore – risponda esclusivamente a ragioni di “iper-efficientismo” repressivo e dia luogo sul piano normativo a una mera duplicazione di risposte sanzionatorie, così da rendere piuttosto complessa la “creazione” di un coordinamento procedimentale e sanzionatorio, invero radicalmente assente nell'originaria configurazione legislativa. Così, allorché una siffatta neutralizzazione dovesse avvenire mediante la frapposizione di ostacoli processuali alla celebrazione o continuazione del secondo procedimento, sarebbero limitate a tali fattispecie particolari le irragionevoli conseguenze determinate da un sistema che consenta l'apertura di due diversi procedimenti sanzionatori ma che, al contempo, precluda a uno di essi di giungere a conclusione³⁰⁹.

Certo, anche l'adozione di una decisione additiva di principio – nei termini che si sono delineati – non sarebbe priva di criticità, visto che potrebbe sostenersi che essa attribuisca alla giurisdizione comune un'ampia discrezionalità non solo nella valutazione in ordine alla compatibilità con il *ne bis in idem* dei risultati comportati dall'operare del sistema di ‘doppio binario’ nel singolo caso concreto, ma anche, in caso di esito negativo di tale verifica, nell'individuazione delle modalità attraverso cui assicurare detta compatibilità nel rispetto del ‘principio’ indicato dalla pronuncia costituzionale. E, tuttavia, siffatte problematiche potrebbero essere superate mediante un'adeguata formulazione del principio, in modo da evitare che il rispetto della garanzia possa produrre risultati in pregiudizio di fondamentali esigenze obiettive, di certezza del diritto, e soggettive, di prevedibilità delle risposte punitive.

³⁰⁹ Si cfr. Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cit., n. 7 *Cons. dir.*

Sezione II

Le ricadute nella giurisprudenza di legittimità e di merito

SOMMARIO: 1. Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze della giurisdizione comune in materia punitiva. – 2. Implementazioni apparenti ed effettive nell'utilizzo interno delle nozioni autonome sovranazionali. – 3. L'applicazione giudiziaria della nozione di 'materia penale'. – 3.1. L'estensione al diritto punitivo extrapenale. – 3.2. La distinzione fra diritto sostanziale e processuale. – 4. La 'ragionevole prevedibilità' di interpretazioni giudiziarie sfavorevoli. – 5. La proporzionalità procedimentale e sostanziale dei 'doppi binari' sanzionatori.

1. *Il diritto giurisprudenziale sovranazionale nelle tendenze della giurisdizione comune in materia punitiva*

L'incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale si manifesta nello svolgersi della giurisdizione comune, di merito e di legittimità, quale conseguenza necessaria, precipitato dell'attuale conformazione dei rapporti con il sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali e con l'ordinamento europeo³¹⁰. Inevitabilmente il rilievo delle garanzie elaborate in quei contesti, da assumersi nei relativi significati 'qualificati', implica – come si è anticipato³¹¹ – il confronto con le problematiche poste dall'interpretazione di un diritto di matrice giudiziaria formatosi nell'esercizio di peculiari competenze giurisdizionali; di qui l'esigenza di adottare criteri appropriati³¹². L'applicazione delle norme punitive interne risente dell'impie-

³¹⁰ In termini generali, cfr. MANES V., *I giudici nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.; ID.-NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit.; VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in CORSO P.-ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, CELT, Piacenza, 2010, 641 ss.

³¹¹ In proposito, si cfr. le considerazioni già svolte *supra*, Cap. I, § 4.

³¹² Si cfr. *supra*, Cap. I, § 6.

go di concetti e canoni, il cui contenuto e la cui operatività presuppongono valutazioni sostanzialistiche e implicano un giudizio di identità, analogia o difformità fra i casi oggetto dei diversi procedimenti.

Lo studio condotto consente di osservare, con riguardo alle pronunce della Corte europea dei diritti, che le relative ricadute non si esauriscono – in una logica di stretta esecuzione – nell’obbligo di conformarsi alle misure, particolari o generali, indicate per rimediare a violazioni accertate, ma si estendono alla diversa prospettiva di “applicazione” interna delle garanzie convenzionali, e quindi alla valorizzazione di queste ultime in ipotesi differenti dalla vicenda giudiziaria esaminata a livello sovranazionale³¹³. A tal fine, le autorità giudiziarie interne vengono chiamate a ricavare la *ratio decidendi* della singola pronuncia, o di un gruppo di pronunce, in ordine all’applicabilità di una certa tutela o alla sussistenza di una violazione della stessa, individuando le circostanze materiali valutate e poste alla base dell’esito decisorio, ai fini del raffronto con quelle caratterizzanti il caso di specie³¹⁴. Ne risulta la centralità, per una siffatta operazione ermeneutica, non tanto di quei passi motivazionali in cui siano ricostruiti i principi generali – invero ribaditi a più riprese nella giurisprudenza convenzionale – ma, ancor più significativamente, di quelli in cui detti principi vengano applicati in concreto, e da cui si debbano trarre, appunto, gli elementi di fatto o di diritto reputati decisivi³¹⁵.

Non dissimili sono le difficoltà interpretative poste dalle pronunce della Corte di giustizia, in particolar modo da quelle rese in giudizi di interpreta-

³¹³ Si tratta di uno soltanto dei diversi obblighi di interpretazione adeguatrice cui è soggetta la giurisdizione comune, come sottolineava autorevole dottrina già all’indomani delle sentenze cc.dd. gemelle della Corte costituzionale, nn. 348 e 349 del 2007: si v., *ex multis*, gli interventi e le relazioni contenute in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010, e in particolare la relazione conclusiva di D’ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, *ivi*, 337 ss., ove si evidenzia come possa parlarsi di interpretazione adeguatrice a tre parametri distinti, ossia la Costituzione, il diritto internazionale e il diritto europeo.

³¹⁴ In tale prospettiva, cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit. In generale, fra i molti, cfr. anche RUGGERI A., L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”, in *giurcost.org*, 2013.

³¹⁵ In questo senso, RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell’ordinamento italiano*, cit., 320 ss.

zione sulle garanzie della Carta dei diritti, le quali di sovente inducono le giurisdizioni interne all'impiego di nozioni e criteri che sottendono valutazioni parimenti sostanzialistiche, ai fini sia della ricostruzione della portata del diritto europeo sia del giudizio di conformità, rispetto ad esso, dei concreti esiti punitivi nella singola ipotesi³¹⁶.

In questo caso, gli indici rilevanti sono talvolta ricavabili – come per le pronunce convenzionali – dalle valutazioni direttamente compiute dal Giudice europeo, in quanto fattori valorizzati nel percorso motivazionale, talaltra invece sono semplicemente indicati come ‘elementi interpretativi’ che debbono guidare il giudice nazionale nello svolgimento di quelle verifiche ad esso demandate dalla decisione europea (nell’ambito di quelle pronunce che si sono in precedenza definite come “a formula dispositiva aperta”)³¹⁷. Con l’ulteriore precisazione che la persistenza di incertezze ermeneutiche circa i metodi di conduzione di dette verifiche potrebbe portare alla proposizione di un nuovo quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia, eventualmente anche sulla portata di una precedente pronuncia interpretativa europea³¹⁸.

È chiaro, quindi, che l'utilizzo o il semplice richiamo di siffatto materiale giurisprudenziale nell'interpretazione e applicazione di norme punitive interne rappresenta il mero presupposto dell'analisi proposta, la quale mira a rintracciarne le mutevoli forme di manifestazione attraverso una selezione di filoni ritenuti espressivi di particolari prese di posizione prasseologiche circa l'utilizzo interno di categorie, criteri, linguaggi e, in definitiva, delle tutele derivanti da elaborazioni giudiziarie esterne. L'indagine intende, cioè, mettere in luce come, a fronte di una pacifica condivisione – salvo sporadiche ipotesi di abnormità – delle coordinate essenziali dei rapporti intersistemici e interordinamentali, il ruolo assunto dal diritto di formazione giudiziaria sovranazionale debba essere valutato e, per così dire, misurato in

³¹⁶ Tradizionalmente l'adeguamento del diritto interno agli obblighi e alle indicazioni provenienti da strumenti normativi e giudiziari di diritto UE vede un ruolo più rilevante dei giudici comuni, i quali, eventualmente a seguito della proposizione di un quesito interpretativo, potrebbero risolvere autonomamente ipotetiche antinomie, interpretando le norme interne in senso conforme alle norme europee e, laddove i profili di contrasto si palesino insuperabili, “disapplicando” le prime in presenza di corrispondenti norme europee direttamente applicabili o dotate di effetti diretti.

³¹⁷ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.3.

³¹⁸ Si è già illustrato come la giurisprudenza costituzionale consolidata attribuisca alle sentenze della Corte di giustizia rese in giudizi interpretativi gli stessi effetti tipici delle fonti europee cui esse si riferiscono: si veda *supra*, Cap. I, § 6.

ragione del fattivo accoglimento, dei relativi approdi, onde della riproduzione degli schemi decisori sostanziali idonei a soddisfare le istanze correlate alle garanzie convenzionali e al diritto europeo.

2. Implementazioni apparenti ed effettive nell'utilizzo interno delle nozioni autonome sovranazionali

In questo genere di valutazioni trovano concreta espressione le descritte tensioni fra il carattere formalistico delle categorie giuridiche nazionali, sottese alla formulazione delle disposizioni interne punitive, e gli elementi di natura sostanziale che le garanzie sovranazionali imporrebbero, al contrario, di valorizzare³¹⁹. Si ritiene opportuno, pertanto, prendere in considerazione le concrete modalità attraverso cui, nelle pronunce interne, sia attribuito rilievo al diritto giurisprudenziale sovranazionale, in primo luogo nel riconoscimento di antinomie fra diritto punitivo e garanzie fondamentali penalistiche, e in secondo luogo nell'accoglimento di soluzioni ermeneutiche o nell'impiego degli ordinari strumenti di coordinamento, processuale e sostanziale (questioni di legittimità costituzionale per incompatibilità convenzionale e/o europea, rinvio pregiudiziale interpretativo o di validità sul diritto europeo e non-applicazione del diritto nazionale contrastante con quest'ultimo)³²⁰.

Nell'ordine, occorre esaminare la pertinenza dei precedenti giudiziari evocati rispetto alle questioni oggetto della controversia, l'opera induttiva per l'estrazione della rispettiva *ratio decidendi*, l'applicazione di essa al caso di specie, ciò che presuppone l'individuazione degli elementi di similarità o diversità nel confronto con le fattispecie decise. Nell'ambito di questo giudizio si rivela essenziale rintracciare quali elementi attinenti alla vicenda materiale (indici 'fattuali') o al quadro normativo rilevante (indici 'normativi') siano stati presi in considerazione e, fra di essi, a quali sia stato attri-

³¹⁹ Sulle difficoltà e sulla complessità dell'opera cui è chiamata la giurisdizione comune in ragione del rinnovato quadro multilivello di tutela dei diritti fondamentali, si rinvia alle considerazioni di MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit.; MANES V.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit.; MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, cit.

³²⁰ Si cfr. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 21-74.

buito un peso maggiore nel precedente giudiziale sovranazionale³²¹. Così, esemplificativamente – attenendosi ai profili che saranno esaminati nel prosieguo – assumono significato i metodi di implementazione dei criteri per la sussunzione di un dato illecito e di una data sanzione alla ‘materia penale’³²² o per la distinzione delle norme punitive sostanziali da quelle processuali³²³, il rigore adoperato nel riconoscimento della prevedibilità della ‘base legale’, comprensiva degli orientamenti interpretativi esistenti nella prassi giudiziaria³²⁴, nonché i canoni di adeguatezza attraverso cui è vagliata l’esistenza o meno di un coordinamento processuale e sostanziale fra sistemi sanzionatori³²⁵.

Sin d’ora si può osservare, in termini generali, che non sempre l’utilizzo delle nozioni autonome, dei criteri operativi e dei canoni decisori messi a punto dalle Corti europee risponde a un reale accoglimento delle relative prospettive sostanzialistiche, nascondendo talvolta silenti approcci formalistici, che depotenziano, se non addirittura svuotano di significato, il contenuto delle garanzie fondamentali sovranazionali operanti nella materia punitiva. L’analisi restituisce una pluralità di soluzioni elaborate nella giurisdizione comune, che si dispiegano in una moltitudine di sfumature fra due posizioni estreme, da un lato quella tesa a una piena e sostanziale valorizzazione sul piano interno delle pronunce europee e convenzionali, e dall’altro quella limitativa della loro portata al singolo caso in esse esaminato.

3. *L’applicazione giudiziaria della nozione di ‘materia penale’*

La varietà di soluzioni appena tratteggiata emerge nitidamente dalla casistica concernente l’implementazione interna delle criteriologie sostanzialistiche rilevanti per la definizione dei confini applicativi delle garanzie di stampo penalistico. In alcune occasioni la ricostruzione, anche approfondita, del quadro giurisprudenziale convenzionale ed europeo è servente ad applicazioni adeguate, le quali giungono a enfatizzare in modo opportuno le differenti caratteristiche di singoli strumenti sanzionatori di interesse, a

³²¹ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 1.

³²² Si v. *infra*, § 3.1.

³²³ Si v. *infra*, § 3.2.

³²⁴ Si v. *infra*, § 4.

³²⁵ Si v. *infra*, § 5.

seconda dei casi convergenti ovvero distoniche nel giustificare o escludere la riconduzione alla 'materia penale'. In altre occasioni, l'accoglimento di una siffatta prospettiva sostanzialista risponde anche alle più recenti esigenze di tutela emerse nella giurisprudenza costituzionale, che sotto certi profili mostrano sensibilità analoghe a quelle fondanti gli approdi sovranazionali. Cosicché la metodologia seguita per verificare l'integrazione dei criteri convenzionali ed europei sembra ispirare le modalità applicative delle omologhe criteriologie sostanzialistiche interne, che – come si è illustrato – sono state elaborate anche in via autonoma da quelle sovranazionali.

In altre ipotesi ancora, per contro, il semplice richiamo di uno o più precedenti giudiziari è ritenuto in sé idoneo a risolvere la questione dell'applicabilità o meno della singola garanzia evocata, come se da esso o da essi possano discendere conseguenze automatiche e inevitabili, quasi autoevidenti. Tali soluzioni si possono certo spiegare con la (reale o presunta) identità o sovrapponibilità, seppure non perfetta, fra il caso richiamato e quello da decidere, di tal che potrebbe apparire ultroneo indagarne i precisi tratti caratteristici, e tuttavia esse appaiono meno giustificabili allorché simili condizioni risultino mancanti, e quindi il precedente evocato non sia strettamente in termini³²⁶.

Di fronte a un siffatto grado di entropia, certo non minimale, è chiaro che la disamina della prassi giudiziaria interna non può che condurre a risultati definibili solo in via tendenziale, e ciò non solo in quanto – come è assolutamente fisiologico – il richiesto approccio sostanzialista conduce a esiti differenti al variare del singolo caso giudiziario e del settore ordinamentale preso in considerazione, ma anche perché – e ciò non appare, invece, coerente in una prospettiva sistematica – non è detto che alla formale dichiarazione di adozione di tale approccio corrisponda, nei fatti, un suo reale accoglimento.

In effetti, non sempre le verifiche sottese ai canoni sostanzialistici in questione sono esaustivamente svolte in concreto, con un pieno apprezzamento della conferente casistica sovranazionale e un'esauriente selezione

³²⁶ Sulla distinzione fra precedenti solo persuasivi e precedenti vincolanti, cfr. GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 155; PIZZORUSSO A., *Stare decisis e Corte costituzionale*, in TREVES G. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 31 ss.; sul punto, in termini più generali, GORLA G., *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza ed i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, V, 1964, 81.

degli elementi di fatto o di diritto potenzialmente rilevanti. Talora esse si limitano al rinvenimento di uno o più caratteri differenziali della fattispecie oggetto della controversia interna rispetto a un unico precedente, perdipiù non sempre riferito a un illecito o a una sanzione dotati di significativi elementi di analogia. Il che mette in discussione un presupposto essenziale di un'efficace interpretazione del diritto di matrice giudiziaria sovranazionale, vale a dire l'individuazione della precedente pronuncia, o del filone di pronunce, in grado di offrire la *ratio decidendi* sulla cui base risolvere nel caso di specie la problematica della riconducibilità alla 'materia penale'³²⁷.

Le diverse spinte e controspinte, finora solo abbozzate, sono riscontrabili, pur se con un diverso livello di intensità e consolidamento, sia nella giurisprudenza di legittimità che in quella di merito, le quali saranno esaminate – lo si ribadisce, senza pretese di esaustività, vista la metodologia sopra precisata – dapprima in relazione all'inclusione di illeciti e sanzioni di diritto formalmente extrapenale alle tutele penalistiche *tout court* e, in seguito, con riguardo alla distinzione fra diritto processuale e diritto materiale.

3.1. *L'estensione al diritto punitivo extrapenale*

La mutevolezza delle posizioni rispetto al duplice ordine di profili segnalati, nell'approccio assunto e negli esiti raggiunti, è ben rappresentata dal modo in cui la prima problematica è affrontata nella prassi. Si osservano atteggiamenti di maggiore chiusura al riconoscimento della natura penale di misure punitive non ancora direttamente esaminate a livello sovranazionale, e al fianco di essi aperture di segno opposto, che portano i giudici nazionali a far proprio o a riprodurre lo schema decisorio sviluppato nel precedente giudiziario sovranazionale, dando luogo a una nuova applicazione (interna) delle criteriologie convenzionale, *Engel*³²⁸, ed europea, *Bonda*³²⁹, su cui ci si è già soffermati³³⁰.

³²⁷ A proposito della distinzione fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*, cfr., fra i molti, GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., 155.

³²⁸ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.

³²⁹ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.1.

³³⁰ Del resto, si riconosce la possibilità di verificare la diversa gradazione di intensità e di efficacia del precedente giudiziale: GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giu-*

Appare senza dubbio riconducibile a questo secondo approccio la casistica concernente le sanzioni tributarie, oramai ricorrentemente sussunte sotto il perimetro applicativo delle garanzie penalistiche sovranazionali da parte della giurisprudenza comune, proprio in ragione delle copiose pronunce rese in tal senso dalla Corte europea dei diritti e dalla Corte di giustizia, anche rispetto a ipotesi sanzionatorie previste dall'ordinamento italiano³³¹. Invero, seppure i risultati finali dell'opera interpretativa siano piuttosto ricorrenti, fatta eccezione per isolate decisioni di esclusione della natura penale³³², appare comunque possibile riscontrare un progressivo sviluppo nell'utilizzo interno della nozione autonoma. Si può osservare che, in una prima fase, l'inclusione nella materia era giustificata da un mero richiamo della criteriologia sovranazionale e di precedenti non pienamente pertinenti³³³, per giungere, in una seconda fase, a più esaurienti ricostruzioni del diritto giurisprudenziale di interesse e a una reale applicazione della predetta criteriologia³³⁴.

risprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato, cit., 155, spec. nt. 56.

³³¹ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, §§ 2 e 4; Sez. II, § 3.3.1.

³³² Si cfr. Cass. civ., Sez. V, sent. 29 settembre 2021 (dep. 30 novembre 2021), n. 37366.

³³³ In tal senso, Cass. civ., Sez. VI, ord. 15 aprile 2015 (dep. 28 aprile 2015), n. 8606, ha riconosciuto l'applicabilità dell'art. 6 CEDU sotto il versante penalistico nell'ambito di un processo tributario – salvo poi escluderne nel merito la violazione – in virtù dell'affermata equiparabilità, in termini generali e astratti, delle sanzioni fiscali in questione (conseguenti a omissioni dichiarative) alle sanzioni penali secondo i criteri *Engel*, dei quali tuttavia non viene in concreto verificata l'integrazione. A giustificazione di tale conclusione sono citate tre pronunce della Corte europea dei diritti, di cui due effettivamente conferenti – il *leading case* finlandese *Jussila* (su cui ci si è già soffermati: si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2) e il caso svizzero *Chambaz* (Corte EDU, sent. 5 aprile 2012, ric. n. 11633/04) – affermantì la natura sostanzialmente penale di analoghe sanzioni tributarie e di una – peraltro resa nei riguardi dello Stato italiano (Corte EDU, *Ferrazzini c. Italia*, sent. 12 luglio 2001, ric. n. 44759/98) – fondante invece conclusioni opposte, visto che in essa la Corte europea ha esaminato la lesione dell'art. 6 CEDU sotto il versante civilistico, essendo incontrovertibile fra le parti processuali la non riconducibilità del procedimento di specie alla 'materia penale'. Analoghe motivazioni si rinvengono anche in Cass. civ., Sez. VI, ord. 11 gennaio 2018 (dep. 16 marzo 2018), n. 6616, sempre ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU sotto il versante penalistico in un processo tributario concernente un avviso di accertamento IRPEF, relative addizionali comunali e regionali e IRAP, atteso che nella pronuncia la criteriologia *Engel* è solo menzionata e compare nuovamente l'eccentrico rinvio alla sentenza *Ferrazzini*.

³³⁴ Si cfr. Cass. civ., Sez. V, ord. 25 febbraio 2019, n. 7131, cit.; ord. 24 ottobre 2019, n. 33050, cit.

In effetti, allorché l'applicabilità delle garanzie penalistiche non è semplicemente assunta quale presupposto³³⁵, o meglio postulato, ma viene riconosciuta in esito a verifiche svolte in concreto, queste si incentrano principalmente sulla natura e gravità della sanzione³³⁶, ossia su entrambi gli aspetti che compongono il terzo dei criteri *Engel*³³⁷. Gli indici ritenuti decisivi per l'intrinseca natura punitiva sono ravvisati nella finalità di prevenzione generale (*i.e.* dissuasiva) perseguita dalla sanzione tributaria nell'astratta comminatoria legislativa, così come nella sua componente afflittiva risultante al momento dell'irrogazione. Sotto il profilo della gravità, è di sovente attribuito rilievo – secondo le indicazioni metodologiche emergenti dal diritto giudiziario richiamato – sia agli importi del massimo e del minimo della cornice edittale della sanzione, sia alla sua specifica quantificazione nel caso di interesse. Entrambi gli elementi sono messi a confronto con i corrispondenti valori delle sanzioni rilevanti nelle pronunce convenzionali ed europee, con la conseguenza che viene riconosciuta l'integrazione del criterio in presenza di importi che, in termini proporzionali, siano analoghi o superiori a detti valori³³⁸.

³³⁵ In questi termini, si cfr. Cass. pen., Sez. III, sentenza 22 settembre 2017, n. 6993, cit.; sentenza 7 febbraio 2019, n. 22033, cit.; sentenza 14 gennaio 2021, n. 4439, cit.

³³⁶ In tal senso, si cfr. Cass. pen. Sez. III, sent. 21 settembre 2022 (dep. 13 febbraio 2023), n. 5899; sent. 15 ottobre 2021 (dep. 20 gennaio 2022), n. 2245.

³³⁷ Per la ricostruzione della criteriologia, cfr. Cap. II, Sez. I, § 2.

³³⁸ In Cass. pen., Sez. III, sent. n. 2245 del 2022, cit., si afferma la natura intrinsecamente penale delle sanzioni per le omissioni dichiarative *ex* art. 1, comma 2, e art. 5, comma 4, d.lgs. n. 471 del 1997, in quanto la loro previsione legislativa e la loro concreta applicazione giudiziaria rivelerebbero «un'evidente componente dissuasiva (in sede di previsione astratta) e afflittiva (in sede concretamente applicativa), non essendo finalizat[e] al risarcimento/indennizzo del danno cagionato dal contribuente». Sotto il primo profilo, si evidenzia che le sanzioni in questione vanno dal novanta al centottanta per cento della maggiore imposta dovuta e, quanto al secondo, si segnala che anche l'importo, concretamente pari a oltre seicentocinquantamila euro, oltrepassa il trenta per cento dell'imposta evasa, e quindi risulta di gran lunga superiore, in termini proporzionali, a quello delle sanzioni tributarie giudicate 'penali' ai fini convenzionali nella sentenza *A e B c. Norvegia* della Grande Camera della Corte europea dei diritti. Si sottolinea, inoltre, come a tali sanzioni tributarie si aggiungano quelle penali. Analoghe considerazioni sono svolte, più di recente, anche in Cass. pen., Sez. III, n. 5899 del 2023, cit., rispetto a un'ipotesi in cui viene in rilievo la sanzione prevista dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 471 del 1997, la cui cornice edittale va dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell'imposta dovuta, e la cui concreta commisurazione è stata pari a oltre euro quattrocentosessantamila, risultando anche in questo caso superiore proporzionalmente a quella oggetto del caso norvegese appena menzionato.

Queste conclusioni appaiono, d'altronde, congruenti con soluzioni ermeneutiche più risalenti nel tempo che, ancor prima del (e indipendentemente dal) rilievo assunto dalla nozione autonoma di 'materia penale', sottolineavano la natura non già risarcitoria, ma essenzialmente punitiva delle sanzioni tributarie per ricondurle, allora, alla disciplina generale delle sanzioni amministrative punitive sotto determinati profili³³⁹.

Parimenti, si rinviene un generale atteggiamento estensivo della nozione nelle casistiche concernenti quelle sanzioni irrogate da autorità amministrative, quali l'AGCM e la CONSOB, già ritenute sostanzialmente penali da precedenti pronunce sovranazionali, anche se, in concreto, si possono notare, nondimeno, approcci ermeneutici fra loro antitetici, tesi a espandere o, all'inverso, a limitare le ricadute interne della giurisprudenza convenzionale o europea.

Così, la riconduzione alla 'materia penale' delle norme sanzionatorie a tutela della libertà di concorrenza costituisce un punto fermo nella giurisprudenza amministrativa secondo una dinamica che pervade, sotto diversi profili, l'intero settore ordinamentale, abbracciando anche fattispecie differenti da quella oggetto del caso *Menarini-Diagnostics S.r.l.*³⁴⁰. Tanto che la conclusione si fonda sulla semplice evocazione di tale precedente o, al più, su di una sintetica indicazione degli elementi in esso reputati decisivi, cioè la rilevanza dei beni protetti per l'intera comunità e la severità delle sanzioni³⁴¹.

Più circoscritta è, invece, l'apertura dei confini della 'materia penale' alle norme sanzionatorie in tema di intermediazioni finanziarie, dal momento che essa concerne, non già ogni articolazione del sistema punitivo, ma sola-

³³⁹ Si v. ad es. le pronunce concernenti l'intrasmissibilità agli eredi delle sanzioni tributarie: Cass. civ., Sez. I, sent. 7 giugno 1995 (dep. 5 gennaio 1996), n. 31; sent. 22 maggio 1996 (dep. 4 dicembre 1996), n. 10823; sent. 11 giugno 1997, n. 10534; Sez. V, sent. 27 febbraio 2008 (dep. 28 maggio 2008), n. 13894.

³⁴⁰ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.3.

³⁴¹ Come in Cons. Stato, Sez. VI, sent. 14 maggio 2019, n. 3135, si rinviene di sovente la statuizione secondo cui le norme relative all'ambito ordinamentale, come è del tutto evidente, da un lato proteggono beni rilevanti per tutta la collettività dei cittadini, come la concorrenza e la correttezza nelle relazioni del mercato, e dall'altro prevedono sanzioni della stessa natura delle sanzioni pecuniarie penali, oltretutto per importi non trascurabili, ai quali si ricollega una notevole forza afflittiva. In tal senso, cfr. di recente anche Cons. Stato, Sez. VI, sent. 30 marzo 2023, n. 3312; sent. 29 marzo 2023, n. 3282. Più approfondita risulta invece la motivazione sul punto in Cons. Stato, Sez. VI, sent. 21 dicembre 2023, n. 1761.

mente quelle fattispecie sanzionatorie ritenute, appunto, sostanzialmente penali dalla Corte europea dei diritti³⁴² e dalla Corte di giustizia³⁴³, vale a dire quelle relative alle manipolazioni del mercato e agli abusi di informazioni privilegiate. Il loro intrinseco carattere ‘penale’ è affermato talvolta tramite la mera evocazione della criteriologia sostanzialistica e dei precedenti giudiziari in termini, su tutti il caso *Grande Stevens e altri*³⁴⁴, talaltra a seguito di un’effettiva implementazione interna della stessa criteriologia. In questa seconda casistica, vengono enfatizzate sia la natura dell’illecito, che si ritiene istituito per presidiare interessi (la tutela degli investitori e l’efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici) normalmente protetti dal diritto penale, sia la natura punitiva delle sanzioni, che associano finalità di repressione e di prevenzione generale, sia la severità delle stesse sanzioni, per le conseguenze patrimoniali previste sul piano edittale, nonché per le ricadute professionali delle sanzioni accessorie interdittive³⁴⁵.

Sempre con riguardo a queste ipotesi sanzionatorie, non è poi senza rilievo osservare che considerazioni simili – circa la loro natura punitiva – si rinvencono, nella prassi, anche a fondamento dell’operatività delle garanzie costituzionali di stampo penalistico che i più recenti approdi della giurisprudenza costituzionale hanno esteso al diritto sanzionatorio extrapenale³⁴⁶. In effetti, come si è illustrato, talune delle più significative prese di posizione della Corte costituzionale sono avvenute proprio rispetto alla disciplina sanzionatoria istituita per le menzionate fattispecie di quest’ambito ordinamentale³⁴⁷, e la giurisprudenza comune ha tratto, da tali approdi, conseguenze coerenti, giungendo anche al superamento di tradizionali e consolidati orientamenti di segno contrario, escludenti l’applicabilità di una determinata garanzia per la formale qualificazione amministrativa³⁴⁸.

³⁴² Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.3.

³⁴³ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.1.

³⁴⁴ Si cfr. es. Cass. civ., Sez. II, sent. 18 ottobre 2016 (dep. 13 gennaio 2017), n. 770; sent. 18 ottobre 2016 (dep. 18 gennaio 2017), n. 1205.

³⁴⁵ Si cfr. es. Cass. civ., Sez. II, sent. 16 dicembre 2021 (dep. 13 aprile 2022), n. 12031; Cons. Stato, Sez. VI, sent. 26 marzo 2015, n. 1595.

³⁴⁶ Si v. *supra*, Sez. I, §§ 2 e 4.

³⁴⁷ Si cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, cit.; n. 223 del 2018, cit.; n. 193 del 2016, cit.; n. 63 del 2019, cit.

³⁴⁸ Sovviene, in proposito, l’orientamento giurisprudenziale che ammette ora, dopo la sentenza costituzionale n. 63 del 2019, l’operatività della garanzia di retroattività della *lex*

A questo approccio di marcata apertura se ne contrappone uno diametralmente opposto nei riguardi delle altre fattispecie pure appartenenti al medesimo sistema sanzionatorio in tema di intermediazioni finanziarie, alle quali si nega l'estensione degli approdi del diritto giurisprudenziale sovranazionale sulla base di apparati motivazionali, che mostrano – anche sotto questo profilo – un progressivo affinamento ermeneutico. In pronunce meno recenti si esclude l'operatività di una data garanzia penalistica (come, ad esempio, della retroattività della *lex mitior*) in quanto le conclusioni raggiunte nei precedenti giudiziari sovranazionali evocati sarebbero da circoscriversi alla diversa garanzia allora interessata³⁴⁹; e ciò nonostante sia, invero, alquanto ricorrente l'adagio – nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti – secondo cui l'estensione della nozione autonoma di 'materia penale' è identica per tutte le garanzie sovranazionali rilevanti³⁵⁰. In pronunce più recenti, l'esclusione dal perimetro della 'materia penale' si fonda sulla minore gravità delle fattispecie in questione rispetto a quelle riconosciute 'penali', e quindi in esito a un percorso ermeneutico in cui è utilizzata, almeno in apparenza, la tecnica del c.d. *distinguishing*. In tal modo, si è esclusa la natura 'penale' delle sanzioni comminate dall'art. 190 t.u.f., in quanto giudicate non comparabili, sul piano della severità e dell'incidenza nella sfera giuridica dei soggetti interessati, alle sanzioni esaminate a livello sovranazionale, in particolare nella menzionata sentenza *Grande Stevens e altri*³⁵¹. Ne risulta che, quanto meno negli intenti dichiarati, si sia manifestato un convincente cambio di passo metodologico nel richiamo del diritto giurisprudenziale sovranazionale, anche se non sempre gli elementi di diversità ritenuti in grado di fondare il diniego della natura penale si rivelano idonei. Tali elementi sono talvolta individuati in esito a un raffronto non esaustivo fra il caso da decidere e quello deciso nel precedente citato o a seguito di una ricostruzione incompleta del quadro giurisprudenziale pertinente, a causa della mancata considerazione di

mitior in relazione a sanzioni punitive in materia di intermediazioni finanziarie: cfr. es. Cass. civ., Sez. II, sent. 9 dicembre 2020 (dep. 19 febbraio 2021), n. 4524.

³⁴⁹ Cfr., es., Cass. civ., Sez. I, sent. 16 marzo 2016 (dep. 30 giugno 2016), n. 13433.

³⁵⁰ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.

³⁵¹ Cfr., fra le altre, Cass. civ., Sez. II, sent. 27 febbraio 2017 (dep. 5 aprile 2017), n. 8855, in CED n. 643735, ove si afferma che dette sanzioni non sono equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f. per le condotte di manipolazione del mercato, sicché ad esse non può riconoscersi natura sostanzialmente penale. L'esclusione della riconduzione alla 'materia penale' è avvenuta anche in relazione alle sanzioni *ex art.* 193 t.u.f.: si cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 15 maggio 2018 (dep. 9 gennaio 2019), n. 301.

altri precedenti egualmente rilevanti, i quali avrebbero obbligato – se non a una decisione differente in punto di applicabilità della garanzia penalistica – almeno a un più articolato apparato motivazionale³⁵².

Di analogo tenore, anche sul piano della tecnica interpretativa implementata, è l'orientamento relativo ad alcune norme sanzionatorie amministrative in materia bancaria, come ad esempio l'art. 144 t.u.b. nelle sue varie versioni *ratione temporis* applicabili, delle quali è egualmente negata la riconducibilità alla 'materia penale'³⁵³. Anche nella specie l'approdo è spesso basato sul confronto con il più gravoso apparato punitivo oggetto della sentenza *Grande Stevens*, assunto quale unico termine di paragone, mentre solo di rado si rinviene una più compiuta considerazione della criteriologia convenzionale, così come di quella corrispondente europea, pure espressamente richiamata in qualche occasione. Nel primo ordine di pronunce, l'opera di *restrictive distinguishing* del menzionato precedente insiste sul profilo della gravità della sanzione pecuniaria e conduce a mettere in rilievo quegli elementi del complessivo assetto punitivo – quali, il più modesto valore del massimo edittale, nonché la mancata previsione di sanzioni accessorie o di forme di confisca – che ne denoterebbero una minore intensità afflittiva. Nel secondo, la motivazione si estende alla natura dell'illecito e della sanzione, sebbene, poi, i risultati di queste verifiche vengano ritenuti non univoci, e quindi inidonei a mettere in discussione gli esiti dirimenti del giudizio sull'afflittività della stessa sanzione. Si evidenzia, in tal senso, che se la generalità degli interessi presidiati dall'illecito e la funzione deterrente della sanzione potrebbero indurre all'affermazione della natura 'penale', il limitato ambito di operatività della norma sanzionatoria sarebbe tale, al contrario, da escluderla, con la conseguenza che anche in queste occasioni dovrebbe essere il sotto-criterio della gravità sanzionatoria ad assumere un ruolo decisivo³⁵⁴.

³⁵² In particolare, appare opportuno un confronto anche con altre pronunce sovranazionali, diverse dalla sentenza *Grande Stevens e altri*, che hanno ritenuto la riconducibilità alla 'materia penale' sostanziale di sanzioni irrogate da autorità amministrative indipendenti; e ciò anche solo per valorizzare elementi ulteriori atti a fondare la pur legittima conclusione dell'assenza di indici sintomatici del carattere penale di fattispecie sanzionatorie appartenenti al settore ordinamentale oggetto di interesse.

³⁵³ Si cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 29 novembre 2019 (dep. 31 luglio 2020), n. 16517, in CED n. 659018-02; Cass. pen., Sez. V, sent. 16 novembre 2018 (dep. 22 marzo 2019), n. 12777, *Albertazzi*, in CED n. 275996-04.

³⁵⁴ In tal senso, cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 14 novembre 2019 (dep. 18 agosto 2020), n. 17291, nella quale si evidenzia che, sebbene l'illecito sia posto a tutela di interessi generali,

Nel complesso, quindi, si può osservare che la casistica restituisce una condivisibile enfasi su ciascuno dei singoli tratti distintivi del sistema punitivo in esame, ma gli esiti delle verifiche condotte rispetto ai diversi criteri e sotto-criteri non appaiono del tutto coerenti con le valutazioni compiute nella giurisprudenza sovranazionale. Sotto il profilo della severità della sanzione, non pare adeguatamente valorizzato il relativo ammontare in termini assoluti, fuoriuscendo, cioè, da un'ottica valutativa meramente relazionale, mentre non è fatto oggetto di un'autonoma considerazione il sotto-criterio della finalità della sanzione.

Si tratta di un approccio, invero, non isolato nell'ambito degli orientamenti insorti su poteri sanzionatori attribuiti a organi di vigilanza, se si considera che anche talune pronunce amministrative in materia assicurativa presentano analoghe – se non ancora più recise – applicazioni della criteriologia, che, seppure fondino l'opposta conclusione della sussistenza della 'materia penale', paiono esporsi sul piano metodologico ad analoghi rilievi³⁵⁵. Questi elementi di criticità assumono ancor maggiore consistenza in esito a un raffronto fra gli itinerari motivazionali poc'anzi esposti e quelli offerti dalla giurisprudenza amministrativa – per restare nel genere sanzionatorio in esame – rispetto a sanzioni irrogate nel contesto della vigilanza sulla gestione di fondi pensione. In queste ultime ipotesi, la decisione in ordine al diniego della natura sostanzialmente 'penale' segue una più articolata scansione, che vede, dapprima, l'individuazione di plurimi indici sintomatici in relazione a ciascuno dei criteri rilevanti e, in seguito, la loro complessiva ponderazione³⁵⁶.

Ampliando il perimetro d'indagine, le tendenze appena descritte trovano conferma in relazione alle ulteriori, svariate, ipotesi di sanzioni amministrative pecuniarie previste nell'ordinamento interno, sulle quali si confrontano, nel vivace dinamismo della giurisprudenza ordinaria e amministrativa, anche di merito, due diversi approcci ermeneutici. L'uno, che ritiene

vale a dire la tutela del credito e del risparmio, e la sanzione abbia una funzione anche deterrente, nondimeno la loro operatività è limitata a una cerchia ristretta di possibili destinatari (i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione o i dipendenti delle banche e degli altri intermediari), e quindi la generalità della norma sarebbe limitata. Ne risulta che la verifica della criteriologia *Engel* non si esaurisce nella mancata integrazione del sotto-criterio della gravità della sanzione.

³⁵⁵ Si cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentt. 24 giugno 2020, nn. 4072 e 4073, che escludono l'operatività retroattiva sfavorevole di sanzioni irrogate dall'Ivass.

³⁵⁶ In tema di sanzioni irrogate dal Covip, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 17 maggio 2022, n. 3850.

assorbente e comunque prevalente la misura edittale della sanzione: profilo, questo, messo in luce per lo più in una logica escludente la riconduzione alla 'materia penale' stante la ritenuta impossibilità di equiparare sanzioni di poche migliaia di euro alle ingenti sanzioni in materia di manipolazione di mercato e abuso di informazioni privilegiate, di cui al celebre precedente convenzionale³⁵⁷. L'altro, che attribuisce rilievo anche alla natura dell'illecito e delle sanzioni, e in tale ottica riconosce la natura 'penale' se la fattispecie è posta a tutela di interessi della collettività di particolare significato³⁵⁸, o se la norma si rivolge a una cerchia di destinatari indeterminata, o ancora se la funzione della sanzione è prevalentemente punitiva, e non già ripristinatoria o risarcitoria³⁵⁹. Mentre si esclude siffatta natura 'penale' quando la sanzione possiede una diversa finalità principale³⁶⁰, o gli elemen-

³⁵⁷ In tal senso, cfr. Trib. Torino, Sez. III civ., sent. 22 aprile 2022, n. 1802, che nega l'integrazione della criteriologia *Engel* in relazione a sanzioni amministrative previste da una legge regionale per la violazione della disciplina concernente l'installazione di apparecchi da gioco, in quanto il massimo edittale della sanzione pecuniaria irrogabile è pari a euro seimila per ciascun apparecchio per il gioco collocato a distanza non regolamentare e, quindi, non sarebbe equiparabile non solo a quelle previste per la violazione di cui all'art. 187-ter t.u.f., oggetto della sentenza *Grande Stevens e altri*, ma neppure a quelle di cui all'art. 144 t.u.b. per le quali la Suprema Corte, con indirizzo consolidato, esclude l'applicazione del principio della retroattività della legge più favorevole; C. App. Genova, Sez. I civ., sent. 28 aprile 2021, n. 296, esclude che una sanzione amministrativa pecuniaria il cui massimo è pari a euro dodicimila (poi ridotto a seimila) sia connotata da un grado di afflittività tale da poter essere considerata sostanzialmente penale.

³⁵⁸ Si cfr. Trib. Bergamo, Sez. IV civ., sent. 14 settembre 2018, n. 1851, in tema di esportazione di proteine animali trasformate, in cui si osserva che, oltre alla circostanza che l'illecito *de quo* derivasse da una depenalizzazione, l'infrazione mira alla tutela di un interesse pubblico (la tutela del bene salute, se non l'interesse della pubblica economia), e che la relativa sanzione (non meramente risarcitoria, ma al contempo afflittiva, preventiva e repressiva) fosse particolarmente elevata.

³⁵⁹ In tal senso, Trib. Ragusa, Sez. civ., sent. 16 giugno 2021, ritiene che la sanzione pecuniaria prevista per l'ingresso nelle acque territoriali italiane a seguito di soccorso di persone in mare, da una somma di euro centocinquanta mila a euro un milione, oltre alla confisca della nave utilizzata per commettere la violazione, non sia meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti; Trib. Imperia, sent. 14 aprile 2020, n. 827, accerta l'integrazione della criteriologia convenzionale di una norma sanzionatoria in tema di etichettatura (art. 1-bis d.lgs. n. 66 del 1948) atteso che essa si rivolge a una cerchia di destinatari indeterminata, per tutelare interessi generali della collettività e ha una finalità prevalentemente punitiva, e non già ripristinatorio-risarcitorio né preventiva.

³⁶⁰ Si cfr. C. App. Brescia, Sez. lav., sent. 4 gennaio 2021, secondo cui la norma sanzionatoria amministrativa *ex* art. 3, comma 3, d.l. n. 12 del 2002, introdotta dall'art. 14, comma

ti della figura di illecito extrapenale sono concordi nel negare un'analogia strutturale con le norme propriamente penali – quanto, ad esempio, al bene giuridico protetto³⁶¹ – o comunque conducono a risultati incerti, di tal che riacquista centralità la scarsa afflittività della sanzione, che si ritiene debba valutarsi non in termini astratti, ma alla luce del contesto normativo in cui essa si inserisce³⁶².

1, d.l. n. 145 del 2013, volta a rafforzare l'attività di contrasto del fenomeno del lavoro sommerso e irregolare non sarebbe tale da doversi ricondurre alla 'materia penale'. Tale norma perseguirebbe, infatti, una finalità tutt'altro che punitiva, avendo quale obiettivo principale la tutela del lavoro e dei lavoratori, impedendo il loro impiego in assenza delle garanzie di legge, non soltanto previdenziali, ma anche retributive, di salvaguardia del posto di lavoro e assistenziali una volta perso il posto di lavoro. Inoltre, con riguardo alla natura, si tratta di una sanzione meramente pecuniaria, cui non si accompagna alcuna sanzione accessoria, interdittiva o altrimenti afflittiva; mentre quanto alla sua severità, essa prevede il pagamento di importi sempre nell'ordine delle migliaia di euro senza mai raggiungere somme particolarmente afflittive, in quanto le sanzioni sono sempre graduate in funzione della gravità dell'illecito. In senso analogo, cfr. Trib. Bolzano, Sez. II civ., sent. 28 maggio 2020, n. 437, che nega natura intrinsecamente punitiva, secondo i canoni implementati anche nella sent. n. 63 del 2019 della Corte costituzionale, a una sanzione pecuniaria per l'illegittimo utilizzo di un immobile senza licenza d'uso, giacché non solo la sanzione in questione non è caratterizzata da alcun grado di elevata afflittività, ma non è riscontrabile neppure una finalità meramente repressiva: se infatti si analizza l'*iter* sanzionatorio che ha portato all'irrogazione della sanzione irrogata con l'ordinanza di ingiunzione, si nota che esso era strutturato e volto al ripristino dello *status quo*, ossia alla cessazione dell'utilizzo del manufatto senza che fosse stata ottenuta la licenza d'uso.

³⁶¹ Si cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 5 maggio 2022 (dep. 13 giugno 2022), n. 19030, che in ordine a una fattispecie sanzionatoria concernente la violazione dell'obbligo di chiusura domenicale e festiva degli esercizi commerciali osserva gli importi edittali (da euro duemila a euro quindicimila), cui si aggiunge la sanzione accessoria della sospensione dell'attività di vendita in casi di particolare gravità ovvero di recidiva infra-annuale; non si tratterebbe di una sanzione diretta a tutelare beni tipicamente protetti dalle norme penali, ma intende produrre un effetto preventivo tipico della funzione amministrativa. Inoltre, la sanzione non presenta quella connotazione di gravità da determinare elementi di afflizione personale o tali da presentare un carattere socialmente riprovevole o da poter influenzare la vita professionale del destinatario.

³⁶² Si cfr. Cass. civ., Sez. II, ord. 16 marzo 2022 (dep. 14 aprile 2022), n. 12208, in materia di sanzioni amministrative relative al trattamento dei rifiuti (art. 258, comma 5, d.lgs. n. 152 del 2006), ove si osserva che: (i) il criterio della qualificazione della sanzione nel sistema nazionale depone inequivocabilmente nel senso della qualificazione delle sanzioni come amministrative; (ii) il criterio della natura della sanzione non offre un risultato univoco poiché, se la sanzione è senz'altro posta a tutela di interessi generali (la piena tracciabilità dell'attività di smaltimento dei rifiuti speciali non pericolosi) e ha una funzione non solo ripristinatoria ma anche deterrente, essa, tuttavia, risulta destinata ad una platea ristretta di possibili

Maggiormente definiti appaiono gli schemi decisori seguiti per l'estensione dello statuto garantistico penalistico a ipotesi di confisca, i quali si concentrano principalmente sul profilo finalistico della misura³⁶³, ammessa alla 'materia penale' se intrinsecamente punitiva ed esclusa se preventiva o ripristinatoria. In tale prospettiva, è oramai consolidata l'implementazione di una metodologia volta a indagare precipuamente di ciascuna ipotesi i relativi presupposti, destinatari, oggetti e caratteri di operatività, attraverso cui risalire, quindi, alla natura dell'istituto. Gli sviluppi della giurisprudenza interna si sono potuti ispirare a concrete applicazioni della criteriologia sostanzialistica operate, in particolare, dalla Corte europea dei diritti, e suscettive di rappresentare idonei termini di raffronto. Così, sul piano interno, in aderenza agli approdi giurisprudenziali convenzionali, si riconosce la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica³⁶⁴ e la si nega alla confisca di prevenzione³⁶⁵.

Anche in assenza di precedenti sovranazionali in termini, si valorizza un approccio sostanzialistico, peraltro non solo in vista del rispetto degli obblighi convenzionali ed europei, ma pure per l'operatività di garanzie costituzionali o più semplicemente di istituti di diritto interno, che presuppongano la natura di pena della singola confisca. A ben vedere, la tendenza emerge nell'articolata distinzione che viene tracciata fra ipotesi di confisca diretta di beni pertinenti all'illecito, assolvendo una funzione prevalentemente preventiva in reazione alla pericolosità derivante dalla disponibilità di detti beni, e ipotesi di confisca per equivalente che, colpendo beni di altra natura, paleserebbero una connotazione eminentemente afflittiva³⁶⁶.

In termini analoghi, è sempre il sotto-criterio della finalità perseguita a guidare l'esame rispetto ad altre misure prive di contenuti meramente pe-

destinatari, vale a dire i soggetti che svolgono le attività di produzione, di trasporto e di smaltimenti dei rifiuti, e ciò limita la generalità della portata della norma; (iii) quanto all'afflittività, nell'ordinamento settoriale in cui si colloca la disciplina in materia di rifiuti, una sanzione pecuniaria compresa, come quella in esame, tra il minimo edittale di euro duecentosessanta e il massimo edittale di euro millecinquecentocinquanta, non corredata da sanzioni accessorie, non può ritenersi connotata da una afflittività così intensa da ricondurla alla 'materia penale'.

³⁶³ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2; Cap. III, Sez. I, § 2.

³⁶⁴ Si cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, sent. 25 ottobre 2019 (dep. 22 gennaio 2020), n. 2292.

³⁶⁵ Si cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, sent. 29 settembre 2022, n. 8310.

³⁶⁶ Si cfr. es. Cass. pen., Sez. III, sent. 4 febbraio 2022 (dep. 28 marzo 2022), n. 11086.

cuniarli, come le diverse forme di demolizione previste nell'ordinamento interno. In proposito, se ne sottolinea tradizionalmente il carattere ripristinatorio che, nel ricondurle al novero dei rimedi di amministrazione attiva volti al ripristino del bene o dell'interesse giuridico tutelato, le estromette dal regime proprio delle sanzioni amministrative in senso stretto, e tanto più dalla 'materia penale' convenzionale ed europea³⁶⁷. Si può, tuttavia, osservare che tale scopo fonda e, al contempo, limita l'esclusione della natura 'penale' delle misure demolitorie, senza che tali approdi si estendano a sanzioni connesse o collegate, come è dimostrato dal fatto che può rinvenirsi un orientamento interpretativo – pur se non granitico – che riconosce come 'penale' la perdita di proprietà del bene per inottemperanza all'ordine di demolizione³⁶⁸.

Venendo, quindi, alla categoria delle fattispecie sanzionatorie disciplinari, occorre rilevare che in ambito penitenziario è attribuito rilievo alla natura e alla gravità della sanzione – per l'evidente correlazione ai modi di privazione della libertà personale – anche in una logica estensiva della 'materia penale'³⁶⁹. Per contro, si osserva una rigorosa esclusione dalla natura

³⁶⁷ Si cfr. es. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 15 febbraio 2023, n. 1577 in relazione all'ipotesi di ordine di demolizione per violazione di norme paesaggistiche, di cui si rileva uno scopo di tutela della pubblica funzione.

³⁶⁸ Si cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sent. 14 aprile 2023, n. 3800, che riconosce alla misura natura 'penale' in quanto l'acquisizione è disposta quale sanzione per l'edificazione senza titolo da parte del responsabile e quale sanzione per l'inottemperanza all'ordine di ripristino. *Contra*, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 25 giugno 2019, n. 4336 ne riconosce valenza solo ripristinatoria.

³⁶⁹ Si cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 9 maggio 2017 (dep. 3 luglio 2017), n. 31873, *P.G. in proc. Basco*, in CED n. 270852, nella quale si è disconosciuta natura penale alla sanzione disciplinare di quindici giorni di esclusione dall'attività comune, trattandosi di sanzione che comporta semplicemente una diversa modalità della restrizione carceraria ed è suscettibile di dare luogo ad un aggravamento di afflittività dello *status detentionis* assai modesto, visti la durata ed il grado d'intensità dell'inasprimento al regime limitativo della libertà personale; in senso analogo, Cass. pen., Sez. VI, sent. 12 novembre 2019 (dep. 16 gennaio 2020), n. 1645, *P.G. in proc. Montella*, in CED n. 278099. In relazione alla misura dell'isolamento diurno, invece, Cass. pen. Sez. II, sent. 15 dicembre 2016 (dep. 24 febbraio 2017), n. 9184, *P.G. in proc. Pagano*, in CED n. 269237, osserva che la sua applicazione per cinque giorni costituisce una punizione di significativa gravità, in quanto rende la detenzione particolarmente afflittiva, al punto che per applicare la sanzione è necessaria una autorizzazione del medico; e che, sebbene tale sanzione non sia qualificata formalmente come penale, tuttavia il grado di afflittività della stessa, tenuto conto della severità della restrizione e della sua durata ne consente l'equiparazione alla sanzione formalmente penale, in applicazione dei criteri *Engel*. In tale occasione la Suprema Corte precisa che la valutazione in ordine alla natura

‘penale’ delle altre ipotesi sanzionatorie disciplinari in ragione dei peculiari caratteri delle figure di illecito e del complessivo sistema punitivo. Lo dimostra la casistica concernente le sanzioni disciplinari a carico di professionisti³⁷⁰ e di magistrati³⁷¹, le quali, pur se in grado di precludere in modo definitivo lo svolgimento dell’attività, vengono ritenute non ‘penali’, ai fini qui di interesse, in quanto rivolte ai soli appartenenti a ordini professionali, onde a cerchie ristrette di destinatari, e preordinate ad assicurare l’effettivo adempimento dei compiti e delle funzioni dei professionisti. Quindi, a prescindere dall’intensità afflittiva delle conseguenze sulle singole posizioni soggettive, si attribuisce rilievo al carattere particolaristico dell’ambito applicativo e degli interessi presidiati dalle figure di illecito, reputati elementi differenziali decisivi nel raffronto con la generalità del perimetro operativo e dei beni protetti, che normalmente contraddistingue il diritto penale in senso proprio.

Tale approccio è condiviso in relazione a ulteriori ipotesi sanzionatorie disciplinari, come quelle in ambito sportivo, la cui afflittività è limitata entro i confini di siffatto ordinamento e, pertanto, giudicata inidonea – pur se dotata di una certa consistenza – a fondare la riconduzione alla ‘materia penale’³⁷². Parimenti escluse dalla ‘materia penale’ sono le sanzioni correla-

delle sanzioni disciplinari penitenziarie non può essere generalizzata dovendosi procedere a una verifica caso per caso. In Cass. pen., sent. 31 marzo 2021 (dep. 31 maggio 2021), n. 21348, si conferma che soltanto le sanzioni disciplinari carcerarie più severe possono considerarsi ‘penali’ dal lato contenutistico, ai fini dell’applicazione delle garanzie convenzionali: vengono ritenute tali le punizioni dotate di significativo grado di afflittività, in quanto direttamente interferenti con beni personali primari del detenuto, tra cui la vita di relazione del medesimo detenuto, incisa da sanzioni quali l’isolamento durante la permanenza all’aria aperta, o l’esclusione dalle attività in comune; viceversa si reputa non pregiudichi l’esercizio di diritti primari del soggetto recluso la mera sua esclusione, per un tempo non superiore a dieci giorni, dalla possibilità di svolgere, individualmente, attività ricreative e sportive.

³⁷⁰ Si cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 19 ottobre 2016 (dep. 3 febbraio 2017), n. 2927, in *CED* n. 643162, in cui si è escluso il carattere sostanzialmente penale delle sanzioni disciplinari irrogabili nei riguardi dei notai in considerazione della natura particolaristica, e non generale, di tale sistema sanzionatorio, operante solamente rispetto agli appartenenti a un ordine professionale, e dello specifico scopo da esso perseguito, quale l’effettivo adempimento dei doveri inerenti al corretto esercizio dei compiti assegnati ai notai dall’ordinamento, valorizzando l’autonomia e l’eterogeneità dell’ambito penale rispetto a quello disciplinare. In senso analogo, cfr. Cass. civ., Sez. Un., sent. 19 ottobre 2021 (dep. 16 novembre 2021), n. 34778 in tema di sanzioni disciplinari nei confronti di avvocati.

³⁷¹ Si cfr. es. Cass. civ., Sez. Un., sent. 4 giugno 2019 (dep. 25 giugno 2019), n. 16984.

³⁷² Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 23 marzo 2015, n. 36350, in *CED* n. 265636, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata sul-

te a rapporti di pubblico impiego privatizzato, ritenute espressive, non già di una pretesa punitiva dell'autorità pubblica, ma del potere direttivo del datore di lavoro³⁷³.

Tali approdi seguono schemi decisorî ricorrenti a livello sovranazionale, anche se non sempre i precedenti giudiziari sono richiamati in modo del tutto pertinente. In alcuni casi, infatti, si muove da apprezzamenti compiuti rispetto a un dato sistema disciplinare per giungere a conseguenze assolutizzanti, volte a negare l'operatività delle tutele penalistiche anche nel contesto di altri sistemi disciplinari, nonostante i significativi tratti differenziali rispetto al caso precedente³⁷⁴. Ma, anche quando il confronto si realiz-

l'art. 649 cod. proc. pen., sollevata per violazione degli artt. 24 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede l'applicazione del divieto di *bis in idem* anche quando, dopo un procedimento disciplinare davanti agli organi della giustizia sportiva conclusosi con l'applicazione di una sanzione, faccia seguito per lo stesso fatto l'attivazione di un procedimento penale in senso stretto. In motivazione, si è chiarito che la l'ineroperatività del divieto di *bis in idem* per il rilievo che la sanzione disciplinare inflitta dagli organi della giustizia sportiva non ha nemmeno natura amministrativa, in quanto non esercita alcuna efficacia al di fuori dell'ordinamento di settore, e tanto meno è tale da essere ricondotta alla 'materia penale'. Per un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia UE che presuppone la riconducibilità degli illeciti e delle sanzioni disciplinari sportivi alla 'materia penale', cfr. T.A.R. Lazio-Roma, ord. 6 giugno 2024, n. 11559/2024.

³⁷³ Si cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. 16 novembre 2022 (dep. 13 dicembre 2022), n. 36456, che ribadisce il diniego di natura penale alle sanzioni disciplinari in materia di pubblico impiego privatizzato, in quanto il relativo potere non è espressione della pretesa punitiva dell'autorità pubblica, ma del potere direttivo del datore di lavoro, inteso come potere di conformazione della prestazione alle esigenze organizzative dell'impresa o dell'ente che, nei rapporti disciplinati dal d.lgs. n. 165 del 2001, ha natura privatistico contrattuale. Ne consegue che il lavoratore, condannato in sede penale con sentenza passata in giudicato, non può invocare l'art. 4 del protocollo 7 della CEDU per sottrarsi al procedimento disciplinare che il datore di lavoro abbia avviato per i fatti contestati in sede penale. In effetti, la previsione della sanzione disciplinare non è posta a presidio di interessi primari della collettività, tutelabili *erga omnes*, né assolve alla funzione preventiva propria della pena, sicché l'interesse che attraverso la sanzione disciplinare si persegue, anche qualora i fatti commessi integrino illecito penale, è sempre quello del datore di lavoro al corretto adempimento delle obbligazioni che scaturiscono dal rapporto.

³⁷⁴ Sembra essere espressione di siffatto criticabile approccio, da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, sent. 21 gennaio 2021 (dep. 26 febbraio 2021, n. 1663) che, in una fattispecie relativa al sistema disciplinare previsto per gli appartenenti alle forze di polizia, ha concluso per la mancata integrazione della 'criteriologia *Engel*', ritenendo, fra l'altro, di poter trarre dalla sentenza della Grande Camera resa nel caso *Gestur Jónsson And Ragnar Halldór Hall c. Islanda*, afferente a un'ipotesi disciplinare ben definita, una generica tendenza interpretativa restrittiva delle condizioni richieste per configurare la 'materia penale' convenzionale, senza

zi con precedenti maggiormente conferenti – quand’anche relativi ad altri ordinamenti giuridici³⁷⁵ – non sembra sia attribuita adeguata considerazione a taluni elementi caratterizzanti le potestà disciplinari interne – quanto agli interessi protetti indirettamente dai precetti, alla conformazione legislativa dei procedimenti – in grado di portare all’integrazione della criteriolgia sovranazionale, e quindi da apprezzare nell’ambito di un giudizio complessivo sugli indici rilevanti, soppesandoli rispetto a quelli di segno opposto³⁷⁶. L’esclusione *tout court* dalla ‘materia penale’ sembra presentare implicazioni non di rado incongrue rispetto a una crescente sensibilità verso i diritti e le garanzie di coloro i quali siano sottoposti al potere disciplinare, a fronte dell’evidente afflittività che connota tali sanzioni. Del resto, a conferma del fatto che l’esercizio di tale potere sanzionatorio dia luogo a esigenze di tutela analoghe a quelle proprie del diritto in senso proprio penale³⁷⁷, la giurisprudenza costituzionale ha affermato, in via di principio, l’attrazione delle sanzioni disciplinari ad alcune garanzie che la Costituzione riconnette allo stesso diritto penale³⁷⁸.

compiere un’approfondita valutazione sulle similitudini e sulle divergenze fra i due casi e procedere alla ricerca e selezione di una casistica giurisprudenziale maggiormente pertinente.

³⁷⁵ Si cfr. es. Cass. civ., Sez. II, sent. 19 novembre 2020 (dep. 12 marzo 2021), n. 7051; sent. 31 marzo 2016 (dep. 5 maggio 2016), n. 9041.

³⁷⁶ Con riguardo al sistema disciplinare forense del nostro ordinamento, sia consentito rinviare a RUDONI R., *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della ‘materia penale’: spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull’ordinamento interno*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4, 2021, spec. 311 ss.

³⁷⁷ Si cfr. Cass. civ., Sez. II, sent. 21 settembre 2018 (dep. 28 febbraio 2019), n. 6016; Sez. VI, sent. 17 febbraio 2011 (dep. 11 marzo 2011), n. 5914, in tema di applicazione dell’art. 133 cod. pen. ai fini della commisurazione delle sanzioni disciplinari.

³⁷⁸ Si v. Corte cost., sent. n. 197 del 2018, cit., n. 11 *Cons. dir.*, in cui si sottolinea come «le sanzioni disciplinari attengano in senso lato al diritto sanzionatorio-punitivo, e proprio per tale ragione attraggano su di sé alcune delle garanzie che la Costituzione e le carte internazionali dei diritti riservano alla pena», seppure venga comunque riconosciuto che «esse conservano [...] una propria specificità, anche dal punto di vista del loro statuto costituzionale, non essendo – ad esempio – soggette al principio della necessaria funzione rieducativa della pena, che questa Corte ha sempre ritenuto essere connotato esclusivo delle pene in senso stretto». La Corte costituzionale pare tendere, quindi, verso una espansione generalizzata di dette garanzie fondamentali alle sanzioni disciplinari, anche oltre la logica casistica sovranazionale.

3.2. La distinzione fra diritto sostanziale e processuale

Si fondano sull'implementazione di criteriologie sostanzialistiche anche gli orientamenti interpretativi concernenti la definizione dei confini fra diritto materiale e diritto processuale, e la conseguente individuazione del relativo regime intertemporale. Le soluzioni elaborate si ispirano apertamente agli approdi giudiziari sovranazionali – in particolar modo a quelli convenzionali – anche se può senz'altro rilevarsi una differente intensità del grado di incidenza di questi ultimi nella prassi interna a seconda della questione in esame. Le modalità di utilizzo di siffatto materiale giurisprudenziale e le ragioni sottese al suo richiamo risultano piuttosto diversificate: esso è in grado di offrire la regola decisoria da applicarsi nel caso da decidere allorché identico o analogo a quello oggetto della pronuncia sovranazionale; ovvero è idoneo a indicare, in fattispecie differenti, un approccio metodologico direttamente attuabile, pur se con le dovute distinzioni; ovvero, ancora, è suscettivo di costituire un presupposto ermeneutico per giustificare l'elaborazione e lo sviluppo di una criteriologia sostanzialistica interna, autonoma – pur se analoga – rispetto a quella emergente a livello sovranazionale.

Si può riscontrare, così, una prima casistica riguardante le modifiche succedutesi intorno al giudizio abbreviato, tipico esempio di effetti premiali sostanziali riconnessi all'accesso a un particolare modulo procedimentale, in relazione ai quali sono insorte, e insorgono, delicate problematiche di diritto intertemporale. In questo caso i precedenti giudiziari sovranazionali assumono rilievo nel primo dei modi poc'anzi illustrati, in quanto da essi si ricava la *ratio decidendi* atta a dirimere la questione emersa nella controversia interna, secondo cui occorre distinguere, nell'ambito della disciplina complessiva del rito alternativo, fra aspetti materiali e processuali³⁷⁹. Si afferma, infatti, la riconducibilità ai primi degli interventi riguardanti le norme sulle riduzioni di pena, assoggettati in quanto tali all'irretroattività delle norme punitive sfavorevoli ovvero alla retroattività delle norme punitive favorevoli, sebbene tali effetti sostanziali si inseriscano nell'ambito di una più ampia disciplina processuale e prevedano un più favorevole trattamento penale solamente in considerazione di una condotta successiva al reato. Il riconoscimento è avvenuto in perfetta aderenza alla riqualificazione in senso sostanzialistico di tali norme operata nella sentenza *Scoppola* (n. 2),

³⁷⁹ La prospettiva risulta, da ultimo, in Cass. pen., Sez. I, sent. 24 novembre 2021 (dep. 9 febbraio 2022), n. 4525.

sia in una logica di conformazione in ipotesi omologhe a quella oggetto di tale precedente, vertenti cioè sulle conseguenze della disciplina introdotta dal d.l. n. 341 del 2000 per le riduzioni di pena in caso di reati puniti con l'ergastolo³⁸⁰, sia in una prospettiva di applicazione interna delle garanzie convenzionali anche in riferimento a più recenti modifiche normative³⁸¹. All'opposto, ma sempre in coerenza con l'approccio tracciato dal diritto giurisprudenziale sovranazionale, e in particolare con la decisione *Morabito*, viene assegnata natura processuale alle norme regolatrici l'accesso al giudizio abbreviato, le quali contribuiscono alla disciplina generale sulle relative condizioni di operatività, strettamente collegata alle caratteristiche, alle funzioni e all'effetto del rito, quale alternativa al giudizio ordinario³⁸².

L'indicazione di metodo desumibile dai precedenti in tema di giudizio abbreviato appare senza dubbio trasponibile al regime temporale di altri istituti cc.dd. misti, anche se i risultati emergenti nella prassi presentano una minore consistenza. Lo dimostrano le prime incertezze seguite all'introduzione della messa alla prova nel codice di rito dovute alla mancata previsione di una precipua disciplina transitoria, ciò che ha indotto a ipotizzarne l'operatività, nei procedimenti pendenti, oltre l'ordinario termine decadenziale al fine di assicurare una generalizzata applicazione retroattiva dei più favorevoli effetti materiali³⁸³. Siffatta soluzione, legata a una visione unitaria e prevalentemente sostanziale della disciplina dell'istituto, mostra un approccio non coerente con la criteriologia sopra descritta, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 240 del 2015³⁸⁴, che ha

³⁸⁰ Si cfr. Cass. pen., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012 (dep. 10 settembre 2012), n. 34472, *Ercolano*, che ha portato alla menzionata sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale.

³⁸¹ Si cfr. es. Cass. pen., Sez. III, sent. 27 aprile 2018 (dep. 24 agosto), n. 38903; Sez. IV, sent. 15 dicembre 2017 (dep. 11 gennaio 2018), n. 832, relative alle modifiche apportate all'art. 442 cod. proc. pen., comma 2, dalla legge n. 103 del 2017, nella parte in cui prevede che, in caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo, se si procede per una contravvenzione: norma che, pur essendo formalmente processuale, comporta un trattamento sostanziale sanzionatorio più favorevole e si applica anche alle fattispecie anteriori.

³⁸² Si cfr. es. Cass. pen., Sez. I, sent. 27 novembre 2013 (dep. 21 febbraio 2014), n. 8350, ove si riconosce che la norma regolatrice delle condizioni di accesso al rito è, in modo del tutto evidente, norma processuale, che proietta sullo svolgimento del procedimento opzioni legislative che ineriscono ai tempi e ai modi di esercizio di facoltà strettamente processuali.

³⁸³ Si cfr. Trib. Roma, Sez. VIII pen., sent. 27 novembre 2014.

³⁸⁴ Si cfr. Corte cost., sent. n. 240 del 2015, cit.

escluso l'applicabilità della garanzia di retroattività della *lex mitior* alle norme disciplinanti un aspetto afferente all'intrinseca dimensione processuale della messa alla prova, quale è l'individuazione della fase ultima di ammissione alla speciale sequenza procedimentale. Ma, anche a seguito di tali precisazioni, la giurisprudenza comune ha talora posto in essere inveramenti inadeguati della criteriologia, che, pur conducendo all'accoglimento dell'esito ermeneutico prospettato nella giurisprudenza costituzionale, non muovono dalla predetta distinzione fra i diversi ambiti della disciplina, bensì dalla ritenuta natura processuale dell'istituto complessivamente considerato. Un esito, questo, opposto a quello che aveva portato alla sollevazione dei menzionati dubbi di costituzionalità, cionondimeno basata su di un approccio metodologico egualmente incongruente³⁸⁵.

Non meno significative sono le difficoltà che hanno coinvolto il perimetro temporale di applicazione attribuibile alla norma, di cui all'art. 578-*bis* cod. proc. pen.³⁸⁶, che consente al giudice dell'impugnazione di disporre la confisca anche in caso di intervenuto decorso del termine prescrizionale, previo accertamento della colpevolezza dell'imputato. Un primo orientamento interpretativo ha assegnato a tale previsione natura esclusivamente processuale, predicandone una generale sottoposizione al principio del *tempus regit actum*, giacché essa non introdurrebbe nuove ipotesi di confisca, ma si limiterebbe a definire la cornice procedimentale entro cui possa essere ordinata l'ablazione in assenza di una pronuncia penale di condanna³⁸⁷. Un secondo orientamento, poi risultato prevalente e avallato dal più autorevole consesso giurisdizionale di legittimità, segue invece una logica casistica, che presuppone una diversa operatività nel tempo della norma a

³⁸⁵ Si cfr. Cass. pen., Sez. IV, sent. 28 febbraio 2018 (dep. 29 maggio 2018), n. 24086.

³⁸⁶ Come noto, previsione introdotta dall'art. 6, comma 4, d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21.

³⁸⁷ Si cfr. Cass. pen., Sez. II, sent. 2 aprile 2021 (dep. 18 maggio 2021), n. 19645, *Consentino*, in CED n. 281421; Sez. II, sent. 9 gennaio 2020 (dep. 7 maggio 2020), n. 14041, *Malvaso*, in CED n. 279262-01; Sez. III, sent. 29 novembre 2019 (dep. 4 marzo 2020), n. 8785, *Palmieri*, in CED n. 278256-01; in tali pronunce, in particolare, si rileva che la disposizione costituirebbe una norma di natura processuale, come tale soggetta al principio del *tempus regit actum*, in quanto non introduce nuovi casi di confisca, ma si limita a definire la cornice procedimentale entro cui può essere disposta la c.d. ablazione senza condanna, agendo perciò su un profilo processuale e temporale, ma lasciando inalterati i presupposti sostanziali di applicazione del vincolo. Secondo tale impostazione, la norma non farebbe altro che stabilire che la confisca di valore può essere applicata nel giudizio di impugnazione anche quando sopravvenga l'estinzione del reato per prescrizione, ma sia confermato l'accertamento di responsabilità.

seconda delle finalità perseguite dalle ipotesi di confisca di cui si controversate. Cosicché, quando queste abbiano scopi meramente preventivi, come nei casi di confisca diretta, può esserne disposta l'applicazione anche rispetto a fatti occorsi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., mentre se siano rinvenibili componenti afflittive della misura, come nelle ipotesi di confisca per equivalente, lo statuto garantistico delle sanzioni 'penali' limita l'operatività di detta previsione a condotte successive al momento di entrata in vigore. A tale risultato si perviene mediante l'adozione del canone dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che fonda l'assunzione di un concetto ampio di diritto penale materiale, entro cui sono ricomprese tutte le norme che incidano sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* della punibilità³⁸⁸.

Alle ipotesi, fin qui osservate, di applicazione interna dei canoni sovranazionali, in contesti assimilabili a quelli relativi ai precedenti richiamati, si affianca l'implementazione, da parte della giurisdizione comune, di criteriologie autonome elaborate dai più recenti approdi della giurisdizione costituzionale ai fini dell'operatività delle sole garanzie interne, che – seppur mosse da analoghe prospettive sostanzialistiche – prescindono dal diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo.

Se ne ha contezza nella casistica – pure assai controversa per le ragioni esposte in precedenza – concernente l'immediata applicabilità di nuove cause di sospensione del corso della prescrizione, ammessa là dove queste conseguano direttamente a fattispecie di sospensione del processo o di segmenti processuali. In tale ottica, si reputa che gli effetti sfavorevoli sostanziali rappresentino una mera implicazione del collegamento istituito fra la prescrizione ed eventi riguardanti la dinamica processuale. Nel che sembra riecheggiare quella prospettiva metodologica particolaristica adottata in re-

³⁸⁸ Si v. Cass. pen., Sez. Un., sent. 29 settembre 2022 (dep. 31 gennaio 2023), n. 4145, *Esposito*, ove viene accolto l'orientamento che l'applicabilità dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della previsione con particolare riguardo alla confisca per equivalente, di cui è riconosciuta la natura sanzionatoria. Vi si ricorda che la collocazione topografica nel codice di rito di una norma che non disciplini i requisiti tipici di una incriminazione non vale ad escludere per ciò solo la natura sostanziale di essa e la sua sussunzione nell'area regolata dal principio di legalità in materia penale e di tutti i suoi correlari, tra cui il divieto di retroattività *in peius* delle norme penali. E, in effetti, si afferma il superamento di una visione tutta incentrata sul momento statico dell'incriminazione, «incapace tuttavia di 'leggere' le nuove forme di penalità e le questioni, che si agitano nel diritto vivente, sulla modifica della natura della pena, tradizionalmente intesa, e sul conseguente 'ampliamento' del concetto di sanzione».

lazione a istituti cc.dd. misti, dal momento che si reputa che taluni aspetti della generale disciplina di un istituto pacificamente sostanziale – e pertanto assoggettato alle pertinenti garanzie di retroattività della legge favorevole e di irretroattività di quella sfavorevole – debbano essere regolati dal regime del *tempus regit actum*, in quanto siano strettamente avvinti ad aspetti processuali. Di tal che la modifica di questi aspetti è suscettiva di applicarsi nei procedimenti pendenti, anche se produttiva di indirette conseguenze pregiudizievoli per l'imputato³⁸⁹.

Analogo appare l'approccio assunto rispetto alla nuova ipotesi di improcedibilità di cui all'art. 344 *bis* cod. proc. pen., le cui ripercussioni di diritto materiale vengono considerate quali semplici effetti consequenziali della scadenza del termine fissato dal legislatore per la durata ragionevole del giudizio di impugnazione. E, dunque, tali ripercussioni sono ritenute inidonee ad attrarre l'istituto a una dimensione sostanziale, stante il suo olistico inquadramento processuale, che risulta da plurimi e convergenti indici normativi³⁹⁰.

Ma, se già in tali orientamenti può certo rintracciarsi *in nuce* l'affinamento di canoni materiali autonomi, volti ad affermare o negare la riconduzione al diritto materiale, il fenomeno appare cristallino nella casistica riguardante gli istituti connessi *lato sensu* all'esecuzione della pena, in relazione ai quali la giurisdizione comune è chiamata ad applicare il criterio della 'trasformazione

³⁸⁹ Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 23 luglio 2020 (dep. 9 settembre 2020), n. 25433; Cass. pen., Sez. II, sent. 4 luglio 2022 (dep. 15 settembre 2022), n. 34206.

³⁹⁰ Si cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 5 novembre 2021 (dep. 10 gennaio 2022), n. 334, nella quale si rileva che diversi fattori fanno propendere per la natura processuale della causa di improcedibilità in questione: la dichiarata finalità perseguita con l'introduzione dell'art. 344-*bis* cod. proc. pen. della celere definizione dei processi di impugnazione, in ossequio al principio della loro ragionevole durata, con la previsione di una durata massima del giudizio di impugnazione quale bilanciamento dell'introduzione dell'art. 161-*bis* cod. pen., secondo cui il corso della prescrizione del reato cessa definitivamente con la pronuncia della sentenza di primo grado; la collocazione dell'art. 344-*bis* cod. proc. pen. nell'ambito delle condizioni di procedibilità; le modalità operative del meccanismo estintivo previsto dalla disposizione in questione, in cui il superamento della forbice temporale predefinita dal legislatore, salvo eventuali proroghe, incide, non sull'esistenza del reato, ma sulla possibilità di proseguire l'azione penale in quanto estinta. E ciò ne restituisce la significativa diversità rispetto alla prescrizione, per la quale più volte è stata affermata la natura sostanziale, in quanto essa pur determinando, sul versante processuale, l'arresto della procedibilità dell'azione penale, comporta l'estinzione del reato sul piano sostanziale. Si rileva, infine, che seppure l'inquadramento processuale della norma non escluda ripercussioni sostanziali, queste ultime rilevano quale mero effetto consequenziale dell'improcedibilità dell'azione alla scadenza del termine fissato dal legislatore per la durata ragionevole del giudizio di impugnazione.

della pena' di matrice interna, come definito e precisato nella giurisprudenza costituzionale³⁹¹. Come si è illustrato, tale criterio esige una verifica circa l'intensità dell'effetto peggiorativo, che comporta l'operatività delle garanzie sostanziali allorché esso sia tale da avere una concreta incidenza sulla libertà personale, onde sulla qualità della pena, ciò che accade – lo si è illustrato – quando una pena «extramuraria» si trasformi, appunto, in virtù del sopravvenuto intervento normativo, in pena «intramuraria».

La prassi mostra un certo consolidamento degli esiti raggiunti, anzitutto, rispetto a quegli istituti esaminati nella giurisprudenza costituzionale, non ponendosi particolari dubbi né in ordine all'integrazione del criterio, né in relazione alle soluzioni adottabili per impedire l'applicazione retroattiva di modifiche sfavorevoli. L'irretroattività può, infatti, essere assicurata direttamente in via ermeneutica sempre che non esistano insormontabili ed espliciti ostacoli emergenti dalla disciplina transitoria³⁹². Inoltre, anche in ordine a istituti le cui vicende modificative non siano divenute oggetto di pronunce costituzionali – si intende, sotto il profilo qui rilevante – si può ravvisare il formarsi di filoni interpretativi, di non secondaria importanza. Ne è un esempio l'orientamento che esclude l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. in relazione a mutamenti nella disciplina del regime penitenziario *ex art. 41-bis* ord. pen., sul presupposto che essi incidano sulla sola intensità delle restrizioni nella fase esecutiva della pena detentiva, senza che venga in rilievo una trasformazione della sua qualità³⁹³.

4. La 'ragionevole prevedibilità' di interpretazioni giudiziarie sfavorevoli

Al pari della disamina condotta in relazione all'individuazione della na-

³⁹¹ Si v. *supra*, Sez. I, § 2.1.3.

³⁹² Si cfr. *ex multis* Cass. pen., Sez. I, sent. 17 marzo 2022 (dep. 7 giugno 2022), n. 21927; sent. 9 giugno 2022 (dep. 24 agosto 2022), n. 31630; sent., 1° giugno 2022 (dep. 26 settembre 2022), n. 36376.

³⁹³ Si cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. I, sent. 20 dicembre 2022 (dep. 13 marzo 2023), n. 10586 e sent. 28 settembre 2022 (dep. 12 gennaio 2023), n. 798, in cui la Suprema Corte osserva, infatti, che tale regime comporta una sospensione solo temporanea delle regole del trattamento comuni agli altri detenuti, persegue finalità di prevenzione dei reati indipendentemente dalla espiazione della pena, e non impedisce al detenuto né di continuare a usufruire di benefici penitenziari, seppure con limiti più rigorosi, né di partecipare al percorso rieducativo che non viene interrotto, ma anzi agevolato dalla rescissione dei collegamenti con l'organizzazione di appartenenza.

tura sostanziale di una certa misura, anche con riguardo alla problematica della prevedibilità di interpretazioni giudiziarie sfavorevoli di norme punitive, l'indagine sull'incidenza del diritto giurisprudenziale sovranazionale non sembra potersi esaurire in una mera verifica "esterna", che si arresti a riscontrare l'avvenuto richiamo di esso nelle pronunce nazionali.

Sul punto, si può rilevare l'emersione nella giurisprudenza penale di un orientamento che, valorizzando almeno in apparenza il concetto ampio e sostanziale di 'base legale', impiega il canone della 'ragionevole prevedibilità' del mutamento giurisprudenziale per valutare se ammettere o meno l'operatività anche per il passato della soluzione ermeneutica implicante effetti sfavorevoli per il destinatario delle imputazioni³⁹⁴. Tale canone, nondimeno, è stato di sovente interpretato e applicato in modo non particolarmente rigido, tanto che si è esclusa l'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale allorché possa dirsi sussistente, all'epoca dei fatti, un contrasto giurisprudenziale circa il contenuto della norma punitiva, poi risolto con l'affermazione dell'orientamento sfavorevole³⁹⁵, e ciò anche quando la soluzione interpretativa prima minoritaria trovava espressione in scarni precedenti³⁹⁶. Su tali presupposti, quindi, potrebbe attribuirsi rilievo all'affidamento ingenerato da un certo orientamento giurisprudenziale più favorevole esistente al momento del realizzarsi delle condotte solamente se l'orientamento sfavorevole non si sia in precedenza già affermato, se non in pronunce isolate, né rappresenti uno dei normali sviluppi contenutistici del testo legi-

³⁹⁴ Si cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 17 giugno 2016 (dep. 21 luglio 2016), n. 31648, *Falzone*; sent. 17 maggio 2018 (dep. 26 settembre 2018), n. 41846, *Postiglione*, in CED n. 275105; sent. 24 aprile 2018 (dep. 6 agosto 2018), n. 37857, *Fabrizzi e altro*, in CED n. 273876; sent. 9 luglio 2018 (dep. 18 ottobre 2018), n. 47510, *Dilaghi*, in CED n. 274406; sent. 30 aprile 2021 (dep. 6 luglio 2021), n. 25683; sent. 4 marzo 2019 (dep. 18 luglio 2019), n. 31970; sent. 11 giugno 2021 (dep. 6 ottobre 2021), n. 36198, *C*; sent. 23 novembre 2021 (dep. 17 dicembre 2021), n. 46184, *M*, in CED n. 181138-01; Sez. I, sent. 22 novembre 2019 (dep. 25 febbraio 2020), n. 7413; Sez. II, sent. 18 febbraio 2016 (dep. 24 maggio 2016), n. 21596, *Tronchetti Provera*, in CED n. 267164; Sez. VI, sent. 11 febbraio 2021 (dep. 7 maggio 2021), n. 17886.

Per un analogo orientamento in tema di istituti processuali, cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 12 dicembre 2018 (dep. 26 marzo 2019), n. 13178, *Galvanetti*, in CED n. 275623; sent. 14 novembre 2019 (dep. 3 febbraio 2020), n. 4455, *Mustafa Arafat*, in CED n. 278552; sent. 18 febbraio 2021 (dep. 9 giugno 2021), n. 22763; Sez. VI, sent. 20 febbraio 2020 (dep. 26 marzo 2020), n. 10659, *Najim Abdelouahad*, in CED n. 278750; Sez. III, sent. 27 novembre 2020 (dep. 15 gennaio 2021), n. 1731.

³⁹⁵ Si cfr. es. Cass. pen., Sez. V, sent. n. 37857 del 2018, cit.

³⁹⁶ Si cfr. es. Cass. pen., Sez. IV, sent. 13 giugno 2019 (dep. 12 novembre 2019), 45935.

slativo ricavabile mediante i consueti canoni ermeneutici. Ne discende che appare idonea a costituire un'interpretazione giurisprudenziale non ragionevolmente prevedibile, di cui deve escludersi applicazione retroattiva ove in concreto sfavorevole, solamente quella che presenta significativi aspetti innovativi rispetto alla giurisprudenza maggioritaria e altresì agli ulteriori orientamenti esistenti nella prassi giudiziaria.

Pur restando all'interno delle coordinate generali appena descritte, la Suprema Corte è giunta di recente a riconoscere l'imprevedibilità in concreto di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole giudicato innovativo per l'assenza di concreti e specifici "segnali", al momento di commissione delle condotte, che potessero indurre l'imputato ad attendersi la sua affermazione³⁹⁷. In questa occasione, si è ritenuto che il criterio della 'prevedibilità' fosse integrato in ragione delle peculiari caratteristiche dell'evoluzione giurisprudenziale rilevante e del caso processuale. E, infatti, la condotta era stata tenuta dopo che le Sezioni Unite avevano accolto l'interpretazione più favorevole della fattispecie di reato – che portava a escludere rilevanza penale ai fatti contestati – e in presenza di un orientamento giurisprudenziale costante adesivo, eccezion fatta per un'unica pronuncia di segno opposto, di per sé inidonea a far immaginare il mutamento sfavorevole realizzatosi solo in seguito, con una nuova pronuncia delle Sezioni Unite.

L'imprevedibilità dell'interpretazione sfavorevole su cui si fondava la condanna ha condotto all'assoluzione – con la formula secondo cui il «fatto non costituisce reato» – attraverso una piena valorizzazione del principio di colpevolezza, e in particolar modo degli approdi raggiunti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, su cui ci si è già soffermati. Si evidenzia, cioè, la connessione fra la problematica dell'errore sul precetto penale e l'incertezza interpretativa, riconoscendosi l'impossibilità di muovere un rimprovero nei confronti di chi abbia fatto affidamento sul 'diritto vivente' affermando la liceità della propria condotta³⁹⁸.

In tal modo, la Suprema Corte si pone in linea – quanto meno in relazione a un caso di contrasto giurisprudenziale diacronico dalle caratteristiche poc'anzi descritte – con l'autorevole tesi dottrinale che proponeva

³⁹⁷ Si cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. 26 marzo 2024 (dep. 16 luglio 2024), n. 28594, *Boenzi*, in CED n. 286770-01, in tema di accesso abusivo a sistema informatico.

³⁹⁸ Si cfr. la nota a commento di PALAZZO F.-BARTOLI R., *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività. A proposito di una sentenza "storica"*, in *sistemapenale.it*, 2024.

di assicurare sul piano interno le istanze di prevedibilità delle interpretazioni giudiziarie attraverso un'opportuna applicazione dell'art. 5 cod. pen.³⁹⁹. Del resto, la soluzione appare meritoria, non solo perché si ispira alle logiche sostanzialistiche sovranazionali, ma anche perché valorizza quegli stessi passi motivazionali presenti nella celebre pronuncia costituzionale del 1988 in cui si prefigurava un nesso di causalità fra incertezze interpretative emergenti nella prassi giudiziaria e non conoscibilità inevitabile della legge penale. In effetti, assumendo la prospettiva del singolo interessato, l'aver adeguato il proprio comportamento all'interpretazione allora consolidata, in caso di contrasto giurisprudenziale diacronico, costituisce una condotta idonea a precludere la configurabilità di contestazioni nei suoi confronti⁴⁰⁰.

È chiaro, per quanto si è detto, che l'approdo pur fondamentale è stato raggiunto in relazione a una ipotesi specifica di incertezza interpretativa. Nelle altre ipotesi di contrasto diacronico e sincronico si è negata, allo stato, l'esclusione di colpevolezza per errore di diritto dipendente da ignoranza inevitabile della legge penale, anche in presenza di significativi contrasti giurisprudenziali o di oscurità del dettato normativo sulla regola di condotta da seguire, giacché si è ritenuto che, in simili ipotesi, insorga un duplice

³⁹⁹ In tal senso di recente, VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, cit., 22-28.

⁴⁰⁰ Il che, si badi, non significherebbe affatto omettere di considerare l'assenza di vincolatività del precedente giudiziario nel nostro ordinamento e la sempre possibile modificabilità delle interpretazioni accolte nella prassi giudiziaria, così come non significherebbe trascurare la discrezionalità del giudice procedente nel decidere se adeguarsi o meno a uno degli indirizzi ermeneutici esistenti, ovvero se seguire un percorso interpretativo innovativo, salvo l'obbligo per le Sezioni semplici della Corte di cassazione di rimettere alle Sezioni Unite la decisione di un caso, laddove esse ritengano di non voler seguire l'opzione interpretativa precedentemente "avallata" da queste ultime. Tale giudice potrebbe, infatti, comunque accogliere l'interpretazione della norma incriminatrice più sfavorevole per il reo, anche quando essa corrisponda a un indirizzo minoritario, o addirittura quando la stessa rappresenti una soluzione del tutto innovativa, riconoscendo l'integrazione, sul piano fattuale, della fattispecie di reato contestata. Ma, su un diverso piano, dovrebbe escludersi la configurabilità del reato per l'assenza dell'elemento soggettivo, e cioè perché la legge penale, nell'interpretazione concretamente accolta, non era conoscibile per l'imputato al momento della commissione del fatto incriminato. Si tratta di una prospettiva capace di comporre le diverse esigenze in gioco: da un lato, quelle ordinamentali, di cui si è detto, attinenti alla sistematica delle fonti del diritto e alla posizione del giudice nell'ordinamento costituzionale; e, dall'altro, quelle del singolo a non vedersi «sorpreso» da imputazioni, e conseguenti condanne, non prevedibili.

obbligo di astensione dalla condotta che sia suscettiva di dare luogo a un addebito e di espletamento di qualsiasi utile accertamento volto a conseguire la corretta conoscenza della legislazione⁴⁰¹.

Ora, un simile approccio risulta meno rigoroso se confrontato a quello adottato, in particolare, dalla Corte europea dei diritti, secondo cui l'esistenza *ex se* di un contrasto giurisprudenziale potrebbe essere tale da condurre a ritenere assente una 'base legale' prevedibile, anche se – come si è illustrato – solo a seguito di una verifica in concreto che tenga in considerazione la particolare vicenda soggettiva dell'imputato, e cioè la posizione o qualifica rivestita e la possibilità di prospettare la configurabilità dell'interpretazione giudiziaria sfavorevole accedendo alla consulenza legale di esperti della materia⁴⁰². Pur se con queste precisazioni, la tutela offerta nella prassi interna appare ancora oggi più tenue, nella misura in cui non sembra cogliere a pieno l'approccio sostanzialistico sovranazionale, escludendo rilievo al succedersi di differenti orientamenti interpretativi, salvo che nel caso di estemporanee soluzioni sfavorevoli, come accaduto nella pronuncia poc'anzi esaminata.

Ma, se è ben vero che ogni disposizione di legge, anche penale, esige di essere interpretata, e che questa interpretazione può variare nel tempo, quando dopo il consolidarsi di una certa interpretazione se ne affermi una diversa tale da comportare un ampliamento della previsione incriminatrice o un aggravamento del trattamento punitivo, l'effetto pratico prodotto presenta profili analoghi a quelli derivanti dal sopravvenire di una legge che, allo stesso modo, ampli la fattispecie punitiva, rendendo punibili nuove condotte prima irrilevanti sul piano penale, o riconnetta ad essa conseguenze deteriori. E tale effetto pratico, di "sorpresa", potrebbe realizzarsi anche quando l'interpretazione sfavorevole non sia del tutto inedita – come sembrerebbe, invece, richiedere la giurisprudenza interna – ma le cui applicazioni siano assai limitate e risalenti nel tempo: anche in queste ipotesi dovrebbe attribuirsi rilevanza a un affidamento qualitativamente forte, nutrito dal singolo a che sia applicata nei suoi confronti l'invalsa interpretazione favorevole. Si tratta sempre, infatti, di assicurare un diritto fondamentale della persona, ossia la garanzia della concreta prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie condotte.

⁴⁰¹ Si cfr. in tal senso, Cass. pen., Sez. VI, sentenza 25 gennaio 2011, n. 6991, *Sirignano*, in CED n. 249451; Sez. III, sent. 16 aprile 2004, n. 28397, *P.G. in proc. Giordano*, in CED n. 229060.

⁴⁰² Sulle oscillazioni fra prevedibilità intesa in senso oggettivo ovvero in senso soggettivo si veda lo studio monografico di PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giapichelli, Torino, 2019, spec. 211 ss.

Del resto, le difficoltà nell'adeguamento dell'ordinamento interno sotto questo profilo sono ben restituite dal complesso seguito giurisprudenziale interno della già menzionata sentenza *Contrada c. Italia* (n. 3)⁴⁰³, in relazione alla specifica vicenda riguardante il ricorrente nel giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti, il quale aveva promosso diversi procedimenti per vedere neutralizzati gli effetti della sentenza di condanna per il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, all'origine dell'accertamento della violazione dell'art. 7 CEDU.

È interessante rilevare che la richiesta di revisione è stata respinta in esito a una verifica in concreto circa la prevedibilità, per il condannato, della rilevanza penale delle condotte a lui ascritte al momento dei fatti contestati, verifica effettuata alla luce della particolare posizione dallo stesso ricoperta e che, in tesi, era invece mancata nella pronuncia convenzionale. Vi si è sottolineato come per il condannato l'esistenza, le caratteristiche e le conseguenze sanzionatorie della fattispecie di concorso esterno in associazione di stampo mafioso fossero ben chiare, e quindi prevedibili, ancora prima del consolidamento giurisprudenziale avvenuto con la sentenza *Demir* del 1994⁴⁰⁴.

L'esito positivo del giudizio esecutivo sull'istanza di revoca del giudizio penale si è fondato, invece, sulla (pretesa) esigenza di conformare l'ordinamento interno alla sentenza convenzionale, in assenza di altri istituti azionabili, e sulla insussistenza di ostacoli letterali negli artt. 666 e 670 cod. proc. pen. al raggiungimento di un simile esito processuale⁴⁰⁵.

Così, se hanno trovato conclusione le vicende processuali concernenti lo specifico caso oggetto della sentenza della Corte europea dei diritti, è insorto un dibattito, di non minore consistenza, in ordine alla possibile estensione delle affermazioni contenute nella pronuncia convenzionale a coloro che si trovassero in una posizione analoga a quella del ricorrente e, in caso di risposta affermativa, alla individuazione del rimedio processuale applicabile. Il contrasto giurisprudenziale sul punto è stato risolto dalle Sezioni Unite penali con la sentenza *Genco*⁴⁰⁶, che hanno escluso l'efficacia *erga omnes* della sentenza *Contrada* (n. 3) per un duplice ordine di ragioni.

⁴⁰³ Si veda *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3.2.

⁴⁰⁴ In proposito, fra gli altri, cfr. VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, cit., 97 ss.

⁴⁰⁵ Si cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 6 luglio 2017 (dep. 20 settembre 2017), n. 43112, *Contrada*, in CED n. 273906-01.

⁴⁰⁶ Si cfr. Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 ottobre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8544, *Genco*, in CED n. 278054-01.

In primo luogo, quest'ultima non potrebbe definirsi una sentenza c.d. pilota e, al contempo, non conterrebbe alcuna affermazione da cui emerga la natura generale della violazione, tanto che essa non era corredata dall'indicazione di rimedi né di carattere individuale, azionabili dal singolo ricorrente, né di carattere generale, esperibili in casi identici o analoghi, ossia da parte di condannati per concorso esterno in associazione di stampo mafioso per fatti antecedenti all'intervento della sentenza *Demitry* del 1994. Si sarebbe, cioè, di fronte a una violazione, priva di natura strutturale e di portata generale, che trae origine dallo specifico caso portato all'attenzione del Giudice di Strasburgo.

In secondo luogo, la stessa pronuncia non sarebbe espressione di una giurisprudenza convenzionale 'consolidata', nel senso di cui alla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale, visto che non si rinvencono altre pronunce relative a casi di contestazione del reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso – la sentenza in questione sarebbe, quindi, un *unicum* – e che non sarebbe sempre univoca l'interpretazione, da parte della Corte EDU, delle nozioni di accessibilità e prevedibilità della 'base legale'. La Suprema Corte, in un ampio passaggio motivazionale, ha evidenziato talune incertezze nell'applicazione del canone della prevedibilità in concreto della 'base legale', in alcune occasioni inteso in senso puramente soggettivo, avendo riguardo non solo della qualità del diritto scritto e della stabilità delle relative interpretazioni giudiziali, ma anche delle precipue condizioni del singolo ricorrente, in altre vagliato attraverso il prevalente ricorso a criteri di carattere oggettivo, come sarebbe avvenuto proprio nel caso di specie. Donde, sarebbero le stesse incongruenze ricavabili da un'interpretazione complessiva del pertinente diritto giurisprudenziale convenzionale a escludere il rilievo interno delle relative elaborazioni sostanzialistiche.

5. *La proporzionalità procedimentale e sostanziale dei 'doppi binari' sanzionatori*

Si può riscontrare un sostanziale accoglimento dell'approccio sostanzialistico assunto dalle Corti europee nelle casistiche concernenti l'operatività della garanzia del *ne bis in idem* nei sistemi di 'doppio binario' punitivo. Al riguardo, stante l'assenza di un intervento generalizzato – per le ragioni di cui si è detto⁴⁰⁷ – da parte della Corte costituzionale, le giurisdizioni comuni si sono trovate a confrontarsi direttamente con le pronunce convenzionali ed

⁴⁰⁷ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.3.5.

europee, giungendo a elaborare soluzioni anche originali, tese a soddisfare le relative istanze di tutela nel singolo sistema ordinamentale di riferimento⁴⁰⁸.

Con riguardo al cumulo punitivo in materia tributaria, ancor prima dei chiarimenti forniti dal Giudice delle leggi nelle pronunce esaminate⁴⁰⁹, è prevalso l'orientamento che riconosce la potenziale sussistenza di una stretta 'connessione' tra il processo penale e quello tributario, e quindi esclude, in via di principio, profili di incompatibilità con la garanzia del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo⁴¹⁰. Si è ritenuto che le due tipologie di sanzioni possano considerarsi quali parti di un unico sistema adottato dal legislatore per sanzionare la commissione di un fatto illecito; a tal fine si sono valorizzati gli istituti di raccordo fra i procedimenti⁴¹¹ e la prossimità temporale dell'avvio degli stessi⁴¹², o la irrogazione delle relative sanzioni⁴¹³, mentre è rimasto sullo sfondo l'indice della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente considerato.

Quanto alla materia degli abusi di mercato, un filone giurisprudenziale in via di consolidamento pone particolare attenzione alla tematica della proporzionalità sanzionatoria, definita come criterio prevalente ai fini della verifica della 'connessione' fra i procedimenti. E, pertanto, si enfatizza la discrezionalità giudiziale nella commisurazione delle sanzioni, da esercitarsi avendo riguardo dell'importo delle sanzioni precedentemente irrogate, sulla base di un'adequata lettura dell'art. 133 cod. pen. nelle ipotesi di giudizi propriamente penali⁴¹⁴.

In quest'ottica, si è affermato che, quando sia definito per primo il processo penale, è necessario verificare se la gravità del fatto illecito sia "coperta" dal

⁴⁰⁸ Si cfr. BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, cit.; SCOLETTA M., *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le società*, 2019, 533 ss.

⁴⁰⁹ Si v. *supra* Sez. I, § 4.

⁴¹⁰ Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, Servello, in *CED* n. 272388-01; sent. 12 settembre 2018 (dep. 7 febbraio 2019), n. 5934, Giannino, in *CED* n. 275833; sent. 7 febbraio 2019 (dep. 20 maggio 2019), n. 22033, Palma, in *CED* n. 276023; Sez. V, sent. 12 aprile 2019 (dep. 28 giugno 2019), n. 28346, Caroli, in *CED* n. 276644; 14 gennaio 2021 (dep. 4 febbraio 2021), n. 4439; sent. 23 gennaio 2020 (dep. 7 marzo 2020), n. 13913; Cass. civ., Sez. trib., ord. 13 febbraio 2019 (dep. 25 febbraio 2019), n. 7131, in *CED*, n. 653320; ord. 24 ottobre 2019 (dep. 16 dicembre 2019), n. 33050.

⁴¹¹ Si cfr. Cass. civ., Sez. trib., ord. 24 ottobre 2019, n. 33050, cit.

⁴¹² Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 12 settembre 2018, n. 5934, cit.

⁴¹³ Si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 22 settembre 2017, n. 6993, cit.

⁴¹⁴ Si cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21 luglio (dep. 16 luglio 2018), n. 45829, F., in *CED* n. 274179-02.

trattamento punitivo inflitto. Nell'ipotesi inversa, invece, se le sanzioni amministrative non siano da sole adeguate rispetto alla gravità del fatto, il giudice penale può definire il contenuto delle sanzioni detentive ancora da irrogarsi in modo da assicurare la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, eventualmente anche “disapplicando” la norma sanzionatoria recante il minimo edittale per la fattispecie di reato qualora esso si riveli, in ipotesi, eccessivamente elevato. In tal caso, l'applicazione della norma sanzionatoria darebbe luogo a una violazione della garanzia europea del *ne bis in idem* ex art. 50 CDFUE, che invece non si verificherebbe se il giudice penale assumesse come “nuovo” limite minimo insuperabile quello dettato dalla disposizione contenuta nella parte generale del codice penale⁴¹⁵.

È chiaro che l'approdo mira a scongiurare esiti marcatamente repressivi derivanti dal cumulo di sanzioni, quindi intende evitare nei singoli casi violazioni del divieto di *bis in idem* sotto il profilo del raccordo sostanziale fra i procedimenti sanzionatori. La soluzione si pone, dunque, in una logica di conformazione dell'ordinamento nazionale agli obblighi di diritto europeo, in questo caso, primario. Ciononostante, per quanto sia meritorio lo scopo perseguito, e siano favorevoli gli effetti da essa discendenti per i destinatari delle sanzioni, emergono profili di criticità per la discrezionalità attribuita al giudicante, che, in base ad un apprezzamento di adeguatezza delle sanzioni amministrative pecuniarie già irrogate rispetto alla gravità della contestazione, potrebbe caso per caso commisurare la pena della reclusione, senza considerare vincolante il minimo edittale previsto dalle fattispecie di abuso di informazioni privilegiate.

Sotto tale profilo, non sembra trascurabile la tensione rispetto al principio di legalità che, come chiarito dalla Corte costituzionale già nella sentenza n. 299 del 1992⁴¹⁶, richiede la previa definizione da parte della legge dei limiti e dei criteri direttivi per l'esercizio del potere discrezionale giudiziale nella commisurazione della pena. In questo caso, la decisione di infliggere una pena detentiva inferiore al minimo edittale previsto dalla fattispecie incriminatrice, attraverso una “disapplicazione” della relativa norma sanzionatoria in

⁴¹⁵ Si cfr. Cass. pen., Sez. V, sent. 21 settembre 2018, n. 49869, *Chiarion Casoni*, in CED n. 274604-01; Cass. pen., Sez. V, sent. 9 novembre 2018 (dep. 5 febbraio 2019), n. 5679, *Erbetta*, in CED n. 275314-01; approdi richiamati in Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 2021 (dep. 11 agosto 2021), n. 31507, *Cremonini*, in CED n. 282038-01. Nella giurisprudenza di merito, la via della disapplicazione *in mitius* del minimo edittale (della pena reclusiva) è stata seguita, sempre in un caso di *market abuse*, in Trib. Milano, sent. 15 novembre 2018, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.

⁴¹⁶ Si cfr. Corte cost., sent. 24 giugno 1992, n. 299, con nota di GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss.

tesi contrastante con una norma europea di diritto primario, si fonda sull'utilizzo di criteri elaborati nella giurisprudenza sovranazionale. E, pertanto, di detti criteri il giudice nazionale sembra dover fare un utilizzo rigoroso, il che presuppone la disamina dei precedenti giurisprudenziali convenzionali ed europei in termini, onde verificarne il comportamento in concreto.

Se ne ricava, sotto un ulteriore profilo, che le problematiche determinate dalla coesistenza e dal concorso di diversi apparati sanzionatori non appaiono risolubili con l'adozione di approcci generalizzanti, risultando, al contrario, necessaria la valutazione e la considerazione delle specificità strutturali di ciascun sistema punitivo. Il tema, dunque, non può che essere affrontato muovendo da una verifica della sussistenza di un adeguato collegamento fra l'apparato sanzionatorio appartenente al diritto extrapenale e quello di tipo penalistico. In prima battuta questa verifica è affidata alla giurisdizione comune – chiamata a interpretare il diritto nazionale in modo conforme ai principi costituzionali, così come alle garanzie convenzionali ed europee – ed assume i connotati di un giudizio di proporzionalità, le cui implicazioni variano a seconda della riconducibilità o meno della materia interessata al diritto europeo.

Se il 'doppio binario' sanzionatorio concerne una materia ad esso estranea⁴¹⁷, la disciplina legislativa interna che non consenta al giudice comune di garantire, neppure in via ermeneutica, una sufficiente 'connessione' fra i procedimenti si porrebbe in contrasto con il divieto di *bis in idem* convenzionale, e sarebbe giocoforza sollevare una questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni nazionali che determinino tale preclusione⁴¹⁸. In tal caso, la formulazione della questione dovrebbe essere volta a dare soddisfazione alle esigenze di coordinamento sorte rispetto allo specifico cumulo di procedimenti e di sanzioni rilevante nel giudizio, e non aspirare a risolvere, in via generale, i rapporti fra processo penale e procedimenti sanzionatori di altra natura⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Cfr., ad esempio, la materia dell'omesso versamento di ritenute d'imposta, come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia dell'Unione europea: si cfr. Corte giust. UE, ord. 15 aprile 2015, causa C-497-14, *Burzio*.

⁴¹⁸ Nella giurisprudenza di merito si segnalano decisioni in cui si era ritenuto di poter interpretare l'art. 649 cod. proc. pen. in modo conforme alla garanzia convenzionale, nel senso che la chiusura in via definitiva di un procedimento «convenzionalmente» penale dovesse precludere la celebrazione di un secondo procedimento penale: cfr. Trib. Asti, Sez. pen., sent. 10 aprile 2015, in *giurisprudenzapenale.com*, 2015, annullata da Cass. pen., Sez. III, sent. 21 aprile 2016 (dep. 22 giugno 2016), n. 25815, *P.G. in proc. Scagnetti*, in *CED* n. 267301-01; e, in materia non tributaria, Trib. Brindisi, Sez. pen., sent. 17 ottobre 2014, in *penalecontemporaneo.it*, 2014 (reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*), pronuncia poi annullata da Cass. pen., Sez. II, sent. 15 dicembre 2016, n. 9184, cit.

⁴¹⁹ In altre parole, la questione dovrebbe essere tecnicamente riferita alla presunta inco-

Qualora si rientri, invece, in un settore riconducibile a pieno titolo all'ambito del diritto europeo, e la relativa disciplina nazionale presenti problematiche analoghe a quelle appena descritte, non consentendo l'integrazione dei criteri di 'coordinazione' indicati in riferimento all'art. 50 CDFUE, dalla diretta applicabilità della norma europea dovrebbe discendere il potere del giudice nazionale di "disapplicare" le norme interne che si oppongano al prodursi di conseguenze procedurali e sostanziali non proporzionate. Senonché, questa opzione decisoria determinerebbe il sorgere di difficoltà ulteriori, derivanti dalla peculiare configurazione della antinomia, che non può essere risolta con la semplice applicazione della norma europea, sancendo, quest'ultima, un diritto fondamentale immediatamente applicabile, ed essendo pertanto insuscettibile di fornire al giudice la regola del decidere sulla fattispecie di cui egli sia investito. In tale ipotesi, la valutazione circa la compatibilità con il diritto europeo si presenta complessa, trattandosi di stabilire se l'applicazione di norme interne, le uniche riferibili espressamente alla fattispecie oggetto di esame, determini incisioni della garanzia fondamentale. E, nell'eventualità di ritenuto contrasto, la "disapplicazione", anche solo parziale, della norma interna imporrebbe al giudice di rinvenire altre norme suscettibili di disciplinare la stessa fattispecie, con il mero vincolo finalistico di assicurare il rispetto della medesima garanzia.

L'attuale declinazione del *ne bis in idem* convenzionale ed europeo, e la sua applicazione alle ipotesi di 'doppio binario' punitivo, risponde certamente a esigenze di giustizia sostanziale, perseguendo l'obiettivo di impedire che la sottoposizione a più procedimenti sanzionatori o l'inflizione di sanzioni di diversa natura formale possa condurre ad esiti incongruenti per eccesso rispetto alla gravità del fatto illecito commesso. Senonché, la "latitanza" del legislatore nell'adeguare i sistemi punitivi interni in coerenza rispetto alle indicazioni provenienti dalle Corti sovranazionali finisce per far ricadere sulla giurisdizione, in particolar modo quella comune, il difficile compito di assicurare il soddisfacimento di tali istanze di tutela: un compito che si apre a spazi di discrezionalità quanto al riconoscimento delle norme da applicare, alla interpretazione di esse e, quindi, alla individuazione della soluzione del caso concreto.

stituzionalità del complesso delle norme applicabili nella parte in cui non consentono un adeguato coordinamento.

Capitolo IV

La giurisprudenza sovranazionale come fondamento e limite del “rafforzamento” delle giurisdizioni nazionali

SOMMARIO: 1. La natura composita dello statuto della legalità ‘penale’ e i caratteri della singola vicenda sanzionatoria. – 2. La circolarità del processo ermeneutico tra i diversi livelli di giurisdizione e le forme di limitazione reciproca: ‘ricadute’ e ‘risalite’. – 3. Gli obblighi interpretativi gravanti sulle giurisdizioni nazionali. – 4. Il contributo delle giurisdizioni nazionali alla formazione del diritto giurisprudenziale sovranazionale. – 4.1. Il contributo della giurisdizione costituzionale. – 4.2. Il contributo della giurisdizione comune. – 5. Custodire l’ordine: dalle insidie del “labirinto” alle regole della complessità.

1. *La natura composita dello statuto della legalità ‘penale’ e i caratteri della singola vicenda sanzionatoria*

A questo punto della trattazione è possibile esaminare con maggiore consapevolezza quei profili sistematici di interesse costituzionalistico – tratteggiati nelle premesse – connessi alle dinamiche evolutive che coinvolgono la legalità ‘penale’, dovute al rilievo assunto in materia dal diritto giudiziario convenzionale ed europeo, quale fattore propulsivo non unico, ma centrale¹. L’apporto fornito da tale diritto è nella prospettiva prescelta meritevole di attenzione per svariate ragioni, tutte in sé piuttosto evidenti. Sia perché è tramite siffatto diritto giurisprudenziale che gli obblighi convenzionali ed eurounitari assumono significato e influiscono

¹ Si cfr., *ex multis*, UBERTIS G.-VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit.; PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit.; MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento penale italiano*, cit.; SALCUNI E., *L’europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit.; NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e diritto penale*, cit.; MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, cit.

sull'operato degli organi nazionali, e quindi sulle modalità di esercizio e sui contenuti delle relative funzioni costituzionali². Sia perché esso assegna un ruolo (sempre più) cruciale agli organi giudiziari e alle funzioni giurisdizionali – per mezzo dei quali il rispetto di quegli obblighi è assicurato nella singola vicenda processuale – ampliandone gli spazi di intervento, e quindi influenzando sui rapporti tra giurisdizione e legislazione³. Sia perché nell'utilizzo di esso si esprime la crescente importanza di un diritto di matrice giudiziale tanto nell'ambito dei procedimenti ermeneutici, volti a individuare dalla disposizione la norma conforme agli obblighi sovranazionali, quanto nel contesto di giudizi di legittimità tesi a verificare la conformità della disposizione, e delle norme da questa ricavabili, a quegli stessi obblighi⁴. L'apporto in questione opera quale concausa – ciò che è altrettanto evidente – al superamento (anche) nella materia 'punitiva', intesa sia in senso stretto che allargato⁵, di concezioni formalistiche della legalità; rilievo questo – è pure superfluo notarlo – che assume assai maggior significato rispetto a quanto accaduto in altri settori, anch'essi attinti dal fenomeno⁶.

²In proposito, sugli effetti del diritto giurisprudenziale convenzionale sul principio di separazione dei poteri (nazionali), si cfr. ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, cit., 21 ss.

³Si cfr. LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 4-11 e spec. 9, il quale – come si è già segnalato in precedenza – individua la posizione assunta dalla giurisprudenza della Corte EDU sul piano interno come esempio dell'affermarsi e della diffusione di una visione del diritto come «fenomeno riconducibile, in sostanza, alle pronunce giurisdizionali».

⁴Si cfr., per quanto concerne le implicazioni interne della giurisprudenza convenzionale, RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.; con riguardo ai rapporti con il diritto europeo, BERNARDI A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit.

⁵Si rinvia a quanto già osservato *supra*, Cap. I, § 4.

⁶In tal senso, MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 2, osserva che «al crepuscolo della statualità e della autarchia dello *ius puniendi*, ed alla progressiva depolarizzazione delle fonti di produzione delle dinamiche punitive, dei loro presupposti e dei relativi limiti: quasi un paradosso per un diritto che da sempre si è attestato quale prerogativa di quella stessa sovranità – assumendo la pena come fondamentale *instrumentum regni* – e che ha poi radicato la propria originaria legittimazione sulla rappresentatività democratica (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), misurando la sua accettazione sociale con il grado di “garantismo” imposto dalle singole carte (e corti) costituzionali domestiche. Pertanto i movimenti tellurici e le scosse di assestamento

Prima di procedere oltre l'evidenza di questi basilari cenni, occorre precisare i termini in cui può dirsi che il rilievo interno del diritto giudiziario sovranazionale abbia concorso, e concorra, alle odierne trasformazioni della legalità 'penale', visto che tale proposizione nella sua genericità sarebbe di per sé suscettiva di differenti letture. Sino al manifestarsi dei più recenti profili di novità, l'ossequio per il rigore della forma, benché messo a dura prova dalle note tendenze in atto a partire dal secolo scorso⁷, sembrava resistere, almeno in apparenza. Nella dogmatica esso continuava a venire professato, e nella prassi, se anche silentemente sconfessato sotto forma di scostamenti non apertamente dichiarati dalla teorica⁸, nondimeno veniva ritenuto idoneo a tracciare – per la giurisdizione comune, sia di legittimità che di merito – confini invalicabili in vista dell'interpretazione e applicazione di leggi punitive e – per la giurisdizione costituzionale – limiti stringenti e almeno apparentemente chiari ai fini della valutazione in ordine alla legittimità delle stesse⁹.

Assai numerose erano, in effetti, le concretizzazioni dell'approccio formalistico. Fra le più emblematiche poteva riscontrarsi, nel sindacato di costituzionalità su norme punitive, la rigida interpretazione della dottrina delle *political questions* – in osservanza dell'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore a fronte dei beni giuridici in gioco – cui conseguiva la delimitazione, per lo meno sul piano teorico, dell'ammissibilità di pronunce di accoglimento¹⁰. Altrettanto significativa era l'esclusione del momento giurisprudenziale dall'oggetto delle garanzie della legalità 'penale', da cui discendeva l'irrelevanza, a tal riguardo, dell'evoluzione degli orientamenti interpretativi. Le indagini sul nucleo contenutistico di tali garanzie presentavano certo implicazioni sull'area, più o meno ampia, affidata alla discrezionalità giudiziaria, ma non ricomprendevano – perlomeno, non direttamente – il diritto di origine giudiziale e i suoi modi d'essere¹¹. Del pari, risultava indicativa la sottovalutazione, sino alla recente riscoperta, delle poten-

che hanno come epicentro la sede sovranazionale appaiono non solo più avvertiti ma anche più turbolenti e traumatici».

⁷ Si rinvia a quanto già osservato: si v. *supra*, Cap. I, § 1.

⁸ Si cfr. CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 95 ss.

⁹ Si cfr. SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, cit., 65 ss.

¹⁰ Si cfr. VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 52 ss., che ricostruisce in modo dettagliato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di proporzionalità sanzionatoria.

¹¹ Si cfr. in tal senso MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, cit.

zialità insite in soluzioni – come ad esempio quella elaborata nella sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale¹² – che, ove sviluppate in termini rigorosi, sarebbero invero state capaci di attribuire un qualche rilievo allo stesso momento giurisprudenziale¹³. E ancora, sintomatiche di un medesimo approccio formalistico erano altresì le modalità seguite per l'individuazione dell'ambito di operatività dello statuto penalistico costituzionale, le quali assegnavano decisività alle qualificazioni fornite dal legislatore, a loro volta fondate su elementi formali¹⁴.

Che poi tutto questo fosse aderente più che altro alle dichiarazioni di intenti, e non reale, performativa descrizione della pratica giudiziaria, appare allo stesso modo innegabile. Tanto che, anzi, proprio taluni allontanamenti dalla teorica già mostravano o prospettavano il ricorso a modelli ermeneutici e decisorî sostanzialistici, fondati su caratteri analoghi a quelli propri delle tendenze approfondite nella presente indagine, sul piano delle premesse, del metodo e dei relativi risultati¹⁵. D'altronde, non sorprende che il percorso tracciato dal diritto giudiziario sovranazionale verso modelli così configurati possa presentare una qualche consonanza rispetto agli esiti raggiunti in precedenti decisioni giudiziarie interne (anche se isolate) o proposti da talune tesi dottrinali (anche se non maggioritarie, o comunque non accolte nella giurisprudenza interna)¹⁶. E appare fisiologico – lo si rileva incidentalmente – che l'importanza assunta dagli approdi convenzionali ed europei possa indurre a riscoprire e a valorizzare tali decisioni e posizioni. Ma la sottolineatura di queste sovrapposizioni – solo parziali com'è inevitabile che sia – se si rivela utile per contestualizzare la trattazione, ossia per definire lo stato dell'arte in cui essa si

¹² Gli approdi della giurisprudenza costituzionale sono stati, di recente, valorizzati nella citata giurisprudenza di legittimità: si cfr. Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 28594 del 2024, cit., con la nota a commento di PALAZZO F.-BARTOLI R., *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività. A proposito di una sentenza "storica"*, cit. Per un approfondimento sull'orientamento giurisprudenziale, si v. *supra* Cap. III, Sez. II, § 4.

¹³ Si cfr., *ex multis*, VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, cit., 22-28.

¹⁴ Come si è evidenziato, in passato la giurisprudenza costituzionale escludeva il diritto extrapenale dall'ambito applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost.: si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.

¹⁵ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I e Sez. II.

¹⁶ In proposito, si cfr. DELMAS-MARTY M.-TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, cit.; PALIERO C.E.-TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, cit., 345 ss.

inserisce, non ha in sé un rilievo centrale nella definizione della natura esogena (quanto all'origine) e autonoma (quanto alle cause e agli sviluppi) del contributo alle trasformazioni in atto che è direttamente riconducibile al diritto giudiziario sovranazionale¹⁷, contributo sul quale l'analisi insiste proprio per le peculiarità dei relativi caratteri e per le novità che dallo stesso sono veicolate¹⁸.

Le prime, vale a dire le peculiarità ontologiche di tale diritto giudiziario, si riconnettono evidentemente alla sede nel cui ambito esso si forma, e quindi attengono in particolare al soggetto che ne è artefice (organi giurisdizionali), agli atti attraverso cui si esprime (pronunce giudiziarie), al contesto processuale di riferimento (procedimenti di natura contenziosa ovvero interpretativi) e agli effetti giuridici che ingenera, diretti o indiretti (delle singole pronunce o del complesso di pronunce)¹⁹. E un'adeguata considerazione di questi elementi non può non avere implicazioni nell'opera degli interpreti nazionali, la quale deve rivolgersi all'individuazione del contenuto delle norme che in tale materiale giurisprudenziale sono applicate, e ciò evidentemente sia in termini generali che nel caso concreto²⁰. Questa attività, in effetti, appare ineludibile – donde la rilevanza metodologica – nel più ampio procedimento di ricostruzione del quadro giuridico, ossia del 'diritto', rilevante ai fini della risoluzione della questione controversa oggetto di interesse²¹.

Le seconde, vale a dire le novità recate dallo stesso diritto giudiziario, si rapportano ai contenuti ascritti alle garanzie associate alla legalità 'penale' – e alle ulteriori garanzie che incrocino la materia – i quali restituiscono con immediatezza l'allontanamento dalle concezioni precedentemente in-

¹⁷ Si cfr. ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 320-323.

¹⁸ Si cfr. CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, Napoli 2012. Sul punto si cfr. altresì BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit., 99 ss.

¹⁹ Si cfr., *ex multis*, RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 78.

²⁰ Sull'interpretazione della giurisprudenza sovranazionale: si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziarie) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit. In termini generali: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit.

²¹ Il riferimento è all'opera di BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit.

valse²². Sul piano materiale, infatti, l'apporto va rintracciato – sintetizzando quanto approfondito in precedenza – nella predisposizione di criteri decisori che attribuiscono rilevanza a caratteristiche sostanziali di istituti e strumenti giuridici operanti nella singola fattispecie rispetto a profili centrali per l'inverarsi di poteri punitivi: ossia, quanto all'enucleazione dei tratti caratterizzanti per l'assoggettamento alle garanzie penalistiche (nozione di 'materia penale')²³, e alla definizione dei presupposti fondanti l'esercizio di tali poteri, considerati sia singolarmente (nozioni di 'base legale' e di 'diritto')²⁴ che in combinazione fra loro (nozioni di 'connessione' e 'coordinamento' fra apparati sanzionatori)²⁵.

Le innovazioni e loro conseguenze – variamente avvertite, in termini negativi o positivi a seconda delle posizioni scientifiche (e culturali) – si correlano a decisivi stravolgimenti della prospettiva da cui guardare alla materia punitiva e da cui istruire ogni riflessione in ordine al poliedrico complesso di garanzie che ad essa si associano o dovrebbero associarsi, e alla connessa, necessaria apertura a categorie, paradigmi e approcci metodologici nuovi²⁶. Il che è, del resto, accaduto in ordine al concetto stesso di 'sanzione' penale, estesosi a misure esterne al diritto penale formalmente inteso, quando la loro comminazione, prima, e la loro irrogazione, poi, porti all'insorgere di istanze di tutela omologhe a quelle che si materializzano di fronte all'esercizio di poteri punitivi penali in senso proprio, in ragione dei beni da esse presidiati, delle finalità da esse perseguite e della gravosità delle conseguenze da esse determinate.

Per comprendere l'incidenza del diritto giudiziario sovranazionale occorre tenere conto di entrambi gli aspetti, quello procedimentale (concernente i metodi per ricavare dal significante, ossia dalle disposizioni, le pertinenti interpretazioni giudiziarie, vale a dire il relativo significato) e quello sostanziale (inerente al significato di per sé considerato), i quali appaiono inestricabilmente avvinti cosicché l'uno è presupposto per l'altro, e

²² Si cfr. BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, reperibile in *sistemapenale.it*.

²³ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2 e Sez. II, § 3.2.1.

²⁴ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3 e Sez. II, § 3.2.2.

²⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 4 e Sez. II, § 3.2.3.

²⁶ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.; ID., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit.

viceversa. E, infatti, l’approccio metodologico prospettato è servente all’apprezzamento dei caratteri di un diritto di formazione giurisprudenziale, quindi al riconoscimento della sua effettiva portata, mentre i contenuti inediti tratteggiati conseguono all’adozione da parte dei giudici sovranazionali di un approccio sostanzialista il cui accoglimento, a sua volta, si giustifica alla luce del contesto processuale, rispondendo a una basilare esigenza di uniforme applicazione di uno stesso testo giuridico rispetto a ordinamenti diversi²⁷: come si è autorevolmente notato, allo scopo di dare vita a una moderna *koiné*²⁸. È tale contesto a spiegare i contenuti veicolati dal diritto giurisprudenziale sovranazionale, che sono legati inscindibilmente (e inevitabilmente, per quanto si è detto) all’impiego di un linguaggio proprio e alla stessa concretezza dell’ambito da cui traggono origine, e pertanto suscettivi di dare luogo a una molteplicità di inверamenti²⁹.

Quindi, alle tradizionali concezioni formalistiche interne non potrebbe giustapporsi – salvo che sulla base di improprie e superficiali generalizzazioni – un’unica, vaga concezione sostanzialistica sovranazionale, come se la generica dicotomia fra forma e sostanza fosse di per sé esaustiva sul piano euristico. Al contrario, ciascuno dei diversi aspetti materiali della legalità ‘penale’ opera secondo una propria, autonoma criteriologia, che attribuisce valore a specifici ‘indici’ (come si è visto, di vario genere), desumibili dai precedenti giudiziari in termini, e la cui sussistenza deve essere analiticamente verificata. Il che conferisce a ciascuna nozione un comportamento mutevole in considerazione dei caratteri della singola fattispecie³⁰, nella quale i plurimi profili di tutela materiale espressi dalle garanzie sovranazionali possono fra loro concorrere, così come convergere con quelli ricavabili dalle garanzie interne³¹.

²⁷ Si cfr. MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 34-35; RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 78.

²⁸ Per l’espressione si cfr. DOGLIANI M., *(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *costituzionalismo.it*, 2010, 2, 8-9.

²⁹ Si cfr. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti e il principio di legalità nella materia penale*, cit., il quale sottolinea come i criteri *Engel* possano, e anzi debbano, operare congiuntamente, comportando la necessità di trarre conclusioni in termini di prevalenza del segno complessivo che essi esprimono.

³⁰ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 1 e Sez. II, § 3.

³¹ Una convergenza, ad esempio, può emergere allorché l’eventuale mancata soddisfazione dell’istanza di affidamento conduca a ritenere carente taluno dei caratteri, accessibilità o

Emergono, così, il significato e l'utilità di quegli approdi ermeneutici raggiunti dalle giurisdizioni nazionali che mostrano l'accoglimento di modelli sostanzialistici in vista dell'individuazione del contenuto non solamente – com'è dovuto – delle garanzie sovranazionali, ma anche di quelle costituzionali interne³². Approdi, cui si è giunti grazie ad adeguate e innovative interpretazioni delle disposizioni costituzionali³³, e che sono stati influenzati dalle corrispondenti soluzioni elaborate nella giurisprudenza convenzionale ed europea, di sovente menzionata o anche valorizzata a fini argomentativi, per quanto non di mero colore³⁴. E, tuttavia, simili approdi presuppongono l'implementazione di criteriologie autonome rispetto a quelle sovranazionali, tramite le quali potrebbe pervenirsi anche a esiti maggiormente garantistici – si intende, sotto certi aspetti e a date condizioni – rispetto a quelli assicurati dall'operatività delle corrispondenti criteriologie sovranazionali³⁵. Nel che risiede una delle più significative implicazioni della fondamentale distinzione fra ipotesi di incidenza diretta nell'ordinamento interno della giurisprudenza sovranazionale, quando questa sia evocata – quale che ne sia la finalità (ermeneutica o parametrica) – rispetto a norme convenzionali o europee, e ipotesi di incidenza solo indiretta, allorché la stessa giurisprudenza sia impiegata sul piano motivazionale a supporto di una determinata interpretazione delle disposizioni costituzionali³⁶. Ma sul punto si avrà modo di tornare a breve³⁷.

Queste riflessioni introducono alle problematiche poste dall'attuale concorso, quanto meno potenziale, di una pluralità di garanzie associate alla materia 'penale' e dalle loro inevitabili correlazioni, sovrapposizioni o (pretese) repulsioni nell'attuale dimensione multilivello³⁸. Si tratta di questioni

prevedibilità, propri della 'base legale' sovranazionale e, al contempo, a riconoscere violato taluno dei principi costituzionali interni.

³² Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2, e Sez. II, § 3.

³³ In termini generali, in merito alle implicazioni sull'interpretazione costituzionale dei rapporti fra ordinamento interno e i contesti sovranazionali, si cfr. GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., spec. 423 ss.

³⁴ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I e Sez. II.

³⁵ Sul tema, intorno alle potenzialità dell'elaborazione di una nozione costituzionale di 'materia penale', si cfr. MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 25-110.

³⁶ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I.

³⁷ Si v. *infra*, § 4.

³⁸ Si cfr. MALFATTI E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione euro-*

che, nelle loro diverse configurazioni, sono riconducibili al medesimo interrogativo di fondo concernente l'individuazione delle garanzie cui debba conformarsi l'esercizio di poteri punitivi e dei criteri ordinatori a tal fine rilevanti; e che si correlano alla problematica, più generale, afferente ai rapporti fra i diversi livelli di cui la costruzione si compone³⁹. D'altronde, rispetto al concorso di una pluralità di garanzie la giurisprudenza costituzionale è pervenuta a elaborare molteplici dottrine, di volta in volta calibrate sul singolo caso⁴⁰, le quali – oltre che per il loro significato, inevitabilmente stipulativo – esprimono icasticamente la varietà di relazioni suscettive di instaurarsi fra le diverse tutele, costituzionali (interne) e sovranazionali: relazioni che – è bene precisarlo – sono contingenti sia in una prospettiva diacronica, in quanto si riferiscono a oggetti che sono in divenire per la continua opera di precisazione giudiziaria, sia in una prospettiva sincronica, in quanto la maggiore ampiezza dell'una o dell'altra garanzia non può che dipendere dalle peculiarità del singolo caso.

Sembra potersene trarre, pertanto, la pretesa semplificatoria di quei tentativi – anch'essi precedentemente illustrati – di affermare in astratto la prevalenza di una certa garanzia o, in generale, di un certo sistema di tutela⁴¹. Così, per venire a una delle questioni più controverse, vertente sul rilievo da attribuirsi al diritto giurisprudenziale – rilevante ai fini della nozione autonomia di 'base legale' sovranazionale, e invece escluso dal perimetro delle garanzie interne – non sembra che essa possa istruirsi in termini generali, in

pea, Giappichelli, Torino, 2018, spec. 297 ss.; TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. 23-45.

³⁹ Come osserva RANDAZZO B., *La versione di Strasburgo. Gli ergastoli nella giurisprudenza della Corte CEDU*, in ANASTASIA S., CORLEONE F., PUGIOTTO A. (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Futura, Roma, 2021, la giurisprudenza costituzionale, in riferimento ai rapporti con le garanzie recate dalla CEDU, per comporre le differenze di volta in volta rilevate si è talvolta avvalsa del principio della massima espansione delle tutele (Corte cost., sent. n. 317 del 2009, cit.), in coerenza con l'art. 53 CEDU, quando l'ordinamento interno appariva offrire una protezione più ampia di quella europea, talaltra ha fatto uso del criterio di integrazione delle tutele, allorché invece più ampia risultava la tutela convenzionale (sent. 4 maggio 2013, n. 85; sent. 20 giugno 2013, n. 143; sent. 4 luglio 2013, n. 170), talaltra ancora ha affermato l'equivalenza delle tutele (sent. 18 luglio 2013, n. 202); essa ha, inoltre, preso le distanze dalla giurisprudenza convenzionale quando ha ritenuto prevalente l'esigenza di garantire una tutela "sistemica" rispetto a quella definita "parcellizzata" della Corte EDU (sent. 28 novembre 2012, n. 264).

⁴⁰ Si cfr. RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 145.

⁴¹ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 3.1.1.

una prospettiva di contrapposizione fra i due ordini di garanzie, interne e sovranazionali. Si è, infatti, al cospetto di tutele differenti volte a soddisfare istanze in parte convergenti e in parte divergenti, sicché nessuna di esse appare in grado di assorbire le altre, né in particolare quelle interne appaiono tali da rendere inoperanti, in ogni possibile ipotesi, quelle sovranazionali. Semmai, nella sistematica dette garanzie si affiancano le une alle altre, e nella pratica – come si diceva, a seconda del caso considerato – potrebbero risultare tutte o solo alcune applicabili, ovvero ancora tutte inapplicabili⁴².

Si pensi, come ipotesi di concorso, a una situazione in cui a un *drafting* legislativo della disposizione non conforme agli *standard* minimi di chiarezza (*i.e.*, di precisione) si aggiunga un quadro giurisprudenziale piuttosto instabile nell'interpretare la stessa. In tale ipotesi le carenze del dettato legislativo, quali che ne siano state le applicazioni nella prassi, sarebbero censurabili in relazione alla garanzia interna, comportando una violazione di un corollario del principio costituzionale di legalità 'penale' (art. 25, secondo comma, Cost.)⁴³, mentre i caratteri degli inveramenti giudiziari, in quanto inadeguati a rendere prevedibile la 'base legale', comporterebbero una lesione anche della garanzia convenzionale (art. 7 CEDU)⁴⁴, così come di quella europea (art. 49 CDFUE), sempre che si rientri nel relativo campo di applicazione⁴⁵. Un'ipotesi di alternatività, invece, potrebbe configurarsi allorché, pur a fronte di un dato legislativo apparentemente chiaro e avente un oggetto determinato – e quindi in assenza di profili di contrasto con la già menzionata garanzia interna – siano riscontrabili contrasti giurisprudenziali idonei a escludere la sussistenza di una 'base legale' in concreto 'prevedibile' per il singolo, nel senso delineato a livello sovranazionale⁴⁶.

Con il che non si vuole negare che il convergere di tutele che affondano le proprie radici su prospettive differenti e, almeno originariamente, distanti possa a prima vista indurre a ritenere esistenti contraddizioni tra di esse, o addirittura a far apparire inevitabile – sempre, si intende, a uno sguardo superficiale – una loro reciproca esclusione, nel senso che al riconoscimento delle une sembri dover conseguire, quale precipitato, il disconoscimento delle altre. E anzi è comprensibile che talune difficoltà ricostruttive possano in-

⁴² Si cfr., *ex multis*, VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, cit.

⁴³ Si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.2.

⁴⁴ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3.

⁴⁵ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.2.

⁴⁶ Si v. *supra*, ancora, Cap. II, Sez. I, § 3, e Sez. II, § 3.2.2.

sorgere a fronte della stratificazione dello statuto garantistico del diritto punitivo, tanto più allorché ci si trovi di fronte a ipotesi inedite⁴⁷.

Senonché, la prospettiva metodologica tratteggiata, muovendo dalle peculiarità della singola fattispecie, sembra in grado di disvelare – quanto meno, nella prevalente casistica – la natura apparente dei contrasti fra garanzie nazionali e sovranazionali. Tali contrasti non si rivelano altro che manifestazioni di ‘dislivelli’ nei rapporti interordinamentali (con il diritto europeo) e intersistemici (con il sistema convenzionale), appianabili attraverso confacenti letture delle norme interne, europee e convenzionali coinvolte, e alla luce delle problematiche e delle esigenze di tutela poste dall’ipotesi sanzionatoria scrutinata⁴⁸. Come, del resto, sarebbe stato possibile anche nella vicenda giudiziaria nota come ‘saga Taricco’ – già descritta nei suoi tratti essenziali e qui rilevanti⁴⁹ – rispetto alla quale in letteratura si è condivisibilmente osservato che, in luogo del prospettato innalzamento dei ‘controlimiti’, si sarebbero potuti percorrere sentieri ermeneutici certo innovativi, fondati sulla contaminazione dei diversi istituti giuridici rilevanti e sulla diversificazione delle soluzioni a seconda delle fattispecie configurabili⁵⁰.

Quindi, il giudizio di maggiore debolezza o intensità di una garanzia rispetto alle altre (ove comparabili, ché altrimenti nessun raffronto potrebbe svolgersi) non pare possa compiersi in termini assoluti, né ricondursi a un modello performante in generale. Per quanto, infatti, innegabilmente una

⁴⁷ Com’è accaduto in relazione alle problematiche poste dalla sentenza *Taricco* della Corte di giustizia UE e dal relativo seguito.

⁴⁸ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit., 13-16.

⁴⁹ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.4 e Cap. III, Sez. II, § 3.1.

⁵⁰ Al riguardo, paiono condivisibili le osservazioni di RANDAZZO B., *Il ‘riaccentramento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 156, la quale ritiene che si sarebbero potute esplorare «strade più coraggiose e innovative, capaci di ‘contaminare’ i diversi istituti giuridici coinvolti, con l’obiettivo ultimo, non già di affermare un *predominio assiologico della Costituzione* anche sul diritto europeo comunitario, ma di rendere giustizia costituzionale attraverso un dialogo realmente aperto al confronto, non di fatto precluso da posizioni preconcelte». In tal senso, rispetto alle specifiche questioni poste dalla sentenza *Taricco* l’A. prospetta un’articolazione delle diverse soluzioni a seconda del momento di consumazione del reato e dell’avvenuto decorso o meno del termine di prescrizione, e attraverso una valorizzazione *mutatis mutandis* della giurisprudenza costituzionale sulle norme penali di favore.

simile modellistica possa essere avvertita come rassicurante sul piano sistematico, poiché ritenuta – a ragione o a torto – in grado di meglio assicurare istanze di certezza giuridica, essa darebbe luogo a un incompiuto sterile incasellare, mostrando ben presto la sua inadeguatezza in rapporto alla complessità finora descritta⁵¹. Ciò non significa, però, che quelle istanze, rispondenti a meritorie esigenze di ordine⁵², non possano essere soddisfatte, ma semplicemente che l'opera di categorizzazione debba avere un diverso oggetto: non i contenuti che in astratto possano trarsi dalle singole garanzie (o meglio dalle relative disposizioni), bensì i metodi attraverso cui procedere in concreto all'iscrizione di contenuti in una determinata ipotesi sanzionatoria e alla conseguente individuazione delle garanzie operanti nello specifico caso processuale⁵³. Onde, il raffronto fra di esse appare inevitabilmente relazionale.

Ne risulta che la complessità, elemento caratterizzante, cifra dell'odierno statuto garantistico della materia 'penale', implica una particolare precisione nell'impiego delle diverse categorie giuridiche che si associano a ciascuna garanzia, e impone di rispettarne i relativi significati e i reciproci confini, anche là dove questi possano apparire sbiaditi per l'effetto dei descritti fenomeni di reciproca influenza⁵⁴. La distinzione è inevitabile sul piano formale a fronte della differente natura degli atti recanti le tutele, della differente posizione che queste assumono nell'ordinamento giuridico nazionale, delle differenti modalità di interpretazione e dei conseguenti, differenti contenuti⁵⁵. Ma essa è anche opportuna, considerato che un'even-

⁵¹ Si cfr. Malfatti E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 298.

⁵² Si cfr. Luciani M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 19-70.

⁵³ Si cfr. Manes V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 2, il quale rileva in proposito la «spirale concettuale che peraltro, in non pochi casi, risulta affidata a "fonti senza disposizione", tra le quali campeggiano i "principi generali" ricavabili dalle diverse Carte dei diritti, o immanenti nel sistema, e, soprattutto, le pronunce delle Corti sovranazionali: fonti la cui classificazione può apparire persino velleitaria se si opera in base ai consueti criteri ordinatori, e che non hanno solo forza di persuasione culturale, ma vincolano gli operatori del diritto domestici, pur secondo dinamiche complesse e asimmetriche».

⁵⁴ Ne è un esempio cristallino l'influenza spiegata dalla giurisprudenza sovranazionale sulla portata di talune garanzie riconducibili all'art. 25, secondo comma, Cost.: si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.

⁵⁵ Si v. *supra*, Cap. I, §§ 4-8; Cap. II, Sez. I, § 1 e Sez. II, § 1.

tuale – solo ipotetica – immedesimazione fra tali garanzie finirebbe per irrigidirne la traiettoria evolutiva, facendole coincidere in modo sconveniente⁵⁶. È, pertanto, una complessità, quella qui in esame, che esige di essere ordinata sulla base di modelli adeguati alle finalità perseguite e non semplificata, come accadrebbe qualora si accogliessero in letteratura e si materializzassero nella prassi soluzioni di impropria identificazione ovvero comunque di semplificatoria riduzione del molteplice⁵⁷.

2. La circolarità del processo ermeneutico tra i diversi livelli di giurisdizione e le forme di limitazione reciproca: ‘ricadute’ e ‘risalite’

Il quadro appena delineato consente di soffermarsi su un aspetto essenziale delle garanzie penalistiche sovranazionali, forse scontato alla luce di quanto sinora evidenziato, ma che merita per la sua rilevanza di essere autonomamente messo a fuoco, vale a dire la concretezza insita nelle relative interpretazioni e applicazioni giudiziali. È concreta la sede processuale in cui le disposizioni e i principi giuridici da queste tratti sono posti in correlazione con singole vicende fattuali, è concreto l’atto giuridico in cui tali garanzie si esprimono e solo da siffatte concrete applicazioni o interpretazioni possono inferirsene i contenuti. Si può osservare, quindi, che l’ascrizione di significati alle disposizioni convenzionali ed europee è, sotto diversi profili, opera di concretizzazione⁵⁸. E ciò attribuisce rilievo non solamente al contesto in cui la singola pronuncia convenzionale o europea sia stata resa e ai poteri che in quella sede siano assegnati all’organo giurisdizionale, ma anche ai termini e all’estensione delle questioni giuridiche che in essa

⁵⁶ Basti pensare alle potenzialità racchiuse nell’implementazione da parte della Corte costituzionale di propri criteri sostanzialistici per la definizione delle garanzie interne, come quelli predisposti per valutare la riconducibilità di taluni istituti dell’esecuzione penale al diritto sostanziale e rendere, così, operante rispetto ad essi il divieto di retroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost.: criteri che – lo si è evidenziato – non si sostanziano in una mera riproposizione delle criteriologie sovranazionali, cui pure si ispirano, ma si fondano su un’elaborazione autonoma.

⁵⁷ In tal senso, possono leggersi le considerazioni di ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, cit., rispetto alla necessità di distinguere fra i diversi parametri, interni e sovranazionali, in vista della sollevazione delle questioni di legittimità costituzionale.

⁵⁸ Si cfr. PFERSMANN O., *L’enigma della giustizia costituzionale europea: controllo senza costituzione, struttura costituente paradossale o messianismo costituzionale?*, in *Riv. AIC*, 3, 2014, 6.

siano prospettate e risolte, visto che la loro configurazione e ampiezza potrebbe comportare mutamenti sostanziali della struttura formale della decisione, come delineata dai trattati⁵⁹.

In quest'ottica, con riguardo alla giurisprudenza convenzionale può rilevarsi che i giudizi vertenti su specifiche doglianze di violazione sono strettamente avvinti alla vicenda che ne è oggetto, tanto che la portata della pronuncia resa al loro esito può essere apprezzata solo tenendo conto delle relative caratteristiche, ossia dei fatti o del diritto interno applicato (o applicabile)⁶⁰. Eppure, tale accertamento può anche avere riflessi ulteriori in ipotesi diverse da quelle oggetto dei ricorsi decisi, nelle quali venga in rilievo la posizione di soggetti che si trovino in una situazione identica o analoga a quella dei ricorrenti⁶¹. Il che si verifica senz'altro allorché proprio il carattere sistemico o strutturale della violazione e la serialità della casistica giudiziaria che possa conseguirne portino all'avvio dello specifico modulo procedimentale suscettivo di condurre all'emissione di 'sentenze-pilota'⁶². Ma, anche senza che ciò accada, tali riflessi esterni possono manifestarsi qualora la violazione discenda direttamente dalla legge nazionale o da un'omissione legislativa, e non tanto da una singolare o sporadica, magari solo eccentrica, interpretazione e applicazione giudiziaria della stessa. In effetti, anche in tal caso l'accertamento, pur se compiuto in relazione a una determinata vicenda, può sottendere un sostanziale giudizio vertente sulla compatibilità convenzionale delle previsioni interne rilevanti, o perlomeno di una loro interpretazione⁶³.

⁵⁹ Si v. *supra*, Cap. I, § 7.

⁶⁰ Nel che risiede quella prevalenza della «funzione soggettiva» messa in luce da RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 35.

⁶¹ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 6-12.

⁶² In letteratura, RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, cit., 35, rileva che la procedura pilota determina invero un'inversione di prospettiva – da individuale a generale – rispetto alla tradizionale prevalenza soggettiva caratterizzante i giudizi dinanzi alla Corte europea, e infatti, quando la causa della violazione strutturale dipenda da una legge o dalla sua mancanza, tali giudizi paiono assumere – pur se solo per taluni aspetti – i tratti caratteristici del giudizio sulle leggi.

⁶³ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 9-10.

Dinamiche analoghe, ma nel verso opposto (dal generale al concreto) riguardano, sempre nell’ambito della giurisprudenza convenzionale, la competenza consultiva di nuova introduzione⁶⁴. E, infatti, se la definizione di tale competenza sembra delineare – ma solo apparentemente – un giudizio ermeneutico oggettivo, riguardante ‘questioni di principio’ di interpretazione o applicazione delle garanzie convenzionali, invero sin dalle prime implementazioni della procedura pregiudiziale è emersa con enfasi la connessione tra la richiesta di chiarimento e l’oggetto del procedimento nazionale nel cui ambito essa sia proposta⁶⁵. Sul punto si è chiarito che il quesito deve concernere profili direttamente collegati alla vicenda processuale sottoposta all’attenzione dell’autorità giurisdizionale nazionale e, in modo corrispondente, che la risposta ad esso da parte della Corte europea non può presentare natura astratta né generale. Ne consegue la rilevanza del contesto giuridico e fattuale del singolo caso, e ciò tanto in relazione al promovimento dell’incidente processuale, quanto rispetto agli esiti raggiunti in ordine all’interpretazione o all’applicazione delle garanzie⁶⁶.

Similari considerazioni possono essere svolte anche con riferimento alla competenza interpretativa della Corte di giustizia, la quale pure consiste sul piano formale in un giudizio avente natura oggettiva, eppure di sovente compiuto in stretto rapporto con la fattispecie oggetto del procedimento principale nazionale. Tale rapporto si esplica, parimenti, sia nella pregiudizialità correlata alla genesi del procedimento europeo, sia nei contenuti del chiarimento, atteso che il significato della disposizione europea è indicato, nelle motivazioni e nel dispositivo, anche – se non addirittura, proprio – in relazione alle vicende fattuali e alle norme interne rilevanti, tanto che tale operazione ermeneutica potrebbe implicare una sostanziale valutazione

⁶⁴ Si cfr., sul tema, *ex multis*, CRIVELLI E., *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16. CEDU al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2021.

⁶⁵ Si cfr. Corte EDU [GC], *Advisory Opinion concerning the use of the “blanket reference” or “legislation by reference” technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law*, n. P16-2019-001, 29 maggio 2020, § 44, ove si osserva che le opinioni rese sulla base del Protocollo n. 16 «must be confined to points that are directly connected to the proceedings pending at domestic level».

⁶⁶ Si cfr. Corte EDU [GC], *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, n. P16-2018-001, 10 aprile 2019, § 26.

sulla compatibilità europea di queste ultime⁶⁷. Non solo, ma anche qualora – come talvolta accade – siffatta valutazione di compatibilità non sia direttamente compiuta dal Giudice europeo, e sia quindi rimessa alle giurisdizioni nazionali, nella pronuncia si rinvencono comunque quegli elementi interpretativi sulla cui base poter (*recte*, dover) ricostruire la portata della norma europea e operarne, in concreto, il raffronto con le norme interne pertinenti⁶⁸.

Questa tecnica decisoria è stata sperimentata, proprio nella materia punitiva – come si è avuto modo di dar conto – in ipotesi antinomiche involgenti, da un lato, norme nazionali di dettaglio (ossia, ‘disciplinatrici’ di una certa materia) e, dall’altro, norme europee di principio o ricognitive di di-

⁶⁷ Il che emerge dalla stessa formula del dispositivo, secondo cui la norma di diritto europeo oggetto di interpretazione «osta» ovvero «non osta» a una determinata disciplina nazionale, configurata come quella rilevante nel procedimento nazionale pregiudicato dal quesito interpretativo.

⁶⁸ Con riguardo ai consolidati approdi giurisprudenziali in ordine al perimetro dei poteri assegnati rispettivamente alla Corte di giustizia e al giudice del rinvio nazionale, è assolutamente pacifico che alla è affidato il compito di assicurare l’uniforme interpretazione, nei diversi ordinamenti nazionali, del diritto dell’Unione europea recato dai Trattati e dagli altri atti normativi derivati, mentre resta in ogni caso riservata al secondo la verifica delle circostanze del caso concreto, onde valutare la compatibilità con il diritto europeo, come interpretato dal suo ‘interprete qualificato’, delle pertinenti disposizioni nazionali e, se del caso, procedere alla disapplicazione di queste ultime. Il descritto quadro dei rapporti fra giudice europeo e giudice nazionale si basa, cioè, sulla loro “armoniosa collaborazione”, come è oggi perfettamente restituito, oltre che dalla consolidata giurisprudenza sia nazionale che europea, anche dalle *Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale* (2019/C 380/01), nelle quali si riconosce che «se è vero che per rendere la propria decisione la Corte [di Giustizia] prende necessariamente in considerazione il contesto di diritto e di fatto della controversia principale, come definito dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, essa non applica direttamente il diritto dell’Unione a tale controversia» (si v. punto 11). E vi si aggiunge che «[q]uando si pronuncia sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, la Corte cerca di dare una risposta utile per la definizione della controversia principale, ma spetta al giudice del rinvio trarne le conseguenze concrete, disapplicando all’occorrenza la norma nazionale giudicata incompatibile con il diritto dell’Unione» (*ibidem*). È evidente, dunque, il ruolo “attivo” spettante al giudice nazionale, al quale compete l’interpretazione della sentenza europea nel suo complesso, attraverso una lettura del dispositivo alla luce delle sue motivazioni, e quindi il compimento di quelle verifiche che sono ad esso assegnate, avendo riguardo degli ‘elementi interpretativi’ indicati nella stessa sentenza europea e delle specificità del caso concreto sottoposto alla sua attenzione.

ritti fondamentali, il cui confronto è non di rado disagiata⁶⁹. Se ne ha dimostrazione in quelle pronunce nelle quali si sono esaminate questioni interpretative concernenti la compatibilità con la garanzia europea del *ne bis in idem* di sistemi punitivi di ‘doppio binario’⁷⁰. A tali questioni la Corte di giustizia non ha fornito una risposta univoca, né rispetto a specifici sistemi sanzionatori in tal modo configurati, né tanto meno in termini assoluti, ma si è semplicemente limitata a individuare quali siano gli aspetti dirimenti di cui tenere conto nelle verifiche in ordine all’eventuale contrasto con il diritto europeo delle norme punitive interne, sostanziali o processuali. Il contenuto interpretativo della pronuncia europea si è risolto, così, nella precisazione del criterio – di adeguatezza del ‘coordinamento’ fra i diversi ambiti sanzionatori incidenti sui medesimi fatti – la cui integrazione nella singola vicenda deve essere vagliata dal giudice nazionale⁷¹.

Dai profili appena tratteggiati si coglie il ruolo rivestito dalle Corti europee quali ‘interpreti qualificati’ dei rispettivi testi giuridici e delle garanzie che vi sono custodite: un ruolo discendente dai trattati internazionali e riconosciuto anche nell’ordinamento italiano, a partire dalla giurisprudenza costituzionale⁷². La natura ‘qualificata’ che viene attribuita all’organo (‘interprete’) nonché al contenuto e al risultato della sua attività (‘interpretazione’) – come appare intuitivo – non vale a denotare un’inesistente esclusività del compito, considerato che altri organi, anche giurisdizionali, sono

⁶⁹ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.1.

⁷⁰ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.3.

⁷¹ Si cfr. Corte giust. UE, Grande Sez., *Menci*, cit., punto 40-64; *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punti 42-63; *Di Puma*, cit., punti 37-46. Sulle pronunce, si cfr. RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea in materia di ne bis in idem*, cit.; GALLUCCIO A., *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, cit., 286 ss.; SALVEMINI P., *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sezione si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, cit.

⁷² Con riguardo alla Corte EDU, si cfr. Corte cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007, cit.; sent. n. 49 del 2015, cit.; per quanto concerne la Corte di giustizia, si cfr. Corte cost., sent. n. 389 del 1989, cit. In letteratura, si cfr. ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 69 ss.; ESPOSITO A., *Il diritto penale ‘flessibile’. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, cit., 114 ss.; MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) penale interno*, cit., 22; RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit.

fisiologicamente chiamati a ricostruire il contenuto delle norme convenzionali o europee e, in senso lato, ad “applicarle”. La ‘qualificazione’ dell’interpretazione risiede, invece, nella sua vincolatività nei confronti di tali altri organi, giurisdizionali e non, pur se questa si atteggia secondo modalità affatto peculiari in ragione dello stretto legame, sopra precisato, fra chiarimento ermeneutico e fattispecie considerata⁷³.

Il vincolo si concretizza nel fatto che l’interprete ‘non qualificato’ non possa attribuire alle disposizioni convenzionali ed europee, e alle relative garanzie, uno qualunque dei possibili significati da esse ricavabili, ma sia obbligato a tener conto dei significati loro già attribuiti nella pregressa e rispettiva casistica giudiziaria, convenzionale ed europea. E la specificità di tale vincolo – essendo, appunto, un vincolo solo ermeneutico, eccezion fatta per le ipotesi di c.d. stretta esecuzione delle pronunce sovranazionali, di cui si dirà⁷⁴ – risiede nel suo oggetto, che è rappresentato dai criteri per l’individuazione del contenuto di una certa garanzia nel singolo caso e dagli ‘indici’, ossia dagli elementi fattuali o normativi, decisivi per la loro integrazione, e non tanto dai risultati del procedimento ermeneutico intorno a una questione giuridica⁷⁵. In effetti, questi dipendono dalla similitudine o diversità del caso in esame rispetto a quello deciso nel precedente giudiziario pertinente, e quindi possono coincidere in fattispecie in tutto identiche o analoghe, ovvero divergere là dove le peculiarità di specie impongano di pervenire, seppure a partire dalle medesime criteriologie, a una soluzione differente⁷⁶.

La precisazione del vincolo rappresentato da tali ‘interpretazioni qualificate’ consente di meglio definire le relazioni fra giurisdizioni nazionali e giurisprudenza convenzionale ed europea, di cui appare emergere una duplice dinamica, ‘discendente’ e ‘ascendente’. Si può, infatti, osservare che i procedimenti di interpretazione e applicazione delle norme interne, in quan-

⁷³ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit., 16-19.

⁷⁴ Si v. *infra*, § 3.

⁷⁵ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit., 14-15.

⁷⁶ Si realizza, cioè, quell’andirivieni dello sguardo dagli elementi di fatto a quelli di diritto segnalato da BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, cit., 21-22.

to volti ad assicurare il rispetto delle obbligazioni sovranazionali, presuppongono la ricostruzione del relativo contenuto e, a tal fine, una lettura consapevole della corrispondente giurisprudenza, della quale debbono riconoscersi le ‘ricadute’ nella singola vicenda. E ciò comporta l’adozione di canoni ermeneutici confacenti, attraverso i quali rinvenire, come si è appena mostrato, i criteri e i corrispettivi ‘indici’ rilevanti⁷⁷.

I modelli decisionali così ricavati debbono essere messi in relazione alla specifica fattispecie, e ai tratti che la contraddistinguono⁷⁸, di tal che le giurisdizioni nazionali non possono – né invero potrebbero in astratto – limitarsi a un mero recepimento, in termini positivi, o a una mera repulsione, in termini negativi, degli approdi sovranazionali, come se questi siano in grado di fondare *sic et simpliciter* una certa soluzione della problematica controversa. All’opposto, esse sono tenute a implementare in concreto gli schemi di giudizio sostanzialistici enucleabili da detti approdi, prendendo in considerazione le caratteristiche presentate dal caso processuale. E simili invernamenti interni sono suscettivi di ‘risalire’ alle giurisdizioni sovranazionali – secondo gli strumenti processuali previsti (nel corso del procedimento nazionale o dopo la conclusione dello stesso) – concorrendo a ulteriori concretizzazioni di categorie, nozioni e criteri sostanzialistici definenti il contenuto delle garanzie sovranazionali, e quindi alla “formazione” stessa del diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo⁷⁹.

In tal modo, emerge un’evidente ‘circolarità’ del processo ermeneutico fra i diversi livelli di giurisdizione, che se certo conduce a fenomeni di reciproca incidenza o influenza, e a inevitabili incroci e sovrapposizioni⁸⁰, si fonda, però, su una chiara distinzione – quanto meno nelle premesse – fra i

⁷⁷ Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 1 e Sez. II, §§ 2-3.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Si cfr. RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 21-74; MALFATTI E., I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea, cit., 256.

⁸⁰ Si cfr. in termini più generali RANDAZZO B., *Accesso alla giustizia e diritti fondamentali nella dimensione costituzionale nazionale e sovranazionale*, in AMALFITANO C.-GALETTA U.D.-VIOLINI L., “Law, Justice and Sustainable Development”. *L’accesso alla giustizia nel quadro del Sd Goal 16. Atti del I Convegno annuale del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, svoltosi il 29 ottobre 2021*, Giappichelli, Torino 2022, 119, secondo la quale il richiamo della giurisprudenza europea e di altre Corti evoca «una sorta di rete delle Corti funzionale alla ricerca di (reciproca) legittimazione».

rispettivi ambiti di competenza⁸¹. Alle giurisdizioni sovranazionali compete l'interpretazione delle disposizioni convenzionali ed europee, secondo la descritta opera di concretizzazione, da cui possono ricavarsi le condizioni e i metodi per ulteriori inderamenti nelle sfaccettature della casistica. Mentre alle giurisdizioni nazionali, ciascuna in rapporto ai propri poteri, competono – si intende qui, ai fini dell'osservanza delle obbligazioni sovranazionali – quelle valutazioni sostanzialistiche sottese alla verifica del “comportamento” delle norme convenzionali ed europee nella fattispecie in esame.

È chiaro che una simile circolarità mette in luce – per quanto di interesse – il ruolo e la posizione dei giudici interni, i quali sono collocati a un primo livello di “applicazione” delle norme convenzionali ed europee, e impegnati, per tale ragione, in compiti interpretativi che ne presuppongono il raffronto con la singola ipotesi di interesse. L'ampliamento delle sfere di discrezionalità giudiziaria, nascenti da queste operazioni ermeneutiche e applicative, non può ritenersi illimitato, e tuttavia la ricostruzione dei confini entro cui possa esplicarsi la discrezionalità deve essere compiuta secondo teorie differenti da quelle tradizionalmente impiegate⁸².

È fuor di dubbio che formule classiche, come quelle secondo cui la magistratura, nel suo complesso, costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere e che i giudici siano soggetti soltanto alla legge, hanno un'origine storica assai lontana e trovano il proprio fondamento nell'idea, non più attuale, che i giudici siano meri esecutori della legge, il cui unico scopo sarebbe quello di “farla parlare”. Così come è altrettanto certo che tale costruzione, ammesso che sia mai stata dotata di una reale capacità performativa, è messa in crisi dalle odierne trasformazioni, fra le quali si inseriscono quelle dovute al necessario rilievo interno del diritto giurisprudenziale sovranazionale. E, infatti, la soggezione alla legge, seppure certamente persista nel senso che non potrebbe procedersi come se la legge non esistesse – e, cioè, superandone le previsioni senza che siano azionati gli idonei strumenti processuali e sostanziali offerti ai giudici interni nell'attuale quadro sistemico –, converge in una più generale soggezione al ‘diritto’.

⁸¹ In tal senso, sembra orientarsi anche GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., 432, la quale fa riferimento a “riserve di competenza”.

⁸² Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.

concetto entro cui può racchiudersi anche la giurisprudenza convenzionale ed europea⁸³.

Quindi, a fronte degli spazi di intervento che si schiudono alle giurisdizioni nazionali, la problematica costituzionale di una loro delimitazione non sembra possa risolversi, se non solo parzialmente, tramite la riproposizione di immutate precedenti elaborazioni, suggerendo o auspicando una riacquisita centralità della legislazione. Al contrario, gli inediti momenti di discrezionalità giudiziaria qui in esame si correlano a limiti, anch'essi inediti, direttamente rinvenibili nello stesso diritto giurisprudenziale convenzionale ed europeo – in particolare, come si è osservato, dai suoi contenuti e caratteri – il quale si rivela essere non solo causa, ma anche argine delle tendenze di “rafforzamento” delle giurisdizioni interne. È, dunque, proprio la ‘circularità’ del processo ermeneutico a delimitare il perimetro e i confini reciproci di ciascun livello giurisdizionale: ossia, a dare luogo a forme di limitazione reciproca fra le differenti articolazioni della giurisdizione stessa⁸⁴.

3. Gli obblighi interpretativi gravanti sulle giurisdizioni nazionali

La disamina della prima direzione della ‘circularità’ che si è descritta, dal livello sovranazionale a quello nazionale, porta ad approfondire il ruolo delle giurisdizioni interne nell'assicurare l'osservanza degli obblighi sovranazionali, e a soffermarsi sulle operazioni richieste nei processi di interpretazione del corrispondente diritto giudiziario⁸⁵. Così, muovendo dall'ermene-

⁸³ Si cfr. BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit., 99 ss.

⁸⁴ Si cfr. GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, cit., 432, la quale evidenzia che nel nuovo quadro potrebbe insorgere «la necessità di comporre tre differenti visioni, bilanciamenti, meccanismi di tutela; e la definizione delle rispettive capacità vincolanti o persuasive, la fissazione di “riserve di competenza” potranno essere determinanti per consentire uno sviluppo equilibrato dell'integrazione sistemica fra i tre ordinamenti coinvolti».

⁸⁵ Sotto questo profilo, MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 28, evidenzia il rischio di “distorsioni conformative” dovute a fallaci metodologie interpretative del diritto giurisprudenziale sovranazionale, fra cui l'A. segnala l'utilizzo selettivo e arbitrario dei precedenti e dei principi in essi affermati: tali erronee metodologie possono risolversi in improprie universalizzazioni della portata di un certo principio, nella scelta di un precedente non autorevole o privo di forza, o ancora

neutica della giurisprudenza convenzionale, risulta essenziale distinguere le ipotesi in cui tali giurisdizioni siano coinvolte nell'esecuzione di singole pronunce, rese nei confronti dello Stato italiano e dichiarative della violazione di taluna delle garanzie della Convenzione, da quelle in cui, invece, le stesse siano chiamate a fare "applicazione" delle medesime garanzie – nel significato lato sopra chiarito – sul piano interno⁸⁶.

Nel caso dell'esecuzione, in senso proprio, le giurisdizioni concorrono a ottemperare gli obblighi di conformazione sanciti dall'art. 46 CEDU, i quali – come noto – possono aggiungersi al mero accertamento della violazione e al riconoscimento in favore del ricorrente di un'equa soddisfazione *ex art.* 41 CEDU. Si tratta di obblighi che implicano l'adozione di misure generali o individuali, la cui sostanza è da ricostruirsi sulla base della tipologia di pronuncia emessa e dei contenuti dell'accertamento in essa compiuto, secondo le indicazioni fornite nella fase di esecuzione – ai sensi degli artt. 47 e 48 CEDU – da parte del Comitato dei ministri e della stessa Corte europea. Se, infatti, l'individuazione delle misure rientra certamente nella discrezionalità dello Stato, talvolta la natura della violazione riscontrata non lascia effettivi margini di scelta, tanto che è la stessa Corte europea a indicare, nella pronuncia, una specifica misura. E, ancora, se la determinazione dell'intervento potrebbe – anche in assenza di una siffatta univoca indicazione – non rivelarsi particolarmente problematica, talvolta la scelta presenta, invece, maggiori difficoltà e appare opportuno attendere i chiarimenti forniti nella fase esecutiva da parte degli organi sovranazionali⁸⁷.

Ne risulta che l'esecuzione giudiziaria di una pronuncia convenzionale –

non espressivo di un orientamento incontrastato, nella sopravvalutazione di un *obiter dictum* erroneamente ritenuto *ratio decidendi*. L'A. osserva anche che l'«uso distorsivo del case-law (non solo) europeo può, ovviamente, anche nascondere molte più insidie: e la delicatezza di tali aspetti è amplificata, per un verso, dalla volubilità e dalla frequente mancanza di coerenza degli orientamenti delle Corti europee, ed in specie della Corte EDU» e, «per altro verso, dall'assenza – in capo al giudice e più in generale al giurista italiano – di un adeguato corredo metodologico nel gestire una giurisprudenza casistica (anche in questo caso, soprattutto quella di Strasburgo), e nel maneggiare correttamente uno strumentario tipicamente alieno, fatto di *rationes decidendi* e di *obiter dicta*, e soprattutto del dovuto *distinguishing*».

⁸⁶ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit., 16.

⁸⁷ Si cfr. RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, cit., 31 ss.

sia che avvenga tramite il ricorso ai rimedi *ad hoc* istituiti⁸⁸, sia che venga assicurata sulla base di uno strumento processuale “ordinario”, adeguatamente interpretato⁸⁹ – presuppone delicati apprezzamenti al fine di definire la configurabilità, la forma e l’ampiezza della soluzione, in modo che ne sia assicurata la congruenza ai contenuti della stessa pronuncia e alle modalità di esecuzione come eventualmente precisate. La puntuale, necessaria analisi di tali elementi non può che portare a tenere separate le modalità di esecuzione delle ‘sentenze-pilota’, le quali sono rese in esito a un peculiare modulo processuale avviato in presenza di violazioni strutturali o sistemiche idonee a dar luogo alla presentazione di ricorsi seriali, da quelle relative alle altre pronunce dichiarative di violazioni⁹⁰.

In effetti, al di fuori di tale specifica procedura, non è detto che a una singola pronuncia di violazione consegua, quale obbligo di conformazione, l’adozione di misure generali, suscettive di operare anche per chi si trovi in una posizione identica o analoga a quella del ricorrente; e, pertanto, nei confronti dei non ricorrenti non si dovrà necessariamente procedere negli stessi termini in cui si è tenuti rispetto a colui che ha adito la Corte europea. Peraltro, queste osservazioni restano ferme anche se la violazione dovesse discendere direttamente da una legge o da una omissione legislativa, se solo si considera che il giudizio implicito sulla disciplina interna è pur sempre compiuto ai fini dell’accertamento della violazione nel singolo caso. Quindi, in assenza di obblighi di conformazione che implicino chiaramente misure di ordine generale – e, in ogni caso, allorché la fase esecutiva si sia conclusa positivamente, senza che dette misure siano state introdotte – le giurisdizioni interne non potrebbero trattare la posizione dei non ricorrenti alla stregua di quella del ricorrente sul preteso fondamento dell’art. 46 CEDU. Ciò che accadrebbe, invece, se si ritenesse – in ipotesi – che ai primi debba estendersi, sempre e comunque, la misura individuale identificata – in autonomia o sulla base delle indicazioni della Corte europea o del Comitato dei ministri – per il caso concernente il secondo⁹¹.

⁸⁸ Per la materia punitiva si fa riferimento all’ipotesi di revisione aggiunta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011 (c.d. revisione europea) e ora anche allo strumento processuale precipuamente previsto dal legislatore (art. 628-*bis* cod. proc. pen.).

⁸⁹ Come è accaduto nel caso *Contrada*: si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 3.3; Cap. III, Sez. I, § 3.1.1 e Sez. II, § 4.

⁹⁰ Si cfr. RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, cit., 34-35.

⁹¹ Così, ancora, RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti*.

Per concretizzare quanto finora illustrato può farsi riferimento – limitandosi a uno dei casi già trattati – alla problematica esecuzione della sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia*⁹², nella quale all'accertamento della violazione della garanzia del *ne bis in idem* – derivante dalla configurazione della normativa italiana, istitutiva di un 'doppio binario' punitivo per gli abusi di mercato – è seguito il riconoscimento di somme monetarie a titolo di equa soddisfazione, insieme a precipue indicazioni sulla portata degli obblighi di conformazione. A quest'ultimo riguardo, si rileva che la Corte europea non ha richiesto l'adozione di alcuna misura generale, e ha chiarito che la natura della violazione riscontrata era tale da non offrire una reale scelta circa la misura individuale, che è stata direttamente identificata nella chiusura del secondo procedimento 'penale' allora pendente nei riguardi dei ricorrenti. Di tal che, ai fini dell'esecuzione è stata ritenuta sufficiente l'emissione del provvedimento giurisdizionale conclusivo di detto procedimento, emesso *medio tempore* pur se per una ragione diversa da quella che ha dato luogo all'accertamento della violazione⁹³. Sono rimaste estranee all'ambito esecutivo in senso stretto le questioni concernenti, sul piano sistemico, la soluzione da accogliersi nelle situazioni identiche o analoghe a quelle dei ricorrenti, sulle quali – come pure si è visto – molteplici sono state le vie prospettate in dottrina e in giurisprudenza⁹⁴.

Tale esemplificazione avvia, quindi, all'esame del secondo ordine di ipotesi – definite come di "applicazione" interna della Convenzione – in cui la giurisprudenza convenzionale assume rilievo sul piano interno nell'ambito di casi oggettivamente e soggettivamente differenti da quelli decisi dalla Corte europea⁹⁵. In queste ipotesi gli obblighi che gravano sulle autorità giudiziarie interne non sono – certo – quelli di conformazione *ex art. 46 CEDU*,

ti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU, cit., 8, la quale sottolinea come la differenza fra la situazione del ricorrente e del non ricorrente può condurre a esiti differenti da valutarsi di volta in volta sulla base delle specificità dei casi.

⁹² Si v. *supra*, Cap. II, Sez. I, §§ 2-4; Cap. III, Sez. I, § 4.3.1, e Sez. II, § 5.

⁹³ Si cfr. Risoluzione del Comitato dei Ministri, ResDH(2022)204, *Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Grande Stevens et autres contre Italie*, 22 settembre 2022.

⁹⁴ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.3.1 e Sez. II, § 5.

⁹⁵ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, cit.

bensì quelli generali *ex art. 1 CEDU*, e in modo corrispondente i compiti loro assegnati non consistono nella determinazione (o perimetrazione) della forza vincolante spiegata dalla singola pronuncia convenzionale, ma risiedono nella lettura della giurisprudenza nel suo complesso al fine di individuare la portata della garanzia sovranazionale che costituisca parametro ermeneutico o di legittimità delle norme punitive astrattamente applicabili nel processo nazionale pendente.

Il quadro rilevante, a questi fini, è quello delineato dalla giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, che, nel precisare il sistema tracciato dalle sentenze “gemelle” del 2007, esige la ricognizione della giurisprudenza convenzionale definita come ‘consolidata’⁹⁶. Il ricorso a tale qualificazione – in sé non estranea al sistema convenzionale, pur se impiegata per altre finalità – non si è, tuttavia, accompagnato a indicazioni del tutto coerenti con le forme di sviluppo di tale diritto giurisprudenziale, le quali – come osservato a più riprese – risultano ravvicinabili maggiormente a quelle degli ordinamenti di *common law*, piuttosto che a sistemi di *civil law*. E, infatti, le nozioni (come quella di ‘principio di diritto’) e i criteri (come quelli per il riconoscimento del ‘consolidamento’ giurisprudenziale) elaborati nella pronuncia costituzionale paiono riecheggiare categorie adatte, semmai, alla giurisprudenza interna, in particolare di legittimità, e quindi non pienamente congruenti con le finalità perseguite⁹⁷.

A ben vedere, l’opera interpretativa rimessa alle giurisdizioni nazionali – come si è cercato di evidenziare – dovrebbe implicare la selezione, nell’ambito dell’amplissimo materiale giurisprudenziale convenzionale, di quei precedenti giudiziari che, secondo la tecnica del *distinguishing*⁹⁸, appaiano pertinenti in relazione al caso concreto in esame⁹⁹. In tal modo, il processo ermeneutico dovrebbe portare ad attribuire rilievo, nella lettura di tali precedenti, non tanto alle mere enunciazioni di principi generali – invero ricorrenti in ogni pronuncia che affronti una data questione giuridica –

⁹⁶ Si cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, cit., n. 7 *Cons. dir.*

⁹⁷ Si cfr. RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziarica) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, cit., 14 e 16-17.

⁹⁸ Sulle problematiche legate a tale tecnica interpretativa, si cfr. le riflessioni di RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, cit., 279 ss.; e anche RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 161.

⁹⁹ Si cfr. BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit., 25 ss.

quanto agli specifici elementi fattuali o normativi ritenuti dirimenti per la risoluzione della questione giuridica di interesse, in modo da ricavare la relativa *ratio decidendi* distinguendola da meri *obiter dicta* recati dalla pronuncia¹⁰⁰. Così, ad esempio, la valutazione in ordine all'assoggettamento di una certa sanzione extrapenale alle garanzie convenzionali penalistiche deve essere condotta muovendo dall'esame dei precedenti in cui la criteriologia sostanzialistica rilevante, definente il perimetro della 'materia penale', sia stata messa concretamente in relazione a misure sanzionatorie analoghe a quella di specie¹⁰¹.

Non sono meno articolate le operazioni connesse all'interpretazione delle pronunce europee, che – per le finalità di cui alla presente indagine – sovengono sia ove emesse in esito a procedimenti pregiudiziali interpretativi, sia quando, pur se rese in altre sedi processuali, rechino esplicite o implicite precisazioni in ordine al significato di norme europee incidenti sul diritto punitivo interno¹⁰². Anche per l'interpretazione del diritto giurisprudenziale europeo è, quindi, centrale la diversità dei poteri giurisdizionali attribuiti nei molteplici ambiti, così come dei contenuti sostanziali delle valutazioni compiute dal Giudice europeo.

Soffermandosi sulla disamina delle pronunce (anche formalmente) interpretative, occorre considerare che la soluzione ermeneutica indicata assume un diverso rilievo e ha diverse implicazioni nel procedimento in cui era stato promosso il rinvio pregiudiziale, ovvero negli altri procedimenti concernenti situazioni identiche a quello in cui sia stato attivato lo strumento processuale, o – ancora – nei procedimenti vertenti su situazioni addirittura diverse nelle quali sia nondimeno rilevante la disposizione europea oggetto di chiarimento interpretativo. La prassi giudiziaria mostra che la soluzione interpretativa è di sovente resa in rapporto alla specifica situazione fattuale e normativa interna descritta nell'ordinanza di rinvio, sicché quando la vicenda contenziosa risulti differente è necessario verifi-

¹⁰⁰ Si cfr. TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in MEZZETTI L.-FERRER MAC GREGOR E. (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Padova, Cedam, 2010, 503 ss., nota che soltanto la *ratio decidendi* può avere efficacia di precedente, mentre gli *obiter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore. Senonché, rileva l'A., tale distinzione – pur nota alla nostra giurisprudenza – «non viene applicata con il necessario rigore».

¹⁰¹ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 2.

¹⁰² Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. II.

care se e in quale misura le specificità del caso processuale possano rilevare rispetto all’operatività della stessa disposizione europea, come interpretata dalla Corte di giustizia. E per definirne i contenuti nel caso di specie l’interprete non può che muovere dalla precedente pronuncia (o dalle precedenti pronunce) sulla medesima disposizione, traendone ogni indicazione interpretativa utile¹⁰³.

4. Il contributo delle giurisdizioni nazionali alla formazione del diritto giurisprudenziale sovranazionale

La seconda direzione della ‘circolarità’, dal livello nazionale a quello sovranazionale, pone in risalto le valutazioni implicate dalla interpretazione e applicazione delle disposizioni recanti le garanzie convenzionali ed europee, una volta che ne siano stati ricostruiti i relativi contenuti (o che si sia tentato di ricostruirne i contenuti) nei modi poc’anzi descritti. La correlazione fra il procedimento ermeneutico e la singola vicenda processuale impone di raffrontare la portata di tali garanzie alle specificità del nuovo caso di interesse, rifuggendo pertanto da una mera, acritica ricezione – per quanto si è detto, neppure astrattamente ipotizzabile – degli approdi giurisprudenziali sovranazionali. La stessa natura sostanzialistica dei modelli ermeneutici e decisorii esclude in radice che dal diritto giurisprudenziale sovranazionale possano dedursi soluzioni autoevidenti o automatiche.

In effetti, l’operatività di simili modelli non esige solamente l’impiego dei canoni usualmente accolti per l’interpretazione delle norme sovranazionali e i relativi linguaggi propri. Ma essa richiede anche che siano raffrontati i caratteri fattuali e normativi della vicenda oggetto del procedimento interno con quelli cui si riferiscono i precedenti sovranazionali in termini, e che sia, inoltre, verificata l’estensione e l’importanza – ossia, la decisività – degli elementi di analogia o di diversità fra i due casi processuali, a giustificazione della soluzione da accogliersi circa l’applicabilità o la violazione della norma convenzionale o europea.

La strutturale prossimità delle giurisdizioni nazionali alla situazione controversa le pone in una posizione privilegiata per lo svolgimento dei tratteg-

¹⁰³ Il che costituisce una delle concretizzazioni del ruolo di ‘giudici europei’ ricoperto dalle autorità giudiziarie nazionali: si cfr. DI FEDERICO G., *Il giudice italiano come giudice europeo*, in ID. (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Bononia University Press, Bologna, 2019, 237-265.

giati processi di concreta implementazione dei canoni ermeneutici e decisori sovranazionali, ossia per individuare gli elementi rilevanti – di mero fatto, di applicazione del diritto al fatto ed eventualmente anche di mero diritto – e valorizzarli opportunamente nella cornice di un complessivo approccio sostanzialistico. Gli esiti dovrebbero risultare – almeno potenzialmente – in uno sviluppo coerente con gli orientamenti giurisprudenziali sovranazionali e, al contempo, in una soluzione adeguata ai caratteri e alle specificità delle norme di diritto interno applicabili, o dell'ordinamento nazionale nella materia di interesse, contribuendo alla realizzazione di una contaminazione fra prospettive diverse¹⁰⁴. E le soluzioni così elaborate appaiono capaci di 'risalire' in via diretta ai relativi 'interpreti qualificati' secondo una pluralità di dinamiche.

Un primo percorso di 'risalita' è tracciato dalla proposizione di quesiti pregiudiziali di interpretazione del diritto europeo. A ben vedere, il modo in cui sia attivato questo strumento processuale di coordinamento è capace di incidere significativamente sull'ulteriore corso del procedimento incidentale sovranazionale e sul relativo esito. La fase introduttiva richiede un'esauriente illustrazione del diritto interno pertinente, tanto di quello normativo quanto di quello giurisprudenziale, funzionalizzata alla definizione dell'oggetto del quesito interpretativo. Tale ricostruzione non solo è servente sul piano formale alla dimostrazione della sussistenza del nesso di pregiudizialità, ma appare anche opportuna sul piano sostanziale affinché il giudice europeo renda una risposta utile, calibrando il significato da attribuirsi alle disposizioni investite dal quesito interpretativo alla luce delle caratteristiche delle norme nazionali applicabili o comunque rilevanti.

Il contenuto delle ordinanze di rinvio non pare potersi esaurire nella semplice allegazione del diritto europeo da interpretarsi e delle ulteriori norme interne ed europee rilevanti, e cioè in una mera indicazione del contesto di riferimento, ma dovrebbe diffondersi nell'illustrazione dei tratti specifici del caso processuale e degli istituti giuridici nazionali interessati dal confronto con le norme europee. Così se, ad esempio, dovessero insorgere dubbi in ordine all'avvenuta integrazione o meno dei criteri elaborati per la definizione del perimetro delle garanzie penalistiche (i criteri *Bonda*)¹⁰⁵, il giudice nazionale dovrebbe certo dar conto della disciplina normativa e della prassi giudiziaria afferenti alla singola misura sanzionatoria in que-

¹⁰⁴ Si cfr. RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 156.

¹⁰⁵ Si cfr. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.2.1.

stione, evidenziando inoltre le caratteristiche strutturali od operative che, a suo avviso, possano essere valorizzate in relazione a detti criteri – pur se in termini dubitativi, visto che diversamente nessun rinvio pregiudiziale si giustificerebbe – e sulle quali dovrebbe insistere l'analisi del giudice europeo¹⁰⁶.

Il secondo percorso di ‘risalita’ al livello sovranazionale può concretizzarsi, dopo la conclusione del processo nazionale, con la presentazione di un ricorso alla Corte europea dei diritti che prospetti violazioni di garanzie convenzionali discendenti da una certa applicazione giudiziaria delle norme interne. Il che può verificarsi tanto più allorquando le giurisdizioni interne abbiano tenuto conto della giurisprudenza convenzionale per affrontare e dirimere le questioni concernenti l'applicabilità delle norme convenzionali o la loro osservanza, nell'ambito del tentativo di interpretazione convenzionalmente conforme della normativa nazionale o per la valutazione dei presupposti in vista della sollevazione, su di essa, di una questione di legittimità costituzionale per incompatibilità convenzionale. In simili ipotesi l'esame delle doglianze, da parte del Giudice di Strasburgo, non sembra poter trascurare gli argomenti addotti dai giudici nazionali nelle loro decisioni, e dei quali dovrebbe essere rivalutata l'effettiva rilevanza, ovvero l'eventuale prevalenza o recessività rispetto ad altri elementi, invece trascurati nel giudizio interno. Quali che siano gli esiti in concreto raggiunti nella sede giudiziaria sovranazionale, può osservarsi che, in tal modo, il processo ermeneutico condotto dai giudici interni produce un effetto su quello condotto dalla Corte europea, quale ‘interprete qualificato’ della CEDU, inducendola a tenere conto di specificità contingenti o strutturali della fattispecie scrutinata.

Analoghe dinamiche di ‘risalita’ possono manifestarsi anche indirettamente, pur quando le interpretazioni interne delle norme convenzionali ed europee non siano prefigurate o compiute nella stessa vicenda procedimentale da cui abbia avuto origine il giudizio sovranazionale, quale incidente del primo (come nel caso di un rinvio pregiudiziale europeo) o quale suo seguito (come nel caso della proposizione di un ricorso convenzionale). In effetti, le giurisdizioni sovranazionali potrebbero aver contezza di siffatte soluzioni ermeneutiche, nella misura in cui queste costituiscano parte essenziale del quadro giurisprudenziale interno – allegato dai soggetti che abbiano avviato o partecipino al giudizio europeo o convenzionale – rilevante ai fini della decisione.

¹⁰⁶ *Ivi*, § 3.3.

La ricognizione del diritto interno pertinente, anche giurisprudenziale, è funzionale al riconoscimento delle caratteristiche normative del caso nazionale, e consente di apprezzare quali argomenti siano stati elaborati nella prassi interna in fattispecie simili e di verificarne la consistenza rispetto ai precedenti sovranazionali in termini. Se per un verso ciò rappresenta una limpida manifestazione del ruolo di ‘interpreti qualificati’ proprio dei giudici sovranazionali, ciascuno rispetto ai testi giuridici di riferimento, per un altro verso evidenzia un ulteriore profilo di incidenza della giurisprudenza interna sui processi ermeneutici svolti a livello convenzionale ed europeo. Basti considerare che, in tal modo, le Corti europee sono poste nelle condizioni di conoscere gli argomenti sviluppati sul piano interno, di valutare l’idoneità degli elementi su cui tali argomenti si fondino, e quindi di tenere conto di queste interpretazioni interne nell’ulteriore sviluppo della propria giurisprudenza.

4.1. *Il contributo della giurisdizione costituzionale*

Il riposizionamento delle giurisdizioni nazionali¹⁰⁷ – che si è appena descritto – si esprime icasticamente in un ampliamento e accrescimento dei momenti di discrezionalità giudiziaria che vedono nel diritto giurisprudenziale sovranazionale la propria fonte e, al contempo, il proprio confine¹⁰⁸. Nella giurisprudenza costituzionale questa tendenza emerge lungo due distinte e concorrenti direttrici¹⁰⁹, le quali incrociano tanto i

¹⁰⁷ Si cfr. LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., 147 ss.

¹⁰⁸ Si cfr. ID., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, cit., 4-11 e spec. 9, che indica la posizione assunta, sul piano interno, dalla giurisprudenza della Corte EDU come esempio dell’affermarsi e della diffusione di una visione del diritto come «fenomeno riconducibile, in sostanza, alle pronunce giurisdizionali»; e ANGIOLINI V., *Notarelle su giurisdizione e politica*, cit., 31-32, secondo cui, nella tendenza evolutiva dei rapporti fra il «legislatore politico» e la giurisdizione, un impulso è venuto «dalla giustizia internazionale e sovranazionale, collaborante con le giurisdizioni statali e ad esse affiancata», atteso che le modalità con cui le Corti sovranazionali «confermano non solo la sindacabilità di deliberazioni politiche e democratiche, ma anche la possibilità di impiantare il giudizio sul metro di regole e principi preformati solo grossolanamente e destinati a essere rimessi agli sviluppi della giurisprudenza».

¹⁰⁹ Anche GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, cit.,

processi interpretativi, quanto quelli strettamente decisori.

La disamina dei primi rimanda inevitabilmente alla distinzione – cui si è fatto cenno – fra ipotesi di incidenza diretta del diritto giurisprudenziale sovranazionale, quando esso sia evocato per definire la portata di disposizioni convenzionali o europee, e ipotesi di incidenza solo indiretta, allorché la stessa giurisprudenza sia impiegata quale mero argomento a supporto di una certa interpretazione di una disposizione costituzionale. In presenza di censure di illegittimità costituzionale per incompatibilità convenzionale o europea, la Corte costituzionale è tenuta a ricostruire il significato delle norme sovranazionali, nella loro veste di parametri interposti di costituzionalità, per il tramite del pertinente diritto giudiziario¹¹⁰. L’opera ermeneutica muove, in questo caso, dai significati ascritti a tali norme dai relativi ‘interpreti qualificati’ per giungere a individuare i canoni sulla cui base apprezzare il diritto interno investito dai dubbi di costituzionalità e i tratti che lo contraddistinguono. L’implementazione interna di tali canoni si compie nello svolgimento di quelle valutazioni sottese alla decisione sull’applicabilità e sulla violazione di norme convenzionali ed europee, e trova concretizzazione nella valorizzazione di elementi caratteristici della norma interna e delle fattispecie in cui essa operi¹¹¹. In modo che i nodi dell’antinomia, sia essa solo apparente o reale, vengano sciolti in coerenza tanto con la pregressa casistica sovranazionale quanto con le specificità interne.

La centralità di siffatti processi è restituita sia dalla verifica, secondo una dinamica discendente, delle ‘ricadute’ della giurisprudenza convenzionale ed europea, sia, in un opposto sviluppo ascendente, dalla ‘risalita’ al livello sovranazionale di tali implementazioni interne. La prima dinamica si è mostrata, ad esempio, nelle pronunce costituzionali in cui si è ricostruita la convergenza degli approdi giurisprudenziali convenzionali ed europei intorno all’operatività della garanzia del *ne bis idem* rispetto a sistemi punitivi di ‘doppio binario’, e si è proceduto alla verifica – sul piano della con-

424, sottolinea come entrambi i percorsi, quello comunitario e quello convenzionale, privilegino un’integrazione operata mediante la valorizzazione del diritto giurisprudenziale, «nel solco di un cammino comune che si sviluppa lungo una serie di sentieri differenti, ma tutti tendenti verso la stessa direzione: quella di una ridefinizione del ruolo e della posizione della Corte costituzionale nello snodo del dialogo fra le Corti supreme e fra queste e la giurisprudenza comune».

¹¹⁰ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 1.

¹¹¹ Si cfr. VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 2021, 12-14.

figurazione legislativa – dell'integrazione dei criteri di 'connessione' o 'coordinamento' fra procedimenti e sanzioni di diverso genere. Le relative implicazioni si sono, peraltro, rivelate anche sul piano processuale, tanto che il mutamento del quadro giurisprudenziale convenzionale di riferimento ha fondato una decisione di restituzione degli atti al giudice remittente¹¹². La seconda logica è riscontrabile nella già ricordata 'vicenda Taricco', nella quale la sollevazione di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della stessa Corte costituzionale – a prescindere dall'adeguatezza o congruità della soluzione elaborata¹¹³ – traeva origine da un'avvertita esigenza di riponderazione delle indicazioni interpretative di una pronuncia europea alla luce di taluni, ulteriori elementi propri dell'ordinamento nazionale, in tesi non adeguatamente considerati in tale arresto giudiziario¹¹⁴.

Affatto differente è il discorso in merito alle ipotesi in cui la giurisprudenza sovranazionale sia impiegata in vista dell'interpretazione di disposizioni costituzionali¹¹⁵, vale a dire allorché essa non costituisca altro che un argomento – pur se a volte centrale, o addirittura dirimente – per giustificare un arricchimento contenutistico delle garanzie propriamente interne¹¹⁶. È, in effetti, di immediata evidenza la diversità dei compiti ermeneutici gravanti sul Giudice costituzionale in questa categoria di ipotesi. Se l'interpretazione delle disposizioni sovranazionali obbliga al confronto con precedenti giudiziari di altre giurisdizioni e all'impiego dei criteri ermeneutici e decisori che da essi possano trarsi, nell'interpretazione delle disposi-

¹¹² Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.3.2.

¹¹³ Al riguardo, si condividono le perplessità di RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 154-158, che segnala una distinzione nelle finalità che muovono il ricorso da parte della giurisdizione costituzionale al rinvio pregiudiziale interpretativo, in un'ottica di 'protagonismo costituzionale', come appare da alcuni elementi della 'saga Taricco', e in un'ottica collaborativa, come invece emerge nella casistica successiva.

¹¹⁴ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 3.

¹¹⁵ Nel senso di una valorizzazione delle sollecitazioni delle Corti europee già sul piano dei principi costituzionali interni, quando non vi siano «contro-interessi prevalenti», si cfr. MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, cit., spec. 21.

¹¹⁶ Sul possibile richiamo delle pronunce della Corte europea dei diritti in funzione interpretativa delle garanzie costituzionali interne, si veda MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311 ss., spec. 312.

zioni costituzionali la Corte costituzionale riveste, a sua volta, il ruolo di ‘interprete qualificato’, e quindi può procedere all’elaborazione di propri criteri, pur se eventualmente rassomiglianti o analoghi a quelli sovranazionali. Ciò che è ben dimostrato dall’elaborazione di una criteriologia sostanzialistica – fondata sul concetto di ‘trasformazione della pena’ – sulla cui base verificare l’applicabilità dei principi costituzionali interni di irretroattività e legalità delle norme punitive a strumenti non formalmente appartenenti al diritto sostanziale¹¹⁷.

Sebbene nella prassi la distinzione fra le due ipotesi descritte non sia sempre osservata in modo chiaro¹¹⁸, le diverse garanzie interne, convenzionali ed europee – come nell’esempio appena addotto – mantengono una propria autonomia. E, quindi, nonostante sia irrefutabile l’influenza sugli orientamenti della Corte costituzionale spiegata dalle pronunce sovranazionali e soprattutto della Corte europea dei diritti¹¹⁹ – in ciò rinvenendosi un esempio di quella contaminazione cui si è, a più riprese, fatto riferimento –, non sembra possibile discorrere di una (presunta) assimilazione delle differenti garanzie¹²⁰. Queste ultime configurano, per quanto concerne l’esercizio della giurisdizione costituzionale, distinti parametri di costituzionalità e debbono essere, pertanto, oggetto di separata considerazione¹²¹.

D’altronde, è proprio l’autonomia di tali garanzie a comportarne la non perfetta coincidenza. E, così, quando esse (siano tutte rilevanti nel sindacato di costituzionalità e) presentino discrepanze suscettive di dare luogo a esiti applicativi differenti, non potrebbe che “applicarsi” la garanzia recan-

¹¹⁷ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, §§ 2.1.2 e 2.4.

¹¹⁸ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.1.1.3.

¹¹⁹ In generale sul tema, MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 311-316, il quale sottolinea proprio la possibilità di un «progressivo “insediamento costituzionale” del profilo di garanzia evidenziato dal giudice di Strasburgo, quale esito del circolo ermeneutico attivato dal confronto – dalla *cross-fertilization* – con le sollecitazioni provenienti dal sistema convenzionale di tutela dei diritti dell’uomo».

¹²⁰ In questo senso, Corte cost., sent. n. 43 del 2017, cit., ove si afferma un rapporto di coesistenza fra garanzie costituzionali e convenzionali.

¹²¹ In generale, sottolinea la coerenza di una trattazione separata e autonoma dei profili di incostituzionalità derivanti da violazioni di garanzie convenzionali rispetto a quelli discendenti da contrasti con le garanzie costituzionali, COZZI A., *L’ordine logico di esame della violazione dell’art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2018, 174 ss., spec. 202-204, reperibile in *diritticomparati.it*.

te in concreto la tutela più intensa. Nell'ipotesi opposta, qualora gli esiti della loro operatività siano convergenti, l'autonomia delle garanzie implica che esse si cumulino, non potendosi rinvenire ordini di priorità nella valutazione dei profili di censura rispetto ai parametri evocati, e in particolare non dovendosi necessariamente valutare per primi i dubbi di legittimità costituzionale riferiti ai parametri interni. Si tratta di una costruzione in sé chiara nei termini generali, anche se i concreti inveramenti di essa non appaiono altrettanto cristallini, come dimostrano talune incertezze nel rilievo assegnato ai criteri sovranazionali per l'interpretazione della garanzia costituzionale interna¹²².

Sempre sotto il profilo ermeneutico, deve inoltre riscontrarsi che non si è verificata alcuna contaminazione o influenza, nella giurisprudenza costituzionale, in relazione alle elaborazioni sostanzialistiche del concetto di 'base legale', che assegnano al diritto giurisprudenziale un ruolo protagonistico coerente con soggettivistiche istanze di prevedibilità in concreto. Le persistenti resistenze mostrate, anche con forza, dalla giurisdizione costituzionale si sono concretizzate nel mantenimento di un approccio strettamente formalistico, fondato sulla ritenuta contrapposizione, in astratto, fra le garanzie interne e sovranazionali e sulla negazione dell'assimilazione fra diritto di formazione giurisprudenziale e legislativa¹²³. E si sono rivelate altresì nel mancato confronto con opzioni ermeneutiche – che pure sarebbero configurabili – atte a coniugare la concreta portata garantistica delle differenti tutele e ad attribuire un qualche rilievo al ruolo – pur se certo diverso da quello rivestito dalla legge – della giurisprudenza nella materia punitiva.

Quanto alla seconda direttrice di incidenza della giurisprudenza sovranazionale, quella concernente il momento decisorio in sé considerato, può rilevarsi che il (necessario) concorso della Corte costituzionale al rispetto degli obblighi convenzionali ed europei offre inedite occasioni di sindacato sulle scelte sanzionatorie. Si tratta di approdi che assumono particolare significato se solo li si raffronti alle precedenti prese di posizione della giurisdizione costituzionale in ordine all'autolimitazione dei propri poteri nella materia punitiva¹²⁴. Le criticità, da questa prospettiva, non attengono so-

¹²² Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.1.1.3.

¹²³ *Ivi*, § 3.

¹²⁴ La riserva di legge, per quanto concerne le sanzioni propriamente penali, custodita dall'art. 25, secondo comma, Cost., è stata interpretata anche in termini assoluti o tenden-

lamente – come appare evidente – alla configurabilità dell’intervento, ossia alla sua ammissibilità sul piano processuale, ciò che investe la posizione della giurisdizione costituzionale nel complessivo assetto costituzionale¹²⁵. Ma, una volta superate le problematiche processuali nel singolo caso, le difficoltà coinvolgono l’opera di individuazione di una soluzione congruente con gli obblighi sovranazionali, e in particolare con la concretezza che – come si è illustrato – è insita nell’origine giudiziale dei chiarimenti interpretativi delle norme convenzionali ed europee.

In tale ottica, può certo leggersi l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale in ordine ai confini applicativi del principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., la cui espansione ha seguito percorsi diversificati rispetto a ciascuno dei suoi corollari, in ragione della differente, sottesa *ratio* giustificatrice. L’estensione al diritto sostanzialmente punitivo, infatti, si è affermata per quelle garanzie, i principi di irretroattività e di determinatezza, che mirano ad assicurare in via primaria le stesse, o almeno analoghe, istanze di autodeterminazione e di conoscibilità delle conseguenze sanzionatorie enfatizzate anche negli approdi convenzionali ed europei¹²⁶. Nella medesima prospettiva si spiegano le opposte conclusioni raggiunte in relazione alla riserva di legge assoluta sancita dalla disposizione costituzionale, la cui mancata estensione al diritto sanzionatorio extrapenale si spiega con il fatto che la tutela si riferisce a un profilo – vale a dire il concorso delle fonti del diritto nella regolazione della materia punitiva –

zialmente assoluti: si veda *supra*, Cap. I, *passim*; con riferimento alle sanzioni extra-penali, e in particolare alle sanzioni amministrative, le ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinali prevalenti ricavano la garanzia della riserva di legge dagli artt. 23 e 97 Cost., alla quale è pertanto attribuito carattere relativo. Letture particolarmente rigorose di tali riserve di legge portavano a ritenere censurabili le scelte legislative solo al ricorrere di ben definite condizioni: si cfr. PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, Milano, 1991, 149 ss.; basti pensare alla preclusione teorizzata rispetto a pronunce di costituzionalità aventi effetti *in malam partem* e ai limiti entro cui la Corte costituzionale era solita intervenire con sentenze cc.dd. manipolative (su cui si veda già *supra*, Cap. I e Cap. III, Sez. I, § 4.).

¹²⁵ Sul tema, in generale, si cfr. FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit., 325 ss.; VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit.

¹²⁶ Il che, peraltro, evidenzia la convergenza dei due profili di incidenza della giurisprudenza sovranazionale, sul piano ermeneutico e decisorio, nell’adozione da parte della giurisdizione costituzionale di canoni sostanzialistici – autonomi, anche se ispirati da analoghe istanze – volti al riconoscimento della effettiva natura di un certo istituto giuridico e nel superamento di dettati legislativi inidonei a darne rilievo.

invero secondario nella giurisprudenza sovranazionale¹²⁷.

Sempre sul piano decisorio, l'incidenza della giurisprudenza convenzionale ed europea si è rivelata, inoltre, nella riproposizione rispetto a sanzioni extrapenali sproporzionate di soluzioni – già sperimentate in relazione a sanzioni penali in senso stretto – che presuppongono il superamento del limite delle cc.dd. rime obbligate e dello schema decisorio triadico per l'adozione di pronunce manipolative¹²⁸. L'ampliamento del perimetro di operatività della nuova tecnica decisoria delle 'rime adeguate'¹²⁹ si spiega con una maggiore attenzione in riferimento a eccessi sanzionatori in qualunque modo qualificati: una nuova sensibilità che è ingenerata, fra l'altro, dall'enfasi posta dagli approdi giurisprudenziali sovranazionali sulla proporzionalità in senso stretto di misure punitive extrapenali¹³⁰. E, nello stesso senso, si sono evidenziate le criticità poste da complessi di sanzioni, omogenei ed eterogenei, rispetto ai quali l'assunzione di un approccio sostanzialistico consente di superare gli ostacoli ipoteticamente frapposti da opposte prospettive atomistiche¹³¹. Siffatta tecnica decisoria si fonda su un giudizio di

¹²⁷ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 2.4.

¹²⁸ Sul tema, fra i molti, si rinvia alle ricostruzioni della giurisprudenza costituzionale compiute da VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., spec. 52-98; MANES V., *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 364-372, e all'ulteriore letteratura richiamata in precedenza: si v. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.

¹²⁹ In letteratura, si fa risalire l'origine di tale orientamento a Corte cost., sent. n. 236 del 2016, cit., anche se – come si è segnalato in precedenza – in modo non unanime. In tale sentenza si è rilevata la manifesta sproporzione della cornice edittale allora prevista per il delitto di alterazione di stato commesso mediante falso, e si è poi proceduto alla sua sostituzione con la più mite cornice edittale comminata in relazione al delitto di alterazione di stato mediante sostituzione di un neonato, considerata quale grandezza già rinvenibile nell'ordinamento capace di riportare coerenza fra i trattamenti punitivi. Sulla decisione si è sviluppato un ampio dibattito, dati i significativi elementi di novità: si cfr., *ex plurimis*, ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 86 ss.; MANES V., *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.; VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit.; D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit.; DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridefinisce la pena per l'alterazione di stato*, cit., 1956 ss.

¹³⁰ Si cfr. Corte cost., sent. n. 112 del 2019, cit., n. 8.2 *Cons. dir.*

¹³¹ A quest'ultimo riguardo, si segnala in particolare la declaratoria di incostituzionalità – non priva di aspetti critici, come si è segnalato – che ha riguardato un sistema punitivo di 'doppio binario' per contrasto con il divieto convenzionale di *bis in idem*: si cfr.

proporzionalità intrinseco, tutto interno alla stessa fattispecie scrutinata, che mette in relazione l'entità della sanzione alla gravità dei fatti, e necessità di riferimenti normativi esterni (non già per valutare l'illegittimità costituzionale, ma solo) per individuare la soluzione da adottare in sostituzione di quella ritenuta sproporzionata per eccesso¹³². Senonché, al nuovo interventismo sulle scelte sanzionatorie non si è accompagnata, allo stato, un'adeguata definizione dei criteri per il rinvenimento della soluzione ‘costituzionalmente adeguata’, il che consentirebbe di assicurare una maggiore controllabilità della decisione giudiziaria¹³³.

4.2. *Il contributo della giurisdizione comune*

Anche il riposizionamento della giurisdizione comune si deve, almeno in parte, ai nuovi compiti implicati dal confronto con il diritto giurisprudenziale sovranazionale. La ricomposizione delle antinomie fra norme interne e norme sovranazionali implica l'adozione dei descritti procedimenti ermeneutici e l'implementazione di differenti strumenti di coordinamento, a seconda delle caratteristiche delle norme coinvolte dai dubbi interpretativi¹³⁴. In tal modo, il perimetro di azione dei giudici nazionali si concretiz-

Corte cost., sent. n. 149 del 2022, cit., sulla quale si v., volendo, RUDONI R., *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n. 149/2022 relativa al ‘doppio binario’ in materia di diritto d'autore)*, cit.

¹³² Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 4.

¹³³ In questo senso, si cfr. ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 91, il quale ritiene che a un abbandono o comunque a un minore utilizzo della tecnica della cc.dd. rime obbligate dovrebbero conseguire «oneri motivazionali ulteriori», attraverso cui evidenziare la sussistenza di un «nesso reale e stretto» fra la disciplina giudicata incostituzionale e quella prescelta per la sua sostituzione. Sul tema LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, cit., spec. 198-199, ritiene che sostenitori e oppositori della nuova tecnica decisoria sarebbero entrambi nel torto, poiché sarebbe possibile mantenere la dottrina delle «rime obbligate» rielaborandola in termini meno rigidi e costrittivi.

¹³⁴ Si cfr. nella materia penale, NAPOLEONI V., *L'onere di interpretazione conforme*, in MANES V.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 49 ss., spec. 129 ss.; MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit.; in generale, GUAZZAROTTI A., *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale*, cit.

za in molteplici attività, l'una prodromica all'altra, che sono richieste per la ricostruzione della trama normativa¹³⁵. L'individuazione del contenuto della previsione convenzionale o europea esige una lettura confacente del relativo diritto giudiziario e l'eventuale riconoscimento di un contrasto apparente è, a sua volta, il presupposto per la sperimentazione di soluzioni interpretative, processuali e sostanziali¹³⁶.

Nella 'circularità' dei processi ermeneutici fra i diversi livelli giurisdizionali il *proprium* della giurisdizione comune risiede, in una logica di sussidiarietà, nella "applicazione" delle norme convenzionali ed europee a nuove fattispecie interne, a partire dall'attribuzione ad esse del necessario rilievo sul piano ermeneutico e in vista del ricorso agli strumenti processuali e sostanziali di coordinamento. Il che risulta in una prima implementazione dei criteri decisori – emergenti dal pertinente diritto giurisprudenziale sovranazionale – da compiersi in considerazione dei tratti della situazione scrutinata¹³⁷.

Il concorso delle giurisdizioni interne all'osservanza degli obblighi convenzionali¹³⁸ si traduce, anzitutto, nel dovere di interpretare il diritto punitivo nazionale rilevante in modo conforme alle relative garanzie, alla luce della giurisprudenza della Corte europea¹³⁹. Il momento interpretativo che, sotto questo profilo, risulta centrale concerne l'identificazione della *ratio decidendi* della pronuncia o delle pronunce in termini, che consenta una coerente applicazione nel caso di specie dei criteri di giudizio sostan-

¹³⁵ Così, MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 3, il quale evidenzia che «la rivoluzione nel sistema delle fonti ha innescato un processo di profonda trasfigurazione del ruolo del giudice, la cui opera quotidiana assomiglia sempre più a quella di un rapsodo o, meglio, di un *bricoleur*, coprotagonista del legislatore nella ricomposizione di una trama normativa che – dissolta la graniticità e la compiutezza che la tradizione illuministica ha inteso attribuirle – appare ormai come un mero semilavorato nelle mani, anzitutto, di chi deve applicarla».

¹³⁶ In proposito, si cfr. MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 2012; e, più in generale, BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, cit., 99 ss. e spec. 126-141.

¹³⁷ Si cfr. *supra*, Cap. III, Sez. II, §§ 1-2.

¹³⁸ Gli studi sul tema risalgono già al periodo antecedente alle cc.dd. sentenze gemelle del 2007: si cfr. RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit., 1303 ss.

¹³⁹ In proposito, si cfr. ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, cit.

zialistici. Qualora l'operatività di questi ultimi dovesse apparire preclusa dal tenore testuale delle disposizioni nazionali, non potrebbe che seguirne la sollevazione della questione di legittimità costituzionale sulla norma interna¹⁴⁰. Lo scopo sarebbe, cioè, quello di piegare le (presunte) rigidità della fattispecie legislativa aprendo a una più ampia considerazione di elementi materiali non considerati dal legislatore, eppure rilevanti – se non addirittura dirimenti – in vista della conformità agli approdi sovranazionali. In tal caso, l'esauriente ricostruzione del quadro giurisprudenziale convenzionale costituisce un passaggio fondamentale dell'ordinanza di rimessione, sia per verificare l'effettiva natura 'consolidata' della prassi giudiziaria formata rispetto alla garanzia evocata quale parametro interposto di costituzionalità – presupposto per la stessa sollevazione della questione – sia per valutare, nel merito, gli esiti interpretativi cui sia pervenuto il giudice rimettente muovendo da essa.

Parimenti, il necessario rispetto del diritto europeo – quando si rientri in una materia ad esso riconducibile¹⁴¹ – obbliga a muovere dalla definizione dei suoi contenuti, ciò che apre a momenti di discrezionalità nell'opera di interpretazione del diritto giurisprudenziale pertinente e nella valutazione dei presupposti processuali per richiedere una nuova pronuncia interpretativa della Corte di giustizia. L'intervento della quale, peraltro, potrebbe non essere dirimente, allorché non risolva direttamente il contrasto fra le norme interne ed europee, contrariamente a quanto accade quando il giudizio interpretativo implichi un sostanziale giudizio di conformità delle prime, in qualsiasi loro estensione, alle seconde. Si è osservato, infatti, che il Giudice di Lussemburgo potrebbe – in ossequio ai principi regolanti i rapporti con i giudici nazionali, sul piano del riparto di competenze e della leale collaborazione – limitarsi a dettare indicazioni ermeneutiche di ordine generale che necessitino di essere inverte, nel caso concreto, dal giudice interno nel procedimento da cui aveva avuto origine l'incidente interpretativo, e dagli altri giudici interni in procedimenti aventi un oggetto analogo.

¹⁴⁰ A siffatto obbligo, se interpretato in senso rigoroso, dovrebbe conseguire che qualora il giudice sollevi una questione di costituzionalità (anche o soltanto) in riferimento alle norme convenzionali interposte, senza aver esperito il tentativo di interpretazione conforme alla CEDU e alla relativa giurisprudenza, la Corte costituzionale sarebbe chiamata a dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata: si cfr. RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 161.

¹⁴¹ Si cfr. SALCUNI E., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., 165-234.

Inoltre, appurata l'esistenza di un'antinomia, si aprono ulteriori momenti di discrezionalità in relazione ai metodi per procedere al suo superamento, in particolare in presenza di quel particolare genere di contrasti che vede confrontarsi, da un lato, una norma interna di dettaglio, 'disciplinatrice' della materia, e dall'altro una norma europea di principio o indicante un vincolo di risultato, come nel caso di norme della Carta dei diritti fondamentali¹⁴². A ben vedere, le difficoltà ingenerate da siffatte antinomie non possono sempre risolversi con l'applicazione della norma europea, quand'anche dotata di effetti diretti, dal momento che essa – sancendo ad esempio un diritto o una libertà fondamentale – potrebbe non essere in grado di fornire la regola del decidere sulla fattispecie di cui il giudice sia

¹⁴²Come si è detto *supra* (si v. Cap. I), il quadro delle attività spettanti ai giudici nazionali, in queste ipotesi, si complica ulteriormente, se si considera che, atteso il contenuto tipicamente costituzionale della CDFUE, è assai frequente che una violazione di un diritto fondamentale infranga tanto le norme recate da quest'ultima quanto le corrispondenti tutele interne previste dalla Costituzione, in tal guisa aprendosi una duplice via per gli stessi giudici nazionali: applicare direttamente il diritto fondamentale in quanto riconosciuto a livello europeo, eventualmente a seguito di un rinvio pregiudiziale interpretativo, ovvero, in alternativa, sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma interna per violazione della garanzia costituzionale. È proprio in relazione a queste specifiche, e peculiari, situazioni di c.d. doppia pregiudizialità che la Corte costituzionale, in un ormai celebre *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017, aveva chiarito che le autorità giurisdizionali nazionali avrebbero dovuto procedere in via prioritaria alla promozione del giudizio di legittimità costituzionale, salvo restando l'eventuale successivo ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto europeo, pretendendo di dare luogo a un nuovo sistema di rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo in relazione alla CDFUE. Ne sarebbe derivato che, allorché venga in rilievo la protezione di diritti fondamentali, il giudice comune non avrebbe dovuto risolvere prioritariamente i dubbi di compatibilità europea, come invece richiesto dalla stessa precedente giurisprudenza costituzionale rispetto ad altre ipotesi di antinomia, quand'anche la norma europea fosse dotata di effetti diretti, non avrebbe potuto procedere direttamente alla "disapplicazione" delle norme interne incompatibili con essa, ma avrebbe dovuto prima promuovere il giudizio di costituzionalità: si cfr. RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, cit., 314. Si sarebbe trattato di un nuovo assetto evidentemente animato da una significativa *forza centripeta*, e cioè dall'intento della Corte di costituzionale di recuperare «spazi» di intervento. Senonché, la soluzione, pur se mossa da uno scopo riconoscibile, non appare tuttavia di agevole definizione quanto alla portata e ai relativi effetti: si cfr. SCACCIA G., *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*, 2018. La soluzione innovativa è stata, come si è detto, precisata e depotenziata nella giurisprudenza successiva: si cfr. Corte cost., sent. n. 181 del 2024, cit., n. 6 *Cons. dir.*; sent. n. 210 del 2024, cit., n. 3.2 *Cons. dir.*

investito¹⁴³. Di tal che, si pone l'esigenza di rinvenire, in luogo della normativa interna che non può applicarsi, una disciplina applicabile in sua sostituzione, in grado di assicurare le istanze di tutela poste dalla norma europea rilevante, secondo le indicazioni interpretative eventualmente fornite dalla Corte di giustizia¹⁴⁴.

5. Custodire l'ordine: dalle insidie del “labirinto” alle regole della complessità

Le trasformazioni che investono il concetto di legalità nella materia punitiva in ragione del rilievo assunto dal diritto giurisprudenziale sovranazionale sotto più profili – quanto al perimetro, all'oggetto e alle implicazioni – convergono, nelle loro diverse sfaccettature, verso la descritta centralità del momento giurisdizionale. La dinamica che si è indagata seguendo differenti traiettorie, se pure abbia talora mostrato rapsodici interventismi – per l'occasionale travalicamento dei confini propri delle funzioni giurisdizionali associate a non coerenti interpretazioni del diritto giurisprudenziale sovranazionale –, non appare costituire di per sé il prodotto di disfunzioni ordinamentali, né tantomeno di patologie da rimuoversi. Semmai, essa rappresenta il precipitato di un rinnovato sistema che assegna alle giurisdizioni, comprese quelle nazionali, nuovi compiti e funzioni. La transizione è ben restituita dalla formula che vuole i giudici soggetti non più alla 'legge' – previsione, invero, già in sé geneticamente problematica¹⁴⁵ – ma al 'diritto', nel senso che la loro attività, la giurisprudenza appunto, è ormai solo in parte legata alla legge, mero punto di partenza – certo essenziale, e superabile solo tramite gli idonei strumenti processuali e decisorii¹⁴⁶ – di un'attività assai più articolata di quella in relazione alla quale le garanzie di indi-

¹⁴³ Già in questo senso, sulla ipotesi per certi versi analoga di contrasto fra norme nazionali e principi del diritto dell'Unione europea, si v. ONIDA V., *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, cit., 29 ss., spec. 42-43.

¹⁴⁴ Si rinvia *supra*, Cap. II, Sez. II, §§ 3.3 e 3.4.

¹⁴⁵ Si cfr. ZANON N.-PANZERI L., *Sub Art. 25 Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet giuridica, Torino, 2006, 1957 ss.

¹⁴⁶ Si cfr. DOGLIANI M., *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Riv. AIC*, 1, 2012.

pendenza e autonomia della magistratura e dei giudici avevano avuto origine¹⁴⁷.

Tali articolazioni si correlano a un quadro di riferimento, nella ‘materia punitiva’, ove insistono diverse tutele – interne, convenzionali ed europee – le quali esigono precisione nel ricorso a differenti linguaggi, nozioni e criteri di giudizio¹⁴⁸. Ciascuna di esse rimanda a significati propri, che sono definiti dai relativi ‘interpreti qualificati’ nelle rispettive elaborazioni giurisprudenziali, le quali richiedono, a loro volta, l’accoglimento di canoni interpretativi adeguati, e quindi diversificati in base al contesto considerato¹⁴⁹. Le caratteristiche connotanti la giurisprudenza sovranazionale, ossia l’assunzione di logiche materiali e l’evoluzione tramite sviluppi ravvicinabili a sistemi di *common law*, inducono all’utilizzo di tecniche non usuali per giudici appartenenti a ordinamenti europei continentali, che attribuiscono loro nuovi spazi di intervento¹⁵⁰. Questi, nondimeno, incontrano vincoli metodologici che sono connaturati agli stessi processi ermeneutici di interpretazione di diritti giurisprudenziali – alla luce di quanto si è osservato in ordine alla loro ‘circolarità’ – e che attengono alla selezione dei precedenti in termini, all’individuazione della relativa *ratio decidendi* e al raffronto di questa con il nuovo caso¹⁵¹. La

¹⁴⁷ In questo senso, pur se su di un piano generale, si cfr. ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, cit., 205-206.

¹⁴⁸ Le giurisdizioni sono chiamate a compiere un’attività affatto complessa: oltre a dover tener conto della legge, sono obbligate a considerare una molteplicità di fonti ulteriori variamente coordinate (o addirittura non coordinate fra di loro); ad aver riguardo del significato attribuito a tali fonti nelle pronunce rese da altre Corti (titolari di un ruolo di interpreti qualificati delle stesse); a procedere alla interpretazione di esse secondo differenti criteri (tra l’altro, interpretazioni conformi alla Costituzione, alla CEDU e al diritto europeo); a giungere, in tal modo, all’individuazione della regola da utilizzarsi ai fini della risoluzione del caso oggetto di considerazione o, nel caso della giurisdizione costituzionale, all’individuazione della norma atta a costituire parametro di costituzionalità; e infine a decidere sulla questione sottoposta.

¹⁴⁹ RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, cit., 1-20.

¹⁵⁰ Sulle tecniche implementate per l’interpretazione del diritto giurisprudenziale: BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, cit., 25-62.

¹⁵¹ Dunque, la funzione della natura ‘qualificata’ delle interpretazioni non risiede nell’individuazione di un’automatica correlazione fra fonte giuridica interpretata, significante, e risultato dell’attività interpretativa, significato reso in un caso precedente, in quanto il procedimento ermeneutico impone adeguamenti alle caratteristiche presentate dalla nuova fat-

violazione di tali vincoli è, quindi, disputabile e, laddove possibile, anche censurabile processualmente¹⁵².

Appare chiaro che l'ormai raggiunta consapevolezza della posizione assegnata alla giurisprudenza sovranazionale – nel suo complesso e alle singole pronunce che concorrono a comporla – oltre che dei relativi effetti e metodi di interpretazione, non dovrebbe suscitare in sé reazioni di timore rispetto a rischi di eccessiva ampiezza o di creatività del potere giurisdizionale. In principio, le difficoltà ingenerate dalle ricadute interne nella materia punitiva degli approdi giurisprudenziali convenzionali ed europei erano comprensibilmente apparse di estensione e gravosità tali da indurre a raffigurare metaforicamente i giudici nazionali come all'interno di un “labirinto”¹⁵³. E, tuttavia, il progressivo affinamento delle tecniche ermeneutiche e degli strumenti di coordinamento fra i diversi livelli giurisdizionali hanno disvelato la natura solo apparente di una simile raffigurazione. I caratteri di concretezza del diritto giudiziario sovranazionale, la natura ‘qualificata’ delle relative interpretazioni e i vincoli giuridici da esso implicati risultano idonei a limitare e, al contempo, guidare l'opera delle giurisdizioni nazio-

tispecie concreta. Ma essa si materializza nel fatto che quelle stesse interpretazioni assumono la veste di inevitabili termini di raffronto (parametri giuridici) attraverso cui verificare il significato tratto dal soggetto ‘non qualificato’, e quindi rendere controllabile il relativo procedimento interpretativo. E se tale procedimento è controllabile (in quanto verificabile nei suoi snodi essenziali) e censurabile (in quanto se ne possa proporre uno alternativo, che conduca a un esito realmente conforme alle norme convenzionali ed europee) è perché siffatte interpretazioni ‘qualificate’ vincolano, onde limitano, l'attività ermeneutica (anche) delle giurisdizioni nazionali sul piano giuridico.

¹⁵² Si tratta di vere e proprie regole giuridiche, tanto che una loro eventuale violazione ridonda in un'erronea applicazione delle norme interne, in quanto non interpretate in modo conforme alle norme convenzionali ed europee, o in quanto applicate in contrasto con queste ultime; e pertanto, tali vizi sono suscettivi di fondare un motivo di impugnazione, laddove ciò sia consentito sul piano processuale e fermo il rispetto degli oneri difensivi: si cfr. Cass. pen., Sez. III, sent. 4 luglio 2024 (dep. 13 novembre 2024), n. 41720, *Bagni*, in CED n. 287137-01, sugli oneri di prova e di allegazione per fare valere il *ne bis in idem* nelle ipotesi di ‘doppio binario’ punitivo eterogeneo.

¹⁵³ Il riferimento è a MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 3, il quale osserva che il giudice, «liberatosi da poco del fardello giuspositivistico che lo voleva “notaio” della legge, proprio quando sembrava aver assicurato la sua autonomia ed ampliato i suoi orizzonti epistemologici», si scopre «rinchiuso in un labirinto: un tracciato multicursale nel quale si fatica ad orientarsi, ed ancor più ad individuare la giusta via, dovendo superare biforcazioni o incroci normativi, fronteggiare sempre una scelta o un “dilemma”, con il rischio di ritrovarsi, fatalmente, ad un ennesimo oscuro crocevia, se non al punto di partenza».

nali, le cui eventuali fughe in avanti – impossibili da escludere nella patologia sistemica – appaiono, invero, circoscriversi a ipotesi eccentriche e abnormi, e comunque di facile individuazione¹⁵⁴.

D'altronde, una siffatta immagine non risulta del tutto confacente neppure a restituire le modalità di risoluzione delle problematiche poste dal diritto giurisprudenziale sovranazionale – per restare in metafora, per uscire dal “labirinto” – dal momento che l'evocato stratagemma del filo di Arianna presuppone comunque di ritornare sui propri passi, sul percorso già battuto¹⁵⁵. E, invece, si è rilevato che la peculiarità di tali problematiche risiede proprio nella necessità di adottare criteri interpretativi diversi da quelli tradizionali e di sperimentare modelli decisori sostanzialistici, e quindi impone di percorrere tracciati, almeno parzialmente, inesplorati secondo le indicazioni – o, meglio, i vincoli, per quanto si è chiarito – ricavabili dallo stesso diritto giurisprudenziale sovranazionale. L'analisi condotta, pertanto, induce a preferire, in luogo degli schemi narrativi del ritorno in patria, l'accostamento all'epica romana virgiliana, ritraendo gli interpreti (e i giudici, in particolare) protagonisti, come Enea, di un viaggio proiettato verso una nuova patria, nel quale a emergere quale principale virtù sarebbe una (moderna) *pietas*, da declinarsi come senso di responsabilità, di devozione e obbedienza verso il compito assegnato, ossia quale rispetto dei limiti del proprio agire. Limiti che, uscendo dalla metafora, sono dettati dall'attuale dinamica dei rapporti fra ordinamenti (interno ed europeo) e sistemi giuridici (interno e convenzionale), e che risultano in modo chiaro dall'approccio metodologico di cui si propone l'accoglimento¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Del resto, lo stesso MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 3-4, osserva che il giudice, se «non vuole abbandonarsi a scelte casuali», deve tentare di uscire dal “labirinto” «ripercorrendo le geometrie sconnesse dell'“interpretazione conforme”, dialogando costantemente con le Corti sovranazionali, ricostruendo in modo rapsodico precetti e sanzioni, soppesando obblighi e diritti, operando persino un difficile *découpage* della normativa interna, disapplicando o rivolgendosi al giudice delle leggi: tutto ciò sempre interrogando fonti poste a distanza siderale dalla scrivania del proprio ufficio, in una ricerca combinatoria che [...] può risultare spazialmente illimitata, e talmente insidiosa e fuorviante da far rimpiangere – forse persino ai protagonisti – il modello sillogistico del giudice “machine à droit”, mero esegeta di una “norma” già voluta da una legge squisitamente autoctona».

¹⁵⁵ Si cfr. BISSARO S., *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, cit., 350, secondo cui sarebbe il giudizio accentrato di costituzionalità «l'opzione di gran lunga preferibile per assicurare al giudice l'uscita da quell'intricato labirinto, frutto dell'intreccio fra le fonti nazionali e sovranazionali nel settore penale».

¹⁵⁶ Del resto, opportunamente anche MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle in-*

Si tratta, a ben vedere, di un viaggio, certo non privo di peripezie, ma rivolto al nuovo – ossia, l'accoglimento di concezioni sostanziali di legalità ‘penale’ e il loro concorso con concezioni formalistiche – e che, però, non trascura, e anzi valorizza quegli elementi caratterizzanti la tradizione giuridica nazionale, i quali – alla stregua di Penati sulle spalle degli interpreti – sono coesenziali per una positiva convergenza di patrimoni giuridici differenti. Una convergenza, cioè, che porti a conoscere e parlare più linguaggi, abbia cura di tener conto delle reciproche diversità e sia in grado di precisarne i confini, senza scadere in improprie confusioni. L'attuale complessità per essere governata richiede alle giurisdizioni nazionali misura nell'utilizzo delle regole disciplinanti i differenti processi ermeneutici e rispetto dei correlati perimetri¹⁵⁷, da cui occorre muovere per l'auspicata ridefinizione dei canoni di esercizio della discrezionalità giudiziaria¹⁵⁸. Questi ulti-

tersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, cit., 41, concludeva nel senso che «per uscire dal labirinto penale» è necessario «evitare di affidarsi a fragili “ali di cera”, spiccando voli inebrianti e troppo arditi; piuttosto, è bene entrarvi con la cautela di Teseo, equipaggiati dall'etica del limite, e muniti di un filo che possa condurre all'uscita».

¹⁵⁷ Per quanto esposto, si possono condividere le osservazioni di BISSARO S., *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, cit., 350, che – come si è detto – individua il giudizio accentrato di costituzionalità quale possibile soluzione alle problematiche determinate dall'intreccio tra fonti nazionali e sovranazionali, a condizione che ciò non significhi altro che valorizzare il ruolo della giurisdizione costituzionale sia nella individuazione e precisazione delle ‘ricadute’ del diritto giurisprudenziale sovranazionale, sia nella possibile ‘risalita’ alle giurisdizioni sovranazionali di implementazioni interne; e cioè senza pretesa di affermare una ipotetica primazia o preminenza della giurisdizione costituzionale. Come osserva Malfatti E., *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 309, è auspicabile, infatti, che la convergenza di tutti i ‘livelli’ giurisdizionali verso una maggiore incisività nella tutela dei diritti avvenga «senza che alcuno debba rivendicare per sé uno sterile “primato”» e «nel rispetto dei ruoli e degli apporti reciproci».

¹⁵⁸ Si cfr. ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 327, il quale rileva che «la sfida più importante, che è prima di tutto sfida teorico-culturale, consiste oggi, in un sistema a tradizione europeo-continentale, nel segnalare con sufficiente approssimazione, alla luce delle mutate condizioni in cui opera la funzione giurisdizionale, i nuovi confini della discrezionalità giudiziaria». Tale compito, assegnato alla dottrina, è ritenuto di rilievo costituzionale, non perché «limitato al diritto costituzionale come settore scientifico, ovviamente, ma perché orientato a segnare nuovi confini e rapporti tra poteri e funzioni all'interno di una democrazia pluralista». E, in tal senso, «se i canoni ermeneutici tradizionali sono insufficienti e, in caso affermativo, identificare con precisione i canoni di una “nuova” ragionevolezza tipica della funzione giudiziaria, e, infine, circoscrivere all'interno di questa l'ammissibilità degli interventi del giudice».

mi sembrano emergere, in una prospettiva statica, dal rispetto della posizione, del ruolo e delle funzioni delle altre giurisdizioni e, in una prospettiva dinamica, da una precisa ermeneutica ricostruttiva dei relativi approdi giurisprudenziali e da un'adeguata implementazione di questi ultimi nel caso concreto. Emerge, così, una delimitazione della giurisdizione, in generale, e delle giurisdizioni nazionali, in particolare, che non si manifesta – o per lo meno non si manifesta nella sua interezza – né quale precipitato della teorica classica di separazione dei poteri, per il riposizionamento rispetto agli altri poteri, e in particolare al legislativo, né quale conseguenza dell'assegnazione di un ruolo prevalente a una certa giurisdizione (cui dovrebbe conseguire una ripermetrazione delle funzioni delle altre giurisdizioni), ma si realizza secondo una limitazione reciproca dei diversi 'livelli' e delle diverse articolazioni giurisdizionali¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Come osserva, RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, cit., 145, «non è impresa da poco immaginare scenari nuovi, nell'ambito dei quali far convergere tradizioni giuridiche diverse, senza incorrere in approssimative (con)fusioni, avendo cura di decifrare linguaggi, definire confini, individuare strumenti e criteri attraverso cui risolvere inevitabili contrasti. Eppure, per quanto arduo (e per taluno forse anche non desiderabile), il compimento di una siffatta impresa appare urgente per chiunque aspiri a guidare il processo di trasformazione in atto e non solo a "seguirne" gli esiti».

Bibliografia

- ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 861 ss.
- ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855 ss.
- ALGOSTINO A., *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018.
- ALLEGREZZA S., Sub Art. 4 Protocollo n. 7, in BARTOLE S.-DE SENA P.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- AMALFITANO C., *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'“obiter dictum” della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2019, reperibile in *osservatoriosullefonti.it*.
- AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e contro-limiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018.
- AMALFITANO C., *La “saga Taricco”: dalla sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-105/14 all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in Id. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e contro-limiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018.
- AMALFITANO C., *La vicenda Taricco e il dialogo (?) tra giudici nazionali e Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 153 ss.
- AMALFITANO C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione da parte della Corte di giustizia?*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- AMALFITANO C.-D'AMBROSIO R., Sub Art. 50, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- AMARELLI G., *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigo dai possibili riflessi su altri “reati-matrice”*, in *Giur. cost.*, 2018, 307 ss.
- AMARELLI G., *Irretroattività e sanzioni sostanzialmente penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.*, in *Giur. cost.*, 2017, 691 ss.

- ANDREAZZA G., *Il seguito dictum Taricco nella giurisprudenza di legittimità*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- ANDRONICO A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giapichelli, Torino, 2012.
- ANGIOLINI G., *Una questione irrisolta: il ne bis in idem "europeo" e l'Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2109 ss.
- ANGIOLINI V., *Notarelle su giurisdizione e politica*, in D'AMICO M.-RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.
- ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss.
- ANTONINI L., *Sub Art. 23 Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, 491.
- APRILE E., *La Corte costituzionale chiarisce quali sono i criteri per valutare la compatibilità con il divieto di bis in idem di un sistema normativo che prevede il "doppio binario sanzionatorio", penale e amministrativo, per lo stesso fatto*, in *Cass. pen.*, 2020, 596 ss.
- APRILE E., *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, 2019, 1004 ss.
- APRILE E., *La Corte costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 1886 ss.
- APRILE E., *La confisca "allargata" ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato "presupposto" è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.
- BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1221 ss.
- BAILO F., *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, 450 ss.
- BARBIERI E.M., *La confisca per equivalente in tema di intermediazione finanziaria secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 773 ss.
- BARON L., *"Spazzacorrotti", art. 4-bis ord. pen., e regime intertemporale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova" legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, reperibile in *sistemapenale.it*.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.

- BARTOLI R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.
- BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016.
- BATTAGLINI G., *La pena in rapporto alle sanzioni civili e amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1924.
- BELLOCCI M., *Sul nuovo orientamento della Corte costituzionale in tema di rapporti fra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, parte I, 30 ss.
- BENAZZI A., *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, I, *Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Utet, Torino, 2017.
- BERNARDI A., *Presentazione. I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in ID. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.
- BERNARDI A. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015.
- BERNARDI A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 43 ss.
- BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 76 ss.
- BERNARDI A., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in PICOTTI L. (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea. Atti dell'incontro di studio. Trento, 3-4 ottobre 1997*, Giuffrè, Milano, 1999.
- BERNARDI A.-CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.
- BERNARDONI P., *Nuova pronuncia della Corte di Giustizia sul ne bis in idem: un chiarimento sulla nozione di "sentenza definitiva" e un'occasione persa per definire lo status delle riserve ex art. 55 CAAS*, in penalecontemporaneo.it, 2016, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BERTOLESI R., *Accesso abusivo a un sistema informatico: è reato la condotta del pubblico ufficiale commessa con c.d. sviamento di potere*, in penalecontemporaneo.it, 2017, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- BIANCHI D., *Irretroattività e retroattività nella recente giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2018, 259 ss.
- BIFULCO D., *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008.

- BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*, 2018.
- BIGNAMI M., *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021.
- BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 757 ss.
- BIN R., Taricco Tango. *Quale sarà il prossimo passo?*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- BIN R., *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BIN R.-PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.
- BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, reperibile in *giurcost.org*.
- BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi*, 17, 2018, reperibile in *federalismi.it*.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *La clausola della proporzionalità nel doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. comm.*, 2020, 281 ss.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni delle autorità di regolazione dei mercati finanziari ed equo processo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1049 ss.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *La retroattività in mitius delle sanzioni amministrative sostanzialmente afflittive tra Corte EDU, Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 2, 2019, reperibile in *federalismi.it*.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte EDU*, Giappichelli, Torino, 2018.
- BINDI E.-PISANESCHI A., *La Corte di Giustizia: il doppio binario nei reati di market abuse è illegittimo e l'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali è norma direttamente applicabile*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2018.
- BIONDI F., *La responsabilità disciplinare: problemi vecchi e nuovi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2021, 149 ss.
- BIONDI F., *L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti inter partes ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- BISSARO S., *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Franco Angeli, Milano, 2022.
- BISSARO S., *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte*

- EDU: una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandibilità, in *Riv. AIC*, 2, 2017.
- BOGNETTI G., *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2001.
- BONOMI A., Sono davvero inammissibili le additive in malam partem in virtù del principio della riserva di legge in materia penale?, in *Giur. cost.*, 2008, 891 ss.
- BONTEMPELLI M., *Il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria e le garanzie europee (fra ne bis in idem processuale e ne bis in idem sostanziale)*, in *Arch. pen.*, 2015.
- BOSCARELLI M., Nullum crimine sine lege, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- BRANCA M., Anche per le sanzioni amministrative punitive vale il beneficio della lex mitior. Nulla di nuovo per la “doppia pregiudizialità”, in *Giur. cost.*, 2019, 841 ss.
- BRANCA M., Norme penali di favore: dall'irrelevanza alla sentenza-legge, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss.
- BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 1273 ss.
- BRICOLA F., Sub Art. 25, secondo comma, Cost., in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna, 1981, 232 ss.
- BUTTON A., *Droit penal des affaires – Délit d'initié – Cumul de sanctions administratives et pénales*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, aprile-giugno 2015, n. 2.
- CADOPPI V.A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014.
- CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo fra sistemi o conflitto identitario?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CAIANIELLO M., Sub Art 47 CDFUE, *Giudice imparziale precostituito e tutela effettiva dei diritti in materia penale*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- CALVIGIONI S., *È il codice antimafia il modello per la tutela dei creditori in caso di sequestro e confisca dei beni del debitore*, in *Foro it.*, 7-8, 2019, parte I, 2288 ss.
- CAMON A., *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2016.

- CANNIZZARO E., *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e contro-limiti costituzionali*, in BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.
- CANTARO A., *La sospensione dell'impiegato rinviato a giudizio per delitti di criminalità organizzata: una misura cautelare obbligatoria ma temporanea*, in *Giur. cost.*, 1999, 1254 ss.
- CANTARO A., *La decadenza di diritto degli amministratori elettivi*, in *Giur. cost.*, 1994, 3192 ss.
- CANZIAN N., *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 994 ss.
- CANZIAN N., *Quando è incostituzionale la sanzione amministrativa sostanzialmente penale (Corte Cost. n. 43 del 2017)*, in *Studium iuris*, 1, 2018, 19 ss.
- CANZIAN N., *Le sanzioni amministrative "incostituzionali" fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quad. cost.*, 2017, 378 ss.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI M., *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1957.
- CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2 ss.
- CARNEVALE P., *Incappare in ... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2, 2019.
- CARNEVALE P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2014, 3587 ss.
- CARTABIA M., *Separation of Power and Judicial Indipendence: Current Challenges*, relazione al Seminario tenutosi a Strasburgo presso la Corte europea dei diritti dell'uomo in data 26 gennaio 2018, reperibile in *cortecostituzionale.it*.
- CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.
- CARUSO C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2014, 122 ss.
- CARUSO C., *La decisione El Dridi della Corte di giustizia secondo il Consiglio di Stato: dall'interpretazione pregiudiziale al sindacato di "legittimità comunitaria"?*, in *Quad. cost.*, 2011, 702 ss.
- CASCINI N.D., *Sull'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale della confisca obbligatoria delle armi da fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1, 287 ss.
- CASSETTA E., voce *Sanzione amministrativa*, in *Dig. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 598 ss.

- CECCHERINI E.-RODRIQUEZ S., *Politiche vaccinali, sanzioni ed esenzioni. Riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1175 ss.
- CELOTTO A., *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur. cost.*, 2010, 382 ss.
- CENTORAME F., *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: “pollice verso” della Consulta*, in *Cass. pen.*, 2016, 3236 ss.
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CERFEDA M., *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle “misure di polizia”*, in *archiviopenale.it*, 2, 2019.
- CHENAL R., Sub Art. 6, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.
- CHIARELLI L., *Corte costituzionale n. 5/2023: un'occasione per ribadire il ruolo preventivo della confisca senza condanna e del diritto penale moderno*, in *sistemapenale.it*, 2023.
- CHIBELLI A., *La Cassazione “torna alla carica”: di nuovo alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria della confisca per equivalente prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CHIBELLI A., *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni “sostanzialmente penali” e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014.
- CHIRULLI P., *La sanzione penale: ovvero “se”, “come”, “quando” e “quanto” punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in D'ORLANDO E.-MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CIVELLO G., *La sentenza “Taricco” della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3, 2015.
- COHEN-JONATHAN G.-FLAUSS J.-F.-LAMBERT-ABDELGAWAD E., *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Bruxelles, 2006.
- COLOMBI F., *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Riv. AIC*, 3, 2013.
- CONFORTI B., *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rap-*

- porti fra diritto interno e trattati internazionali, in *Dir. um. dir. int.*, 2008, 581 ss.
- CONSOLO C.-STELLA M., Sub Art 47 CDFUE, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto processuale civile*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- CONTI R., *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 2017.
- CONTI R., Ne bis in idem, in *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2015, 438 ss.
- CONTI R., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2011.
- CONTIERI A., *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1661 ss.
- CORDERO F., *Legalità penale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.
- COSTA J.P., *Il ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 434 ss.
- COZZI A., *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Rivista di diritti comparati*, 1, 2018, 174 ss., reperibile in *diritticomparati.it*.
- CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in OCCHIOCUPO N. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- CRISAFULLI V., *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974.
- CRIVELLI E., *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16. CEDU al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2021.
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.
- CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505 ss.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2012.
- D'ALESSIO R., *Sulla sindacabilità delle norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1979, 679 ss.

- D'AMICO M., *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- D'AMICO M., *Tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: alcune riflessioni intorno alle ricadute interne della sentenza Taricco II della Corte di giustizia*, in Amalfitano C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 4, 2016.
- D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Roma-Napoli, 2006.
- D'AMICO M., *Sub Art. 25, secondo comma, Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet giuridica, Torino, 2006, 534 ss.
- D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei. Relazione introduttiva*, in BIN R.-BRUNELLI G.-PUGIOTTO A.-VERONESI P. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2005.
- D'AMICO M., *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, parte IV, 254 ss.
- D'AMICO M.-BIONDI F., *Sub Art. 134, 1° alinea*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006.
- D'ATENA A., *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DAL CANTO F., *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento interno. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam, Padova, 2016, 515 ss.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e «doppio binario sanzionatorio»: prime riflessioni sugli effetti della sentenza «Grande Stevens» nell'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 201 ss.
- DE AMICIS G.-GAETA P., *Il confine di sabbia: la Corte EDU ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 469 ss.
- DE LIA A., *La Consulta sul bis in idem in materia tributaria. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 222/2019*, in *forumcostituzionale.it*, 2020.
- DE PASQUALE P., *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 927 ss.

- DE VERO G., *Il Corpus Juris e le prospettive di riforma del sistema repressivo comunitario*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998*, Giuffrè, Milano, 2000.
- DEANA F., *Sanzioni penali a carico degli stranieri irregolari e politica europea di rimpatrio. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nel caso El Dridi*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, 1230 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Économica, Parigi, 1993.
- DELMAS-MARTY M.-TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Économica, Parigi, 1992.
- DETRAZ S., *Conformité à la Constitution du cumul plafonné des pénalités fiscales et des sanctions pénales pour les fraudes fiscales les plus graves*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, luglio-settembre 2016, n. 3, 633-636.
- DETRAZ S., *Constitutionnalité relative du cumul des sanctions fiscales et pénales*, in *Revue de droit fiscal*, 7 luglio 2016, n. 27, 49-53.
- DI FEDERICO G., *Il giudice italiano come giudice europeo*, in ID. (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Bononia University Press, Bologna, 2019.
- DI FEDERICO G., *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controllimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 159 ss.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006.
- DI PIETRO A., *Presentazione*, in DI PIETRO A. (a cura di), *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Milano, 2001.
- DIOTALLEVI G., *Creazione giurisprudenziale, irretroattività e legalità penale (art. 7 CEDU)*, in DI STASI A. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2016.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012, spec. 139 ss.
- DOGLIANI M., *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Riv. AIC*, 2012.
- DOGLIANI M., *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in *costituzionalismo.it*, 2010, 2.
- DOGLIANI M., *Irrilevanza «necessaria» della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giur. cost.*, 1976, 585 ss.

- DOLCINI E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss.
- DOLSO G.P., *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione*, in *Quad. cost.*, 2019, 691 ss.
- DOLSO G.P., *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2019, 1867 ss.
- DOLSO G.P., *Profili processuali dell'ord. n. 207 del 2018*, in *forumcostituzionale.it*, 6, 2019.
- DOMENICUCCI D. P.-FILPO F., *Sub Art 47 CDFUE, La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione Europea*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- DONATI F.-MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003.
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere o apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2016, 13 ss.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DONINI M.-FOFFANI L., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- DOVA M., *Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- EPIDENDIO T.E., *Brevi impressioni e spunti a margine del dibattito su mutamento giurisprudenziale "in bonam partem" e giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2012, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.
- EPIDENDIO T.E.-VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2024.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale 'flessibile'. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino, 2008.
- EUSEBI V.L., *Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il*

- giudice a legislatore*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FARAGUNA P.-PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei contro-limiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.
- FATTA C., *Il nuovo volto del ne bis in idem nella giurisprudenza della Grande Camera e la compatibilità con il doppio binario sanzionatorio in materia tributaria*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2017.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 13 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 1247-1277.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006.
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.
- FICI G., *In tema di tipicizzazione degli illeciti disciplinari dei magistrati*, in *Giust. civ.*, 1981, parte I, 2171 ss.
- FIDONE G., *Sulla qualificazione sostanziale del potere della CONSOB di cui al previgente art. 55 comma 2 del t.u. finanza: misura cautelare o sanzionatoria?*, in *Giur. cost.*, 2019, 443 ss.
- FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FINOCCHIARO S., *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2018, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- IORE C., *Diritto penale, Parte generale*, Utet, Torino, 1993.
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *penalecontemporaneo.it*, 2014, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, 3, 2015.
- FLICK G.M.-NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in*

- idem* nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse, in *Riv. AIC*, 3, 2014.
- FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001.
- FOUQUET O.-HATOUX B., *Cumul des sanctions fiscales et pénales possible pour les cas de fraude les plus graves*, in *Revue de droit fiscal*, 18 maggio 2017, n. 20, 62-66.
- FRANCAVIGLIA M., *Il Consiglio di Stato e la sentenza "El Dridi": le direttive europee hanno efficacia "abrogativa"?*, in *Giur. cost.*, 2012, 586 ss.
- FRANZIN D., *La Corte costituzionale e la definizione di rifiuto: nuovo capitolo di una complessa vicenda di illegittimità comunitaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 117 ss.
- GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» della sentenza*, in *Quad. cost.*, 2014, 740 ss.
- GAITO A., *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 1363.
- GALANTINI N., *Il «fatto» nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1205 ss.
- GALLI F.-WEYEMBERG A. (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2014.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018.
- GALLO D., *Controlimiti, identità nazionale e rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. un. eur.*, 2017, 259 ss.
- GALLUCCIO A., *La Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 286 ss.
- GALLUCCIO A., *La Cassazione di nuovo alle prese con Taricco: una sentenza cauta, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GAMBARDELLA M., *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. legge Severino*, in *Cass. pen.*, 2016, 1884 ss.
- GATTA G.L., *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in *sistemapenale.it*, 2020.
- GATTA G.L., *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per*

- l'insider trading secondario*), in *penalecontemporaneo.it*, 2018, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GATTA G.L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- GIANNELLI V., *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Riv. AIC*, 1, 2018.
- GIANNITI P., *La «comunitarizzazione» della «Carta» a seguito del Trattato di Lisbona*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- GIOSTRA G., *La prescrizione: aspetti processuali*, in BERIA DI ARGENTINE C. (a cura di), *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Giuffrè, Milano, 2006.
- GIUGNI I., *La differenza fra "dentro" e "fuori" il carcere è radicale: la Corte costituzionale dichiara illegittimo l'art. 1, co 6, lett. b), della legge cd. Spazzacorrotti*, in *diritticomparati.it*, 2020.
- GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2014.
- GORLA G., *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza ed i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, V, 1964, 73 ss.
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
- GRASSO G., *Diritto comunitario e diritto interno: profili penali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2008.
- GRASSO G., *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in ID.-SICURELLA R. (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.
- GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una «politica criminale europea»?*, in *Indice pen.*, 1993, 65 ss.
- GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1991, 617 ss.
- GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege e le trasgressioni disciplinari dei magistrati dell'ordine giudiziario ordinario*, in *Giur. cost.*, 1981, 845 ss.
- GRASSO P.G., *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972.
- GREER S., *The European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

- GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.
- GROSSO C.F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1474 ss.
- GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.
- GROSSO E., *L'incerto statuto delle «sanzioni» tra Corti europee e giurisprudenze nazionali. Un'introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1003 ss.
- GROSSO E., *Norme «penali» regionali di privilegio e denegata giustizia costituzionale*, in *Giur. it.*, 1992, 588 ss.
- GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- GUAZZAROTTI A., *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze «gemelle» della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018.
- GUERINI U., *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del «socialismo giuridico penale»?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 956 ss.
- ICHINO G., *L'Affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss.
- INSOLERA P., *Politica e diritto penale europei: lo stato dell'arte dopo l'affaire Taricco*, in *L'indice penale*, 2018, 247 ss.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.
- KARACOSTA C., *L'article 4 du protocole n. 7: un droit à portée incertaine*, in S. BRAUM-A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2009.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. Einaudi, Torino, 1952 (1934).
- LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 115 ss., reperibile in questionegiustizia.it.
- LATTANZI G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1909 ss.
- LAVARINI B., *Il «fatto» ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la*

- Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, 60 ss.
- LAVARINI B., *Corte europea dei diritti umani e ne bis in idem: la crisi del “doppio binario” sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2014, 82 ss.
- LAZZERI F., *La sentenza della Corte costituzionale sul regime intertemporale delle modifiche all’art. 4-bis ord. penit. introdotte dalla l. 3/2019 (“spazzacorrotti”)*, in *sistemapenale.it*, 2020.
- LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- LEO G., *Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 161 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- LETSAS G., *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- LIBERALI B., *La “ragionevolezza temporale” della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 317 ss.
- LIGUORI A., *Testo unico sull’immigrazione e “direttiva rimpatri”: il caso di El Dridi dinanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Dir. um. dir. int.*, 2011, 640 ss.
- LIPARI N., *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *questionegiustizia*, 4, 2016, 33 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- LOLLO A., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Cedam, Padova, 2017.
- LOLLO A., *Norme penali di favore e zone d’ombra della giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 13, 2009, reperibile in *federalismi.it*.
- LONGO A.-DI STEFANO F.M., *La storia infinita del ne bis in idem e del doppio binario sanzionatorio*, in *Federalismi*, 13, 2017, reperibile in *federalismi.it*.
- LORENZON S., *Tanto va la gatta al lardo ... Il caso El Dridi e le conseguenze sulla politica repressiva italiana in materia di immigrazione*, in *Quad. cost.*, 2011, 699 ss.
- LOSANA M., *La Carta di Nizza e la tutela multilivello dei diritti sociali*, in *Federalismi*, 5, 2023, 27 ss., reperibile in *federalismi.it*.
- LOSANA M., *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2020, 305 ss.
- LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016.
- LUCIANI M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 429 ss.
- LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC*, 3, 2012.
- LUPO E., *Prospettive della legalità penale*, in *Sistema penale*, 12, 2022, 105 ss., reperibile in *sistemapenale.it*.

- LUPO E., *Gli scenari futuri parzialmente incerti di una sentenza difficile*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- LUPO E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- LUPO N.-PICCIRILLI G., *European Court of Human Rights and the Quality of Legislation: Shifting to a Substantial Concept of "Law"?*, in *Legisprudence*, 2012, 229 ss.
- MACCHIA A., *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss.
- MADIA N., *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2020.
- MADIA N., *La Consulta dichiara la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998 sia nel testo introdotto dalla l. n. 62 del 2005 sia in quello modificato dal d.lgs. n. 107 del 2018*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 1636 ss.
- MALFATTI E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6, 2020.
- MALFATTI E., *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 116 ss.
- MALFATTI E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2018, spec. 297 ss.
- MALFATTI E., *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *forumcostituzionale.it*, 2012.
- MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 3488 ss.
- MANACORDA S., voce *Diritto Penale Europeo*, in *Enciclopedia Treccani On Line*, 2014, reperibile in *treccani.it*.
- MANACORDA S., *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANACORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in BERTOLINO M.-EUSEBI L.-FORTI G. (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Jovene, Napoli, 2011.

- MANCINI M., *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in *Federalismi*, 1, 2018, reperibile in *federalismi.it*.
- MANES V., *L'illecito disciplinare del magistrato nel prisma della giurisprudenza di Strasburgo: problemi e prospettive*, in *sistemapenale.it*, 2023.
- MANES V., "Common law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, 955 ss.
- MANES V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 988 ss.
- MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controllimiti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MANES V., *Proporzionevolezza senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss.
- MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1261.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, Roma, 2012.
- MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1, 2012.
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, 3474 ss.
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 839 ss.
- MANES V., Sub Art. 7, in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 76 ss.
- MANES V.-CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, studi, casi*, Giappichelli, Torino, 2020.
- MANES V.-MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost. rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *sistemapenale.it*, 2020.
- MANES V.-NAPOLEONI V. (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

- MANES V.-SGUBBI F. (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale. Atti del Convegno svoltosi presso la Scuola Superiore di Studi Giuridici dell'Università di Bologna, 31 marzo 2006*, Bononia University Press, Bologna, 2007.
- MANGIARACINA A. (a cura di), *Il ne bis in idem*, Giappichelli, Torino, 2021.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.
- MARCENÒ V., *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in *Nomos*, 2, 2021.
- MARCENÒ V., *Il dilemma della materia penale di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi*, 7, 2018, reperibile in www.federalismi.it.
- MARCENÒ V., *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Quad. cost.*, 2018, 231 ss.
- MARCENÒ V., *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, in EPIDENDIO T.E.-VARRASO G. (a cura di), *Codice delle confische*, Giuffrè, Milano, 2018, 3 ss.
- MARCENÒ V., *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé". Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. e soc.*, 4, 2018, 633 ss.
- MARI A., *Mutamento sopravvenuto di giurisprudenza e giudicato: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 673 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2013, 945 ss.
- MARINI F.S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, 4, 2018.
- MARINI F.S., *La "legge Severino" tra le Corti: luci e ombre dell'incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2016.
- MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E.-GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2019.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MARTIN F., *La sentenza 12 febbraio 2020 n. 32: la Consulta sancisce la prevalenza dello Stato di diritto e della tutela del cittadino*, in *giurisprudenzapenale.com*, 3, 2020.
- MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.

- MASERA L., *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in *penalecontemporaneo.it*, 2019, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di Giustizia in tema di «controlimiti» costituzionali: è vero dialogo?*, in BERNARDI A.-CUPPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.
- MASTROIANNI R., *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- MAUGERI A.M., *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 791 ss.
- MAUGERI A.M., *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per violazione di obblighi comunitari ex artt. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1133 ss.
- MAZZA O., *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. Trib.*, 2015, 1033 ss.
- MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss.
- MAZZACUVA F., *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987 ss.
- MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti. Luci ed ombre della giurisprudenza costituzionale sul confronto tra fonti europee e principi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2018, 15 ss.
- MAZZACUVA F., *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, 2591 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il «doppio binario» della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.
- MENDITTO F., *Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2019.
- MENEGUS G., *La sospensione di diritto ex legge Severino supera ancora una volta il vaglio della Corte. Nota a margine della sent. 276/2016*, in *Riv. AIC*, 2, 2017.
- MODUGNO F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in

- ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE P.-CHELI E.-GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- MONGILLO V., *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 2019, 3343 ss.
- MONTALDO S., *Ne bis in idem e sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali: i rapporti tra l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen e l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. um. dir. int.*, 3, 2014.
- MONTALDO S., *L'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e il principio del ne bis in idem*, in *Dir. um. dir. int.*, 2, 2013, 574 ss.
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, Milano, 1970.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008.
- NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2012, 164 ss.
- NARDOCCI C., *Retroattività sfavorevole e sanzione amministrativa: esiste ancora un'autonomia per le garanzie costituzionali in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 599 ss.
- NASCIMBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *eurojus.it*, 2018.
- NEAGU N., *The Ne Bis in Idem Principle in the Interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation*, in *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, 955 ss.
- NICOSIA E., *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- NISCO A., *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *Arch. pen.*, 3, 2017.
- NUVOLONE P., voce *Reati (Depenalizzazione di)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VI, Torino, 1986, 294 ss.
- NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1961, 554 ss.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1953.

- ODDI A., *A proposito di condanne penali e limitazioni del diritto di elettorato passivo*, in *Giur. cost.*, 2002, 180 ss.
- ONIDA V., *A cinquanta anni dalla sentenza «Costa/Enel»: riflettendo sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario alla luce della giurisprudenza*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Costa/Enel: Corte costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo*, Giuffrè, Milano, 2015, oggi anche in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016.
- ONIDA V., *I giudici di domani? Interpreti della complessità*, in *Nuova Antologia*, fasc. 2276, 2015, 86 ss.
- ONIDA V., *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1978, 997 ss.
- ONIDA V., *Sindacato di costituzionalità e applicazione di leggi penali*, in AA.VV., *Annali della Facoltà di Economia e Commercio di Verona*, 1966.
- OROFINO M., *Ne bis in idem e sistema sanzionatorio nella disciplina della protezione dei dati personali dopo l'adozione del GDPR*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* 4, 2019, 1139 ss.
- PACE A., *Legittime le leggi retroattive in materia elettorale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1007 ss.
- PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- PAJNO S., *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985.
- PALAZZO C.F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 2695 ss.
- PALAZZO C.F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1979, 232 ss.
- PALAZZO F.-BARTOLI R., *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli, colpevolezza ed irretroattività. A proposito di una sentenza "storica"*, in *sistemapenale.it*, 2024.
- PALIERO C.E., *Conclusioni*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017, 280 ss.
- PALIERO C.E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 3, 1099 ss.
- PALIERO C.E., voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, 425 ss.
- PALIERO C.E., *«Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.

- PALIERO, C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C.E.-MOCCIA S.-DE FRANCESCO G.-INSOLERA G.-PELISSERO M.-RAMPIONI R.-RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità: il sistema vivente delle fonti penali. Atti del Convegno, Napoli, 7-8 novembre 2014*, ESI, Napoli, 2016.
- PALIERO C.E.-TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 345 ss.
- PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988.
- PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- PALMIERI F., *Il divieto del bis* in idem, in GIANNITI P. (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna, 2015.
- PAONESSA C.-ZILLETTI L. (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pisa, Pacini, 2016.
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 646 ss.
- PEDRAZZI C., *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 444 ss.
- PELISSERO M., *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 10, 2019, 1148 ss.
- PELLETIER M., *Droit constitutionnel fiscal 2018*, in *Revue de droit fiscal*, 28 marzo 2019, n. 13, 20 ss.
- PELLETIER M., *De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C.*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n. 30-35.
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017, 172 ss.
- PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Franco Angeli, Milano, 2015.
- PELTIER V., *Echappatoire constitutionnelle!*, in *Droit pénal*, settembre 2016, n. 9, 43-44.
- PELTIER V., *Infléchissement de la validation constitutionnelle des cumuls de sanctions pénale et administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2015, n. 1.
- PEPE F., *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, 520 ss.
- PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra*

- dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019.
- PETTERUTI C., *Le sanzioni ambientali come strumento di prevenzione del danno ambientale. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1113 ss.
- PFERSMANN O., *L'enigma della giustizia costituzionale europea: controllo senza costituzione, struttura costituente paradossale o messianismo costituzionale?*, in *Riv. AIC*, 2014.
- PIAZZA M.-PISAPIA A., *Riflessioni sul principio del ne bis in idem alla luce delle recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2013, 3272 ss.
- PICCARDI M., *Legittima la confisca "allargata" nel caso di condanna per ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 2816 ss.
- PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovra-statali*, Giappichelli, Torino, 2019.
- PICCIRILLI G., *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017.
- PICOTTI L., *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della procura europea*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, reperibile in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.
- PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in GRASSO G.-PICOTTI L.-SICURELLA R. (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011.
- PIERGALLINI C., *L'omicidio stradale al primo vaglio della Consulta: tra ragionevoli self restraint e imbarazzanti silenzi*, in *Giur. cost.*, 2019, 1199 ss.
- PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Giuffrè, Milano, 1991.
- PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2, 2019, 216 ss.
- PISTOLESI F., *Crisi e prospettive del principio del "doppio binario" nei rapporti fra processo e procedimento tributario e giudizio penale*, in *Riv. dir. trib.*, 1, 2014, 29 ss.
- PISTORIO G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- PITTARO P., *Sentenza Taricco: per la Cassazione non può applicarsi ove la prescrizione sia già decorsa*, in *ilpenalista.it*, 2016.
- PIZZORUSSO A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli-II Foro italiano*, Bologna-Roma, 2011.
- PIZZORUSSO A., *Fonti di disposizioni e fonti senza disposizione. I principi generali*

- del diritto*, in D'AMICO M.-RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011.
- PIZZORUSSO A., *Stare decisis e Corte costituzionale*, in TREVES G. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Utet, Torino, 1971.
- PODDIGHE A., *Il divieto di bis in idem tra procedimento penale e procedimento tributario secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il caso Nykanen v. Finland e le possibili ripercussioni sul sistema repressivo interno*, in *Riv. dir. tribut.*, 4, 2014, 104 ss.
- PRETEROSSO G., *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 77 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- PROCACCINO A., *Oltre la matière pénale. I bis in idem tra procedimento penale e procedimenti disciplinari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1073 ss.
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199 ss.
- PULITANÒ D., *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *giurisprudenza penale.com*, 2019.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.
- PULITANÒ D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, I, 1983, 1800 ss.
- PUPO V., *Sospensione di diritto dalle cariche elettive: la Corte conferma l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale sulla "legge Severino"*, in *forumcostituzionale.it*, 2018.
- RANDAZZO B., *The EU Charter of Fundamental Rights in Constitutional Adjudication. The Italian Perspective*, in *CERIDAP*, 4, 2023, 99 ss.
- RANDAZZO B., *Access to Justice in a Multilevel Constitutional System, Protecting Human Rights*, Giappichelli, Torino, 2023.
- RANDAZZO B., *Accesso alla giustizia e diritti fondamentali nella dimensione costituzionale nazionale e sovranazionale*, in AMALFITANO C.-GALETTA U.D.-VIOLINI L., "Law, Justice and Sustainable Development". *L'accesso alla giustizia nel quadro del Sd Goal 16. Atti del I Convegno annuale del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale, svoltosi il 29 ottobre 2021*, Giappichelli, Torino, 2022.
- RANDAZZO B., *La versione di Strasburgo. Gli ergastoli nella giurisprudenza della Corte EDU*, in ANASTASIA S.-CORLEONE F.-PUGIOTTO A. (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Futura, Roma, 2021, 65 ss.
- RANDAZZO B., *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di*

- un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, 3, 2021, reperibile in *federalismi.it*.
- RANDAZZO B., *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- RANDAZZO B., *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola alla Consulta*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2018, 368 ss.
- RANDAZZO B., *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Riv. AIC*, 2, 2015.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- RANDAZZO B., *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011.
- RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana. Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, Roma-Napoli, 2006, 320 ss.
- RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2002, 1303 ss.
- RASI A., *Gli effetti diretti e il primato del diritto dell'Unione: una correlazione a geometria variabile*, in *Dir. un. eur.*, 2018, 555 ss.
- RECCHIA N., *Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di ne bis in idem*, in *eurojus.it*, 2018.
- REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss.
- REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, 2955 ss.
- REPETTO G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2016, 329 ss.
- RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1996.
- RIVELLO P., *I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2018, 101 ss.
- RIVOSECCHI G., *Legge Severino atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, 2385 ss.
- RIZZA C., *La sanzione delle violazioni da parte dei singoli di norme comunitarie dirette alla protezione degli interessi finanziari della Comunità nella giuri-*

- sprudenza della Corte di giustizia*, in GRASSO G. (a cura di), *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali. Atti del seminario. Catania, 18-19 giugno 1998*, Giuffrè, Milano, 2000.
- RIZZA G., *Profili costituzionali della confisca dei beni*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1964, 838 ss.
- ROBERT J.-H., *Lutte contre la phobie administrative*, in *Droit pénal*, gennaio 2019, n. 1, 39-40.
- ROMANO A., *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in *Giur. cost.*, 2012, 1490 ss.
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- ROMBOLI R., *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, 6, 2019, parte I, 1892 ss.
- ROMBOLI R., *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice 'a quo' in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 861 ss.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. 276/2016*, in *Foro it.*, 12, 2017, 3521 ss.
- ROMBOLI R., *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2, 2016, parte I, 412 ss.
- RORDORF R., *La giustizia costituzionale in trasformazione: il punto di vista della Corte di cassazione*, in CARAVITA B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012.
- RORDORF R., *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 9, 2006, V, 279 ss.
- ROSSI DAL POZZO F., *La prescrizione nel processo penale al vaglio della Corte di Giustizia?*, in *penalecontemporaneo.it*, reperibile in *archiviodpc.dirittopenale uomo.org*.
- ROSSI L.S., M.A.S. e M.B. *e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono ... pur parlando lingue diverse*, in AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte Edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018, reperibile in *osservatoriosullefonti.it*.
- ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Priulla, Palermo, 1953.
- RUDONI R., *Ancora a proposito di giurisdizione costituzionale, cumuli punitivi eterogenei e ne bis in idem (riflessioni a partire da Corte cost., sent. n.*

- 149/2022 relativa al 'doppio binario' in materia di diritto d'autore), in *Nomos*, 2, 2022.
- RUDONI R., *Il principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni punitive e l'incerta giustiziabilità delle sue violazioni*, in *Giur. cost.*, 2022, 995 ss.
- RUDONI R., *La disciplina transitoria della cd. oblazione ambientale al vaglio di costituzionalità, tra retroattività di norme sostanziali più favorevoli e regime intertemporale di norme processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, 265 ss.
- RUDONI R., *Sanzioni disciplinari a carico di avvocati e confini mobili della 'materia penale': spunti critico-ricostruttivi della giurisprudenza convenzionale e delle relative ricadute sull'ordinamento interno*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4, 2021.
- RUDONI R., *Sul doppio binario punitivo in materia tributaria*. Ne bis in idem, coordinamento procedimentale e proporzionalità del cumulo sanzionatorio, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2019, 1015 ss.
- RUDONI R., *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, 825 ss.
- RUDONI R., *La disciplina sanzionatoria degli abusi di mercato a confronto con il ne bis in idem convenzionale: il ruolo della Corte costituzionale in attesa dell'intervento legislativo*. Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 2016, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2, 2016.
- RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusiva vicenda*, in *Consulta online*, 1, 2019.
- RUGGERI A., *Corte europea dei diritti e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 1, 2018.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24/2017)*, in *Consulta online*, 2017.
- RUGGERI A., *L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come “sistema”*, in *giurcost.org*, 2013.
- RUGGERI A., *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in *giurcost.org*, 2012.
- RUOTOLO M., *Oltre le “rime obbligate”?*, in *Federalismi*, 3, 2021, 54 ss., reperibile in *federalismi.it*.
- RUOTOLO M., *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*

nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in *Riv. AIC*, 2, 2019.

- SALCUNI G., *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *lalegislazionepenale.eu*, 2016.
- SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011.
- SALOMON R., *Les questions posées au Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit fiscal*, 28 luglio 2016, n. 30-35, 26-28.
- SALVEMINI P., *Il doppio binario sanzionatorio al vaglio della Corte di Giustizia: la Grande Sezione si pronuncia sulle questioni pregiudiziali*, in *diritticomparati.it*, 2018.
- SANDULLI M.A., voce *Sanzione IV) Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1993.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Jovene, Napoli, 1983.
- SCACCIA G., *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *forumcostituzionale.it*, 2018.
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2017, 2948 ss.
- SCARCELLA A., *Confisca dei terreni e delle aree abusivamente lottizzate e potere-dovere interpretativo del giudice: considerazioni a margine della sent. n. 239 del 2009 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 3015 ss.
- SCOLETTA M., *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *sistemapenale.it*, 2022.
- SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2649 ss.
- SCOLETTA M., *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013.
- SCOLETTA M., *La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale in malam partem: il caso della prescrizione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2012, 117 ss.
- SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem*, Monboso, Pavia, 2012.
- SICURELLA R., Sub Art. 49 CDFUE, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale*, in MASTROIANNI R.-POLLICINO O.-ALLEGREZZA S.-PAPPALARDO F.-RAZZOLINI O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017.
- SICURELLA R., *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo*

- (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- SICURELLA R., *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale «armonizzato»? Le questioni in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2013, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- SIMONCINI M., *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1951 ss.
- SINISCALCO M., *Giustizia penale e Costituzione*, ERI, Torino, 1968.
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale “tra Antigone e Creonte io sto con Porzia”*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, 111 ss.
- SOTIS C., *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma, 2012.
- SOTIS C., *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 326 ss.
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966.
- SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo University Press, Palermo, 2022.
- STACCA S., *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell’individuo*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- STASIAK F., *Cumul de poursuites pénales et administratives*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, aprile-giugno 2015, n. 2, 374-378.
- TABET G., *La riforma delle sanzioni amministrative tributarie*, Giappichelli, Torino, 2000.
- TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in MEZZETTI L.-FERRER MAC GREGOR E. (a cura di), *Diritto processuale costituzionale*, Cedam, Padova, 2010.
- TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate*, in *sistemapenale.it*, 2, 2021.
- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia Press University, Bologna, 2020.
- TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Tocco, Napoli, 1925.
- TESAURO G., *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.

- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2, 2009, 195 ss.
- TIGANO V., *Questioni aperte su retroattività in mitius e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale?*, in *archiviopenale.it*, 1, 2020.
- TIGANO V., *Successione di leggi penali ed amministrative punitive, disposizioni transitorie e condizioni di compatibilità con il principio di irretroattività*, in *Arch. pen.*, 3, 2019.
- TORRETTA P., *La sospensione retroattiva della legge Severino passa il vaglio della Corte costituzionale: la sentenza n. 236/2015 tra conferme e (ancora) qualche incertezza*, in *Studium iuris*, 3, 2016, 258 ss.
- TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di sanzione*, in *Giur. cost.*, 2010, 2323 ss.
- TREVES G., *Il valore del precedente nella giustizia costituzionale italiana*, in ID. (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Utet, Torino, 1971.
- TRIPODI A. F., *Ne bis in idem e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2022.
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 530 ss.
- TRIPODI A.F., *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1047 ss.
- TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1498 ss.
- TRUCCO L., *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti ed ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 2017, 173 ss.
- TURCO E., *Nota a Corte di cassazione, sez. unite penali, sent. n. 23428 del 2010*, in *Foro it.*, 2010, parte II, 499 ss.
- UBERTIS G.-VIGANÒ F. (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- UBIALI M.C., *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- ULFSTEIN G., *A Transnational Separation of Powers?*, in SAUL M.-FØLLESDAL A.-ULFSTEIN G. (a cura di), *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments: Opportunities and Challenges*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- URBANI F., *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costi-*

- tuzionale apre uno spiraglio alla teoria della "continuità dell'illecito", in Cass. pen., 2015, 1832 ss.*
- VAGLIASINDI G.M., *La definizione di rifiuto tra diritto penale ambientale e diritto comunitario*, in *Riv. trim. diritto pen. econ.*, 2005, 1043 ss.
- VAGLIASINDI G.M., *Diritto penale ambientale e diretta efficacia delle direttive comunitarie*, in *Cass. pen.*, 1999, 269 ss.
- VALENTINI V., *Il fattivo abbraccio fra presunzione d'innocenza e misure ablative preventive*, in *Giur. cost.*, 2023, 1, 63 ss.
- VALENTINO A., *Il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e gli effetti nell'ordinamento interno*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- VAN BOCKEL W.B. (a cura di), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 281 ss.
- VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, 416 ss.
- VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.
- VERVAELE J.A.E., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 32 ss.
- VERVAELE, J.A.E., *Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the UE*, in *Utrecht Law Rev.*, 9, 2013, 211 ss.
- VICOLI D., *Il ne bis in idem tra approccio naturalistico e dimensione tripartita del fatto: la Corte costituzionale delinea i nuovi equilibri*, in *Giur. cost.*, 2016, 2466 ss.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *sistemapenale.it*, 2022.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.
- VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 2021.
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1775 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale delle confische di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 610 ss.

- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017.
- VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari*, in *penalecontemporaneo.it*, 2017, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *A never-ending story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 186 ss.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *penalecontemporaneo.it*, 2016, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una impor-*

- tante sentenza della Corte di Giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Il caso Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i "controlimiti"*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it*, 2015, reperibile in *archiviodpc.diritto penaleuomo.org*.
- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 219 ss.
- VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in CORSO P.-ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, CELT, Piacenza, 2010, 641 ss.
- WONG C., *Criminal sanctions and administrative penalties: the quid of the ne bis in idem principle and some original sins*, in GALLI F.-WEYEMBERGH A. (a cura di), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2014.
- ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Diritto costituzionale. 1. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss.
- ZAGREBELSKY G., *La rilevanza: un carattere normale, ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.
- ZAGREBELSKY G.-MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- ZAGREBELSKY V., *La natura delle sanzioni CONSOB, le esigenze dell'equo processo e il ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti umani*, in DE-SANA E.-MONTALENTI P.-SALVADORI M. (a cura di), *Ne bis in idem e procedimento sanzionatorio CONSOB al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES V.-ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

- ZAGREBELSKY V.-CHENAL R.-TOMASI L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- ZANCHETTA P.G., *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in *Quest. giust.*, 4, 2016, 82 ss., reperibile in *questionegiustizia.it*.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Fratelli Bocca, Torino, 1924.
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2021, 3, 86 ss., reperibile in *federalismi.it*.
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.
- ZANON N.-PANZERI L., *Sub Art. 25 Cost.*, in BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet giuridica, Torino, 2006, 1957 ss.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Volumi pubblicati

1. RUGGERO RUDONI, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, 2024.
2. ISABELLA ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, 2024.
3. CHIARA CASTALDO, *Libertà individuali e open data. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, 2024.