



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

(*CURRICULUM* "TUTELA PENALE E GARANZIE DELLA PERSONA NEL DIRITTO INTERNO,
COMPARATO, EUROPEO ED INTERNAZIONALE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI)

– **XXIX CICLO** –

**I PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE
IN MATERIA PENALE
TRA FONTI SOVRANAZIONALI
E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE**

Tesi di Dottorato di:

Dott. Giuseppe TOSCANO

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Giuseppina PANEBIANCO

Coordinatore del Corso di Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Maria Piera RIZZO

Premessa

Costituisce opinione piuttosto diffusa quella secondo cui l'irrompere del diritto sovranazionale nella materia penale abbia irrimediabilmente trasformato la fisionomia dell'intero sistema punitivo. In particolare, nei numerosi contributi che la scienza penalistica ha dedicato al tema negli ultimi tempi, ricorre sovente la denuncia della c.d. "crisi della legalità"¹, espressione con la quale si

¹ Nei molti contributi in cui viene trattato il tema, tale fenomeno è stato invero ricondotto anche a fattori endogeni, ma vi è sostanziale concordia nell'indicare l'affermarsi della nuova dimensione giuridica sovranazionale quale principale "fattore di crisi". Tra le riflessioni più recenti, si rimanda a O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2013, pp. 164 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2016, pp. 1 ss.; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un "principio fondamentale*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, pp. 1279 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, *passim*; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss. Al tema è stato altresì dedicato il III Convegno Nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale (AIPDP) svolto presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II il 7 e l'8 novembre 2014, dal titolo "La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali", i cui contributi sono raccolti in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014*, a cura di C.E. Paliero-S. Moccia-G.A. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato, Napoli, 2016. Di crisi della legalità parlava invero già F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, pp. 179 ss. (ed ora in ID, *Scritti di diritto penale*, vol. I, Tomo II, Milano, 1997, pp. 1275 ss.) denunciando una frattura - oggi tutt'altro che ricomposta - tra norme costituzionali e politica criminale.

allude, secondo varie prospettive, al faticoso adattamento del principio cardine del diritto penale moderno alla nuova dimensione europea².

L'osservazione non è di per sé contestabile: l'affermarsi di nuovi centri decisionali alternativi al Parlamento nazionale ha inevitabilmente intaccato il sistema tradizionale delle fonti ed il concetto stesso di "sovranità statale", oggi non più declinabile nella sua classica accezione. Tale processo, che interessa ogni settore dell'ordinamento giuridico, suscita particolari inquietudini nella materia penale, ove detta sovranità ha da sempre trovato la sua massima e più autentica espressione.

Se l'uropeizzazione del diritto penale mette dunque in crisi il modo stesso di intendere il sistema punitivo, va comunque ricordato che, come mostra la storia delle civiltà, i periodi di crisi, al netto delle

² Il principio di legalità, come è noto, nasce quale espressione di una cultura autarchica e statalista che, in relazione all'esercizio del magistero punitivo, non può ritenersi ancora totalmente superata. Gli Stati nazionali, già restii e prudenti rispetto all'attuazione di forme di cooperazione orizzontale, continuano difatti a mostrare riserve rispetto all'ipotesi di una vera e propria cessione verticale di competenza in materia penale ad ordinamenti di tipo sovranazionale. Per una ricostruzione della parabola storica del principio di legalità e dei rapporti tra lo stesso ed il processo di europeizzazione del diritto sia consentito il rinvio a G. TOSCANO, *The Principle of Nullum Crimen Sine Lege in the Construction of European Criminal Law*, in S. Ruggeri (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, Svizzera, 2015, pp. 31 ss.

loro criticità intrinseche, risultano spesso necessari per il rinnovamento (*rectius*: la sopravvivenza) di un qualunque sistema³.

Il concetto presenta elementi di verità anche sul piano giuridico ed emblematica pare essere a riguardo la vicenda della retroattività *in mitius*, principio oggetto di una vera e propria opera di “riscrittura” portata avanti dalla giurisprudenza sovranazionale e che, sul versante interno, nell’allineamento alla nuova dimensione europea, ha reclamato un approfondimento teorico che in “momenti di quiete” dottrina e giurisprudenza solo occasionalmente le avevano riservato.

Da una parte si segnalano gli interventi della Corte di giustizia dell’Unione europea, la quale, come ormai ampiamente noto, ha rintracciato il principio *de quo* nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, riconoscendone il valore di principio generale del diritto UE⁴; dall’altra, non meno significativo è stato l’apporto della Corte di Strasburgo, la quale ha riconosciuto alla retroattività della *lex mitior* il rango di principio fondamentale garantito dalla Convenzione

³ Celebre la frase di Albert Einstein contenuta nella raccolta di lettere ed articoli non scientifici dal titolo “Il mondo come lo vedo io”, scritto nel 1931, ove lo scienziato afferma che «La crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce all’angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorge l’inventiva, le scoperte e le grandi strategie»: v. A. EINSTEIN, *Il mondo come lo vedo io*, 1931, ed. italiana, Roma, 1974.

⁴ V., *infra*, Cap. I, Sez. II, § 2.1.

europea dei diritti dell'Uomo, inquadrandolo quale corollario del più generale principio di legalità dei delitti e delle pene sancito dall'art. 7 della Convenzione stessa⁵. Tali prese di posizione delle Corti sovranazionali si sono rivelate gravide di implicazioni anche sul versante nazionale, portando la stessa Corte costituzionale a rivisitare alcune proprie prese di posizione in argomento, alla luce dell'obbligo per il giudice nazionale di interpretare la normativa interna conformemente ai paradigmi imposti dalle fonti europee⁶.

Tutto ciò ha portato ad un arricchimento dei contenuti garantistici del principio in esame, rendendo merito a quei percorsi argomentativi, invero già avanzati da parte della dottrina, volti ad ottenerne un rafforzamento già sulla base delle disposizioni costituzionali e, in particolare, attraverso la valorizzazione delle proiezioni finalistiche della pena⁷. Non può difatti negarsi che l'aver riconosciuto al principio di retroattività favorevole il rango di principio fondamentale, lungi dall'essere mera statuizione astratta, ne ha reso necessaria una

⁵ V., *infra*, Cap. I, Sez. II, § 2.3.

⁶ Sull'obbligo di interpretazione conforme, esplicitato dalla Consulta nella nota sentenza "gemella" n. 349 del 2007 (v. § 6.2), inevitabile il richiamo ad A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, pp. 230 ss.

⁷ In questo senso, G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2012, p. 301.

valorizzazione in chiave garantista, con conseguente riduzione dei suoi margini di derogabilità.

L'affermarsi del diritto europeo, tuttavia, non solo ha inciso sulla dimensione assiologica e sulla "forza di resistenza" dei canoni intertemporali, ma ne ha anche ampliato in maniera significativa il perimetro applicativo. Proprio in ragione delle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo e, in particolare, della nozione sostanziale di "materia penale" da questa accolta, si è posta la necessità di estendere l'operatività dei principi intertemporali tipici del diritto penale anche a sanzioni di natura formalmente diversa, ma di analogo contenuto afflittivo. Si vedrà nel proseguo come tale approccio abbia consentito il disvelamento e la censura dei casi di c.d. "truffa delle etichette" presenti nelle legislazioni interne, ristabilendo il naturale rapporto di proporzionalità diretta che deve sussistere tra il grado di severità della sanzione e il livello di garanzie del singolo.

Non meno rilevante è il contributo che le Corti europee hanno avuto nel mettere in luce la necessità di garantire il rispetto della legalità anche nella dimensione *in action*, questione la cui sola prospettazione poteva risultare "eretica" fino a qualche anno addietro, ma che oggi si pone prepotentemente e motivatamente al centro del dibattito giuspenalistico. Rilevato che i mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli

producono in concreto effetti equivalenti a quelli di una modifica legislativa, occorrerà verificare i margini entro cui si può affermare, anche sul piano interno, tale equiparazione tra diritto di fonte legislativa e formante giurisprudenziale, con conseguente estensione a quest'ultimo dei principi intertemporali tradizionalmente riservati alla *lex scripta*.

Mai come oggi, dunque, la legalità pare essere così lontana dal luogo delle certezze nel quale la modernità giuridica l'aveva collocata e, con essa, anche i suoi corollari intertemporali, chiamati giocoforza a recuperare i propri contenuti garantistici e a misurarsi con una realtà nuova e diversa, che non necessariamente li vede ridimensionati.

La ricostruzione della disciplina dei principi di diritto intertemporale⁸ in materia penale diviene pertanto operazione tanto difficile quanto indispensabile sia sul piano dogmatico che più strettamente pratico, specie nell'attuale momento storico ove il proliferare degli interventi del legislatore e le continue intersezioni tra

⁸ Si definisce *diritto intertemporale* il complesso di norme finalizzate allo scopo di individuare quale sia, tra le disposizioni coinvolte in una sequenza cronologica, quella da applicare in relazione alle fattispecie concrete volta per volta considerate. Diverso è invece il concetto di *diritto transitorio*, col quale si fa riferimento alle disposizioni predisposte per disciplinare il passaggio da una normativa all'altra, attraverso norme dettagliate, di immediata applicazione, di efficacia limitata nel tempo, destinate a regolare specifici fatti realizzati durante la transizione normativa, inestensibili per analogia: così S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003, pp. 3-4.

giurisprudenza delle Corti europee e ordinamento domestico portano incessantemente alla ribalta problemi di diritto intertemporale a cui occorre dare adeguata (e forse rinnovata) risposta.

CAPITOLO I
I PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE
IN MATERIA PENALE

SOMMARIO: SEZIONE I. *L'evoluzione storico-dogmatica e il riconoscimento normativo*: 1. Linee evolutive della disciplina intertemporale: da regole “moralì” a principi di garanzia. – 1.1. L'appartenenza dei principi di irretroattività della *lex gravior* e della retroattività della *lex mitior* alla tradizione codicistica italiana. – 2. Uno sguardo comparatistico: la disciplina intertemporale nell'ordinamento tedesco. -2.1. L'esperienza giuridica francese tra passato e futuro. – 3. Il diritto intertemporale nella disciplina internazionale. - 3.1. La disciplina intertemporale nella CEDU e nella Carta di Nizza. - SEZIONE II. *La lex mitior tra Corti europee e ordinamento interno*: 1. La ricerca del fondamento costituzionale della retroattività *in mitius*. I limiti dell'art. 25, co. 2, Cost. – 1.1. La retroattività favorevole quale espressione del principio di uguaglianza del trattamento sanzionatorio. – 1.2. Il finalismo rieducativo quale limite alla derogabilità del principio. - 2. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale. I primi approcci. – 2.1. L'affermazione del principio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia – 2.2. Le sentenze costituzionali nn. 393 e 394 del 2006 ed il limite della ragionevolezza. –2.3. Le interferenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: la vicenda Scoppola. - 2.4. L'intervento della Corte costituzionale sui “fratelli minori di Scoppola” e i riflessi sul giudicato. – 3. Verso il riconoscimento del finalismo rieducativo quale presidio costituzionale della retroattività favorevole.

Sezione I

L'EVOLUZIONE STORICO-DOGMATICA E IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO

1. Linee evolutive della disciplina intertemporale: da regole “moralì” a principi di garanzia.

Al fine di analizzare più compiutamente il tema dei principi intertemporali in materia penale nella nuova dimensione “multilivello”, giova effettuare una preliminare indagine circa la loro evoluzione

storico-dogmatica, la quale, ponendosi l'obiettivo di ricostruirne il retroterra politico e culturale, risulta indispensabile per cogliere le linee evolutive del sistema e rispondere nella maniera più adeguata agli interrogativi prospettati in premessa⁹.

La ricerca "storica" sui principi regolanti la successione di leggi penali nel tempo ha da sempre presentato difficoltà peculiari, difficilmente riscontrabili per altri istituti del diritto penale. Sebbene la necessità di prevedere un'apposita disciplina di diritto intertemporale sia stata avvertita da sempre da ogni legislatore, pare difatti difficile cogliere elementi di continuità tra la visione del fenomeno intertemporale negli ordinamenti moderni e quella che si aveva nelle epoche più remote.

Una prima significativa differenza può osservarsi già nell'impostazione stessa del problema, posto che, prima dell'avvento del codice penale francese del 1791, le questioni di diritto intertemporale venivano ricondotte a questioni di carattere "morale" o apprezzate unicamente nella loro dimensione "oggettiva", essendo ancora lontana una ricostruzione del fenomeno successorio che,

⁹ Osserva M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000, p. 10, che la consapevolezza che una specifica condotta può, nel tempo, subire qualificazioni giuridiche diverse ha spinto i legislatori di ogni tempo a prevedere un'apposita disciplina deputata all'individuazione della norma da applicare al caso concreto.

muovendo dal soggetto destinatario del precetto, ponesse una problematica di “diritti soggettivi fondamentali”¹⁰.

Partendo dal diritto romano va ravvisato che, almeno fino all’età repubblicana, non vi era traccia del principio di retroattività della legge meno severa o più favorevole. Risulta controversa tra gli storici anche l’esistenza del principio di irretroattività della *lex gravior*, mancando documenti legislativi o altre testimonianze di quell’epoca che abbiano definito in termini generali i limiti di applicazione della legge penale. Le uniche fonti cui si può fare riferimento sono difatti contenute in leggi settoriali o documenti spesso discordanti e di dubbia interpretazione¹¹.

Maggiore concordia vi è tra gli studiosi nel riconoscere l’esistenza del canone della irretroattività della legge penale in età

¹⁰ Così M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987, p. 40.

¹¹ In proposito, si suole fare riferimento ad un passo di Cicerone nella seconda Verrina (capitolo 42), ove si contesta l’applicazione retroattiva che il pretore Verre aveva disposto con riguardo alla legge Voconia, la quale proibiva alle persone iscritte nella prima classe di censo di istituire eredi persone di sesso femminile. Cicerone, nel suddetto passo, sostiene che la legge penale può operare retroattivamente solo allorquando colpisce fatti la cui iniquità risulti evidente. Una ricostruzione dettagliata della vicenda e del dibattito che ne è seguito circa l’esistenza del principio di irretroattività in età repubblicana si trova in C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. II, Pisa, 1869, pp. 208 ss., il quale conviene con la tesi di chi sostiene che il principio della irretroattività non ispirasse la legislazione penale repubblicana. L’A., oltretutto, mette in luce come Cicerone abbia impostato il problema della retroattività della legge penale in base alla natura del delitto commesso, riconoscendola nel caso di delitti naturali già iscritti nella coscienza dell’uomo (*probra natura turpia*) e negandola di fronte a delitti civili (*probra civiliter*). La giustizia penale, pertanto, secondo Gabba, risulta in quest’epoca dominata esclusivamente da considerazioni di ordine morale, non contemperate con quelle di civile convenienza e di pratica opportunità.

imperiale, anche se nelle Costituzioni degli imperatori non è dato trovare disposizioni che riconoscano in termini generali il suddetto principio. Si segnala tuttavia come il codice Teodosiano e le novelle di Giustiniano contengano passi ove viene inequivocabilmente riconosciuta efficacia retroattiva alla legge più mite¹².

Il contributo più importante all'affermazione del principio di irretroattività della legge penale fu dato tuttavia dal diritto canonico. Si ricorda in proposito un rescritto di Gregorio III del 593 ove si dichiara in termini generali che le diminuzioni di diritto, inflitte dalla legge, si possono applicare soltanto a coloro i quali abbiano contravvenuto ad essa (durante il suo vigore)¹³.

Detto principio divenne patrimonio comune nel XII sec. grazie all'opera dei Glossatori e dei Commentatori. In detta epoca, oltre al divieto di retroattività, anche il principio secondo cui la legge penale più mite si deve applicare ai reati anteriori fu per la prima volta

¹² I riferimenti sono contenuti ancora in C.F. GABBA, *Teoria*, cit., pp. 283 ss.

¹³ Una chiara enunciazione del principio di irretroattività della legge penale in diritto canonico lo si trova in un passo di S. Ambrogio, riportato da C.F. GABBA, *op. ult. cit.*, p. 284, ove si dice che: «*Poena criminis ex tempore legis est, quae crimen inhibuit, nec ante legem nulla rei damnatio est, sed ex lege*». Sul principio di irretroattività nel diritto canonico v. M. PETRONCELLI, *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milano, 1931, pp. 13 ss. L'assunto che sta alla base della norma in diritto canonico è che se la legge è regola dell'atto deve ovviamente prevenirlo ed affermarne in anticipo la qualifica e le conseguenze.

compreso ed insegnato da più di un giureconsulto italiano¹⁴. Tuttavia, l'opinione prevalente era che ogni reato si dovesse punire secondo la legge vigente al tempo in cui fosse stato commesso, non avendo riguardo ad un'eventuale legge posteriore che avesse diminuito la pena.

La teoria secondo cui andrebbe riconosciuta efficacia retroattiva alla legge penale più mite ebbe tuttavia sempre maggiore diffusione e finì col tempo per essere recepita anche nel resto del continente e, in particolare, in Germania, ove molti criminalisti dell'epoca propugnarono il principio della non retroattività della legge penale ed anche la retroattività della legge nuova più mite fu accettata diffusamente.

Nel XVII secolo si segnala in particolare il pensiero del giurista e filosofo tedesco Samuel von Pufendorf, il quale definisce la pena come «*malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*» (definizione mutuata da Grozio); e successivamente afferma che non qualsiasi male inflitto per un delitto antecedente è una pena, ma soltanto un male che

¹⁴C.F. GABBA, *Teoria*, cit. p. 288, aderisce all'opinione di Saeger secondo cui il primo giureconsulto ad utilizzare detto principio fu Riccardo Malumbrano, che decise in tal senso la questione insorta a Padova su come si dovesse punire la contravvenzione relativa al divieto di commercio del sale con Venezia, commessa quando la pena comminata era di 100 lire, che erano poi state ridotte a sole 25 prima del giudizio.

sia stato previamente minacciato, e poi inflitto una volta conosciuta l'esistenza di un delitto¹⁵.

Durante il periodo illuminista, grazie alla piena emersione del principio di legalità quale peculiare espressione del nascente Stato di diritto, viene generalizzato il divieto di retroattività in materia penale¹⁶.

Il vero momento di svolta si era difatti già avuto con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, ove all'art. 8 si afferma che: «La Legge deve stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una Legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata». L'inserimento all'interno della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino rappresenta un punto di svolta rispetto al passato, perché rende evidente il mutamento di prospettiva rispetto alle

¹⁵ V. S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libro VIII, cap. III, ove si dice: «*Deinde non omne malum, quod ob antegressum peccatum infertur, poena est, sed quod anteadenunciatum, et post cognitionem delicti fuit impositum*».

¹⁶ La paternità del principio di legalità viene comunemente ricondotta a Feuerbach, il quale coniò la celebre espressione «*nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*»: v. P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschlandgultigen peinlichen Rechts*, rist. 1986, p. 20. Osserva S. CAMAIONI, *Successione di leggi*, cit., p. 9, come sia stata proprio la feconda sensibilità giuridica del giurista liberale tedesco a dare, con prosa latina, maggiore solennità al principio di stretta legalità ed al suo principale corollario. Secondo altri autori, invece, l'affermazione del principio di irretroattività si deve a Bentham. Il filosofo e giurista inglese, influenzato dalla capacità creatrice dei giudici di *common law*, fu secondo parte della dottrina il primo ad enunciare la necessità che le norme penali debbano dispiegare la loro efficacia solo in ordine alle condotte umane poste in essere successivamente alla loro entrata in vigore: in tal senso A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. Insolera-N. Mazzacuva-M. Pavarini-M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, pp. 243 ss.

(sporadiche) applicazioni del suddetto principio avvenute nelle epoche pregresse¹⁷.

Già nelle prime costituzioni rivoluzionarie l'affermazione del principio di legalità, unitamente al corollario della irretroattività della legge penale, risponde a ragioni profondamente diverse rispetto a quelle fin qui descritte: essi non sono più meri criteri interni al sistema volti a risolvere i problemi di natura intertemporale, ma esprimono una tipica *funzione di garanzia* per il cittadino nei confronti dello Stato¹⁸. Anche in Germania le ragioni di garanzia e le preoccupazioni per un intervento arbitrario dello Stato divengono il baricentro del sistema di diritto intertemporale¹⁹.

Parallelamente, anche la regola dell'effetto retroattivo dell'*abolitio criminis* inizia a radicarsi nella cultura penalistica europea,

¹⁷ Il preambolo della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino qualifica solennemente i diritti individuati nella suddetta dichiarazione come «naturali, inalienabili e sacri dell'uomo».

¹⁸ Tali elementi di discontinuità sono messi in luce da M. SINISALCO, *Irretroattività*, cit., p. 80. Significativo anche come E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, p. 99, definisse la retroattività *in mitius* non più un istituto *humanitatis causa* (con tutti gli elementi di incertezza che ciò determinerebbe), ma un vero e proprio “debito di giustizia”.

¹⁹ Nella Costituzione di Weimar il principio di legalità ed irretroattività della legge penale era espresso all'art. 116, ove si prevedeva che: «*Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde*». Tale disposizione, peraltro, è stata sostanzialmente ripresa dalla Legge fondamentale della repubblica federale (*Grundgesetz* -GG) all'art. 103, comma 2 che dispone «*Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde*».

trovando esplicita enunciazione prima nel codice penale francese del 1791²⁰ e poi nel codice napoleonico del 1810²¹. Tale ultimo testo legislativo, quantomeno originariamente, non conteneva invece alcuna menzione della regola della retroattività *in mitius*, inserita solo nel decreto di attuazione del codice penale del 23 luglio 1810, così autorizzando il sospetto che, nella valutazione del Legislatore del 1810, tale principio non avesse “pari dignità” rispetto all’opposto precetto intertemporale.

Parallelamente, in Germania, il pensiero di Pufendorf venne sviluppato magistralmente da Feuerbach, che si fece subito sostenitore della teoria della prevenzione generale (*Generalprävention, Abschreckung*) quale funzione e scopo della pena. In particolare, secondo Feuerbach, la funzione della prevenzione generale opererebbe mediante una «coazione psicologica» (*psychologischer Zwang*) che lo Stato provoca, mediante la legge, nell’animo dei consociati: divengono così fondamentali il principio di legalità e quello di certezza del diritto. Infatti, affinché la minaccia legale della pena possa adempiere alla sua «coazione psicologica», è necessario che la legge penale indichi

²⁰ Cfr. P. ROUBIER *Le droit transitorie (conflits des lois dans le temps)*, Parigi, 1960, pp. 447 ss.

²¹ L’art. 4 stabilisce: «Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis des peines qui n’étaient pas prononcées ar la loi avant qu’ils fussent commis».

anticipatamente e con *precisione* qual è l'azione penalmente rilevante e quali sono le conseguenze sul piano sanzionatorio²².

La dottrina giuridico-penale di Feuerbach trovò una sua “positivizzazione” nel codice penale bavarese del 1813, del quale egli è riconosciuto come padre “spirituale”²³, tanto che diversi punti di tale testo normativo vengono ritenuti la “traduzione” legislativa del pensiero del giurista tedesco²⁴. Per quanto a noi interessa in questa sede, significativa pare la previsione contenuta all'art. 1 del suddetto codice, ove si dice che: «Chi si rende colpevole di una azione od omissione illecita, per la quale la legge ha minacciato un dato male, è assoggettato a questo male legale come sua pena». Vengono così positivizzati anche in Germania i principi di legalità e irretroattività della legge penale.

1.1. L'appartenenza dei principi di irretroattività della *lex gravior* e della retroattività della *lex mitior* alla tradizione codicistica italiana.

²² La trattazione dei principi di legalità e certezza del diritto è contenuta in P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., 1812. Per un approfondimento sulla dottrina giuridico-penale di Feuerbach si rinvia a M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

²³ Così G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlino, 1978, p. 18.

²⁴ Sull'influenza del pensiero di Feuerbach sul contenuto del codice penale bavarese si rinvia a M.A. CATTANEO, P.J. Anselm Feuerbach e il codice penale bavarese del 1813, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2009, 2, pp. 321 ss.

La disciplina della successione di leggi in materia penale nell'ordinamento italiano dalle origini dello Stato unitario ad oggi può idealmente scindersi in due fasi che hanno come spartiacque l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. In tale momento, infatti, pur rimanendo inalterata la disciplina dettata dal codice Rocco, si inserisce nel sistema delle regole dettate in tema di successione di leggi in materia penale una disposizione, quella di cui all'art. 25, comma 2, che "costituzionalizza" l'irretroattività della *lex gravior* incidendo in maniera significativa sull'intero sistema di diritto intertemporale²⁵.

Nella penisola italiana, sin dalle codificazioni pre-unitarie, la disciplina della successione di leggi penali si mantiene entro direttrici costanti: la irretroattività delle norme incriminatrici e la retroattività della legge più favorevole²⁶. Interessante notare come anche la dottrina

²⁵ Come osserva M. SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., p. 57, il carattere "rigido" della Costituzione consente di affermare la dimensione nuova del sistema rispetto alla situazione legislativa precedente.

²⁶ Nella penisola italiana, il primo codice che prevede la retroattività è per vero il codice del Regno delle due Sicilie del 1819, ove, all'art. 60, si stabiliva che: «Niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso. Nondimeno se la pena stabilita al tempo del giudizio, e quella che era fissata nel tempo del reato, fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la più mite».

Altra disposizione sull'ambito di validità temporale della legge si ritrova poi all'art. 91 dello stesso codice, ove si prevedeva che: «Qualunque disposizione sovrana che cancella un'azione dalla classe dei reati, e ne abolisce per regola generale la pena, toglie di dritto tutti gli effetti del procedimento, e della condanna: e chi n'è favorito, benché in seguito commetta un reato, non sarà riputato né recidivo né reiteratore». Tale disposizione positivizzava dunque la regola della iperretroattività della legge successiva abolitiva.

dell'epoca giustificasse tale ultimo principio appellandosi non a ragioni di “umanità”, ma di “giustizia”²⁷. Si aggiungevano poi considerazioni sull'inutilità pratica di infliggere pene per fatti non costituenti più reato o pene più severe di quelle successivamente ritenute sufficienti dal legislatore²⁸.

Venendo alla prima codificazione unitaria, si osserva che la rubrica del codice penale del 1889 faceva riferimento alla “Efficacia della legge in ordine al tempo”, con espressione analoga all'attuale corrispondente rubrica presente nei codici penali tedesco (§ 2 *StGB* - “*Zeitliche Geltung*”), austriaco (§ 61 *StGB* - “*Zeitliche Geltung*”) e svizzero (art. 2 *StGB* - “*Zeitliche Geltung des Gesetzes*”).

Muta invece la rubrica con l'entrata in vigore del codice Rocco, che all'art. 2 parla di “Successione di leggi penali”, espressione con la quale si compendiano gli eterogenei e molteplici fenomeni intertemporali²⁹.

²⁷ Così V. COSENTINO, *Il codice penale del 20 novembre 1859*, 4^aed., Napoli, 1879, p. 29.

²⁸ Un quadro generale sulle disposizioni in materia di successione di leggi penali nei codici preunitari e sulla dottrina ad esse coeva può rinvenirsi in C. PECORELLA, *Efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008, pp. 10 ss.

²⁹ In realtà, come noto, la disciplina dell'art. 2 è comprensiva anche di ipotesi (nuova incriminazione e abolizione del reato) nelle quali, a rigore, non vi è una successione tra due norme penali. Sul punto v. P. SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 1-2. Una disamina dettagliata della disciplina dell'articolo 2 è rinvenibile in S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, cit., *passim*.

La disciplina della successione di leggi in materia penale dettata dalla legislazione ordinaria, come si cennava, non subisce modificazioni di contenuto con l'entrata in vigore della Costituzione. Ciò che risulta evidentemente mutato è il rango che tale disciplina assume nel sistema punitivo.

La presenza di disposizioni che direttamente regolano la successione di leggi penali in una costituzione dotata di efficacia prevalente rispetto alle fonti legislative ordinarie determina una svolta di non poco momento rispetto alla situazione precedente. Il carattere di fonte gerarchicamente superiore della Costituzione è di per sé tale da mutare la dimensione dell'indagine: da una fase di autolimitazione da parte del legislatore si passa ad una fase di etero limitazione derivante da una fonte superiore allo stesso legislatore ordinario. La Costituzione repubblicana, all'art. 25, comma 2, assegna tuttavia rilievo costituzionale espresso al (solo) principio di irretroattività, disponendo che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso»: nessun riferimento viene dunque fatto al principio di retroattività della legge più favorevole che trova un riferimento esplicito soltanto nella legislazione ordinaria³⁰. Il primo

³⁰ Secondo un indirizzo a lungo avallato dalla Corte di Cassazione, la norma avrebbe carattere "programmatico". Si è sostenuto in proposito che «le norme le quali riconoscono e garantiscono diritti di libertà civile [...] sono di massima, oltre

problema che si pone all'evidenza è dunque quello del raccordo tra i due livelli legislativi.

Nel proseguo della trattazione andrà pertanto analizzato il significato di tale "omissione" ed andrà vagliata la possibilità di individuare comunque un fondamento costituzionale al canone della retroattività favorevole.

2. Uno sguardo comparatistico: la disciplina intertemporale nell'ordinamento tedesco.

Tratteggiate le linee evolutive della disciplina della successione di leggi penali nell'ordinamento interno, prima di analizzare più nel dettaglio la disciplina nazionale, pare quanto mai opportuna una breve indagine comparatistica sulla disciplina di diritto intertemporale, in modo da verificare analogie e differenze valorizzabili anche in prospettiva *de iure condendo*. Sotto tale aspetto, pare piuttosto proficuo richiamare innanzitutto la disciplina di diritto intertemporale contenuta

che precettive, anche di immediata applicazione, qualora, ben inteso, non abbiano bisogno di essere integrate per la loro applicazione: in quest'ultimo caso assumono, appunto, il carattere di norme direttive o programmatiche, nel senso che pongono principi di cui il legislatore deve curare l'attuazione». Da ciò la conclusione che l'art. 25, comma 2 è norma direttiva o programmatica «data la manifesta sua incompiutezza, per non aver nulla stabilito in tema di successione di leggi più favorevoli, limitandosi a riaffermare il primo comma dell'art. 2 c.p.». Sul punto v. M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997, p. 188.

nel diritto tedesco in ragione delle affinità storico-culturali riscontrabili in generale tra i due ordinamenti ed apprezzabili in tutta la loro evidenza proprio nella disciplina della successione di leggi penali nel tempo.

Nella disciplina oggi vigente, può innanzitutto registrarsi che, analogamente al sistema italiano, anche in Germania il principio di legalità in materia penale ed il principio di irretroattività della *lex gravior* assumono rango costituzionale, trovando la propria fonte nell'art. 103, comma 2, della Legge fondamentale, ove si prevede che «Un'azione è punibile solo se la punibilità della medesima sia stata stabilita per legge prima che l'azione sia commessa»³¹.

Tale disposizione sancisce quindi unicamente l'irretroattività *in malam partem*, senza contenere alcun riferimento esplicito alla retroattività favorevole. Secondo l'interpretazione costante del *Bundesverfassungsgericht*, essa ha una doppia funzione: da un lato, mira a garantire che il destinatario della norma penale possa individuare le condotte punibili (tutela dell'affidamento)³²; dall'altro, intende

³¹ Si tratta di un diritto fondamentale che può essere fatto valere anche attraverso ricorso diretto individuale al *Bundesverfassungsgericht*. La norma stabilisce un divieto assoluto di retroattività che ha comunque subito alcune restrizioni in casi estremi e situazioni particolari, come per esempio quelli legati alla sanzione penale di persone legate al regime nazionalsocialista. Sul punto, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a M. MUHM, *Il "muro di Berlino", i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 625- 626.

³² Anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, al pari della nostra Corte costituzionale, pone dunque in strettissima relazione il divieto di retroattività della norma penale ed il principio di colpevolezza: entrambi i principi, in effetti,

assicurare che la decisione circa la punibilità di una data condotta venga assunta antecedentemente da parte del legislatore e non dal potere esecutivo o da quello giudiziario (principio della separazione dei poteri).

Il riconoscimento del principio di retroattività favorevole avviene pertanto solo a livello di legge ordinaria. Il § 2 *StGB*³³, assai simile al nostro art. 2 c.p., disciplina congiuntamente *abolitio criminis* e successione di leggi in senso stretto, stabilendo, al terzo comma, che «se la legge in vigore al momento della consumazione del fatto viene modificata prima della decisione, si deve applicare la legge più mite»³⁴.

denunciano l'esigenza di una personalizzazione della risposta punitiva. Per la nostra Corte costituzionale, v., da ultimo, Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394 (Tale pronuncia, come le altre della Corte costituzionale che saranno citate nel corso della trattazione, è consultabile sul sito www.cortecostituzionale.it). Per il Tribunale costituzionale federale v. *BVerG*, 26 febbraio 1969 – 2 *BvL*, 15, 23/68. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 23 ss.

³³ Si riporta, per comodità del lettore, il testo del § 2 *StGB* “Validità nel tempo”: «1. La pena e le sue conseguenze accessorie si determinano secondo la legge vigente al tempo del fatto. 2. Se la pena viene modificata durante la commissione del fatto, si applica la legge in vigore al momento della sua cessazione. 3. Se la legge in vigore al momento della consumazione del fatto viene modificata prima della decisione, si deve applicare la legge più mite. 4. Una legge temporanea deve essere applicata ai fatti commessi durante la sua vigenza anche se non è più in vigore. Ciò non vale allorché una legge disponga altrimenti. 5. I commi da 1 a 4 valgono anche per l'acquisizione pubblica, la confisca e l'inutilizzabilità. 6. Se una legge non dispone diversamente, riguardo alle misure di rieducazione e di sicurezza, la decisione deve fondarsi sulla legge vigente al tempo della decisione».

³⁴ La norma, invero, non fa espresso riferimento all'*abolitio criminis*, ma si ritiene che laddove la stessa parli di “legge più mite”, sia sicuramente da ritenersi comprensiva anche della più estrema delle mitigazioni, ovvero l'abolizione del reato. Sul punto, tra gli altri, v. A. ESER – B. HECKER, § 2, n. 1, in A. Schönke-H. Schröder (a cura di), *StrafgesetzbuchKommentar*, 28^a ed., Monaco, 2010, §2, n. 1. Va rammentato, poi, che nell'esperienza tedesca il *tempus commissi delicti* è

Secondo la più autorevole dottrina³⁵, la *ratio* della disciplina prevista dal terzo comma del § 2 *StGB*, non ha un definito radicamento costituzionale, ma risponde ad una fondamentale opzione politica criminale: se cioè il legislatore, al tempo del processo, ritiene il comportamento meno – o addirittura niente affatto – meritevole di pena, non ha più alcun senso punire in base al trattamento sanzionatorio vigente al momento della commissione del fatto³⁶.

Tuttavia, la previsione codicistica riguarda unicamente le ipotesi in cui il fatto non sia stato ancora giudicato in maniera definitiva: ciò si spiega alla luce del rilievo che l'ordinamento tedesco riconosce al principio della certezza del diritto, che generalmente prevale sulla c.d. "giustizia materiale" nel caso singolo³⁷. Tale circostanza ha portato la dottrina prevalente e la giurisprudenza costituzionale a non parlare di "retroattività", bensì di "retrospettività". In proposito si afferma che la

comunemente individuato nel momento della condotta, per i reati commissivi e, in caso di omissione, nel momento in cui l'autore avrebbe dovuto agire. Il momento in cui si verifica l'evento causato è invece irrilevante.

³⁵ L'opinione è di Klaus Roxin, opportunamente richiamata da L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 277, alla quale si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

³⁶ La regola della retroattività *in mitius* è elevata a principio anche dalla dottrina tedesca che, riferendosi al *Rückwirkungsgebot* previsto dal § 2 Abs. 3 *StGB*, parla di *Meistbegünstigungsprinzip*. Cfr. W. HASSEMER, § 2, in R. Wasserman (a cura di), *AK-StGB*, Neuwied, 1990, p. 177.

³⁷ Sul punto si rinvia all'ampia analisi di L. PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1010 ss.

norma può considerarsi “retroattiva” quando si applica a fatti, transazioni o casi conclusi prima della promulgazione della nuova legge; si parla invece di “retrospettività” quando la nuova legge si applica a fatti o azioni iniziate nel passato, ma che hanno dato luogo a rapporti che non si sono ancora conclusi³⁸. Si ritiene, tuttavia, che una modifica legislativa favorevole debba essere presa in considerazione anche laddove il giudizio sia già passato parzialmente in giudicato, ad esempio perché si è già deciso circa l'*an* della colpevolezza, ma non è stata ancora determinata la sanzione³⁹. La modifica può però rilevare solo nei limiti della decisione ancora da rendere.

Suscita poi particolare interesse verificare come la dottrina e la giurisprudenza tedesca abbiano affrontato i delicati problemi successori che si prospettano allorquando, a seguito di una legge di depenalizzazione, una fattispecie di reato venga riqualificata in illecito amministrativo.

Come si avrà modo di analizzare più avanti⁴⁰, secondo l'orientamento tradizionale della dottrina e della giurisprudenza italiana, il passaggio di una data fattispecie da reato a sanzione

³⁸ *BVerfGe*, 23 giugno 1993, 1 *BvR* 133/89.

³⁹ Cfr. *BGH*, 1 dicembre 1964, in *GRUR*, 1865, p. 298. In dottrina v. A. ESER – B. HECKER, § 2, n. 1, cit., n. 22.

⁴⁰ V., *infra*, Cap. II, Sez. II, § 3.

ammministrativa non realizza un'ipotesi di continuità normativa, dovendosi in tal caso applicare la disciplina di cui all'art 2, co. 2, c.p. La riconduzione di siffatte ipotesi all'interno della disciplina dell'*abolitio criminis*, determina nel nostro ordinamento il paradossale effetto di rendere immune da qualunque sanzione le condotte perpetrate prima dell'intervento di depenalizzazione. In assenza di un apposito regime transitorio⁴¹, difatti, la sanzione penale non risulta più applicabile ai fatti antecedenti perché depenalizzata (*abolitio criminis*), ma anche la nuova sanzione amministrativa risulta inapplicabile posto che anche per essa vale il principio di irretroattività sfavorevole *ex art.* 1, co. 1, l. n. 689/1981.

La dottrina e la giurisprudenza tedesca, invece, già da tempo, fanno rientrare le leggi di depenalizzazione all'interno della disciplina della successione in senso stretto di cui al § 2 (3) *StGB*⁴². Tale interpretazione, oltre che maggiormente in linea con i più elementari canoni di giustizia sostanziale, si rivela altresì in armonia col concetto

⁴¹ In tal senso può leggersi la disciplina di cui agli artt. 32 ss. l. n. 689/1981 che dettano la disciplina intertemporale atta a regolare il passaggio da reato a violazione amministrativa dei delitti oggetto di depenalizzazione Tali disposizioni, derogando al regime comune, si ispirano al canone della continuità del tipo di illecito. In questo senso v. T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1378.

⁴² Per un'accurata analisi dell'illecito depenalizzato nel diritto tedesco v. C.E. PALIERO, *Fonti e principi dell'illecito «depenalizzato» (un'analisi di diritto comparato)*, in *Temì*, 1978, pp. 85 ss.

sostanziale di materia penale elaborato dalla Corte di Strasburgo⁴³, all'interno della quale si fanno confluire tutte le sanzioni di carattere repressivo comunque denominate. L'appartenenza al medesimo *genus* rende evidente la continuità normativa che si realizza tra una sanzione penale ed una amministrativa che colpiscono diacronicamente la medesima condotta.

Dottrina e giurisprudenza tedesca si mostrano invece in linea con la nostra impostazione nella lettura del concetto di «legge più favorevole»: essa va individuata *als Ganzes*⁴⁴, ovvero come insieme dei presupposti normativi in grado di incidere sul caso concreto. In questa prospettiva, «legge più favorevole» è, ad esempio, quella che comporta, in relazione al fatto storico oggetto di giudizio, una diminuzione prima non prevista perché collegata all'introduzione di un «caso particolarmente lieve di nuovo conio»⁴⁵.

Infine, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, nel caso in cui una legge intermedia più favorevole abbia avuto vigore tra un momento successivo alla commissione del fatto ed uno

⁴³ V., *infra*, Cap. II, Sez. I. § 1 e ss.

⁴⁴ V. L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 277.

⁴⁵ Rileva ancora L. RISICATO, *op. ult. cit.*, p. 277, che «legge più favorevole» si ha dunque altresì quando in un *Blankettstrafgesetz* venga a mutare, in modo favorevole al reo, non la cornice di pena, ma la disposizione extrapenale integratrice del precetto.

antecedente alla definizione del giudizio, sarà questa a dover essere applicata dal giudice, a meno che il motivo della sua caducazione non sia dipeso da una dichiarazione di incostituzionalità della *lex intermedia*⁴⁶.

2.1. L'esperienza giuridica francese tra passato e futuro.

In questi nostri cenni comparatistici sui principi di diritto intertemporale in materia penale, pare inevitabile un confronto anche con l'esperienza francese, il cui studio si rivela di particolare interesse non solo perché fornisce un contributo decisivo alla ricostruzione delle origini e del fondamento storico dei principi *de quibus*, ma soprattutto perché tale ordinamento, nelle sue linee evolutive, ha mostrato nel tempo una spiccata sensibilità garantistica, trovandosi spesso ad anticipare conclusioni cui la Corte di Strasburgo è giunta solo molti anni più tardi⁴⁷.

⁴⁶ Sul regime temporale della c.d. *lex intermedia*, v. G. de VERO, *Corso*, cit., p. 302; C. PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 611 ss.

⁴⁷ Differentemente da quanto osservato con riguardo all'esperienza tedesca, la "cultura giuridica" francese non viene tradizionalmente riconosciuta come affine alla nostra. Si ritiene, difatti, che essa affondi le proprie radici tra il "pragmatismo" d'impronta anglosassone ed il "concettualismo" tipico della dottrina tedesca: così, G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 195.

Sotto il profilo storico, è ben noto che, sebbene taluni studiosi rinvenivano la presenza dei principi di legalità ed irretroattività in esperienze giuridiche precedenti⁴⁸, la nascita di tali principi in chiave moderna si deve al pensiero illuministico-liberale che si sviluppa nel corso del XVIII secolo proprio in Francia, e successivamente si diffonde rapidamente in tutta Europa⁴⁹. Una seconda (ma non secondaria) ragione di interesse storico risiede poi nel fatto che la stessa affermazione del concetto di «diritto intertemporale» si deve all'elaborazione dottrinale francese, ove ancora oggi si parla di conflitto tra leggi penali che si succedono nel tempo (*conflit de lois dans le temps*), allorché una nuova legge intervenga sull'ambito applicativo di una già vigente⁵⁰.

Sul versante del diritto positivo, il principio di legalità ed il corollario della irretroattività, nonostante il loro recepimento fosse già avvenuto col *Code pénal* del 1789 (e poi confermato nel codice del

⁴⁸ Sul tema cfr. J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21^a ed., Parigi, 2016, *passim*. L'Autore riconosce l'accoglimento del principio di legalità anche in esperienze giuridiche precedenti (il Codice di Hammurabi, il diritto romano, le ordinanze reali francesi del 1670).

⁴⁹ È stato difatti osservato (v., *infra*, Cap. I, Sez. I, § 2) come l'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, già prevedeva il principio di irretroattività della legge penale. Per una ricostruzione storica del principio di legalità si rinvia, per tutti, a M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.

⁵⁰ Sul punto M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2012, pp. 111 ss., al quale si rimanda anche per i puntuali riferimenti bibliografici.

1810), non figurano tra quelli espressamente menzionati nel testo della Costituzione del 1958, potendosene ricavare la presenza soltanto in via implicita, in ragione del richiamo alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 contenuto nel Preambolo della Costituzione. Nessun riconoscimento costituzionale, nemmeno tramite rinvio, ha invece ricevuto il principio della retroattività *in mitius*.

Il riconoscimento del valore della retroattività favorevole è stato perciò affidato nel tempo all'elaborazione della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza, la quale ha progressivamente attribuito centralità al principio, tanto da assegnargli rango costituzionale nonostante l'assenza di una previsione espressa⁵¹. Con tale interpretazione, a ben vedere, il *Conseil Constitutionnel* ha anticipato di molti anni il *revirement* giurisprudenziale della Corte EDU che, pur seguendo percorsi ermeneutici in parte diversi, solo in tempi recenti ha ricondotto

⁵¹ Sul punto si segnala la sentenza del *Conseil Constitutionnel* del 19 e 20 gennaio 1981, n. 80-127 con la quale l'Alta Giurisdizione ha assegnato valore costituzionale alla regola della retroattività *in mitius* in base alla norma dell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Secondo tale disposizione, ha osservato il *Conseil Constitutionnel*, la legge può stabilire solo pene strettamente ed evidentemente necessarie («*strictement et évidemment nécessaires*»), con la conseguenza che, nel caso in cui la nuova legge penale elimini un'ipotesi di reato o ne modifichi in senso più mite la disciplina, l'applicazione delle pene precedenti più severe non appare più *strettamente necessaria* e dovrà, per conseguenza, essere esclusa: cfr. *Cons. const.*, 81/127 DC, 20 gennaio 1981.

il principio della retroattività *in mitius* nell'ambito del principio di legalità di cui all'articolo 7 CEDU⁵².

Venendo alla disciplina codicistica, si può notare come le acquisizioni della giurisprudenza siano state recepite dal codice penale del 1994 oggi vigente⁵³, che sancisce il principio di irretroattività all'art. 112-1 c.p., comma 1⁵⁴, ed al terzo comma della stessa disposizione codifica il principio della retroattività *in mitius*, il quale prescrive che le nuove disposizioni si applicano ai reati commessi prima della loro entrata in vigore e che non hanno dato luogo a condanna passata in giudicato, quando esse sono meno severe che le disposizioni precedenti⁵⁵. Importante risulta altresì la previsione di cui all'art. 112-4

⁵²Su tali aspetti si tornerà *infra*, Cap. I, Sez. II, § 2.3.

⁵³ Per una disamina dei contenuti del nuovo codice penale francese si rinvia a S. VINCIGUERRA, *Francia: il nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 260 ss.

⁵⁴ L'art. 112-1, comma 1, dispone: «*Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis*».

⁵⁵ L'art. 112-1, comma 3, dispone: «*Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes*». La dottrina maggioritaria, facendo appello al dato "letterale" (in particolare, all'uso dell'avverbio "tuttavia" all'inizio della disposizione) assegnano al principio di retroattività *in mitius* carattere eccezionale rispetto al principio di non retroattività della legge penale più severa, ritenendo tale avverbio significativo della volontà del Legislatore di introdurre un principio che *deroghi* a quello enunciato nei commi precedenti: così F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Parigi, 2001, p. 273; R. MERLE – A. VITU, *Traité de droit criminel*, Parigi, 1997, p. 346. L'opinione non è unanimemente condivisa: parte della dottrina, infatti, ritiene che i due principi siano in rapporto paritetico, rivendicando il carattere di autonomia del principio di retroattività *in mitius* sia sulla base della previsione del principio nei testi internazionali, sia sulla base del valore costituzionale assegnato al principio stesso. In questo senso, tra gli

c.p. che sancisce l'iperretroattività dell'*abolitio criminis*, disponendo che la pena cessa di ricevere esecuzione quando essa è stata pronunciata per un fatto che, in virtù di una legge posteriore alla sentenza, non ha più carattere di illecito penale⁵⁶. La lettura congiunta degli artt. 112-1 e 112-4 c.p. evidenzia che, al pari di quanto avviene nel nostro ordinamento, il limite della sentenza definitiva di condanna non opera in presenza di *abolitio criminis*, mentre trova applicazione quando la nuova legge interviene solo in senso modificativo, senza incidere sulla natura penale dell'illecito.

Ricostruita, seppur in maniera necessariamente cursoria, l'evoluzione storica ed la disciplina intertemporale vigente dettata dalla legislazione francese, risulta di particolare interesse analizzare le *rationes* che la dottrina d'Oltralpe ha individuato a fondamento dei suddetti principi e lo spazio applicativo che ad essi viene riconosciuto.

Con riguardo alla *ratio* del principio di irretroattività, nonostante la non retroattività della legge rappresenta una regola generale

altri, A. DEKEUWER, *La rétroactivité in mitius en Droit pénal, un principe encore et toujours contesté*, in *La Semaine juridique – Edition Générale*, 1997, I, 4065, pp. 488-489.

⁵⁶ L'art. 112-4 dispone che: «*la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale*».

dell'ordinamento⁵⁷, la dottrina ha comunque individuato esigenze specifiche del diritto penale a cui essa può ricollegarsi, prima fra tutte quella di *prevenzione dei reati*. Si osserva, in proposito, che un'applicazione della legge penale a fatti preesistenti alla sua entrata in vigore le impedirebbe di esplicare qualsiasi effetto *preventivo*. In senso analogo, sebbene con accenti maggiormente "imperativistici"⁵⁸, altra dottrina, concependo la sanzione come conseguenza ad un atto di *disobbedienza* del destinatario, ha ritenuto non potersi avere *disobbedienza* senza preventiva prescrizione di un obbligo, ed ha conseguentemente escluso che la legge penale successiva possa applicarsi a fatti pregressi⁵⁹.

Con specifico riferimento alla regola della retroattività *in mitius*, invece, la dottrina francese è concorde nel ritenere che essa contribuisca a rafforzare la portata garantista del principio di irretroattività, in quanto consente l'applicazione retroattiva della legge penale solo quando introduce una disciplina più favorevole al reo ed è, come tale, applicata nel suo interesse. In particolare, la sua *ratio* giustificativa è stata

⁵⁷ L'art. 2 del Codice civile francese, analogamente all'art. 11 delle nostre "preleggi", detta una regola generale secondo cui «*La loi ne dispose que pour l'avenir*».

⁵⁸ Così, P. T. PERSIO, *Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico francese (irretroattività della legge penale)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1304.

⁵⁹ Sul principio di irretroattività nel diritto francese v., per tutti, M.L. RASSAT, *Droit pénal général*, Parigi, 2006, pp. 105 ss.

tradizionalmente ricondotta ad esigenze di carattere *equitativo*, che portano a ritenere ingiusto continuare ad applicare una disciplina più severa nel momento in cui essa venga sostituita con una più favorevole. In senso più radicale, la dottrina più recente ritiene che la nuova legge debba sempre essere applicata in quanto, per definizione, *superiore* alla precedente, con l'unico limite costituito dalla legge che prevede una disciplina più severa della precedente⁶⁰.

Va precisato che, nell'ordinamento francese, il principio di irretroattività della legge penale più severa, benché abbia carattere generale, non ha, tuttavia, valore assoluto. Dottrina e giurisprudenza ammettono, infatti, l'esistenza di talune "deroghe" a tale principio che possono essere costituite da leggi interpretative o dichiarative, da leggi che introducono misure di sicurezza o che reprimono fatti criminali che attentano a valori essenziali della civiltà.

Si è osservato che le leggi interpretative (che precisano il significato di una disposizione di legge anteriore senza modificarne il contenuto) e le leggi dichiarative (che si limitano a constatare una

⁶⁰ Per approfondimenti sulla *ratio* giustificativa della retroattività favorevole nella dottrina francese, v. S. SANTINI, *Diritti umani e materia penale nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in *Dir. pen. cont.*, 31 luglio 2015, pp. 16 ss.

regola preesistente) sono leggi che retroagiscono nella misura in cui “fanno corpo” con la legge interpretata o accertata⁶¹.

Più controversa è la retroattività delle leggi relative alle misure di sicurezza, in ragione del fatto che l’ordinamento francese prevede una gamma di misure di sicurezza molto eterogenee, sia nel contenuto che nelle finalità. Infatti, mentre talune di queste sono finalizzate alla protezione e alla rieducazione dell’individuo e si ritengono suscettibili di applicazione retroattiva, altre, invece, hanno carattere repressivo e perciò vengono assoggettate al principio di non retroattività⁶².

Ad ogni modo, la dottrina, più che di vere e proprie “eccezioni”, ritiene si tratti di “temperamenti” al divieto di retroattività, considerato che alcune di quelle leggi non possono dirsi veramente retroattive (è il caso delle leggi interpretative, dichiarative, e che reprimono fatti lesivi di valori essenziali di civilizzazione), mentre le disposizioni sulle misure di sicurezza, con i limiti dianzi indicati, non vengono considerate “leggi penali”⁶³.

Con riguardo poi all’ambito applicativo del divieto di retroattività e, in particolare, alla sua applicabilità alle sanzioni

⁶¹ Sul punto v. P. T. PERSIO, *op. cit.*, p. 1305.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Così F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *op.cit.*, p. 267.

amministrative, si registra un'interessante evoluzione giurisprudenziale del *Conseil Constitutionnel*.

Se, inizialmente, i giudici costituzionali adottavano un approccio di tipo restrittivo, ritenendo che tale divieto operi soltanto con riferimento alle leggi penali *stricto sensu*⁶⁴, con la decisione n.155 del 1982 si è abbandonata tale interpretazione, estendendone l'operatività anche nei riguardi delle sanzioni amministrative, comprese quelle adottate dalle autorità amministrative indipendenti⁶⁵. Tale interpretazione risulta coerente non solo con il quadro sovranazionale (ove si accoglie una nozione sostanziale di “materia penale” che consente l'estensione dell'ambito di applicazione dell'articolo 7 della CEDU a sanzioni che non sono qualificate come penali dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁶⁶), ma anche con il contesto

⁶⁴In proposito, si veda la ricostruzione operata da W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2011, pp. 179 ss.

⁶⁵ V. *Cons. const.*, n° 82/155 DC, 30 dicembre 1982, in www.conseil-constitutionnel.fr. Nel caso di specie, era stata sottoposta all'attenzione del *Conseil Constitutionnel* un articolo della “*loi de finances rectificative pour 1982*” relativo alla convalida di una deliberazione dell'assemblea territoriale della Nuova Caledonia che disciplinava, tra gli altri aspetti, le sanzioni amministrative da applicarsi in caso di violazione della regolamentazione sulle tasse: la disposizione in questione prevedeva che alcune di esse potessero applicarsi retroattivamente. Il *Conseil Constitutionnel* ricorse, in tale caso, ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, ritenendo che il divieto di retroattività «*ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononce à une autorité de nature non judiciaire*».

⁶⁶ Sulla nozione sostanziale di materia penale si rinvia alle considerazioni che saranno svolte *infra*, Cap. II, Sez. I.

legislativo interno, ove il potere punitivo non sussiste solo in capo al giudice penale, ma è anche riservato alle autorità amministrative. In particolare, essa dimostra una particolare “sensibilità” garantistica del *Conseil* che riconosce l’operatività delle garanzie intertemporali non in ragione dell’organo che ha applicato la sanzione, ma della natura repressiva o meno di quest’ultima.

In seguito alla decisione sopra citata, il principio enunciato è divenuto *ius receptum*, al punto che nelle decisioni del *Conseil Constitutionnel* si parla ormai di “*principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions*”⁶⁷. In tale prospettiva sono state considerate misure punitive e, quindi, sottoposte al principio di irretroattività, ad es., sanzioni di natura fiscale⁶⁸ o anche sanzioni amministrative inflitte dal *Conseil supérieur de l’audiovisue*⁶⁹.

Il medesimo approccio sostanziale è stato adottato dal *Conseil* con riferimento alle norme attinenti al diritto dell’esecuzione penale, originariamente ritenute applicabili immediatamente alle pene in corso di esecuzione anche allorquando ciò produceva un aggravamento delle sorti del soggetto condannato, ma poi assoggettate al divieto di

⁶⁷ Si veda, tra le altre, *Cons. const.*, n° 99/425 DC, 29 dicembre 1999, in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁸ *Cons. const.*, n° 97/390 DC, 19 novembre 1997, in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁹ *Cons. const.*, n° 88/248 DC, 17 gennaio 1989, in www.conseil-constitutionnel.fr.

retroattività *in malam partem*⁷⁰, anticipando così le conclusioni cui la Corte EDU è giunta solo in tempi recenti⁷¹.

3. Il diritto intertemporale nella disciplina internazionale.

Allargando ancora la prospettiva d'indagine si rende necessario passare brevemente in rassegna le disposizioni internazionali che contengono riferimenti (espliciti o impliciti) ai principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività della *lex mitior*, onde verificare analogie e differenze rispetto alle discipline interne⁷².

Un primo riferimento ad entrambi i principi lo ritroviamo nell'art. 15 del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* (adottato dall'Assemblea delle Nazioni Unite a New York il 16

⁷⁰ La svolta si è avuta con la sentenza del *Cons. const.*, n° 86/215 DC, 3 settembre 1986, in www.conseil-constitutionnel.fr. Le indicazioni del *Conseil* sono state successivamente recepite dal legislatore in occasione della riforma del codice penale nel 1992, come dimostra l'introduzione di un'eccezione alla regola che sovraintende all'applicazione delle regole relative all'esecuzione delle pene: "*ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur*". Per una panoramica sull'evoluzione legislativa e delle giurisprudenza costituzionale francese sul tema si rinvia a S. SANTINI, *op. cit.*, pp. 13 ss.

⁷¹ Il riferimento è alla sentenza *Del Rio Prada c. Spagna* del 2013, sulla quale si tornerà *infra*, Cap II, Sez. I, § 4.

⁷² Già nel 2007, autorevole dottrina affermava che «Diritto internazionale, diritto sovranazionale e diritto interno non sono mai stati così vicini come oggi»: così A. RUGGERI, *Carte internazionali, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti del sistema*, relazione tenuta all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Csm, Roma, 28 febbraio – 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it.

dicembre 1966⁷³ e recepito in Italia dalla L. 25 ottobre 1977, n. 881) il quale, oltre a prevedere espressamente il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, contempla l'obbligatoria applicazione al colpevole della pena sopravvenuta più favorevole⁷⁴.

Con riguardo a tale ultimo profilo, vi è in dottrina chi esclude dall'ambito applicativo della norma il fenomeno della c.d. *abolitio criminis*, ritenendo che esso faccia riferimento unicamente all'ipotesi dell'applicazione retroattiva della pena più mite (successione meramente modificativa)⁷⁵. Tale interpretazione dell'art. 15, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che la distinzione tra legge abolitrice e legge modificatrice è, in realtà, una peculiarità del codice penale italiano e di poche altre legislazioni, dettata dalla volontà di introdurre il limite del giudicato per i fenomeni successori meramente modificativi. Pare dunque più corretto ritenere che il principio di

⁷³ È opinione comune che tale documento vada letto in continuità con la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Cfr., tra gli altri, A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, p. 44.

⁷⁴ Art. 15, co. 1 «Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne».

⁷⁵ In tal senso M. MUSCO, *La riformulazione*, cit., pp. 13-14.

retroattività della legge penale favorevole non incontri alcuna deroga a livello internazionale⁷⁶.

In proposito si ricorda che a differenza delle norme di diritto internazionale consuetudinario recepite all'interno del nostro ordinamento in virtù dell'art. 10 Cost., le norme convenzionali entrano a far parte del diritto interno attraverso il c.d. ordine di esecuzione che costituisce una semplice legge ordinaria. In ragione di ciò, proprio con riferimento al Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che il fatto che l'adesione a quel "patto" e la sua vigenza in Italia derivino da un atto di volontà sovrana individuale dello Stato espresso in forma legislativa impedisce di assumere le norme in esso contenute come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi; di conseguenza, «una loro eventuale contraddizione da parte di norme legislative interne non determinerebbe di per sé – cioè indipendentemente dalla mediazione di una norma della Costituzione - un vizio di costituzionalità»⁷⁷.

⁷⁶ Una conferma in questo senso è offerta dalla riserva interpretativa apportata dall'Italia in sede di autorizzazione alla ratifica del Patto e contenuta nell'art. 4 della legge 25 ottobre 1977, n. 881. In base a tale disposizione, infatti, «L'ultima frase del paragrafo 1 dell'art. 15 del patto relativo ai diritti civili e politici "*Si postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le delinquant doit en bénéficier*" deve essere interpretata come riferita esclusivamente alle procedure ancora in corso». Cfr. il comunicato del Ministero degli Affari esteri, in *Gazz. uff.*, 13 novembre 1978, n. 323.

⁷⁷ V. Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 15. Tale impostazione va tuttavia oggi rivisitata alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e delle note sentenze

Sempre a livello internazionale, infine, un riferimento espresso ad entrambi i principi si trova all'art. 24 dello *Statuto della Corte penale internazionale*, il quale, oltre al principio di irretroattività della *lex gravior*, sancisce anche la regola della retroattività favorevole col limite tuttavia del giudicato⁷⁸.

3.1. La disciplina intertemporale nella CEDU e nella Carta di Nizza.

Rispetto a quanto osservato con riguardo al valore da attribuire al *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, analoghe considerazioni valgono anche con riferimento alla Convenzione

gemelle 348 e 349 del 2007, ove la Corte ha avuto modo di chiarire, sia pur con riferimento alle norme CEDU - ma con affermazioni che possono essere estese a tutto il diritto internazionale pattizio - che il parametro costituzionale deve rinvenirsi nell'art. 117 Cost. Cfr. le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3475 ss., per la cui analisi si rinvia, *ex multis*, a M. CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici, ivi*, pp. 3564 ss. Con riguardo alla questione di legittimità costituzionale di una norma interna per contrarietà all'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, v. M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. Ronco (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 2^aed., Bologna, 2010, p. 35.

⁷⁸ «Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Stato per un comportamento precedente all'entrata in vigore dello Statuto. Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole». Si ricorda che lo Statuto della Corte penale internazionale permanente è stato adottato a Roma, il 17 luglio 1998, da un'apposita Conferenza delle Nazioni Unite. La ratifica da parte dell'Italia è avvenuta con legge n. 232 del 12 luglio 1999. Per un approfondimento si rinvia a M. CATENACCI, *“Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, pp. 183 ss.

europea dei diritti dell'Uomo, la quale si sta ormai imponendo come “terzo livello di legalità” per i 47 Paesi del Consiglio d'Europa e quale “denominatore costituzionale comune” il cui “nucleo” duro è sottratto alla disponibilità dei singoli Stati⁷⁹.

Prima di analizzare quali sono le disposizioni convenzionali che disciplinano l'efficacia nel tempo della legge penale, pare tuttavia necessario verificare brevemente la posizione della CEDU nel sistema delle fonti e, quindi, la portata e gli effetti delle decisioni della Corte di Strasburgo nell'ordinamento giuridico italiano.

Si ricorda in proposito come la Corte costituzionale, dopo diversi approdi, ha qualificato la CEDU come “fonte interposta” di rango *sub-costituzionale*: un *quid pluris* rispetto alla fonte ordinaria, un *quid minus* rispetto alla Costituzione. Le norme CEDU, che vivono dell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, dispiegano dunque effetti nell'ordinamento giuridico italiano in conformità alla

⁷⁹ Così V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 3. Interessante il raffronto tra la suddetta opinione e quella espressa da Marco Siniscalco nel 1987, il quale riteneva che l'indagine sulla CEDU potesse risolversi in qualche breve cenno: «Nessuna sostanziale aggiunta viene apportata, sul piano della dimensione garantista, alla disciplina dell'ordinamento italiano vigente, anzitutto di livello costituzionale. Né l'eventuale, “minore” portata del principio, e, in un quadro più ampio, del principio di legalità può determinare modificazioni nella disciplina vigente [...] Su queste premesse, e per la nostra indagine, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sembra consentito anche solo un breve cenno»: così M. SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., p. 59.

Costituzione. In particolare, come si cennava con riguardo al diritto internazionale pattizio, la Consulta ha ritenuto che il primo comma dell'art. 117 Cost. impone al giudice nazionale di “interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”⁸⁰, salva, dunque, in caso contrario, la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione della norma interposta di natura convenzionale. Questa impostazione, pur con qualche fuga in avanti della giurisprudenza amministrativa, poi subito smentita⁸¹, è rimasta immutata anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE, infatti, stabilisce che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», ma questa risulta essere una dichiarazione di intenti che diverrà effettiva solo con l'adesione formale, ad oggi non avvenuta⁸².

⁸⁰ Così, oltre che le già richiamate sentenze “gemelle” del 2007, anche Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311 e Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, che ritornano sui rapporti tra ordinamento italiano e CEDU.

⁸¹ V. Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in *www.giustamm.it*, e TAR Lazio, sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984, in *www.federalismi.it*. La Consulta ha invece ribadito la posizione precedente in Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.

⁸² Ciò è confermato dalla CGUE: «il rinvio *ex art. 6 TUE* alla CEDU [...] non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa»: CGUE, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*. V. anche CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, (tale pronuncia, come le altre della Corte di Lussemburgo che verranno successivamente citate, è reperibile sul sito *www.curia.europa.eu*) ove si ribadisce che la CEDU, fino a quando l'Unione non

Con specifico riguardo alla portata delle decisioni della Corte di Strasburgo, va altresì ricordato che l'art. 46 CEDU obbliga gli Stati a “conformarsi” alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo. Ciò significa che la decisione della Corte di Strasburgo dispiega certamente effetti sul caso concreto, ma ha anche efficacia *ultra partes*, obbligando tutti gli Stati contraenti a non incorrere in violazioni dei principi da essa stabiliti (cc.dd. *pilot-judgments*)⁸³.

Ciò posto, tra le norme della CEDU, merita qui di essere analizzata quella contenuta all'art. 7⁸⁴, che sancisce espressamente il principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole e che,

vi abbia aderito, non costituisce un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento dell'Unione. V. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona, verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 221 ss.

⁸³ Uno degli esempi più noti è sicuramente costituito dalla sentenza Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03 (le sentenze della Corte EDU sono tutte consultabili nella banca dati www.echr.coe.int). Così è stata difatti considerata dalla Corte di cassazione, al punto da affermare che «eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono, dunque, essere rimossi anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola»: v. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss. Di diverso avviso è invece la Corte costituzionale: v. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, § 7.2 del “considerato in diritto”, ove precisa che il riferimento al *pilot judgement* in questo caso «non è puntuale, dato che sono le stesse parole della sentenza Scoppola a segnare un distacco da tale modello». Sulla “sentenza Scoppola” e sulle vicende che ne sono seguite si tornerà, più diffusamente, *infra*, Cap. I, Sez. II, § 2.3 e § 2.4.

⁸⁴ Art. 7 CEDU: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

secondo la giurisprudenza di Strasburgo, garantisce a ciascuno la possibilità non solo di prefigurarsi quali siano gli atti o le omissioni che potrebbero comportargli una responsabilità penale, ma anche quali sanzioni potrebbero essere irrogate a suo carico⁸⁵. Essa perciò implica che il cittadino sia messo nelle condizioni di attendersi ponderatamente, nel momento in cui pone in essere un illecito penale, le conseguenze afflittive che ne deriveranno (principio di affidamento)⁸⁶.

Nonostante la solenne consacrazione del divieto di retroattività tra i diritti dell'uomo, basta tuttavia scorrere dal primo al secondo comma dell'art. 7 CEDU per accorgersi di come il precetto europeo abbia acquisito una validità sostanziale inferiore a quella già prevista a livello interno. Mentre difatti nel nostro ordinamento tale principio ha pacificamente carattere assoluto⁸⁷, nel secondo comma dell'art. 7 CEDU viene viceversa positivizzata una sua eccezione. Il secondo comma dell'art. 7 CEDU prevede difatti la c.d. "clausola di Norimberga", affermando che il principio di irretroattività non

⁸⁵ Cfr., tra le altre, Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in *Cass. pen.*, 2014, p. 683, con nota di E. PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, *ivi*, pp. 684 ss.

⁸⁶ In dottrina v., tra gli altri, A. BERNARDI, *Art. 7 CEDU – "Nessuna pena senza legge"*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 249 ss.

⁸⁷ Sul punto si rinvia, per tutti, a G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, pp. 278 ss.

impedisce la punizione e la persecuzione di fatti che, al momento in cui sono stati commessi, erano da considerarsi criminali secondo i «principi generali di diritto riconosciuti nelle nazioni civili». Molti autori notano come la clausola di Norimberga, sebbene sia da ricondurre principalmente alla possibilità di convalidare la punizione retroattiva dei crimini di guerra commessi durante il secondo conflitto mondiale, rappresenti in realtà tutt'altro che una semplice eccezione legata ad una contingenza storica. Si nota in proposito come il lessico utilizzato dal legislatore si presta ad abbracciare anche fatti diversi e meno gravi rispetto a quelli giudicati in quel processo e rischi così di indebolire la garanzia del comma 1⁸⁸. A prescindere dall'ampiezza con cui viene interpretata la clausola, resta tuttavia fermo il fatto che nel sistema convenzionale l'irretroattività punitiva è precetto *condizionatamente* assoluto⁸⁹, ossia derogabile al ricorrere di determinate situazioni⁹⁰.

⁸⁸ Si rimanda, in proposito, alle interessanti riflessioni critiche di K. VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in S. Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, pp. 93 ss.

⁸⁹ L'espressione è di V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 114.

⁹⁰ Tale conclusione può ritenersi coerente con la previsione di cui all'art. 17 CEDU che cristallizza una clausola sistemico-generale che limita l'esercizio di tutti i diritti convenzionali, in quanto condiziona la validità di ciascuno di essi all'assenza di un pregiudizio per gli altri. In particolare, è attraverso questo principio che ogni libertà convenzionale diventa bilanciabile con altre libertà di pari rango e, perciò, anche soccombente di fronte a diritti o valori considerati di rango superiore. Sulla funzione della clausola di cui all'art. 17 CEDU si rimanda a E. STIEGLITZ, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden Baden, 2002, pp. 96 ss.

Con riguardo alla retroattività favorevole, non essendovi un riferimento espresso nella Convenzione, il suo riconoscimento si deve alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che a partire dalla ormai celebre pronuncia *Scoppola c. Italia*⁹¹, afferma che l'art. 7, § 1 CEDU contiene, sia pure in modo implicito, il principio della retroattività delle norme penali favorevoli: anche a livello convenzionale si impone dunque l'applicazione al reo della legge più favorevole tra quella in vigore al momento del fatto e quelle successivamente intervenute prima della sentenza definitiva. Tale affermazione non è di poco momento considerato che l'art. 7 CEDU occupa una posizione del tutto preminente all'interno del sistema di tutela istituito dalla Convenzione. La riconduzione del principio della retroattività favorevole all'interno del sistema delle garanzie convenzionali assume pertanto una rilevanza del tutto peculiare, considerata altresì la natura di "parametri costituzionali interposti" che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto alle disposizioni convenzionali. La rivalutazione del canone della *lex mitior* nell'orizzonte dei diritti fondamentali attribuisce quindi al principio in parola un'accresciuta forza di resistenza ed

⁹¹ V., *infra*, Cap. I, Sez. II, § 2.3.

un'inedita valenza "personalistica" che pare valorizzarne al meglio il contenuto di garanzia e la portata assiologica⁹².

Va peraltro sin d'ora anticipato che la Corte di Strasburgo, da una parte, estende le garanzie previste dall'art. 7 a tutte le misure che hanno *sostanzialmente* carattere penale, al di là della qualificazione assegnata loro dal legislatore nazionale e, dall'altra, utilizza una definizione di «diritto» («*law*») che prescinde dal rispetto della riserva di legge e ricomprende anche il diritto di derivazione giurisprudenziale. Tali aspetti, vista la loro complessità, verranno analizzati più nel dettaglio successivamente, per il momento è sufficiente sottolineare la notevole forza espansiva delle pronunce della Corte di Strasburgo e l'"autonomia" delle definizioni da questa utilizzate rispetto a quelle presenti negli ordinamenti interni⁹³.

⁹² Qualifica la retroattività della legge penale più favorevole come "diritto costituzionalmente rilevante del reo" A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., pp. 193 ss.

⁹³ Si consideri, nondimeno, che tale convenzione potrà assumere un rilievo centrale anche sul versante dell'Unione europea una volta che essa avrà completato la procedura di adesione alla CEDU, considerato soprattutto che anche garanzie penalistiche contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), dovranno essere interpretate alla luce della convenzione. L'art. 52, §3, della Carta dispone difatti che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Per una ricostruzione del ruolo attuale e futuro della CEDU nell'ordinamento dell'Unione europea, v. CGUE, Grande sezione, *Aklagaren c. Hans Akeberg Fransson*, cit., punto 44: «Per quanto riguarda, anzitutto, le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra il diritto nazionale e la CEDU, occorre ricordare che,

Tra le norme sovranazionali un riferimento ad entrambi i principi intertemporali lo ritroviamo all'art. 49 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (c.d. Carta di Nizza), che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati⁹⁴. Si tratta dunque dell'unico testo normativo di fonte europea che, accanto alla irretroattività, esplicitamente riconosce la regola della *lex mitior*.

anche se, come conferma l'art. 6, § 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'art. 52, §3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintanto che l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione».

⁹⁴ L'art. 49 della Carta di Nizza dice che: «Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni».

Sezione II

LA LEX MITIOR TRA CORTI EUROPEE E ORDINAMENTO INTERNO

1. La ricerca del fondamento costituzionale della retroattività *in mitius*. I limiti dell'art. 25, co. 2 Cost.

Come affermato in premessa, lo studio del processo evolutivo che ha favorito l'ascesa della retroattività *in mitius* offre sicuramente una prospettiva privilegiata per osservare gli sviluppi del diritto penale nella sua nuova dimensione sovranazionale, ma, soprattutto, una testimonianza tangibile di come dietro le insidie che il processo di europeizzazione del diritto penale innegabilmente presenta, possano comunque celarsi occasioni per un rafforzamento dei presidi garantistici del sistema.

Muovendo dal dato normativo, è ben noto come nel nostro ordinamento, il principio di retroattività della disposizione più favorevole non abbia fatto esplicito ingresso nella Carta costituzionale. Non è stata difatti accolta l'iniziale proposta avanzata durante i lavori dell'Assemblea Costituente⁹⁵ di esplicitare detto principio nella Legge

⁹⁵ Il riferimento corre all'art. 20 del Progetto di Costituzione, che sanciva la costituzionalizzazione della retroattività della legge posteriore favorevole al reo. Nella seduta antimeridiana del 15 aprile 1947, l'articolo venne modificato, attraverso l'eliminazione del riferimento alla retroattività della legge più mite. Nelle parole dell'on. Leone, primo firmatario dell'emendamento, la proposta di escludere la costituzionalizzazione dei commi 2 e 3 (oggi 4) dell'art. 2 c.p. e, con essi, del

fondamentale, come del resto accade oggi in altri ordinamenti⁹⁶. Una previsione espressa è pertanto unicamente rinvenibile nella legge ordinaria, segnatamente nell'ambito della disciplina dell'art. 2 del codice penale, rubricato “successione di leggi penali”.

Tale circostanza ha finito per demandare alla dottrina e alla giurisprudenza successiva il compito di verificare la sussistenza di una copertura costituzionale anche per la retroattività *in mitius*. Sul punto si sono succeduti una pleora di orientamenti che registrano significative differenze non tanto in ordine al riconoscimento del rilievo costituzionale del principio in esame, bensì sulla individuazione dell'esatto parametro normativo cui fare riferimento.

Nella ricerca di un parametro costituzionale a cui ancorare il principio della retroattività favorevole, la prima disposizione che occorre richiamare è lo stesso art. 25, comma 2, Cost., onde verificare

principio di retroattività della *lex mitior*, veniva giustificata in questi termini: «per quanto poi attiene al problema della legge più favorevole, io penso non sia questa la sede per risolverlo, perché questo è un problema di dettaglio, nel quale il legislatore futuro potrebbe anche essere di diverso avviso». Una ricostruzione dettagliata dei lavori preparatori può rinvenirsi in G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, pp. 122-123. I lavori preparatori sono stati altresì richiamati dalla stessa Corte Costituzionale in un *obiter dictum* della sentenza 23 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1680.

⁹⁶ Un'espressa previsione in tal senso è contenuta negli artt. 29, comma 4 della Costituzione portoghese, 28 della Costituzione slovena e 23 della Costituzione estone, che sono tuttavia successive al 1948.

se l'espresso divieto di retroattività delle norme incriminatrici possa ritenersi comprensivo anche della retroattività *in bonam partem*⁹⁷.

Per meglio esaminare il contenuto dell'art. 25, co. 2 Cost. si rende necessario fare un breve passo indietro e ricordare come il fondamento storico del principio di irretroattività della legge penale risieda nel principio liberale che garantisce il cittadino da possibili abusi del potere legislativo e, in particolare, dal pericolo di essere punito per fatti che al momento in cui furono commessi erano penalmente leciti o irrilevanti⁹⁸.

Tale *ratio* garantista, sebbene riconosciuta pressoché pacificamente, è stata tuttavia intesa secondo varie declinazioni dalla dottrina, tanto che, pur muovendo da tale comune presupposto, si finiva spesso per giungere a conclusioni diametralmente opposte.

Secondo una prima impostazione, l'art. 25, comma 2, Cost. esprimerebbe un'esigenza di *certezza*, intesa quale "immutabilità" delle norme penali applicabili ai fatti verificatisi⁹⁹. Tale impostazione, perlomeno nella sua variante più rigorosa, è sicuramente da rigettare

⁹⁷ Nell'ambito della copiosa bibliografia in materia si vedano, per tutti, gli scritti di F. BRICOLA, *sub* art. 25 commi 2 e 3 Cost., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 1988, pp. 227 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999, pp. 115 ss.; M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, pp. 648 ss.; P. SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, cit., pp. 33 ss.

⁹⁸ V., tra gli altri, F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1339.

⁹⁹ Cfr. E. ANTONINI, *La ultrattività delle leggi penali finanziarie*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 2674 ss.

posto che la stessa, se condotta ad estreme conseguenze, porterebbe addirittura a concludere nel senso di un divieto costituzionale di retroattività della legge penale, anche se favorevole al reo.

Altra parte della dottrina, invece, pur senza disconoscere le summenzionate esigenze di certezza, inquadra l'irretroattività come espressione di un principio di *garanzia* da cui discende la necessità che al cittadino possa essere assicurato il trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge penale vigente al momento della realizzazione del fatto (c.d. *Tatzeitrecht*) e quello previsto dalle leggi successive¹⁰⁰. Il rilievo è condivisibile: la *ratio* di garanzia sottesa alla irretroattività presuppone che tale divieto valga solo per le norme *in malam partem*, non certo nei casi in cui per il cittadino scaturiscano effetti favorevoli dalla successione normativa. Letto in tale prospettiva, la copertura costituzionale dell'art. 25 comma 2 finirebbe per (quantomeno) consentire le ipotesi di retroattività favorevole, senza tuttavia assicurarne la copertura costituzionale. Occorre peraltro non enfatizzare oltremodo il significato del principio del *favor rei*, il quale, pur trovando applicazione in molti istituti del diritto penale sostanziale e processuale vigente, non assurge a criterio generale della giustizia

¹⁰⁰ Così, fra gli altri, M. SINISCALCO, *Irretroattività*, cit., pp. 99 ss.

penale e, di conseguenza, non può essere inteso quale principio. Lo stesso *favor rei* non ha difatti esplicita copertura costituzionale e non gli si può riconoscere valore assoluto¹⁰¹.

Infine, secondo una lettura parzialmente diversa, altri autori hanno ricondotto il divieto di retroattività della legge incriminatrice alla funzione di prevenzione generale ed al principio di colpevolezza. Sul versante del principio del *nulla poena sine culpa* si è osservato come questo esigerebbe che, al momento della libera scelta da parte di un soggetto di commettere un fatto rimproverabile, sia già vigente nel sistema giuridico-positivo quella particolare legge penale che dia origine a una fattispecie illecita¹⁰². Allo stesso modo, la funzione di prevenzione generale, sia in chiave positiva che negativa, richiede la presenza di norme già vigenti che possano orientare le scelte del singolo: precetti penali retroattivi finirebbero per cadere nel vuoto¹⁰³.

¹⁰¹ Si condividono sul punto le parole di F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 288, il quale osserva come il *favor libertatis* - contrariamente a quanto avviene nel processo penale - non «possa assurgere a vero e proprio principio regolativo in materia penale». Pare significativo osservare che, quella parte della dottrina che ammette la possibilità di attribuire rilevanza costituzionale al principio del *favor rei*, lo fa in forza del collegamento col principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, che, come si vedrà, non ha valore assoluto: in tal senso G. FIANDACA, *Diritto penale*, in Fiandaca-Di Chiara, *Un'introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 95. Per un quadro riassuntivo del dibattito in argomento si rinvia a S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, vol. XIV, pp. 85 ss.

¹⁰² Sul punto v. P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988, p. 23.

¹⁰³ Si rinvia ancora a P. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 24.

Pare potersi concludere, pertanto, nel senso dell'esclusione del principio di retroattività della *lex mitior* dall'ambito applicativo dell'art. 25 comma 2 Cost. Tale disposizione, come si cennava, sancendo il divieto di irretroattività della legge penale, esprime la necessità di garantire il cittadino contro gli abusi del potere legislativo: la finalità di garanzia dei consociati segna dunque il "limite logico" del principio di irretroattività¹⁰⁴, il quale non osta di per sé ad un'applicazione non retroattiva di una norma favorevole. Ne consegue che la disposizione costituzionale si riferisce soltanto alla irretroattività della legge penale sfavorevole, mentre lascia al legislatore ordinario la questione della retroattività *in mitius*¹⁰⁵.

1.1. La retroattività favorevole quale espressione del principio di uguaglianza del trattamento sanzionatorio.

Maggiore approfondimento mostrano quelle teorie che riconducono la retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza di cui

¹⁰⁴ Così M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 39.

¹⁰⁵ Così F. BRICOLA, *sub* art. 25 commi 2 e 3 Cost., cit., p. 286. È tuttavia d'uopo sottolineare che l'art. 25, co. 2, Cost. conferisce copertura costituzionale non solo all'art. 2 comma 1, ma anche al comma 4 della medesima disposizione, nella parte in cui esclude che possa applicarsi al reo la legge successiva meno favorevole rispetto a quella in vigore al momento del fatto. In questo senso, G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 377 ss.

all'art. 3 Cost., sul presupposto che questa disposizione, vietando ogni forma di *irragionevole* discriminazione tra situazioni omogenee¹⁰⁶, garantisce l'omogeneità del trattamento sanzionatorio tra fatti uguali commessi in momenti diversi.

Il principio di uguaglianza, infatti, imporrebbe alla modifica mitigatrice della legge penale - e, ancor di più, nei casi di *abolitio criminis* - disposta dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, di riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la medesima condotta in un momento anteriore¹⁰⁷.

Viene così osservato che continuare ad applicare la legge in vigore al momento del commesso reato, nonostante l'intervento di una legge che non considera più il fatto come tale o che lo assoggetta ad una disciplina più mite, contraddirebbe «l'esigenza della parità di

¹⁰⁶ G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 699 ss., in particolare 707, oggi in *Scritti giuridici*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, pp. 449 ss. Lo stretto rapporto tra il principio di uguaglianza e la retroattività favorevole emerge anche dalla relazione al Re del Guardasigilli contenuta nei lavori preparatori del codice Rocco ove si afferma che la finalità di assicurare «uniformità nell'applicazione della legge penale» debba essere ritenuta preponderante nella disciplina della successione di leggi: cfr. *Relazione al progetto definitivo. Lavori preparatori*, V, parte I, 1929, Roma, p. 22.

¹⁰⁷ Il richiamo al principio di uguaglianza sarebbe invece improprio in altri settori dell'ordinamento, diversi rispetto a quello penale, ove il trascorrere del tempo costituisce di per sé un elemento differenziatore, quindi il fatto che si applichi alla stessa categoria di soggetti un trattamento differenziato per effetto del mutamento della disciplina non contrasta con il principio di eguaglianza: cfr. Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 18, in *Giur. cost.*, 1994, p. 131.

trattamento tra fatti dello stesso tipo commessi prima o dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina: si punirebbe, o si punirebbe più severamente, una persona per un fatto che chiunque altro, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, può omettere impunemente o con conseguenze più miti»¹⁰⁸.

Seguendo tale impostazione, tuttavia, al principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* non potrebbe riconoscersi carattere assoluto, potendo lo stesso essere derogato dalla legislazione ordinaria allorché ricorra una “sufficiente ragione giustificativa”¹⁰⁹. Il richiamo all'art. 3 Cost. rende difatti la retroattività della norma più favorevole derogabile in virtù della prevalenza che può darsi in concreto ad esigenze diverse, come quelle di economia processuale e di certezza dei rapporti ormai esauriti, che possono in concreto rivelarsi prioritarie rispetto a quella di evitare disparità di trattamento¹¹⁰.

¹⁰⁸ Così G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, p. 268.

¹⁰⁹ Per tutti, G. VASSALLI, *Abolitio criminis*, cit., pp. 377 ss. Riconducono la garanzia ad entrambe le *rationes* prospettate (ovverosia quella della ragionevolezza ex art. 3 e quella del *favor rei*), G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp. 96 ss.

¹¹⁰ C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 2, registra come sia la stessa disciplina dei commi 3-6 dell'art. 2 c.p. ad individuare particolari situazioni al verificarsi delle quali non può darsi spazio alla garanzia sottesa alla retroattività della norma più favorevole. Così, accanto allo sbarramento temporale della irrevocabilità della sentenza di condanna, figurano ipotesi derogatorie rispetto all'applicabilità della legge posteriore più favorevole, legate alla eccezionalità o temporaneità della legge vigente al momento

L'assunto di base è che mentre il principio di irretroattività della legge penale rappresenta un principio assoluto in quanto consente al soggetto di determinare liberamente le proprie azioni, sulla base della previa calcolabilità delle conseguenze che il suo agire comporterà, diversamente, la retroattività della legge penale più favorevole non ha nulla a che vedere con la libertà di determinazione del soggetto, per l'ovvia ragione che il cambiamento normativo avviene dopo il *tempus commissi delicti*.

Eccezioni alla regola della retroattività della *lex mitior* sarebbero dunque ammissibili sul piano costituzionale proprio perché riguarderebbero un ambito in cui non viene in gioco il significato garantistico del principio di legalità¹¹¹. L'ammissibilità di limitazioni o deroghe sorrette da "giustificazioni ragionevoli" discenderebbe, più precisamente, dalla ritenuta correlazione esistente tra ragionevolezza delle scelte legislative e principio di uguaglianza. Secondo comune insegnamento, difatti, è la ragionevolezza a "risolvere" il giudizio

della commissione del fatto, oppure alla decadenza o alla mancata ratifica di un decreto-legge posteriore che, modificando la previgente normativa, abbia introdotto un trattamento migliore, o ancora alla sopravvenienza di una norma che, modificando il trattamento sanzionatorio previsto per una determinata fattispecie penale, sostituisce la pena detentiva con quella pecuniaria.

¹¹¹ È questa l'opinione tuttora prevalente in dottrina. Già in questo senso F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., pp. 1275 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità*, cit., p. 1378.

sull'uguaglianza, essendo la stessa a definire come giustificata o ingiustificata una disparità di trattamento¹¹².

1.2. Il finalismo rieducativo quale limite alla derogabilità del principio.

Vi è tuttavia parte della dottrina che, valorizzando gli scopi della pena quale fondamento del magistero punitivo, esprime una certa insoddisfazione rispetto alla riconduzione del canone della retroattività al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*

¹¹² È noto, infatti, come la ragionevolezza, in una prima accezione di significato, venga intesa quale “corollario” dell’eguaglianza ed impiegata per valutare la sussistenza di disparità di trattamento censurabili; ci sono poi i casi in cui il principio opera autonomamente, a prescindere da ogni riferimento a *tertia comparationis*, e viene inteso come ragionevolezza intrinseca della norma in contestazione: in tali casi, il giudizio «consiste in un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la “causa” normativa che la deve assistere»: cfr. Corte cost., 3 luglio 2007, n. 245. Per un’approfondita analisi sugli ambiti di operatività e le concrete modalità di utilizzo del canone della ragionevolezza si rinvia, per i profili generali, a L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 25 ss. Per la ricostruzione del concetto di ragionevolezza in materia penale, v., tra gli altri, O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza 394/06 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 114 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettiva del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nell’attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, *passim*; ID, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta nella sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 670 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.

Muovendo da una prospettiva “funzionalistica”, si pone l’accento sulla necessità di assicurare che il diritto penale si muova secondo una «oggettiva, prevedibile ed eguale consequenzialità», di modo da far crescere la percezione sociale di giustizia¹¹³. Il rispetto dei suddetti canoni viene difatti ritenuto necessario per consentire il *riconoscimento sociale* della validità delle norme e la loro osservanza e, di conseguenza, la legittimità (anche dalla prospettiva del condannato) dell'esecuzione sanzionatoria.

In tale ordine di idee, l’uguaglianza sostanziale dei cittadini innanzi alle istituzioni penali e, conseguentemente, la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio, rientrano sicuramente tra i presupposti empirici che condizionano la validità e l’efficacia della sanzione penale, concorrendo entrambi alla realizzazione dei compiti di “orientamento culturale” della stessa che rappresenta la vera funzione attribuibile alla pena nel nostro quadro costituzionale¹¹⁴. Risulta difatti indubbio che solo un sistema equo e ragionevole possa (quantomeno) favorire la collaborazione in chiave riabilitativa del reo, riducendo di conseguenza potenziali rischi di recidiva.

¹¹³ In termini analoghi G.A. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 231.

¹¹⁴ Così G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 193.

Il riconoscimento del principio di uguaglianza quale unico fondamento della retroattività della *lex mitior*, disancorato da qualsiasi rapporto di strumentalità con una concezione “personalistica” della pena, viene tuttavia ritenuto piuttosto sterile sul piano politico-criminale. Le ragioni di equità e ragionevolezza andrebbero pertanto arricchite con un più specifico riferimento al finalismo rieducativo della pena *ex art. 27, comma 3 Cost.* che, ponendosi alla base della retroattività *in mitius*, determina l’assoluta inammissibilità di deroghe al suddetto principio¹¹⁵.

Il richiamo al finalismo rieducativo risulterebbe essenziale per ricondurre l’applicazione della pena entro una ragionevole idea di “scopo”, mettendosi in rilievo come la coesistenza di due differenti regimi sanzionatori e/o di punibilità per la medesima condotta, rischierebbe di compromettere le finalità perseguite dalla fattispecie incriminatrice; il soggetto che si vedesse condannato per un fatto che al tempo del giudizio non costituisce più reato sarebbe portato a considerare ingiusta la propria condanna e ad assumere un atteggiamento di ostilità verso l’ordinamento, di certo non congeniale

¹¹⁵ Sul finalismo rieducativo della pena, come naturale sviluppo e prosecuzione sul piano della prevenzione speciale di un’accezione costituzionalmente orientata della stessa idea di prevenzione generale positiva, v. le riflessioni di G. DE VERO, *L’incerto percorso e le prospettive di approdo dell’idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 439 ss.

rispetto alle (auspicate) finalità risocializzanti del trattamento punitivo¹¹⁶.

Tale impostazione, anche alla luce dell'evoluzione storico-dogmatica della materia della successione di leggi penali, si pone in totale armonia con la svolta "garantistica" che ivi si è registrata. Il riferimento all'art. 27, comma 3, Cost. assicura un più solido radicamento costituzionale alla retroattività favorevole, consentendo di non esaurire le vicende successive entro i limiti angusti della fattispecie *astratta*, ma di tenere conto altresì della «*concreta e irripetibile* dimensione esistenziale del reo»¹¹⁷.

2. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività favorevole ha seguito percorsi non sempre lineari ed in gran parte

¹¹⁶ Sottolinea L. RISICATO, *Gli elementi*, cit., p. 281 «Appare invero altamente improbabile immaginare che il reo possa essere particolarmente disponibile ad accettare l'idea di (continuare a) scontare una sofferenza attuale per un comportamento che è in atto penalmente lecito, al punto che chiunque potrebbe tranquillamente reiterarlo proprio mentre lui, a causa di esso, viene punito. Né potrebbe essergli di conforto il pensiero – ammesso che possa filtrare fino a lui dalle dotte disquisizioni dei giuristi – che ciò avviene in virtù del fatto che la fattispecie astratta non ha subito alcuna modificazione».

¹¹⁷ Così, ancora, L. RISICATO, *op. ult. cit.*, p. 281.

influenzati dagli echi delle pronunce sovranazionali intervenute in argomento.

Nelle prime pronunce della Corte costituzionale in materia di retroattività, si ravvisava come la mancanza di un riconoscimento esplicito del principio di retroattività favorevole a livello costituzionale dovesse essere collegata all'incertezza dei costituenti, non «già sulla costituzionalizzazione del principio bensì sulla ampiezza delle deroghe al principio, sul quale non vi fu accordo, impedendone l'inserimento nel testo della legge fondamentale»¹¹⁸. In detta fase, la Corte, nel momento in cui veniva investita di questioni concernenti la legittimità delle deroghe al principio, non ha mancato di sottoporle allo scrutinio imposto dall'art. 3 Cost., statuendo che il legislatore ordinario può derogarvi solo quando ricorre una sufficiente ragione giustificatrice¹¹⁹.

¹¹⁸V. Corte cost., 23 maggio 1990, n. 277, cit., richiamata da G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 89. A parere della Corte, infatti, i lavori preparatori evidenzerebbero che «quel principio, pur se costituzionalmente rilevante, potrebbe essere soggetto a deroghe da parte del legislatore ordinario».

¹¹⁹Emblematiche sul punto le pronunce che hanno riguardato la disciplina della c.d. ultrattività delle leggi penali finanziarie di cui all'art. 20 della legge n. 4 del 1929 (oggi abrogato). Un primo intervento della Consulta si ebbe con la sentenza del 28 maggio 1974, n. 164 ove, proprio invocando la ragionevolezza della deroga dettata dalla necessità di tutelare l'interesse primario alla riscossione dei tributi, la relativa questione di legittimità venne rigettata. Sul punto la Corte si pronunciò altre due volte negando in entrambi i casi il contrasto tra la disciplina in esame ed il principio di legalità: v. Corte cost. 10 gennaio 1978, n. 6 e 23 febbraio 1995, n. 80. Per una ricostruzione delle pronunce della Consulta che hanno interessato la disciplina citata si rinvia a D. RAPISARDA, *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 2073 ss. Una dettagliata rassegna degli

La necessità che la deroga alla retroattività *in mitius* non sia manifestamente irragionevole è stata peraltro richiamata dalla Corte nelle numerose pronunce che hanno interessato la disparità di trattamento alla quale dà luogo il limite del giudicato contenuto nel quarto (allora terzo) comma dell'art. 2 c.p. Le diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti di tale disposizione sono state difatti dichiarate infondate sul presupposto che la deroga in esame trova giustificazione nell'esigenza di salvaguardare la certezza dei rapporti ormai esauriti¹²⁰.

2.1. L'affermazione del principio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Tale stato di cose è rimasto sostanzialmente invariato sino alle sentenze nn. 393 e 394 del 2006 della Corte Costituzionale, maturate anche (e soprattutto) in conseguenza delle pronunce sul tema della Corte di Giustizia, fatte assurgere dalla Consulta quali criteri-guida dell'interpretazione del principio della retroattività favorevole

orientamenti espressi nel tempo dalla dottrina penalista e delle applicazioni più significative del principio di uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale si rinvia in G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, *passim*.

¹²⁰ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74. Nello stesso senso l'ordinanza della Corte cost., 10 luglio 1995, n. 330.

nell'ordinamento interno. Occorre pertanto procedere preliminarmente ad una breve disamina delle pronunce più significative della giurisprudenza sovranazionale intervenute in argomento.

Il riferimento principale va alla nota decisione del 3 maggio 2005, emessa sul rinvio pregiudiziale operato dai giudici italiani in merito ai profili di “legittimità comunitaria” – specie sotto il profilo della *adeguatezza* delle sanzioni – della normativa riformata in materia di falso in bilancio¹²¹.

In tale occasione, la Corte di Giustizia negò l'efficacia immediata della disciplina sovranazionale e, di conseguenza, confermò l'applicabilità delle norme nazionali di nuovo conio, in ragione degli effetti *in malam partem* che viceversa sarebbero conseguiti per i soggetti resisi responsabili di tali delitti nel vigore delle norme nazionali impugnate.

¹²¹ V. CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2764 ss., con nota di G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio: un epilogo deludente?*, *ivi*, pp. 2768 ss. Sulla pronuncia e i suoi numerosi risvolti, si vedano i contributi raccolti in AA.VV., *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di Giustizia*, R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), Torino, 2005. Come è noto, il d.lgs. n. 61 del 2002 era intervenuto in materia introducendo un regime giuridico più favorevole per i soggetti resisi responsabili del reato di false comunicazioni sociali, sdoppiando l'originaria ipotesi criminosa disciplinata dal previgente art. 2621 c.c. in due distinti reati: l'uno, di mera condotta, a carattere convenzionale, l'altro di danno e procedibile a querela. Per un'analisi più dettagliata della vicenda si rinvia a G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 79 ss.

A sostegno delle proprie argomentazioni, i giudici lussemburghesi ebbero premura di rilevare che il principio di retroattività della *lex mitior* facesse parte delle “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri e, dunque, dovesse essere considerato «come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario»¹²².

La Corte di Giustizia, in detta sentenza, ha dunque delineato il volto “comunitario” del vincolo, riconoscendone l’esistenza nell'ordinamento dell'Unione. Tali conclusioni hanno portato senza dubbio ad un rafforzamento della portata garantistica del principio in questione che, sin da subito, si è mostrata più solida rispetto alle configurazioni ermeneutiche precedenti. Se la “comunitarizzazione” del principio di retroattività *in mitius* può salutarsi con indubbio

¹²² Cfr. CGCE, 3 maggio 2005, *Berlusconi*, cit., punto 69. La riconduzione del canone della *lex mitior* all’interno delle tradizioni costituzionali comuni è stata successivamente confermata dalla sentenza *El Dridi* del 2011 (v. CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*, in part. § 61) che ha dichiarato l’incompatibilità della nostra disciplina penale in materia d’immigrazione con la c.d. direttiva “rimpatri”.

favore¹²³, maggiore perplessità ha tuttavia suscitato l'*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici lussemburghesi¹²⁴.

Per ciò che rileva ai nostri fini, meritano di essere approfonditi gli argomenti critici sollevati dalla dottrina in relazione alla ritenuta appartenenza del canone della retroattività favorevole alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”¹²⁵. La dottrina, difatti, non ha tardato a mettere in rilievo l'inesattezza di tale conclusione, posto che detto principio non solo non trova esplicita menzione nella CEDU

¹²³ Fino ad allora, pur non disconoscendo il principio di retroattività della norma penale favorevole, la Corte di Giustizia non gli aveva riconosciuto la natura di principio comunitario, limitandosi ad ammettere l'efficacia retroattiva di norme comunitarie ad effetto diretto e più miti, incidenti sull'applicazione di norme penali interne, quando tale principio fosse accolto dall'ordinamento del giudice nazionale: v. G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, cit., p. 89, anche per gli esaustivi riferimenti giurisprudenziali.

¹²⁴ Si è difatti acutamente osservato che la rilevata incompatibilità della normativa interna con le disposizioni sovranazionali avrebbe potuto determinare la disapplicazione della prima solo laddove le norme comunitarie avessero avuto i requisiti che la stessa Corte di Giustizia ritiene essenziali alla produzione di effetti diretti degli atti normativi comunitari, vale a dire carattere incondizionato e sufficientemente preciso. Sarebbe dunque stato sufficiente negare la diretta applicabilità delle norme sovranazionali per carenza dei suddetti requisiti, lasciando al giudice nazionale il compito di intraprendere l'unico percorso consentito dal nostro ordinamento per rimuovere il vizio di illegittimità comunitaria, cioè il ricorso in via incidentale alla Corte costituzionale: così, G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, cit., p. 81.

¹²⁵ Tra i diversi commenti critici sul punto, si rinvia a R. MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 256 ss.; R. TARTAGLIA, *La sentenza sul falso in bilancio: i “controlimiti” della Corte di Giustizia*, *ivi*, pp. 351 ss. Va tuttavia segnalato che il riconoscimento dell'appartenenza del vincolo alle tradizioni costituzionali europee e, perciò, della sua rilevanza quale principio generale del diritto comunitario, è rimasto confinato, nel contesto della decisione, sul piano degli *obiter*. La soluzione del quesito, difatti, riguardava l'ipotizzato contrasto del riformato delitto di falso in bilancio con le direttive comunitarie in materia di diritto societario e non ha richiesto perciò l'applicazione di quel canone.

(salvo quanto verrà affermato successivamente dai giudici di Strasburgo con riguardo all'art. 7 della Convenzione)¹²⁶, ma non è nemmeno rintracciabile nelle Costituzioni dei Paesi storicamente appartenenti alla Comunità europea, Italia inclusa¹²⁷.

Ad ogni modo, pur essendo riconosciuta alla retroattività *in mitius* la natura di principio comunitario vincolante, non gli è stato comunque attribuito il carattere della inderogabilità. Nella decisione, infatti, tale principio viene ritenuto assoggettabile a “contemperamento” con altri valori e/o interessi di estrazione comunitaria. In altri termini, la Corte di Giustizia da una parte riconosce la rilevanza comunitaria del principio della retroattività della *lex mitior*, ma, dall'altra, ne afferma la derogabilità tramite bilanciamenti con altri principi del diritto comunitario¹²⁸.

¹²⁶ Il riferimento è alla già citata sentenza *Scoppola c. Italia*, sulla quale si ritornerà più dettagliatamente nel paragrafo successivo.

¹²⁷C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 127, parla significativamente di “apoditticità” e “leggerezza” con cui la Corte di Giustizia ha promosso la retroattività *in mitius* al rango di principio di diritto. Sul punto cfr., altresì, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1614 ss. Per una panoramica sulle Carte costituzionali europee ove non viene fatta alcuna esplicita menzione al principio in esame si rinvia ancora a G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, cit., p. 91, in nota.

¹²⁸ Sul tema, v. G. INSOLERA, *Una sentenza a più facce*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 223 ss. Tra i costituzionalisti vi è invece chi ha ritenuto che la Corte di Giustizia sembrerebbe comunque riconoscere al principio di retroattività della legge più favorevole valore inderogabile: cfr. V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, *ivi*, pp. 285 ss.

Se dunque non può negarsi un rilievo peculiare a tale pronuncia, specie in ragione della funzione propulsiva che la medesima ha assunto nel promuovere un approfondimento sui contenuti e sulla vincolatività del principio di retroattività della legge più favorevole, i suoi contenuti non possono tuttavia ritenersi pienamente appaganti.

2.2. Le sentenze costituzionali nn. 393 e 394 del 2006 ed il limite della ragionevolezza.

Sul versante della giurisprudenza costituzionale, come si cennava, le ripercussioni di tale pronuncia sul rango da riconoscere alla retroattività *in mitius* non hanno tardato a manifestarsi.

Pochi mesi dopo il *revirement* della Corte di Giustizia, la Consulta, con la sentenza n. 393 del 2005, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 (c.d. *ex Cirielli*), ritenendo tale disposizione irragionevole nella parte in cui limitava l'applicabilità dei nuovi, e più brevi, termini di prescrizione ai soli procedimenti penali di primo grado per i quali non era stato dichiarato aperto il dibattito¹²⁹.

¹²⁹ Cfr. Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393, in *Cass. pen.*, 2007, p. 419.

Al di là del merito della vicenda¹³⁰, risulta significativa ai nostri fini sottolineare l'affermazione – contenuta nella parte motiva della sentenza - secondo cui «lo scrutinio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.*, sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di *ragionevolezza*, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole»¹³¹. Rispetto al passato, pertanto, paiono essersi modificati i criteri alla stregua dei quali effettuare il sindacato di costituzionalità sulle deroghe alla retroattività *in mitius*¹³².

La Corte giunge a tale conclusione muovendo dal presupposto che il principio di retroattività della *lex mitior* «non è affermato soltanto, come criterio generale, dall'art. 2 c.p., ma è stato sancito sia a livello internazionale sia a livello comunitario» e tale circostanza inciderebbe «sul tipo di sindacato che questa Corte deve operare quando ad esso la legge voglia derogare». In detta pronuncia, tuttavia, nonostante l'abbondante richiamo a fonti sovranazionali che riconoscono il valore autonomo della retroattività, non viene esplicitato

¹³⁰ Per eventuali approfondimenti si rinvia a G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e "termini più brevi" di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4106.

¹³¹ Cfr. Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, cit., punto 6.3.

¹³² Tale profilo è stato messo in luce da D. PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1187 ss.

il fondamento costituzionale di detto canone; si afferma difatti unicamente che «il livello di rilevanza dell'interesse preservato dal principio di retroattività della *lex mitior* - quale emerge dal grado di protezione accordatogli dal diritto interno, oltre che dal diritto internazionale convenzionale e dal diritto comunitario - impone di ritenere che il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi confliggenti di analogo rilievo, che possano evitarne una applicazione indiscriminata»¹³³. La formula utilizzata dalla Consulta, come puntualmente osservato in dottrina, si mostra “tanto ampia quanto evanescente”, dettata perlopiù dalla preoccupazione di non pregiudicare l’esito di future questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto nuove deroghe alla retroattività favorevole¹³⁴.

¹³³ La Consulta, tra gli interessi di analogo rilievo che possono giustificare la deroga alla retroattività favorevole, menziona, a titolo esemplificativo, quelli dell’efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell’intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo. Sul punto, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività*, cit., pp. 1614 ss., sottolinea che detta pronuncia finisce così per demandare ad attori del processo, giuristi teorici e giudici costituzionali il difficile compito di selezionare beni ed interessi meritevoli di comporre le valutazioni comparative rilevanti, e di individuarne i gradi e le forme, mettendo in luce il rischio di “soggettivismo” che si cela dietro tale operazione.

¹³⁴ Così C. PECORELLA, *L’efficacia nel tempo*, cit., p. 17. Osserva V. VALENTINI, *Diritto penale*, cit., p. 185, che la citata sentenza apre alla possibilità di una deroga al principio di retroattività *in mitius* fondata sulla valorizzazione della posizione delle vittime da reato. In detta pronuncia, difatti, si annoverano, fra i contro-interessi capaci di giustificare il sacrificio del canone, la «salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale» e,

Apparentemente più marginale è il richiamo al principio della retroattività favorevole nella successiva sentenza n. 394 del 2006, ove il riconoscimento dell'importanza che il principio riveste si inserisce in una più ampia valutazione circa l'ammissibilità del sindacato della Corte costituzionale sulle norme penali *in bonam partem*¹³⁵.

La Consulta, in questa occasione, muovendo da una preliminare distinzione tra “norme di favore” e “norme favorevoli”¹³⁶, ha ritenuto che solo nel caso delle “norme di favore” può operare il controllo di

più in generale, le «esigenze della collettività nazionale connesse a valori costituzionali di primario rilievo». Analogamente O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 439 ss., ricorda come la Corte europea abbia più volte affermato che limiti al principio di retroattività favorevole possono radicarsi sull'esigenza di soddisfare il diritto al risarcimento del danno vantato dalle vittime da reato.

¹³⁵ Secondo G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4127, tale conclusione prende le mosse dalla particolare funzione che viene attribuita dalla Corte alla pena, sulla base della concezione oggettivistica del diritto penale: «a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena. Se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta — nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico — tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore».

¹³⁶ Dalle norme penali di favore - che “sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma maggiormente comprensiva” - la sentenza tiene distinte quelle che “delimitano l'area di intervento di una norma incriminatrice concorrendo alla definizione della fattispecie di reato”. Le difficoltà di differenziare queste due tipologie di disposizioni, sono evidenziate, tra gli altri, da M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 554.

costituzionalità, ma esclusivamente sotto il profilo della ragionevolezza¹³⁷.

Scrivono i giudici che «il principio di eguaglianza [...] impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice». Si è opportunamente osservato, a tal proposito, come il ragionamento si colleghi necessariamente anche al principio di offensività: la copertura costituzionale della retroattività della *lex mitior* non viene desunta da una *ratio* di garanzia della libertà di autodeterminazione o dal *favor rei*, ma da esigenze di parità di trattamento, a loro volta connesse alla concezione oggettivistica del diritto penale¹³⁸.

¹³⁷ Sui profili di novità della sentenza e i limiti dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* si rinvia a G. DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4170 ss.; O. DI GIOVINE, *Il sindacato*, cit., pp. 100 ss.; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., pp. 111 e ss.; V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, fasc. 46, pp. 34 ss.; G. MARINUCCI, *Il controllo*, cit., pp. 4160 ss.; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 343 ss.; D. PULITANÒ, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. merito*, 2007, pp. 209 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, Monboso, 2012, *passim* e, volendo, G. TOSCANO, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in bonam partem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 304 ss.

¹³⁸ In questi termini, R. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it. In argomento v., altresì, V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in

Tuttavia, come espressamente rilevato dalla stessa Corte, «il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna peraltro (..) anche il limite». Da ciò consegue la legittima “bilanciabilità” del principio tutte le volte che le deroghe risultino giustificate – secondo uno scrutinio di stretta ragionevolezza - da esigenze di tutela di interessi antagonistici altrettanto rilevanti¹³⁹.

Si precisa poi che, prima ancora di incontrare il limite della bilanciabilità con altri interessi meritevoli di protezione, la retroattività più favorevole resta, in ogni caso, subordinata al carattere costituzionalmente legittimo della stessa norma sopravvenuta e più favorevole, non potendo l'ordinamento consentire ad una norma che non risulti “validamente emanata” di determinare l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva¹⁴⁰.

Quaderni costituzionali, 2007, 2, p. 374; D. PULITANÒ, *Principio*, cit., p. 212; G. MARINUCCI, *Irretroattività*, cit., p. 89.

¹³⁹ Evidente risulta l'asimmetria rispetto allo statuto della irretroattività della norma penale sfavorevole, la quale costituisce valore assoluto, insuscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. Parla in proposito di «assetto a geometria variabile», V. MANES, *L'applicazione*, cit., pp. 374 ss.; nonché, ID., *Attualità*, cit., pp. 739 ss. Cfr., altresì, G. INSOLERA, *Controlli*, cit., p. 677.

¹⁴⁰ Rileva V. MAIELLO, *Il rango della retroattività*, cit., pp. 1614 ss., che, per quanto formalmente innovativa, l'argomentazione della Corte mette a frutto, in realtà, premesse già esplicitate in precedenti pronunce, come quelle che - sulla scia della sentenza n. 148/83 - avevano escluso la retroattività della *lex mitior* introdotta con decreto-legge non convertito, ovvero avevano sindacato la legittimità della norma penale regionale “di favore”. L'A. fa riferimento alle sentenze nn. 124 del 1990 e 167 del 1993.

Infine, meritano di essere messe in luce le considerazioni della Corte circa le esigenze sottostanti al principio di retroattività favorevole. Si afferma, in proposito, che tale principio «è legato ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali», che non consente di assegnare alcun rilievo al dato soggettivo della disobbedienza o infedeltà alla legge. Tale precisazione, valorizzando le istanze legate al necessario rispetto del principio di offensività in materia penale¹⁴¹, indubbiamente rafforza lo sbarramento rispetto ad eventuali deroghe al principio *de quo*.

2.3. Le interferenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: la vicenda Scoppola.

Muovendosi lungo il crinale delle sentenze appena esaminate, anche la giurisprudenza costituzionale successiva ha ritenuto il principio della retroattività della legge penale favorevole suscettibile di

¹⁴¹ La sanzione penale rappresenta difatti la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che, *in un dato momento storico*, il legislatore reputa meritevoli di essere salvaguardati col presidio della pena. Poco importa se nel momento in cui il fatto è stato commesso fosse presente una norma incriminatrice o fosse prevista una sanzione più severa: ciò che conta è solo la diversa valutazione del legislatore sulla necessità o opportunità di punire quel fatto o punirlo con quella sanzione.

limitazioni e deroghe in relazione alla necessità di preservare interessi contrapposti, ritenuti di analogo (o maggiore) rilievo¹⁴².

Una rimeditazione dell'intera questione potrebbe tuttavia imporsi in seguito alla pronuncia della Corte EDU nella nota vicenda "Scoppola", ove, per la prima volta, il principio di retroattività della norma più favorevole è stato ricondotto all'art. 7 CEDU¹⁴³.

La "tardività" con cui la Corte ha riconosciuto il suddetto principio trova spiegazione nel fatto che molti ordinamenti nazionali hanno a lungo negato l'esistenza di un diritto costituzionale all'applicazione retroattiva delle modifiche *in melius*: tale circostanza ha consentito ai giudici di Strasburgo di poter soprassedere per molto tempo (al punto dall'essere preceduta dal giudice comunitario) sulla sua

¹⁴² V., *ex multis*, Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, p. 928, con nota di D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, *ivi*, pp. 944 ss.

¹⁴³ V. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., con nota di G. ICHINO, *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, pp. 841 ss. e di M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi*, pp. 2020 ss. La pronuncia della Corte europea dei diritti dell'Uomo è stata altresì commentata, tra gli altri, da G. ARMONE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, in *Foro it.*, 5, 2010, pp. 229 ss.; C. DI PAOLA, *Gutta cavat lapidem: in assenza del legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1936 ss.; G. GARUTI, *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1427 ss.; C. MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2018 ss.; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 397 ss.

validità convenzionale¹⁴⁴. Ad ogni modo, occorre soffermarsi sulle argomentazioni utilizzate dalla Corte per giungere a tale conclusione onde verificare i possibili risvolti di tale pronuncia (anche) sull'interpretazione della disciplina nazionale.

La Corte, per esaminare compiutamente la questione sottoposta al suo vaglio, affronta una preliminare ricognizione delle fonti che prevedono il canone della retroattività *in mitius* e delle pronunce intervenute in argomento ed osserva come, a partire dalla decisione *X c. Germania* del 1978, «si sia formato progressivamente un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che contempla una pena meno severa, anche posteriore alla commissione del reato, sia divenuta un principio fondamentale del diritto penale»¹⁴⁵. La stessa Corte prosegue poi rilevando che la Convenzione, in quanto meccanismo di protezione dei diritti dell'uomo,

¹⁴⁴ Qualche timida apertura nei confronti del riconoscimento del diritto alla retroattività delle modifiche migliorative da parte della Corte di Strasburgo si era invero già avuta in qualche pronuncia. In tali occasioni, tuttavia, l'applicazione della modifica migliorativa venne motivata più sul principio *tempus regit actum* che sulla regola della *lex mitior*. Cfr., ad es., Corte EDU, 8 luglio 1999, *Baskaya e al. c. Turchia*, ric. n. 23536/94 e 24408/94, §50. Sul punto, v., *amplius*, A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 333 ss. il quale sottolinea come nelle suddette ipotesi la Corte non abbia richiamato l'art. 7, bensì l'art. 10, co. 2 della Convenzione.

¹⁴⁵ V. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., punto 103.

debba essere interpretata ed applicata nella prospettiva di rendere le garanzie «concrete ed effettive, e non teoriche ed illusorie»¹⁴⁶.

Sulla scorta di tali considerazioni, si è affermato che l'art. 7, § 1 CEDU non garantisce soltanto il principio di irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole¹⁴⁷ e, pertanto, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia della decisione definitiva risultano essere differenti, il giudice è tenuto ad applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato¹⁴⁸.

¹⁴⁶ V. Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., punto 104.

¹⁴⁷ Interessante l'osservazione operata da V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 183, il quale riconduce il ritardo nel riconoscimento del principio di retroattività a livello convenzionale al vittimo-centrismo che innerva tutto il diritto convenzionale. L'A. sul punto afferma che «non c'è nulla di “meno vittimo-centrico” del principio di retroattività favorevole, il quale, operando sul presupposto che la minaccia penale abbia fallito il suo scopo general-preventivo e che un reato sia stato commesso, presuppone anche la presenza di vittime da delitto convenzionale, i cui diritti-interessi alla sicurezza-prevenzione, alla punizione, alla reintegrazione e alla compensazione sacrificata (nel caso di *abolitio criminis*) o, comunque, mènoma (nel caso di modifica *in melius* della disciplina punitiva)».

¹⁴⁸ Tale pronuncia pare aver reso merito a quella dottrina che, all'indomani dell'approvazione del Trattato di Lisbona, riteneva che già in applicazione del criterio del *maximum standard* - ossia il criterio che per recepire i diritti fondamentali in campo comunitario impone che la tutela comunitaria sia orientata al livello più alto di protezione rinvenibile all'interno dei diversi sistemi costituzionali dei Paesi membri - deve riconoscersi che, nell'ambito del principio di legalità europeo, vada ricompreso anche il corollario della retroattività della legge penale favorevole: cfr. A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 1, 2009, pp. 47 ss. Analogamente C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza, Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 122 ss.

Nel caso di specie, la legge penale più favorevole da applicare retroattivamente era in realtà una “legge intermedia”¹⁴⁹, ovvero una legge sopravvenuta, più mite rispetto a quella vigente all'epoca del fatto, ma non più in vigore nel momento conclusivo del giudizio perché sostituita da una legge meno favorevole¹⁵⁰. La circostanza sembrerebbe di poco momento considerato che nel nostro ordinamento risulta pacifico che la legge intermedia favorevole¹⁵¹, pur se abrogata o sostituita da una legge meno favorevole, si continua ad applicare ai fatti realizzati prima della sua entrata in vigore¹⁵². Nondimeno, vale la pena

¹⁴⁹ Durante la pendenza del processo a carico di Scoppola la disciplina del giudizio abbreviato è stata oggetto di due interventi modificativi di segno opposto: entrambe le leggi succedutesi tra la fine degli anni '90 e l'inizio del 2000 risultavano più favorevoli al reo rispetto a quella che era in vigore al momento del fatto, avendo reso possibile l'accesso al rito speciale anche ai soggetti imputati di reati punibili con l'ergastolo. La prima delle due leggi (la l. n. 479/1999) conteneva per questi casi una disciplina di maggiore favore - prevedendo sempre e comunque la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di anni trenta - rispetto a quella definitivamente introdotta con il d.l. n. 341/2000, che manteneva ferma la pena perpetua nei casi in cui la pena altrimenti applicabile fosse quella dell'ergastolo con isolamento diurno.

¹⁵⁰ Il caso Scoppola presenta numerose sfaccettature e meriterebbe un approfondimento di tutti i suoi aspetti. Per una dettagliata ricostruzione della vicenda processuale si rinvia, tra gli altri, a M. GAMBARDELLA, *Lex mitior*, cit., pp. 59 ss. Si noti che il principio della retroattività della legge penale più favorevole viene affermato dalla Corte solo in relazione a leggi penali intervenute prima di una sentenza definitiva: conforme all'art. 7 § 1 CEDU appare, dunque, il limite del giudicato previsto dal quarto comma dell'art. 2 del nostro codice penale per le ipotesi di leggi sopravvenute meramente modificative della disciplina previgente.

¹⁵¹ Anche se, come osserva C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 406, tale approccio non è comune a tutti gli Stati, neanche tra gli ordinamenti di *civil law*.

¹⁵² Ciò in ragione della locuzione al plurale contenuta nell'art. 2, co. 4, c.p. che afferma che «se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse si applica quella più favorevole al reo». Tale principio si ritiene tuttavia non operi se la *lex intermedia* favorevole sia costituita da una norma dichiarata

di sottolineare che, nel caso *de quo*, l'avvicendamento non aveva interessato disposizioni di diritto penale sostanziale, ma la disposizione prevista dal codice di rito che prevede la c.d. "diminuzione processuale" per il rito abbreviato. Ciononostante, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura "sostanziale" della norma oggetto di modifica sfavorevole, in ragione della considerazione che la stessa ha ad oggetto il trattamento sanzionatorio cui andrà incontro l'imputato che sia condannato in seguito a giudizio abbreviato.

Sulla nozione di "materia penale" emersa in sede sovranazionale si ritornerà in maniera più approfondita nel proseguo della trattazione, per il momento è sufficiente valutare le conseguenze che tale pronuncia potrebbe determinare nell'ordinamento penale nazionale sia in ordine all'ambito di operatività di tale principio che alla *vexata quaestio* relativa allo statuto della sua validità.

Le statuizioni presenti nella sentenza Scoppola ma, più in generale, l'evoluzione complessiva della giurisprudenza di Strasburgo ci portano, alla luce dell'obbligo di interpretazione conforme che grava

incostituzionale, in ragione del fatto che la declaratoria di incostituzionalità determina la caducazione retroattiva della norma. Alla medesima conclusione deve giungersi nell'ipotesi in cui la *lex intermedia* favorevole sia contenuta in un decreto legge non convertito, realizzandosi anche in tal caso una perdita di efficacia *ex tunc* della disposizione in oggetto. Su tale ultima ipotesi v. Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51.

sul giudice nazionale, a rivisitare il contenuto della retroattività *in mitius*, estendendone l'applicazione nei confronti delle norme processuali «a rilevanza sostanziale»¹⁵³ e a tutte le misure che, a prescindere dalla loro qualifica formale, sono inquadrabili entro una dimensione sostanziale di tipo afflittivo-punitiva¹⁵⁴. Non meno importante è poi l'aver superato ogni dubbio circa l'efficacia retroattiva della *lex intermedia* ed aver aperto la strada alla possibilità di estendere le regole intertemporali al diritto giurisprudenziale¹⁵⁵.

La giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, se è chiara e perentoria nell'estendere il raggio operativo delle garanzie intertemporali, nulla dice in ordine alla defettibilità del canone. La stessa sentenza Scoppola non contiene alcuna indicazione a riguardo, ma, nonostante ciò, pare doversi ragionevolmente concludere nel senso della “relatività” del principio *de quo*. Si è difatti osservato come la clausola contenuta all'art. 17 CEDU neghi *ab origine* il carattere assoluto dei diritti riconosciuti dalla convenzione, perché impone a ciascuno di essi di bilanciarsi con altri diritti fondamentali o interessi convenzionalmente

¹⁵³ Tale espressione si ritrova già in F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, 1950, pp. 189 ss. il quale si riferiva a norme che, pur trovando collocazione nel codice di rito, dovrebbero godere delle medesime garanzie delle norme sostanziali perché ad esse ritenute assimilabili.

¹⁵⁴ Sul punto si tornerà comunque *infra*, Cap. II, Sez. I, § 1 ss.

¹⁵⁵ Anche tale argomento sarà oggetto di autonoma trattazione nel Cap. III.

protetti con i quali può eventualmente entrare in collisione: se tutto ciò, come si è visto, è valido nei confronti del principio di irretroattività, lo è *a fortiori* con riguardo alla retroattività favorevole in cui le esigenze di garanzie sono sicuramente meno intense¹⁵⁶.

Stando dunque alla validità sostanziale del canone espressa dalla Corte di Strasburgo, non può affatto ritenersi impedito al legislatore italiano di inserire deroghe all'operatività del principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior* in materia penale¹⁵⁷. Non va però dimenticato che, per quanto concerne i diritti fondamentali, la disciplina giuridica deve essere quella che tra diritto nazionale e diritto convenzionale assicura la maggiore protezione: ne

¹⁵⁶ Ad analoghe conclusioni giunge F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione*, cit., pp. 426 ss. il quale aggiunge che nel caso Scoppola la Corte europea non si è soffermata sulla validità sostanziale del precetto perché «non era rintracciabile alcuna vera questione di bilanciamento».

¹⁵⁷ In questo orizzonte può collocarsi la sentenza 19 luglio 2011, n. 236 della Corte costituzionale, chiamata a giudicare proprio la legittimità costituzionale di una norma (art. 10, comma 3, l. n. 251 del 2005), la quale ha introdotto un limite alla applicabilità retroattiva dei nuovi termini di prescrizione più favorevoli al reo. La Corte costituzionale ha escluso che il riconoscimento da parte della Corte di Strasburgo del principio di retroattività della norma più favorevole e la sua inclusione tra le garanzie sancite dall'art. 7 CEDU, oltre a fargli acquisire autonomia, ne abbia mutato natura e caratteristiche, facendolo divenire assoluto e inderogabile come il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (art. 25, comma 2, Cost.). Resterebbe dunque ancora possibile – pure dopo la sentenza pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel caso Scoppola -, in presenza di particolari e valide ragioni giustificative, l'introduzione di limiti o deroghe alla regola della retroattività *in mitius*: v. Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236, con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur cost.*, 2011, p. 3052.

consegue che quando la disciplina domestica assicura una protezione a tali diritti più intensa rispetto a quella offerta dalla CEDU, non è necessario conformarsi ai precetti sovranazionali. È dunque all'interno dei nostri principi costituzionali, magari riletta secondo gli indirizzi suggeriti in sede europea, che va verificata la possibilità di assicurare valore assoluto ed inderogabile anche alla retroattività *in mitius*.

2.4. L'intervento della Corte costituzionale sui "fratelli minori di Scoppola" e i riflessi sul giudicato.

L'incidenza delle fonti sovranazionali sul nostro sistema punitivo non si esaurisce nella diversa delimitazione della materia penale e nell'estensione dei principi propri di tale settore a fattispecie che formalmente non vi rientrano. L'influsso della Corte EDU si è difatti manifestato anche sotto un diverso profilo, ovvero quello relativo agli interventi sui giudicati penali nazionali ritenuti in concreto lesivi dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione.

Nel nostro ordinamento, il problema si è posto all'indomani della sentenza Scoppola, allorquando ci si è chiesti quali conseguenze tale sentenza potesse avere sui soggetti condannati che si trovavano in una situazione giuridica analoga a quella oggetto della pronuncia della Grande camera. Il problema, in particolare, si è posto con riguardo a

quei soggetti che non avevano presentato ricorso individuale contro la sentenza definitiva (nel termine di sei mesi previsto *ex art.* 34 CEDU) e, pertanto, risultava dubbia la possibilità che questi potessero beneficiare degli effetti della sentenza citata.

Ciò che occorre stabilire era se la decisione della Corte di Strasburgo potesse direttamente spiegare i suoi effetti di travolgimento (o modificazione) del giudicato di condanna anche rispetto ad analoghe vicende giudiziarie, o se, viceversa, fosse necessario che la singola persona coinvolta avesse esperito vittoriosamente un ricorso contro lo Stato italiano.

Lo studio delle suddette vicende si rivela particolarmente interessante perché ci offre una panoramica sui rapporti tra il principio di retroattività della norma penale più favorevole, l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea¹⁵⁸ e la revoca (o comunque la modifica) dei giudicati di condanna interni. Sullo sfondo si staglia dunque l'eterno conflitto tra certezza del diritto e giustizia sostanziale, che nel caso di specie si declina nell'assai arduo

¹⁵⁸ Si impone sul punto una precisazione terminologica: nel contesto della presente trattazione, l'espressione "Corte europea" senza ulteriori specificazioni deve intendersi riferita alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, e non, dunque, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, con sede a Lussemburgo.

bilanciamento tra il rispetto delle categorie tradizionali ed il rafforzamento della tutela della libertà individuale¹⁵⁹.

Già prima della pronuncia della Corte EDU sul caso Scoppola, risultava particolarmente controversa l'individuazione dello strumento giuridico da utilizzare per rimuovere il giudicato illegittimo. A fronte dell'inerzia del legislatore, sono state diverse le soluzioni ermeneutiche escogitate dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁰, fino arrivare ad una pronuncia additiva della Corte costituzionale, intervenuta sull'art. 630 c.p.p., che ha introdotto un nuovo caso di revisione nelle ipotesi di contrasto tra il giudicato nazionale e le sentenze della Corte di Strasburgo che hanno accertato una violazione di un diritto fondamentale¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sul punto si rinvia a M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss.; C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di trovare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 4003 ss.; F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello della Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012.

¹⁶⁰ Tra i casi più noti vanno menzionati la sentenza delle Sez. un., 1° dicembre 2006, n. 2800, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 1441 ss. nel "caso Dorigo", in cui la Corte ha ritenuto di dover dichiarare ineseguibile la pena applicata al termine di un processo svoltosi in violazione della Convenzione, in virtù dell'art. 5, § 4 CEDU, che avrebbe effetti diretti e impedirebbe la illegittima restrizione della libertà personale. Si segnala, altresì, Cass., 12 novembre 2008, n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1457 ss. nel "caso *Drassich*" che ha applicato in via analogica lo strumento per la correzione dell'errore materiale o di fatto previsto dall'art. 625-bis c.p.p.

¹⁶¹ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113.

Sul fronte della giurisprudenza di legittimità, significative le conclusioni cui sono giunte le Sezioni unite nel “caso Ercolano”, ove i giudici di legittimità, pur premettendo che in questi casi l’esecuzione della pena dell’ergastolo produce in via permanente la lesione del diritto fondamentale del condannato all’applicazione retroattiva della legge penale più favorevole *ex art. 7 CEDU*, hanno osservato tuttavia che non può essere la sentenza della Corte di Strasburgo relativa ad un’altra vicenda a permettere al giudice dell’esecuzione il superamento del giudicato di condanna attraverso la rimodulazione della pena inflitta agli autori dei reati¹⁶². Le Sezioni unite, pertanto, sollevano questione di legittimità costituzionale della norma penale divenuta illegittima a seguito della pronuncia della Corte EDU (si trattava dell’art. 7 del d.l. n. 341 del 2000, ritenuto confliggente – attraverso il parametro dell’art. 117 Cost. – con il principio di legalità convenzionale di cui all’art. 7 CEDU)¹⁶³.

Si è arrivati così nuovamente alla Consulta, che con la sentenza n. 210 del 2013¹⁶⁴ ha affermato che, nonostante la sentenza Scoppola

¹⁶² V. Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, cit., p. 3969.

¹⁶³ Mostrano perplessità sull’investitura della Corte costituzionale promossa dalle Sezioni unite Ercolano A. GAITO – C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1208 ss.

¹⁶⁴ V. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, cit. Per un commento sulla decisione si rinvia a M. GAMBARDELLA, *L’intervento della Corte costituzionale sui “casi analoghi” a quello deciso dalla Corte europea “Scoppola”. Un’ulteriore conferma*

non possa ritenersi una sentenza “pilota”, essa ha nondimeno messo in evidenza una violazione di carattere “strutturale” della Convenzione da parte della nostra legge, pertanto, lo Stato italiano è obbligato sia a porre rimedio alla situazione di illegittimità convenzionale, sia a rimuovere le conseguenze nei riguardi di tutti i condannati che versano nelle medesime condizioni di Scoppola. La Corte quindi conclude ritenendo fondata nel merito la questione e dichiarando così l’illegittimità costituzionale dell’art. 7 del d.l. n. 341 del 2000.

Alla luce di questo intervento, la Cassazione a sezioni unite – sempre nell’ambito del caso Ercolano¹⁶⁵ – si è adeguata al *dictum* della Consulta affermando che il giudice dell’esecuzione, in ragione dei principi stabiliti nel precedente *Scoppola c. Italia*, può sostituire la pena inflitta, modificando il giudicato con l’applicazione della legge più favorevole. Orbene, sulla base dell’*iter* ermeneutico seguito, tutte quelle richieste di rideterminazione di pena, fondate sui medesimi presupposti, che in precedenza erano state rigettate per la mancanza di un previo ricorso a Strasburgo, devono pertanto essere accolte. Nell’occasione, le Sezioni unite hanno individuato nell’art. 30, co. 4, l.

del rango di diritto fondamentale del principio di retroattività della lex mitior, in *Legisl. pen.*, 2013, pp. 1097 ss.

¹⁶⁵V. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Ced.*, rv. 258694, con nota di M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014, pp. 1 ss.

87 del 1953 lo strumento per adeguare la pena al *dictum* di Strasburgo¹⁶⁶.

Senza entrare nella complessa questione relativa all'efficacia della soluzione individuata dalla Corte¹⁶⁷, ci si limita in questa sede a rilevare come la giurisprudenza abbia ormai riconosciuto netta prevalenza alla tutela del principio di legalità della pena rispetto al principio della stabilità giudicata, ritenendo quest'ultimo non certo un limite invalicabile ed ostativo alla riconduzione del trattamento sanzionatorio entro i limiti di legge. Va messo pertanto in rilievo come la necessità di conformare la sanzione al principio di legalità non è più limitata alla sola fase dell'irrogazione della pena, ma si è estesa alla fase esecutiva, esaurendosi soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena medesima.

¹⁶⁶ La Corte costituzionale, con la recente sentenza 23 marzo 2016, n. 57 ha ribadito i limiti di operatività della sentenza Scoppola affermando che i principi in essa stabiliti non si applichino alle ipotesi in cui l'imputato abbia chiesto il giudizio abbreviato non quanto era vigente l'art. 442, comma 2, c.p.p., nel testo introdotto dall'art. 30, comma 1, lett *b*), della legge n. 479 del 1999, ma quando era già entrata in vigore la norma meno favorevole introdotta dall'art. 7, comma 2, del d.l. n. 341 del 2000.

¹⁶⁷ In argomento si rinvia, da ultimo, a P. DE GERONIMO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2514 ss. Con peculiare riguardo alle ipotesi in cui Strasburgo rinvenga una violazione attinente al diritto sostanziale, v. G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Maggio 2011, pp. 1 ss.

In proposito pare tuttavia doversi affermare che le deroghe alla tradizionale irretrattabilità del giudicato, se indirizzate ad una maggior tutela dei diritti del singolo, non vanno ritenute un elemento di debolezza del sistema. Con ciò non vuole decretarsi la perdita di centralità del suddetto principio che, si ricorda, assume anche in sede convenzionale un valore primario, quanto piuttosto un rovesciamento della gerarchia delle funzioni ad esso ascrivibili: se prima era rivolto prevalentemente (se non “esclusivamente”) alla certezza dei rapporti giuridici, oggi esso deve avere come scopo prioritario la tutela del reo.

Tale ribaltamento teleologico non solo riesce a coniugarsi al meglio con le istanze sovranazionali, ma risulta pienamente funzionale anche al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, co. 3, Cost., viceversa minacciato dall'esecuzione di una pena illegittimamente inflitta e che potrebbe essere vissuta come ingiusta dal condannato.

Si concorda allora con quella parte della dottrina che auspica l'eliminazione del limite del giudicato previsto dall'art. 2, co. 4, c.p. comunemente giustificato sulla base della ritenuta “impraticabilità” di qualunque soluzione diversa che, nei fatti, imporrebbe la riapertura di innumerevoli processi con un notevole ed intollerabile intasamento

della macchina giudiziaria¹⁶⁸. Tale giustificazioni furono anche addotte dalla Corte costituzionale quando nel 1980 rigettò una questione di legittimità relativa all'attuale art. 2, co. 4, c.p., sul presupposto che l'esigenza di certezza del diritto, alla cui salvaguardia è preposto il giudicato, costituisse una ragionevole deroga al principio della retroattività *in mitius*¹⁶⁹.

I tempi paiono tuttavia maturi per rimettere in discussione tale orientamento, il quale appare sempre meno in sintonia con l'evoluzione generale del diritto penale europeo. In un sistema votato alla massima estensione delle garanzie, non pare certo plausibile che il pregiudizio di un principio fondamentale (qual è la retroattività favorevole) possa giustificarsi in nome di un'esigenza meramente pratica (peraltro non insormontabile¹⁷⁰). Si consideri poi che la nuova dimensione del

¹⁶⁸ La proposta è stata avanzata, da ultimo, da R. BIN, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2944 ss. Si veda altresì S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, cit., pp. 92 ss.; R. ZANNOTTI, *Nuovi orientamenti in tema di modificazione di norme penali e sentenze passate in giudicato: tendenze evolutive della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1989, II, pp. 669 ss. *Contra* L. PICOTTI, *La legge penale*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 1996, p. 106.

¹⁶⁹ Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74, cit.

¹⁷⁰ In proposito, v. M. GALLO, *Le dottrine generali del reato*, in AV.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 20, secondo cui gli inconvenienti (il sovraccarico del sistema processuale) sarebbero tutt'altro che insormontabili, se si introducesse un meccanismo automatico di correzione in sede di esecuzione. Altresì interessante è la proposta di B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996, p. 93, che suggerisce di affidare il compito di adeguare la pena al giudice dell'esecuzione, ritenendo che questo sarebbe già un sistema idoneo ad evitare problematici

giudicato ha inglobato tra i propri fini quello di garantire il reo e la funzione rieducativa della pena durante la fase esecutiva¹⁷¹ e, dunque, la certezza del giudicato non può di certo opporsi all'applicazione di nuove discipline evidentemente ritenute più congrue al perseguimento di tale funzione.

3. Verso il riconoscimento del finalismo rieducativo quale presidio costituzionale della retroattività favorevole.

A margine di tale rapido *excursus* dottrinale e giurisprudenziale pare opportuno tirare le fila di quanto fin qui osservato e verificare quale tra le interpretazioni proposte possa coniugarsi al meglio con il nuovo volto che la retroattività favorevole ha assunto nella disciplina sovranazionale.

Si è visto come la lettura in chiave spiccatamente “oggettivistica” e “sistemica” fornita dalla giurisprudenza costituzionale abbia portato ad individuare nel principio di uguaglianza il fondamento ed il limite della retroattività favorevole. Le conclusioni cui è giunta la Consulta -

intasamenti della macchina processuale, poiché escluderebbe per definizione tutti i casi in cui la pena sia stata già interamente eseguita.

¹⁷¹In argomento v. S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, pp. 31 ss. che analizza in particolare la questione relativa alla tenuta del giudicato penale in seguito alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma penale diversa da quella incriminatrice

invero non senza l'avallo di ampi settori della dottrina – non paiono tuttavia pienamente appaganti, né tantomeno in linea con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza sovranazionale.

Parte della dottrina, valorizzando le indicazioni offerte dalla giurisprudenza nazionale, osserva che tale principio, per il solo fatto di essere stato inserito tra le «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri», avrebbe guadagnato, sul piano interno, una sorta di «prevalenza assoluta sugli altri principi di rango costituzionale» ed un'inedita forza di resistenza¹⁷². In sostanza si ritiene che, per il tramite dell'art. 11 Cost., il principio di retroattività e il canone del *favor rei* debbano prevalere sugli altri principi (e diventare, dunque, inderogabili, pena la violazione del principio della *primauté* del diritto europeo sul diritto interno).

Se, da un lato, è innegabile che il riconoscimento da parte delle Corti europee abbia dotato tale principio della copertura costituzionale

¹⁷² Così A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in *Aa.Vv., Ai confini del favor rei*, cit., pp. 48 ss. Analogamente, G. INSOLERA, *Dubbi "europei" sulla ex Cirielli*, in *Dir. giust.*, 2006, 4, pp. 10 ss.; M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 336. *Contra*, R. BIN, *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in *Aa.Vv., Ai confini del favor rei*, cit., pp. 109 ss.; D. BRUNELLI, *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, *ibidem*, pp. 125 ss.; S. RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 910 ss.

(anche) degli artt. 11 e 117 Cost.¹⁷³, dall'altro, non pare possa invocarsi la violazione di tali norme. Il presupposto implicito dell'operatività del principio del primato del diritto europeo è che il diritto sovranazionale riconosca una tutela maggiore rispetto a quella riservata del diritto interno, perché, viceversa, non vi sarebbe alcuna esigenza di fare riferimento alla disciplina sovranazionale¹⁷⁴. Si è già visto, tuttavia, come la retroattività favorevole nel diritto sovranazionale non abbia una validità sostanziale superiore a quella riconosciuta dal diritto interno, posto che nella dimensione europea tale principio assume un valore *relativo e derogabile*, al pari di quanto la Consulta gli riconosce sul piano domestico¹⁷⁵. Allo stato attuale, pertanto, un'eventuale deroga alla retroattività favorevole perpetrata dal nostro legislatore non sarebbe comunque in contrasto con tali precetti costituzionali.

A nostro sommo avviso, le indicazioni provenienti dalle Corti europee potrebbero invece valorizzarsi sotto un diverso profilo. La riconduzione del principio di retroattività favorevole nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni e, soprattutto, la sua consacrazione fra

¹⁷³ Sul riconoscimento della copertura dell'art. 11 della Costituzione nei confronti della retroattività favorevole v. G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, cit., p. 93.

¹⁷⁴ Sottolineano G. INSOLERA – V. MANES, *La sentenza*, cit., pp. 2768 ss., come in materia penale il primato del diritto europeo non possa essere operativo che in favore del reo.

¹⁷⁵ V., *supra*, Cap. I, Sez. II, § 2.1.

i diritti fondamentali della persona, conferiscono al principio *de quo* una più marcata dimensione soggettivo-garantista che non può non incidere sull'interpretazione di tale principio anche sul versante interno¹⁷⁶. Se, fino ad ora, la Corte costituzionale si è mostrata pervicace nel ricondurre il principio di retroattività della norma penale favorevole all'art. 3 Cost., tale conclusione va oggi quantomeno rimeditata alla luce delle conclusioni cui è pervenuta Corte di Strasburgo nel caso Scoppola: l'attrazione della retroattività favorevole nell'orbita dell'art. 7, § 1 della CEDU pare aver vieppiù rimarcato le connotazioni “garantistiche” del principio *de quo*, sottraendolo alla disponibilità del legislatore ordinario¹⁷⁷.

Sul punto, pare potersi convenire con chi in dottrina ha qualificato il principio dell'applicazione retroattiva della *lex mitior*

¹⁷⁶ Coglie nel segno F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1174, nell'affermare che: «i diritti fondamentali non sono più solo il baluardo contro il rischio dell'invasività liberticida della sanzione penale, ma implicano una pretesa nuova e cioè che la libertà e la personalità dell'individuo non abbiano a subire limitazioni e pregiudizi senza ragione». *Contra* V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 207, il quale afferma che mentre il principio di irretroattività sfavorevole ha un'incontestabile matrice “subiettiva” e garantista, essendo l'istanza di certezza, che pure intende tutelare, funzionale alla garanzia della libertà di autodeterminazione individuale, il principio e le regole della retroattività favorevole, appunto perché innescati da evoluzioni normative ontologicamente non conoscibili, non possono che guardare al fatto nella sua dimensione squisitamente oggettiva, disinteressandosi di questioni attinenti a rimproverabilità e affidamento soggettivi.

¹⁷⁷ V. tra gli altri, M. GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”*, cit., pp. 2020 ss.

quale “diritto costituzionalmente rilevante del reo”¹⁷⁸ che, come tale, non si presta ad operazioni di bilanciamento basate su logiche *sistemiche*.

Osservando i fenomeni intertemporali dalla prospettiva del reo, non si può fare a meno di notare come l’applicazione retroattiva di una disciplina favorevole rischierebbe in primo luogo di pregiudicarne la rieducazione. Non pare revocabile in dubbio il fatto che il percorso rieducativo del condannato sarebbe inevitabilmente compromesso se questi continuasse ad essere punito (o punito più gravemente) per un fatto che chiunque, ora, potrebbe commettere impunemente (o con la prospettiva di una sanzione più mite)¹⁷⁹. Il profilo “rieducativo” della pena, com’è noto¹⁸⁰, richiede necessariamente la “disponibilità” da parte del destinatario della sanzione e, proprio a tale riguardo, si osserva come «il reo, che si vedesse condannato per un fatto per il quale sarebbe assolto in quanto non costituente reato (o sarebbe punito più lievemente) ove lui stesso o altri lo commettesse nel momento in cui viene giudicato, non potrebbe non ritenere del tutto ingiusta tale condanna». Da ciò consegue il venire meno della «disponibilità ad

¹⁷⁸ Cfr., A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 193.

¹⁷⁹ Nella stessa direzione L. RISICATO, *Gli elementi normativi*, cit., p. 281 e G. CASAROLI, *Amicus libertatis, etiam pro hosti*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 139 ss. il quale abbina tale *ratio* a quella di uguaglianza ex art. 3 Cost.

¹⁸⁰ V. ancora G. DE VERO, *L’incerto percorso*, cit., pp. 451 ss.

accettare la pena, che è il presupposto ineludibile di qualsiasi prospettiva rieducativa»¹⁸¹.

Diviene così assolutamente necessario il richiamo al finalismo rieducativo della pena *ex art. 27, comma 3 Cost.* quale fondamento della retroattività *in mitius* e quale presidio costituzionale atto a garantire l'inaammissibilità di deroghe al suddetto principio e la piena valorizzazione delle istanze personalistiche presenti nella disciplina intertemporale¹⁸². Tale disposizione, contrariamente a quella di cui all'art. 3 Cost., non si presta ad operazioni di bilanciamento con altri interessi di volta in volta emergenti e quindi conferirebbe alla retroattività *in mitius* valore inderogabile.

Si osservi poi che l'esigenza di assicurare l'applicazione del trattamento più mite, oltre che mostrarsi in linea con il finalismo rieducativo, emerge anche alla luce del principio di sussidiarietà,

¹⁸¹ Cfr. G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in G. Grasso-R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 310.

¹⁸² Un richiamo al finalismo rieducativo quale fondamento della *lex mitior* è contenuto anche nell'ordinanza del Tribunale di Torino del 27 giugno 2011 (disponibile sul sito www.penalecontemporaneo.it) con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 673 c.p.p. nella parte in cui prevede, nei casi di mutamento giurisprudenziale favorevole che incida sull'estensione applicativa di una fattispecie incriminatrice (c.d. *abolitio criminis* giurisprudenziale), la revoca della condanna rispetto a quei soggetti condannati in via definitiva sulla base del precedente e più rigoroso orientamento interpretativo. Sul punto si ritornerà, più diffusamente, *infra*, Cap. III, § 5.

inevitabilmente intaccato dall'applicazione di una sanzione più grave quando ciò non è più considerato strettamente necessario dalle disposizioni vigenti.

Considerato pertanto che la retroattività favorevole non possa più intendersi quale principio di sistema soggetto a bilanciamento, ma diritto assoluto ed inderogabile del reo, ne consegue che la sua copertura costituzionale non possa affidarsi unicamente alle variabili applicazioni dell'art. 3 Cost., ma, in maniera assai più pregnante, al finalismo rieducativo di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

CAPITOLO II

NOZIONE CONVENZIONALE DI MATERIA PENALE E PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

SOMMARIO: SEZIONE I. *La nozione sostanziale di materia penale*: 1. La nozione sostanziale di “materia penale” quale presupposto delle garanzie convenzionali. – 1.1. Le ragioni della scelta “autonomista” tra *uniformità* ed *effettività* della tutela. – 2. L’evoluzione del concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: i cc.dd. criteri *Engel*. – 2.1. L’affermarsi del criterio teleologico nella dialettica tra *punizione* e *prevenzione*. 3. L’incidenza della nozione sostanziale di materia penale sugli ordinamenti interni: il caso della *Sicherungsverwahrung* nell’ordinamento tedesco. – 4. L’estensione delle garanzie intertemporali alla fase esecutiva: la sentenza della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna*. – 5. I riflessi della nozione sostanziale di materia penale sulle diverse ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento. – 5.1. La controversa natura della confisca di prevenzione: misura di sicurezza, misura di prevenzione o pena? - 5.2. La natura sanzionatoria della confisca per equivalente. - 5.3. La confisca dell’autoveicolo per il reato di cui all’art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. - 5.4. La tormentata evoluzione della c.d. confisca urbanistica tra efficientismo e garanzie individuali. - 6. Meriti e limiti della nozione sostanziale di materia penale. - SEZIONE II. *Diritto intertemporale e sanzioni amministrative*: 1. Lo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative. – 2. La retroattività favorevole nelle sanzioni amministrative. – 3. Disciplina intertemporale degli interventi di depenalizzazione. – 4. I nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili nel rapporto con la definizione convenzionale di pena. – 5. L’incerta natura dell’“incandidabilità” prevista dalla c.d. legge Severino. – 5.1. L’orientamento in favore della natura sanzionatoria. – 5.2. L’indirizzo accolto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale: l’incandidabilità quale condizione d’incapacità soggettiva di esercizio del diritto di elettorato passivo. – 5.3. Il possibile inquadramento tra gli effetti penali della condanna.

Sezione I

LA NOZIONE SOSTANZIALE DI MATERIA PENALE

1. La nozione sostanziale di “materia penale” quale presupposto delle garanzie convenzionali.

L'affermazione del sistema “multilivello” di protezione dei diritti fondamentali, alla luce di quanto fin qui osservato, lascia affiorare al contempo un rischio e un paradosso: il rischio è che le difficoltà di coordinamento tra i diversi piani ordinamentali possano determinare un ostacolo in termini di effettività della tutela; il paradosso è che tale rischio si sia mostrato infondato (o quantomeno “superabile”) proprio sul versante del diritto penale, ovvero in quel settore dell'ordinamento in cui il “dogma” della sovranità statale sembrava “il più duro a morire”¹⁸³. Nella materia penalistica, difatti, sia la dottrina che la giurisprudenza stanno manifestando sempre meno riottosità nel recepire e dare attuazione alle indicazioni provenienti dalla disciplina sovranazionale, sia di origine eurounitaria che convenzionale.

Dopo esserci interrogati sul rango convenzionale e costituzionale da assegnare ai principi intertemporali del diritto penale, si pone adesso

¹⁸³ L'espressione è di M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in S. Moccia (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, p. 353.

un ulteriore – e per molti versi complementare - fronte di indagine, attinente alla verifica del concreto margine di operatività delle suddette garanzie negli ordinamenti interni.

Sul punto va ricordato che l'operatività delle garanzie contenute nella CEDU risulta inscindibilmente connessa al concetto sostanziale di *matière pénale* elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo¹⁸⁴. L'operare della disciplina convenzionale prevista per il diritto penale richiede difatti la riconducibilità dell'illecito oggetto del ricorso individuale all'interno di tale nozione che, come è noto, si mostra «autonoma rispetto alle distinzioni e alle classificazioni operate dal diritto interno»¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Già nella sentenza *Neumeister c. Austria*, del 27 giugno 1968, ric. n. 1936/63, § 18, in materia di ragionevole durata del processo, la Corte EDU aveva statuito che il termine «accusa» deve essere inteso «nel significato della Convenzione».

¹⁸⁵ Così F. GAMBINI – A. TAMIETTI, Art. 6, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole–P. de Sena–V. Zagrebelsky, Padova, 2012, p. 173. Sulla nozione di “materia penale” elaborata nella giurisprudenza di Strasburgo cfr. anche A. BERNARDI, Art. 7 - “Nessuna pena senza legge”, cit., pp. 153 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale*, cit., pp. 307 ss.; V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 198 ss.; ID, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, *passim*; ID, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., pp. 34 ss.; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2011, pp. 207 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1889 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pp. 39 ss.; C.E. PALIERO, “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, pp. 894 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione*, cit., pp. 74 ss.

Lo studio della definizione convenzionale di “materia penale” non risponde dunque ad obiettivi “ontologistici” o a mere esigenze classificatorie, ma va collocato entro il “paradigma”¹⁸⁶ delle garanzie del cittadino di fronte all’esercizio della potestà punitiva. L’esegesi della nozione convenzionale di materia penale si rivela perciò operazione *preliminare ed essenziale* ai fini dell’individuazione del perimetro di operatività delle garanzie che la Convenzione prevede agli artt. 6 e 7.

1.1. Le ragioni della scelta “autonomista” tra *uniformità ed effettività della tutela*.

Il problema dell’identificazione dei contenuti della “materia penale” è questione sicuramente non nuova nella riflessione dottrinale

¹⁸⁶ Il riferimento è alla nozione di “paradigma” elaborata da T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Chicago, 1962, trad. it., Torino, 1984, pp. 168 ss. secondo cui esso rappresenta uno schema di conduzione del discorso risultante dalla correlazione tra un problema e uno schema problematico. L’assunto di base è che ogni elaborazione teorica concernente una forma o un oggetto di conoscenza non può prescindere da riferimenti o problemi ai quali la riflessione cerca di offrire risposte, inserendo l’opera intellettuale all’interno di specifici paradigmi e sfondi problematici. Il medesimo principio è poi stato rielaborato da K. POPPER, *La conoscenza oggettiva, un punto di vista evoluzionistico*, Oxford, 1972, trad. it., Roma, 1975, pp. 266 ss. Il rilievo del “contesto paradigmatico” nella riflessione penalistica è analizzato da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, pp. 18 ss.

e filosofica giuspenalistica¹⁸⁷, ciò che invece appare del tutto inedita è la prospettiva dalla quale viene affrontato il problema.

La nozione di materia penale individuata dalla Corte di Strasburgo, per quanto peculiare nei contenuti e nelle direttrici teleologiche, richiede comunque di essere raffrontata con quella propria del nostro diritto interno, di modo da metterne in luce i punti di contatto e gli elementi di novità maggiormente significativi.

Il discorso sulla definizione del diritto penale è stato affrontato tradizionalmente dalla nostra dottrina avendo riguardo ai caratteri distintivi della pena ed alle funzioni ad essa ascrivibili, nonché ai criteri a cui il legislatore deve attenersi nella configurazione delle fattispecie penali e alle condizioni che legittimano l'opzione criminalizzatrice¹⁸⁸. Non è difatti un caso che nella manualistica più autorevole la ricostruzione del concetto di diritto penale non prescinde mai da un'adeguata trattazione del concetto di "bene giuridico", categoria che risponde proprio all'esigenza di contenere ed indirizzare le scelte di

¹⁸⁷ Celebre la proposta elaborata agli inizi del '900 da J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, 1902, pp. 477 ss. di confinare il diritto penale all'area del moralmente rilevante (*Wertrelevant*), e così distinguerlo dal diritto amministrativo, corrispondente all'area dell'eticamente indifferente (*Wertneutral*). La tesi ha avuto qualche eco a metà del secolo scorso, ma ha via via perso consensi nella seconda metà del Novecento, fino ad essere quasi totalmente abbandonata dalla dottrina contemporanea. È evidente che, sebbene la maggioranza dei reati sono costituiti da comportamenti riprovevoli, questo è un carattere eventuale e non essenziale rispetto ad una nozione tecnica di materia penale.

¹⁸⁸ Si rinvia, per tutti, a G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 3 ss.

incriminazione in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal ricorso allo *ius terribile*¹⁸⁹.

La Corte di Strasburgo affronta invece la questione interrogandosi prevalentemente sull'operatività di determinate garanzie a fronte dell'intervento dello Stato e, pertanto, pone in secondo piano le ragioni del punire, concentrandosi anche sulla condotta proibita e sull'interesse leso ma, soprattutto, sui caratteri della risposta sanzionatoria¹⁹⁰. Ciò dipende dal fatto che l'esigenza principale perseguita dai giudici di Strasburgo non è evidentemente quella di contenere le scelte di incriminazione¹⁹¹, ma di assicurare l'operatività

¹⁸⁹ Sulle diverse funzioni (politico-garantista, sistematica, interpretativa e dogmatica) che assume oggi la categoria del "bene giuridico" si rinvia all'ampia trattazione di G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 127 ss. Sul passaggio dal "diritto soggettivo" al "bene giuridico" v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 79 ss.; G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 157 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 59 ss. Sulla teoria del bene giuridico e i giudizi di meritevolezza e necessità di pena nell'ordinamento sovranazionale v. R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, G. Grasso-R. Sicurella (a cura di), Milano, 2003, pp. 72 ss.

¹⁹⁰ Analogamente F. MAZZACUVA, *La materia*, cit., pp. 1889 ss.

¹⁹¹ La Convenzione europea, invero, in via più o meno diretta, individua alcuni limiti di intervento della sanzione penale e si occupa anche delle sue modalità di inflizione ed esecuzione, posto che questa, per sua stessa natura, interferisce con il godimento di quasi tutti i diritti fondamentali da essa tutelati. Si pensi al limite generale (che riguarda anche l'applicazione della pena) rappresentato dal *divieto di discriminazione* in relazione al sesso, alla razza, al colore, alla lingua, alla religione etc. (art. 14 CEDU e all'art. 1 del XII Protocollo addizionale) o al *divieto di tortura* e di *trattamenti inumani e degradanti*, anch'esso riguardante la fase esecutiva della pena. In argomento si rimanda alle più ampie riflessioni di F. VIGANÒ, *Diritto*

di determinate garanzie ogniqualvolta un qualunque soggetto sia colpito da sanzioni considerate particolarmente afflittive. Potrebbe in proposito affermarsi, anche se con qualche forzatura semplificatoria, che la definizione della materia penale, nella giurisprudenza di Strasburgo, è prevalentemente definizione della “sanzione penale”.

Tale diversità di approccio, tuttavia, non va oltremodo enfatizzata, posto che anche nella riflessione della dottrina italiana la sanzione riveste certamente un ruolo essenziale ed è comunque riconosciuto l’intimo legame che deve sussistere tra l’entità della stessa e le garanzie in favore di chi la subisce¹⁹².

Chiarito ciò, possono adesso analizzarsi i motivi che hanno portato la Corte di Strasburgo ad elaborare una nozione autonoma di “materia penale” e a distaccarsi dalle qualificazioni nazionali. Solitamente, la risposta più immediata – ma non per questo necessariamente errata – che viene data a tale quesito è che solo una nozione *autonoma* ed *unitaria* di materia penale consentirebbe di superare le differenze ordinamentali che separano i 47 Paesi membri

penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42.

¹⁹² Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, pp. 45 ss., che esclude il rango costituzionale delle garanzie penalistiche nel settore degli illeciti amministrativi in ragione del fatto che la sanzione amministrativa non ha carattere (anche solo potenzialmente) detentivo.

del Consiglio d'Europa, garantendo così l'*uniformità* degli obblighi convenzionali¹⁹³. A tal riguardo, si sottolinea opportunamente come l'eventuale recepimento di categorie giuridiche proprie degli ordinamenti interni tradirebbe la «vocazione universale» della Carta, la cui concreta applicazione, è bene ricordarlo, è sottratta alla volontà discrezionale degli Stati firmatari¹⁹⁴.

Se quanto detto non è in alcun modo revocabile in dubbio, a ben vedere, tuttavia, pare esservi una motivazione più recondita alla base della scelta autonomista che può ricondursi più direttamente all'obiettivo di assicurare il rispetto di determinate garanzie ogni qual volta entrano in gioco diritti fondamentali della persona. Proprio in ragione del perseguimento di tale obiettivo, si rende necessario porre in discussione *ogni* determinazione dell'autorità statale che può incidere su queste garanzie, a partire dall'etichetta con cui viene qualificato un dato istituto, perché da essa può dipendere l'applicazione di un diverso statuto normativo.

L'approccio "autonomista", in altri termini, non risponde tanto all'obiettivo di consentire l'applicazione uniforme delle norme CEDU,

¹⁹³ Cfr. V. MANES, *La lunga marcia della Convezione europea*, cit., pp. 38 ss., il quale considera il concetto di "materia penale" quale "volano" dell'armonizzazione delle garanzie negli Stati firmatari della CEDU.

¹⁹⁴ Così V. ZAGREBELSKY, *La Convezione*, cit., pp. 69 ss.

quanto piuttosto alla necessità di evitare che le qualificazioni operate nel diritto interno possano rivelarsi elusive delle garanzie convenzionali. Se la Corte si appiattisse sulle scelte dei legislatori interni, quest'ultimi potrebbero agevolmente aggirare l'applicazione dell'intreccio garantistico previsto dalla Costituzione e dalla CEDU semplicemente qualificando come "non penali" anche delle misure sostanzialmente "punitive". Con l'adozione di un concetto autonomo di materia penale, invece, anche in presenza di una sanzione definita di natura «amministrativa» dal legislatore nazionale, non si determina automaticamente lo "smarrimento" delle garanzie procedurali che la Convenzione vuole annesse alla "materia penale", perché comunque si rende necessaria una seconda verifica operata alla luce dei criteri elaborati a Strasburgo.

Alla base della nozione convenzionale di "materia penale", pertanto, accanto alle ragioni legate all'uniformità della tutela, ve ne sono altre - e ben più pregnanti - collegate all'esigenza di garantire l'*effettività* della stessa. A conferma di ciò, basti osservare che anche se vi fosse un solo ordinamento di riferimento - e dunque non vi fossero problemi di "uniformità" - sorgerebbe comunque la necessità di non appiattirsi sulla qualificazione "formale" data dal legislatore nazionale,

perché si porrebbe comunque il problema di neutralizzare gli effetti di un'eventuale “frode delle etichette”.

Tale chiave di lettura risulta avallata anche dalla stessa Corte EDU nel noto “caso *Engel*”, ove si è affermato che «se gli Stati contraenti potessero qualificare *disciplinaire* piuttosto che *pénale* un illecito [...] l'operatività delle disposizioni fondamentali degli artt. 6 e 7 si troverebbe subordinata alla loro volontà sovrana»¹⁹⁵.

Può dunque conclusivamente affermarsi che la nozione autonoma di “materia penale” consente di ricondurre ad unità le diverse impostazioni di politica criminale seguite dai vari ordinamenti nazionali e, al contempo, garantisce all'individuo una protezione completa ed effettiva di fronte ad ogni manifestazione dell'esercizio dello *ius puniendi* da parte delle autorità statali.

Si consideri, nondimeno, che la lettura sostanzialista impiegata dalla Corte di Strasburgo per l'individuazione della natura della sanzione e delle relative garanzie è stata recepita sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁹⁶ che dalla nostra Corte costituzionale¹⁹⁷, la quale ha offerto un'interpretazione estensiva

¹⁹⁵ Cfr. Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71, § 81.

¹⁹⁶ Il riferimento è alle sentenze CGUE, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda* e del 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, cit.

¹⁹⁷ V. Corte cost., 26 maggio 2010, n. 196.

dell'art. 25 cpv. Cost., richiamando espressamente la nozione convenzionale di materia penale. La Consulta, difatti, mutando il proprio precedente indirizzo, ha di recente affermato il principio secondo cui «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto»¹⁹⁸. Con la conseguenza che, pure in ambito nazionale, deve ormai ritenersi esistente uno statuto di garanzie uniforme per tutte le misure che, alla luce di determinati indici sostanziali e a prescindere dal *nomen iuris*, presentino carattere afflittivo. Tale statuto è, dunque, quello proprio delle sanzioni penali, e vi rientrano pertanto sia il divieto di retroattività sfavorevole che la retroattività della *lex mitior*.

2. L'evoluzione del concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: i cc.dd. criteri *Engel*.

La nozione di “materia penale” individuata dalla Corte di Strasburgo è comunemente definita come una nozione di tipo *sostanziale*, sulla base del fatto che, come anticipato, l'ascrivibilità o meno di una data sanzione al suo interno prescinde dalla qualificazione

¹⁹⁸*Ibidem*, § 3.1.5. Per l'orientamento tradizionale si rimanda invece alla sentenza della Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68.

formale data dal legislatore nazionale e si basa unicamente sulla sua rispondenza ai criteri (appunto, sostanziali) individuati dalla Corte.

Già tale carattere rappresenta un forte elemento di discontinuità rispetto a quanto avviene nel nostro ordinamento, ove, in ossequio al principio di legalità, il legislatore ha scelto un approccio di tipo *formale*, qualificando come “reato” ogni fatto per il quale l’ordinamento giuridico statuisce una sanzione penale¹⁹⁹.

Beninteso, ciò non significa che ai legislatori nazionali sia imposto di attenersi alle indicazioni di Strasburgo anche nelle loro determinazioni interne, poiché essi, almeno in linea di principio, restano comunque liberi di qualificare formalmente un fatto come “penale” o di altra natura secondo la propria discrezionalità. I criteri individuati dalla Corte di Strasburgo valgono difatti solo “ai fini della Convenzione”, anche se, specie in ragione del ruolo assunto dalla CEDU nel nostro

¹⁹⁹ Come noto, nel nostro ordinamento un fatto costituisce reato ogniqualvolta la legge per esso prevede una sanzione denominata come ergastolo, reclusione, multa, arresto ed ammenda (art. 17 e 39 c.p.). In tal modo viene evitata qualunque incertezza di sorta almeno con riguardo al primo indice della rilevanza penalistica di un fatto (l'esistenza di un “titolo” di reato). Per poter meglio apprezzare la difformità rispetto alla nostra tradizione giuridica si riportano le parole di Giacomo Delitalia contenute nella voce enciclopedica dedicata al “diritto penale” del 1964, ove l’A. osservava: «Come si può dunque sfuggire al nominalismo? Anche se fosse vero che il legislatore, cui solo compete di comminare questa o quell'altra specie di sanzione, si ispiri, nell'assolvere questo compito, al principio del disvalore etico-sociale del fatto, per l'interprete l'unico criterio di classificazione resta quello formale del *nomen* della sanzione prescelta. Sono pene vere e proprie solo quelle sanzioni che il legislatore chiama in questo modo». V. G. DELITALIA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 1096.

ordinamento²⁰⁰, è innegabile (e per certi versi auspicabile) come questi esercitino (sempre più) una forza persuasiva anche sulle scelte dei legislatori nazionali.

Ciò posto, occorre adesso analizzare quali sono i criteri individuati dalla Corte per identificare la sussistenza di un'accusa in materia penale.

Sotto tale profilo, il riferimento principale va alla già richiamata sentenza della Corte EDU del 1976 nel noto “caso *Engel*”²⁰¹, ove sono stati fissati all'uopo tre criteri alternativi²⁰²: 1) la qualificazione

²⁰⁰ Oltre alle già richiamate “sentenze gemelle” del 2007 della Corte costituzionale, si ricorda che la Corte di cassazione (segnatamente, con la sentenza *Somogyi*, del 12 luglio 2006, n. 32678, in *Ced.*, rv. 235035 e la sentenza *Dorigo*, del 1° dicembre 2006, n. 2800, cit., pp. 1441 ss.) è giunta a riconoscere il valore sovraordinato delle norme della CEDU, ad affermare l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con le disposizioni pattizie dotate di immediata precettività, e ad attribuire alle sentenze della Corte europea l'effetto di produrre direttamente diritti e obblighi operanti all'interno dell'ordinamento dello Stato. Queste pronunce, invero, portano a compimento un percorso giurisprudenziale inauguratosi con la decisione del 12 maggio 1993, n. 2194, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 439 ss. nel c.d. “caso Medrano”, nella quale si era già evidenziato che: «le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in quanto principi generali dell'ordinamento giuridico godono di una particolare forma di resistenza nei confronti della legislazione posteriore».

²⁰¹ Cfr. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 82.

²⁰² La Corte EDU ha invero in più occasioni precisato che «ciò non impedisce un approccio cumulativo, se l'analisi separata di ciascun criterio non consente di pervenire ad una conclusione chiara». Si veda, tra le altre, Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, ric. n. 26138/95. Sul punto, cfr. altresì A. BERNARDI, *Art. 7 – “Nessuna pena senza legge”*, cit., pp. 259 ss.

giuridico-formale dell'infrazione nel diritto interno; 2) la natura dell'infrazione; 3) grado di severità della sanzione²⁰³.

Tali criteri dimostrano come la qualificazione formale operata sul piano interno se non risulta “decisiva”, non appare neppure del tutto irrilevante, rappresentando in ogni caso uno degli indici (*rectius*: quello iniziale) di cui tiene conto la Corte europea nelle sue determinazioni, anche se la verifica della natura effettiva dell'illecito passerà anche attraverso l'applicazione degli altri canoni di natura sostanziale sopra elencati che possono sovvertire le scelte definitorie operate a livello interno²⁰⁴. Si consideri, poi, che l'operare dei criteri *de quibus* non si rende necessario nelle ipotesi in cui sia già l'ordinamento nazionale a qualificare un dato illecito come penale. In tal caso, difatti, non si pone alcuna esigenza di effettività della tutela posto che è già la classificazione data dall'ordinamento nazionale ad assicurare

²⁰³ I medesimi criteri sono stati ripresi anche dalla Corte di Giustizia a partire dalla già citata sentenza del 5 giugno 2012, C-489/10, Bonda. Tuttavia, come emerge dalla lettura della sentenza, nonostante il richiamo degli “*Engel criteria*”, nella giurisprudenza di Lussemburgo la riconduzione di una determinata sanzione all'interno del concetto eurounitario di “materia penale” dipende altresì dal tipo di rinvio pregiudiziale sollevato, del parametro normativo oggetto di interpretazione e dal contesto normativo e fattuale di riferimento. In argomento v. D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1,2013, p. 299 che, proprio in ragione dell'elasticità dei criteri adottati, definisce tale nozione a “geometria variabile”.

²⁰⁴ Tale impostazione è stata più di recente ribadita dalla Corte EDU, 14 gennaio 2014, *Muslija c. Bosnia Herzegovina*, ric. n. 32042/11, § 26.

l'applicazione delle garanzie di cui agli artt. 6 e 7 della CEDU, a prescindere dall'integrazione o meno dei requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo.

Diversamente, nelle ipotesi in cui il legislatore nazionale qualifica come “non penale” un dato illecito, è necessario che tale definizione venga vagliata alla luce degli altri due criteri individuati dalla Corte, per l'ovvia ragione che, viceversa, gli Stati potrebbero facilmente eludere l'applicazione delle garanzie convenzionali tramite le proprie scelte definitorie²⁰⁵.

In particolare, per quel che riguarda la “natura dell'infrazione”, la stessa veniva originariamente valutata in ragione della tipologia degli interessi tutelati e della portata generale o meno del precetto (verificando se lo stesso configuri doveri particolari o, viceversa, si indirizzi alla collettività, secondo il modello pedagogico generalpreventivo, tipico delle norme penali)²⁰⁶. Si vedrà come le

²⁰⁵ In proposito, sin dalla stessa sentenza *Engel*, si è icasticamente parlato di “autonomia a senso unico” (*one-way autonomy*), volendo con tale espressione mettere in rilievo come la qualificazione data nell'ordinamento nazionale si riveli vincolante solo in senso estensivo, cioè quando assicura di per sé l'estensione delle garanzie convenzionali, non certo quando afferma la natura non penale di un dato istituto. Sul punto F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2014, p. 4.

²⁰⁶ Rileva opportunamente F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 1899 che «se rispetto al primo parametro, infatti, si può muovere la scontata obiezione che ogni sistema penale contempla reati “a soggettività ristretta”, è soprattutto il riferimento alla “natura disciplinare” dell'infrazione alla luce degli interessi tutelati che rinvia in controluce ad inquadramenti “sostanziali” del reato». Eloquente sul punto la

pronunce più recenti, nel ricostruire la natura di una data infrazione, avranno riguardo al bene giuridico protetto dalla norma e allo scopo in vista del quale viene inflitta la sanzione²⁰⁷.

Il criterio della “severità della sanzione” nasce invece per escludere l’operare delle garanzie convenzionali in presenza di misure che per natura, durata o modalità di esecuzione non possono provocare un serio pregiudizio. Va altresì specificato che, nelle pronunce della Corte di Strasburgo, l’incidenza sulla libertà personale non risulta determinante in tale valutazione. Si consideri difatti che, proprio sulla base di tali considerazioni, sono state qualificate come “non penali” delle sanzioni che, sebbene incidenti sul tale bene giuridico, non sono state ritenute di “severità significativa” per via della loro breve durata²⁰⁸ e, viceversa, è stata riconosciuta la natura penale di talune sanzioni di

sentenza della Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztiirk c. Germania*, ric. n. 8544/79, § 52, ove si osserva che: «La norma non si rivolge ad un gruppo determinato a statuto particolare – alla maniera, per esempio, del diritto disciplinare –, bensì a tutti i cittadini nella loro qualità di utenti della strada; prescrive loro un certo comportamento e associa a tale richiesta una sanzione punitiva». Su tale pronuncia si tornerà, più diffusamente, nel paragrafo successivo.

²⁰⁷ V., da ultimo, Corte EDU, 7 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, §40.

²⁰⁸ Tale approccio può ravvisarsi invero sin dalla pronuncia *Engel*, ove si dice espressamente che: «attengono alla «materia penale» le privazioni di libertà suscettibili di essere inflitte a titolo repressivo, tranne quelle che per la loro natura, la loro durata o le loro modalità di esecuzione non possono provocare un serio pregiudizio»: Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit. § 82. Nel caso di specie, la Corte qualificò come non penali delle misure private della libertà personale attinenti alla disciplina militare perché di durata relativamente breve (3-4 giorni) e, per tale ragione, ritenute di severità non apprezzabile.

natura esclusivamente pecuniaria, ma ritenute di non trascurabile entità²⁰⁹.

Se l'attenzione verso l'afflittività della sanzione (intesa come incidenza negativa sulla posizione giuridica di un soggetto, a prescindere dal diritto soggettivo sacrificato) può ritenersi opportuna e condivisibile, meno persuasivo è il richiamo al canone "quantitativo" della "severità significativa", che non pare poter costituire un parametro affidabile²¹⁰. Tale canone pecca difatti di eccessiva indeterminatezza e non consente di tracciare in maniera convincente il confine tra sanzioni penali e non penali: occorrerebbe difatti stabilire a monte – ed in maniera del tutto arbitraria – dopo quanto tempo la privazione della libertà personale possa ritenersi "abbastanza severa" da assumere carattere penale²¹¹.

Il relevantissimo impatto che la nozione convenzionale di materia penale ha avuto (e continuerà ad avere) sugli ordinamenti dei Paesi firmatari avrebbe forse dovuto spingere sin da subito la Corte di

²⁰⁹ Uno dei casi più noti è rappresentato dalla sentenza della Corte EDU, 27 febbraio 1980, *Deweert c. Belgio*, ric. n. 6903/75, in cui è stata ritenuta appartenente alla materia penale l'inflizione di un'ammenda amministrativa conseguente alla violazione della disciplina dei prezzi della vendita al minuto.

²¹⁰ In questo senso, Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/2001 in materia di sanzioni tributarie, ove la Grande Camera si concentra sulla funzione punitiva della sanzione.

²¹¹ Ravvisa la debolezza del criterio della severità C.E. PALIERO, "Materia penale", cit., p. 919.

Strasburgo ad un sovrappiù di impegno argomentativo, non essendo certo sufficiente l'individuazione dei tre criteri sopra descritti per tracciare un confine nitido tra la materia penale e ciò che da essa si distingue. Tuttavia, va segnalato come la stessa Corte abbia nel tempo affinato tale giudizio qualificatorio attraverso l'individuazione di ulteriori indici (anche di natura processuale²¹²) che hanno meglio definito il perimetro della materia penale in ambito convenzionale.

2.1. L'affermarsi del criterio teleologico nella dialettica tra punizione e prevenzione.

Nella definizione del concetto di materia penale, un momento decisivo è rappresentato dalla sentenza *Öztürk c. Germania* del 1984 in tema di sanzioni amministrative per violazioni stradali, ove la Corte EDU ha riconosciuto la natura penale delle *Ordnungswidrigkeiten* (nonostante si trattasse di sanzioni pecuniarie non convertibili in arresto)²¹³. Tale pronuncia, che rappresenta il *leading case* in materia di

²¹² Si veda la sentenza Corte EDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, ric. n. 11663/04, §§ 36-49, in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato che qualora la procedura fiscale e la procedura fiscale-penale avviate contro un medesimo ricorrente siano “legate tra di loro, in maniera da non essere sufficientemente distinte”, vi è una estensione delle garanzie dell'art. 6 CEDU anche alla procedura fiscale. Tale decisione, pertanto, tende a sviluppare un ulteriore criterio (di natura processuale) per la qualificazione giuridica di un illecito come penale.

²¹³ Cfr. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, cit., con nota di C.E. PALIERO, “*Materia penale*”, cit., pp. 894 ss.

riconoscimento della natura penale di illeciti qualificati come “amministrativi”, si segnala per il fatto di aver individuato criteri fino ad allora inediti (quale quello della “proiezione comparatistica” della sanzione, ovverosia il carattere che assume questo tipo di violazione stradale negli altri Paesi europei), ma merita apprezzamento soprattutto per il fatto di aver abbandonato il criterio della “severità significativa” che, come s’è visto, generava non poche perplessità sul piano ermeneutico ed applicativo. Nel caso di specie, la Corte ha difatti affermato che l’illecito penale non implica necessariamente un certo livello di gravità, ricordando come numerosi Stati contraenti distinguano tra delitti e contravvenzioni, qualificando al tempo stesso gli uni e gli altri come reati²¹⁴.

Considerato che si trattava di sanzioni di natura esclusivamente patrimoniale, può rilevarsi che, anche in tal caso, l’*argumentum libertatis* non è stato considerato dirimente dai giudici di Strasburgo, avendone questi riconosciuto comunque la natura penale in ragione della finalità punitiva che dette sanzioni perseguivano²¹⁵.

²¹⁴ Cfr. Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, cit., § 52.

²¹⁵ Diverse sono le pronunce che nel tempo hanno riconosciuto la natura penale di sanzioni pecuniarie previste nel nostro diritto interno. Si veda, in primo luogo, Corte EDU, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, ric. n. 35260/97, relativo ad una comune sanzione amministrativa pecuniaria per eccesso di velocità. Più di recente, v. Corte EDU, 21 marzo 2006, *Valico c. Italia*, ric. n. 70074/01 in materia di tutela del

Occorre, tuttavia, non cadere nell'equivoco di ritenere che la natura punitiva possa dedursi unicamente dall'incidenza negativa sulla posizione giuridica del soggetto destinatario della misura; se così fosse, dovrebbero ascrivere alla materia penale non solo le misure punitive in senso stretto, ma anche quelle restitutorie e quelle preventive.

La pena ha un carattere essenzialmente *afflittivo*, ed è tale carattere che marca la distinzione rispetto alle altre sanzioni previste dall'ordinamento: se la privazione del bene è finalizzata all'inflizione di una sofferenza all'autore della condotta, allora la misura ha certamente carattere penale; se, invece, pur passando per la sofferenza del suo destinatario, mira unicamente alla reintegrazione dello *status quo ante*, allora la natura penale va conseguentemente esclusa²¹⁶. Si può pertanto affermare che la nozione di materia penale non sia realmente (o esclusivamente) incentrata sulla gravità della sanzione, bensì sullo *scopo* della stessa: ha carattere penale se persegue una finalità

paesaggio e Corte EDU, 7 settembre 2011, *Menarini c. Italia*, cit., relativa ad una sanzione *antitrust* emanata dall'AGCM.

²¹⁶ Eloquente il fatto che la Corte, in alcune pronunce successive, si cura di disconoscere la funzione compensativa di determinate sanzioni tributarie e di talune ipotesi di confisca al fine di rilevarne la natura punitiva. Per le sanzioni tributarie cfr. Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, cit.; per la confisca, Corte EDU, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, 20 gennaio 2009, sulla quale si tornerà *infra*, Cap. II, Sez. I, § 5.4.

repressiva, mentre tale carattere dovrà escludersi se persegue finalità riparatorie.

Se la differenza con le misure di carattere riparatorio può essere colta già sulla base di questi preliminari e sintetici rilievi, maggiore approfondimento richiede l'individuazione del *discrimen* che separa le sanzioni punitive da quelle preventive, soprattutto per capire se tale distinzione possa ancora essere utilmente mantenuta, o se abbia perso validità in ragione della riconducibilità di entrambe all'interno dell'unico *genus* della "materia penale" individuato a livello convenzionale.

La questione mostra particolari profili di complessità in ragione del fatto che il carattere punitivo o preventivo di una data misura difficilmente si manifesta in forma "pura", riscontrandosi sovente una sovrapposizione – all'interno della stessa misura - tra queste due diverse direttrici teleologiche²¹⁷. In ipotesi del genere, ferma l'applicazione delle garanzie convenzionali quando emerge che la (principale) finalità

²¹⁷ Come osserva F. MAZZACUVA, *La materia*, cit., pp. 1189 ss.: «Un'ibridazione dei due modelli, dopotutto, caratterizza anche la "classica" pena detentiva, atteso che il contenuto custodiale ha storicamente implicato una considerazione della figura del reo e della sua possibile risocializzazione o necessaria neutralizzazione, tanto in fase esecutiva, quanto già in sede di commisurazione della sanzione o di configurazione delle fattispecie incriminatrici».

della sanzione scrutinata non sia preventiva ma afflittiva²¹⁸, si registrano anche casi in cui la prevalenza delle componenti preventive su quelle afflittive non viene comunque ritenuta d'ostacolo all'applicazione delle garanzie penalistiche²¹⁹. Il dato, *prima facie*, potrebbe risultare sorprendente, alla luce del fatto che, come si osservava, le sanzioni penali hanno carattere essenzialmente afflittivo e si caratterizzano proprio per essere principalmente indirizzate a generare una sofferenza in capo all'autore. Risulta allora necessario individuare in quali ipotesi (e secondo quali parametri), nonostante l'accordato privilegio verso la finalità preventiva, non viene comunque meno la natura penale della sanzione.

In proposito, va rilevato che dalle pronunce della Corte di Strasburgo non emerge un concetto univoco di *prevenzione*, essendo questo declinato secondo due diverse accezioni: talvolta quale elemento costitutivo della pena, talaltra in opposizione rispetto al concetto di *punizione*. In alcune pronunce si accoglie difatti un significato di

²¹⁸ In proposito si rimanda agli interventi della Corte di Strasburgo in materia di confisca per equivalente: v., *infra*, Cap. II, Sez. I, § 5.2.

²¹⁹ Ne sono riprova decisioni come quelle relative alle vicende italiane della "confisca urbanistica" (v., *infra*, Cap. II, Sez. I, § 5.4), e, in modo persino più marcato, quella che, più di recente, ha accertato la violazione dell'art. 7 CEDU con riferimento al regime di retroattività disposto per talune modifiche concernenti la durata della misura di sicurezza personale della "custodia di sicurezza" nell'ordinamento tedesco (v., *infra*, Cap. II, Sez. I, § 3)

prevenzione che rientra a pieno titolo nella materia penale poiché si collega all'effetto monitorio della pena, ovvero alla finalità di dissuadere il reo dalla recidiva in ragione della sofferenza subita (prevenzione speciale-negativa)²²⁰; in altri casi, invece, l'idea di

²²⁰ Va sul punto ancora richiamata la sentenza *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, cit., § 53, ove si legge che: «il carattere generale della norma ed il fine, sia preventivo che repressivo, della sanzione, sono sufficienti per provare, con riferimento all'art. 6 della Convenzione, la natura penale della violazione oggetto della controversia». Cfr., poi, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17740/90, § 35 ove si afferma che la pena non è incompatibile con lo scopo preventivo della confisca perché «non può escludersi che una legge che conferisce ai tribunali poteri di confisca così ampi persegua lo scopo di punire il delinquente. Infatti, gli scopi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello repressivo e possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena». Più di recente, tale accezione della nozione di prevenzione si ritrova nella sentenza 4 marzo 2014, ric. n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10 che, con riguardo al sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato, ha condannato l'Italia per violazione del diritto all'equo processo (art. 6, § 1, CEDU) e del diritto a non essere giudicati o puniti due volte (art. 4, Protocollo n. 7). Nel caso di specie, i ricorrenti avevano adito la Corte EDU per segnalare il ritenuto contrasto con i principi stabiliti dalla CEDU della normativa italiana che prevede la possibilità di essere giudicati una seconda volta. La Corte EDU ha rilevato che le sanzioni pecuniarie inflitte dalla Consob «mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva» in quanto erano «basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità»; pertanto non si prefiggevano unicamente di riparare un danno di natura finanziaria, ma venivano inflitte dalla Consob in funzione della gravità della condotta ascritta. Lo scopo di impedire la recidiva viene pertanto fatto rientrare nella nozione di materia penale. Sul punto v. la relazione n. 35/2014, a cura dell'Ufficio del Massimario, recante «*Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, EDU Grande Stevens c. Italia*», 8 maggio 2014, n. 35. In dottrina, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2014, pp. 218 ss. Sul sistema sanzionatorio degli abusi di mercato cfr. F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, pp. 218 ss. Sui poteri sanzionatori della Consob, più specificamente, W. TROISE MENGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012, pp. 119 ss.

prevenzione emerge quale istanza di contrasto della pericolosità (soggettiva o reale)²²¹ e sfugge, conseguentemente, al diritto punitivo propriamente inteso.

Tale ambiguità potrebbe invero rivelarsi apparente guardando alla letteratura sulle funzioni della pena, la quale ci consegna diversi significati del concetto di “prevenzione”: da un lato la prevenzione si configura quale funzione della pena che trova comunque come presupposto l’idea di inflizione di un male e che, pertanto, può sicuramente ritenersi compatibile con - se non addirittura “coessenziale a” - la natura penale della sanzione²²²; l’idea di prevenzione è stata poi

²²¹ Tale è l’accezione accolta con riguardo alla confisca dei proventi illeciti, o alle misure di prevenzione italiane. Si veda, tra le tante, la decisione del 4 settembre 2001, *Riela e a. c. Italia*, ric. n. 52439/99, § 2, in cui i giudici di Strasburgo affermano che esse «non implicano un giudizio di colpevolezza ma tendono a impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena». Come tuttavia osserva F. VIGANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 42, tali sanzioni, «nella misura in cui comportino una sostanziale limitazione della libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, soggiacciono alle garanzie di cui all’art. 5 CEDU (riserva di legge e di giurisdizione nonché vaglio dell’effettiva necessità della misura nel caso concreto rispetto allo scopo di impedire al soggetto che ne è colpito di commettere un reato) - il che marca una significativa differenza rispetto al quadro fornito dalla Costituzione italiana, che neppure menziona le misure di prevenzione». Cfr., ad es., Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76.

²²² Sotto tale profilo si ricordi che la prevenzione generale, anche positiva, è ritenuta coerente con la dimensione afflittiva in quanto si fonda proprio sulla rappresentazione del male e della sofferenza che sostanziano la pena e che, a seconda dell’accezione accolta, produce effetti deterrenti o pedagogici. Anche la stessa prevenzione speciale, almeno nelle sue elaborazioni iniziali, reclama l’afflittività della pena quale presupposto necessario perché questa possa rimuovere la minaccia di recidiva. Per una panoramica dettagliata sull’evoluzione storica e le prospettive future delle teorie della prevenzione generale si rimanda a G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 17 ss.; ID, *L’incerto percorso*, cit., pp. 439 ss.

utilizzata in opposizione al concetto di punizione nelle teorie sulla prevenzione speciale elaborate da Franz von Liszt prima e dalla Scuola positiva poi. In particolare, tali autori hanno ritenuto la componente “punitiva” della pena incompatibile con la funzione di risocializzazione che questi le riconoscono. Già in questa fase affiora dunque un’idea di “prevenzione come contrasto alla pericolosità”, da realizzarsi anche grazie a interventi *ante delictum* che tengano conto della dimensione sociale dei reati²²³.

Tale duplice accezione pare essere fatta propria - in modo più o meno consapevole – anche dalla Corte EDU che, come si è osservato, utilizza il concetto di prevenzione in modo “alternato”, senza chiarire il significato di volta in volta accolto. Anche in presenza di componenti preventive, pertanto, non è escluso che una data sanzione possa comunque ricostruirsi in termini di dissuasione e repressione, secondo un modello tipicamente punitivo accolto anche dalla giurisprudenza di Strasburgo.

²²³ Per approfondimenti sul tema v., ancora, G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 26 ss.

3. L'incidenza della nozione sostanziale di materia penale sugli ordinamenti interni: il caso della *Sicherungsverwahrung* nell'ordinamento tedesco.

La ridefinizione del concetto di materia penale, come era prevedibile, ha prodotto effetti dirompenti sugli ordinamenti domestici, spesso costringendo le massime giurisdizioni statali ed i legislatori nazionali ad intervenire su istituti di diritto interno per adeguarli alle indicazioni provenienti da Strasburgo. Ricostruiti i profili essenziali che caratterizzano la nozione convenzionale di materia penale, può adesso valutarsi con maggiore dettaglio l'incidenza concreta di tale nozione sui sistemi punitivi nazionali.

Sotto tale profilo, particolarmente interessanti risultano le vicende che hanno riguardato l'istituto della "*Sicherungsverwahrung*" (custodia di sicurezza)²²⁴, contemplato dal codice penale tedesco (§ 66) tra le "*Maßregeln der Besserung und Sicherung*" (misure di miglioramento e sicurezza). Tale misura si applica ai soggetti

²²⁴ Si tratta di una particolare misura di sicurezza detentiva applicata ai delinquenti ritenuti socialmente pericolosi dopo la completa espiazione della pena detentiva. Per una panoramica completa sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale più recente di questo istituto v. F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in A. Gaboardi-A. Gargani-G. Morgante-A. Presotto-M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pp. 327 ss.

condannati a pena temporanea per delitti di per sé non necessariamente gravi, per i quali tuttavia sia ancora formulabile, una volta scontata l'intera pena, un giudizio di spiccata pericolosità sociale²²⁵. Intorno a tale istituto è sorto negli ultimi anni un dibattito assai intenso circa la sua legittimità costituzionale e la compatibilità del suo regime applicativo con le garanzie sancite dalla CEDU. I maggiori dubbi interpretativi erano sorti soprattutto in seguito ad una serie di interventi legislativi realizzatisi alla fine degli anni novanta, che – con effetto retroattivo – avevano consentito al giudice di prolungare *sine die* i termini di durata della sua applicazione (in luogo del termine massimo decennale originariamente stabilito).

In una ormai nota decisione del 2009, la Corte di Strasburgo aveva affermato che l'applicazione retroattiva dei nuovi termini della *Sicherungsverwahrung* avesse integrato la violazione dell'art. 5 § 1 lett. a), che considera legittima la privazione della libertà personale se derivante da una condanna pronunciata da un giudice competente e, per quel che a noi interessa più da vicino, dell'art. 7 CEDU, che, come più

²²⁵ Sul sistema del “doppio binario” nell'ordinamento tedesco v. H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2ª ed., Padova, 2003, pp. 23 ss.

volte ricordato, enuncia il principio di legalità e di irretroattività dei reati e delle pene²²⁶.

In particolare, per quel che riguarda l'art. 5 CEDU, la Corte aveva ritenuto che l'applicazione retroattiva del nuovo regime di durata della custodia di sicurezza avesse comportato la rottura della connessione causale tra la condanna e la privazione della libertà personale seguita al prolungamento della custodia oltre i dieci anni, connessione richiesta dalla disposizione convenzionale come interpretata dalla giurisprudenza di Strasburgo²²⁷. Con riguardo invece all'art. 7 CEDU, facendo applicazione dei propri criteri elaborati per definire la pena ai sensi della Convenzione, aveva considerato la

²²⁶Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04. Nello stesso senso, *ex multis*, 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania*, ric. n. 17792/07; 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania*, ric. n. 20008/07. Nel caso *M. c. Germania*, il ricorrente lamentava che la sua continua detenzione sotto la misura della custodia di sicurezza aveva violato il suo diritto alla libertà, così come tutelato dall'art. 5 CEDU, sostenendo in particolare che non vi fosse un sufficiente collegamento causale fra la sua condanna nel 1986 e la sua detenzione prolungata anche dopo il compimento dei dieci anni di custodia di sicurezza, cioè oltre il termine massimo previsto dalla legge vigente al momento della condanna. In altri termini, si affermava che l'estensione retroattiva della detenzione da un massimo di dieci anni ad un periodo illimitato nel tempo, in base alla modifica intervenuta nel 1998, infrangeva il principio *nulla poena sine lege*, affermato nell'art. 7 CEDU, nella parte in cui sancisce il diritto a non essere puniti attraverso una punizione più grave di quella applicabile al tempo in cui è stato commesso il reato. V., altresì, 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania*, ric. nn. 27360/04 e 42225/07; 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania*, ric. n. 6587/04; 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania*, ric. n. 30060/04.

²²⁷ V. Corte EDU, *M. c. Germania*, cit., § 86 e ss. della sentenza.

Sicherungsverwahrung coperta dal principio di irretroattività in quanto vera e propria pena.

Nella motivazione, la corte di Strasburgo ha richiamato la propria sedimentata elaborazione giurisprudenziale sul concetto di materia penale e la distinzione che essa stessa aveva già tracciato fra le misure che hanno natura di pena *ex art. 7 CEDU*, e quelle che concernono invece una mera esecuzione della stessa²²⁸. Svolti tali rilievi, era giunta a ritenere che, nonostante l'ordinamento tedesco fosse incentrato sul sistema del doppio binario e la *Sicherungsverwahrung* costituisse una misura di prevenzione differente e separata dalla pena, in realtà la stessa dovesse essere ricondotta all'interno del concetto convenzionale di "materia penale".

La Corte aveva sul punto messo in luce come le due forme di privazione della libertà siano del tutto assimilabili sia sul piano applicativo che su quello finalistico. Sul versante applicativo, esse presentano difatti analoghe modalità esecutive, tanto che il concreto trattamento offerto ai soggetti interessati dalla *Sicherungsverwahrung* non può comunque dirsi teso a ridurre la loro pericolosità sociale; sul

²²⁸ V. Corte EDU, *M. c. Germania*, cit., § 121. In particolare, si legge nella sentenza: «Where the nature and purpose of a measure relates to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the penalty within the meaning of Article 7».

piano finalistico, nonostante le pene perseguono perlopiù fini retributivi, entrambe sono comunque votate ad assicurare la protezione della società e ad aiutare i reclusi a divenire capaci di condurre una vita responsabile fuori dalla prigione²²⁹. Si rilevava infine come la custodia di sicurezza fosse stata inflitta a seguito di una condanna, così ravvisando nella misura uno scopo dissuasivo che la rendeva del tutto assimilabile ad una pena in senso formale.

Così ricostruita, la *Sicherungsverwahrung* si rivela un'ulteriore pena che si aggiunge a quella detentiva e, pertanto, la sua applicazione retroattiva viola il diritto a non essere sottoposto ad una pena più severa rispetto a quella stabilita dalla legge vigente al momento della commissione del fatto.

La decisione *de qua* riveste particolare importanza perché riconduce all'interno del concetto di materia penale una misura dalle dichiarate finalità preventive, che emergono sia dalla sua collocazione sistematica nello *StGB*, sia dall'interpretazione costante che ne ha dato il Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht* — *BVerfG*), il quale aveva più volte ribadito che «la detenzione

²²⁹ Il § 2 StVollzG (codice tedesco dell'esecuzione penitenziaria) recita: «*Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene faehig werden, kuunftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu fuhren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten*».

preventiva non serve alla retribuzione delle offese passate, ma alla prevenzione delle offese future»²³⁰. Proprio la natura preventiva è stata messa in discussione, o comunque ritenuta meno “qualificante”, della componente punitiva che caratterizza la misura. Va tuttavia osservato che l’applicabilità dell’art. 7 CEDU alle misure di sicurezza, come si vedrà meglio in seguito, era già stata affermata dalla Corte di Strasburgo con riguardo alla misura di sicurezza patrimoniale della confisca²³¹. Non sorprende pertanto che, in tale pronuncia, la Corte europea abbia esteso la nozione sostanziale di materia penale anche alle misure di sicurezza personali detentive che, per definizione, incidono sul diritto fondamentale della libertà individuale.

In seguito a queste sentenze, il *BVerfG* ha mutato il proprio orientamento e ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della vigente normativa²³², costringendo così il legislatore tedesco a ridisciplinare la misura di sicurezza, sì da conformarsi agli *standard* fissati dai giudici di Strasburgo. Ciò dimostra come anche in Germania l’intervento del *Bundestag* sia ritenuto necessario per garantire effettività alle pronunce intervenute in sede convenzionale. Tale circostanza assume un

²³⁰ Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si rinvia a V. MANES, *La convenzione*, cit., p. 44, in nota.

²³¹ V., *infra*, Cap. II, Sez. I, § 5.4.

²³² V. *BVerfG*, 4 maggio 2011, 2 *BvR* 2365/09.

significato del tutto rilevante, considerato che, nell'ordinamento tedesco, il codice di rito (*StPO*) prevede al § 359 n. 6 uno specifico caso della *Wiederaufnahme des Verfahrens* (strumento simile alla revisione *ex art. 629 c.p.p.*) per rimuovere una sentenza passata in giudicato laddove la Corte EDU abbia accertato una violazione della Convenzione²³³.

La stessa Corte EDU è poi intervenuta altre volte sulla misura della “custodia di sicurezza”, precisando con maggiore dettaglio i rapporti tra esigenze di difesa sociale e garanzie individuali di cui tale misura deve tenere conto. In proposito, si è specificato che la Convenzione europea pone sugli Stati aderenti obblighi positivi di tutela, ma non permette che questi possano applicare misure che violino i diritti convenzionali del reo²³⁴.

²³³ Tale aspetto assume particolare interesse considerato che, al pari di quanto avviene in Italia, anche nell'ordinamento tedesco le pronunce della Corte di Strasburgo non sono direttamente esecutive, né possono annullare una decisione interna. Anche qui, pertanto, accertata una violazione della Convenzione, sta allo Stato contraente condannato intervenire per rimuoverla. Anche in Germania, difatti, risulta tutt'altro che scontata la disciplina applicabile ai “casi analoghi” (*vergleichbare Fälle*), potendosi riscontrare almeno due orientamenti in giurisprudenza: da un lato si sono prodotte delle decisioni volte a far cessare la violazione riscontrata a Strasburgo anche nei casi analoghi, dall'altro si osserva un atteggiamento più prudente in linea con l'orientamento del *Bundesverfassungsgericht*. Una ricostruzione dei diversi orientamenti seguiti dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale tedesca è rinvenibile in M. FROMMANN, *The reception of ECtHR Decision by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 december 2009 on the German Law on Preventive Detention*, in *Hanse Law Review*, vol. 8, n. 1, 2012, pp. 81 ss.

²³⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte EDU, 14 Aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania*, cit.

Le vicende della *Sicherungsverwahrung*, lette da una prospettiva interna al nostro ordinamento, possono avere importanti ricadute sia dal punto di vista teorico che pratico, sollecitando una riflessione sulla legittimità del sistema del c.d. doppio binario, ove sanzioni che presentano il medesimo contenuto afflittivo risultano essere sottoposte a regole e garanzie diverse.

Non è questa la sede per approfondire nel dettaglio la questione, basterà qui ricordare che nel nostro ordinamento, come è noto, vige il principio della retroattività delle misure di sicurezza, sancito dall'art. 200 c.p., secondo cui «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione» e, se diversa, «da quella in vigore al tempo della loro esecuzione». Risulta altresì noto l'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che hanno sempre ritenuto la disciplina contenuta nell'art. 200 c.p. in armonia col dettato costituzionale, sul presupposto che «il terzo comma dell'art. 25 Cost. non estende alle misure di sicurezza il principio della irretroattività, stabilito dal comma precedente per le pene»²³⁵. Sulla medesima posizione si attesta la dottrina maggioritaria,

²³⁵ Cfr. Corte. cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, p. 802; Cass., 17 maggio 1984, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 96. Cfr. anche Cass., 24 novembre 1986, in *Ced.*, rv. 174988, secondo cui «le sanzioni preventive (come le misure di sicurezza) possono essere applicate anche se intervenute successivamente al sorgere della pericolosità sociale». Oltre al menzionato art. 25, co. 2, Cost., si ricorda che

che ritiene tale soluzione giustificata non solo dal quadro normativo, ma anche dalla stessa *ratio* della loro disciplina legislativa, che sarebbe quella di consentire di reagire alla pericolosità sociale con sempre nuovi e più adeguati strumenti²³⁶.

In dottrina si registrano tuttavia alcune voci in favore dell'applicazione del principio di irretroattività sancito dall'art. 2, co. 1, c.p. alle misure di sicurezza, sulla base di una lettura estensiva del verbo «punito» utilizzato in questo articolo, ritenuto comprensivo di qualunque sanzione che incide sulle libertà fondamentali del cittadino²³⁷. Ne consegue, pertanto, che è l'art. 200 c.p. a dover essere

anche l'art. 27, co., 3 Cost. enuncia il principio della necessaria funzione rieducativa e del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità facendo specifico riferimento alle pene, non già alle misure di sicurezza.

²³⁶ Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 401; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, pp. 99 ss.; P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 651; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, pp. 50 ss.

²³⁷ Cfr. G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, 2006, p. 1049, il quale - con riferimento alla formula "nessuno può essere punito" di cui all'art. 25 comma 2 Cost. - infatti osserva: «essere punito significa soffrire (o fruire) del regime punitivo che esisteva nel Paese [al momento del fatto], in tutte le sue articolazioni», traendone la conseguenza che il principio di irretroattività dovrebbe essere esteso dalla Corte costituzionale all'intero complesso delle norme che disciplinano il sistema punitivo. Concordano con la necessità di operare un'interpretazione estensiva dell'enunciato costituzionale, tra gli altri, G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 295 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 94 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., pp. 261 ss.; A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 1066 ss. Con particolare riferimento alle misure di sicurezza v. E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. I, Milano, 1997, pp. 762 ss.

interpretato in maniera restrittiva, nel senso di riferirsi alla sola eventualità nella quale possano mutare le leggi che regolamentano la mera modalità esecutiva di una misura di sicurezza, già però legislativamente prevista al momento della commissione del fatto.

Le sentenze della Corte EDU sulla custodia di sicurezza prevista nell'ordinamento tedesco e, più in generale, sulla configurazione sostanziale del concetto di materia penale, possono costituire un argomento forte in favore di quest'ultimo orientamento e contribuire a sancire la definitiva estensione del principio di irretroattività, contenuto nell'art. 25, comma 2, Cost., anche alle misure di sicurezza detentive che, almeno nelle ipotesi in cui si rivolgono a soggetti imputabili, possono oggi considerarsi sanzioni penali a tutti gli effetti.

4. L'estensione delle garanzie intertemporali alla fase esecutiva: la sentenza della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna*.

Le conclusioni cui è pervenuta la Corte EDU con riguardo alla *Sicherungsverwahrung*, se possono ritenersi sufficientemente chiare in relazione allo statuto intertemporale delle misure di sicurezza personali, dicono poco o nulla in merito alla possibilità di estendere il principio del *nulla poena sine lege* alla fase dell'esecuzione della pena.

Secondo l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di Strasburgo, il campo di applicazione dell'art. 7 CEDU non si estende al diritto penitenziario, restando questo assoggettato al potere discrezionale degli Stati aderenti alla Convenzione²³⁸.

La sentenza sulla custodia di sicurezza tedesca non contiene indicazioni esplicite in tal senso, ma pare comunque confermare l'orientamento tradizionale, come può evincersi dai passaggi motivazionali i giudici hanno cura di precisare che l'estensione della durata della misura di sicurezza, da dieci anni ad un tempo indeterminato, costituisca una pena aggiuntiva, e non una semplice legge che regolamenta l'applicazione della pena: da ciò si può desumere, *ex adverso*, che le leggi che regolamentano la fase esecutive stiano al di fuori del perimetro garantistico tracciato dall'art. 7 CEDU²³⁹.

Tale posizione risulta in linea con quella assunta dalla nostra giurisprudenza di legittimità, secondo cui le disposizioni che regolano

²³⁸ Si veda Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, in cui una nuova legge, modificando la precedente disciplina contenuta in un regolamento penitenziario, aveva stabilito che la liberazione anticipata per buona condotta non potesse essere concessa ai condannati all'ergastolo. Proprio perché in quel caso l'innovazione aveva interessato una legge penitenziaria, la Corte non aveva ravvisato la violazione dell'art. 7 CEDU sotto il profilo di un'applicazione retroattiva di una pena più severa rispetto a quella originariamente inflitta. Si veda Corte EDU, 10 luglio 2003, *Grava c. Italia*, ric. n. 43522/98.

²³⁹ Cfr. Corte EDU, *M. c. Germania*, cit., § 121 e 134.

le misure alternative alla detenzione e, in generale, i benefici penitenziari, non hanno il carattere di norme penali sostanziali, poiché non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle sue *modalità esecutive*; di conseguenza, in assenza di specifiche norme transitorie, ad esse non può applicarsi la disciplina prevista dagli artt. 2 c.p. e 25 Cost²⁴⁰.

La stessa Corte costituzionale, nei casi in cui è stata chiamata in causa a riguardo, ha spesso “eluso” la questione, giungendo a negare l'applicazione retroattiva delle norme sull'esecuzione penale non sulla base dell'art. 25 cpv. Cost., bensì richiamando il finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. In proposito, i giudici costituzionali hanno osservato che in caso di sopravvenienza normativa che esclude da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenterebbe, rispetto all'*iter* rieducativo, «una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato»²⁴¹.

²⁴⁰ V. Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3963.

²⁴¹ Cfr., tra le altre, Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, Corte cost., 16 marzo 2007, n. 79. Si pronuncia invece espressamente in senso negativo Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376. Un'approfondita rassegna della giurisprudenza costituzionale sul tema si trova in G. MARINUCCI, *op. ult. cit.*, pp. 84 ss.

La natura penalistica – e l’assoggettabilità ai principio di irretroattività – veniva invece espressamente affermata da una parte della dottrina, sul presupposto che all’interno della nozione antiformalistica di materia penale rientrano tutte le norme che incidono *in peius* sul trattamento sanzionatorio, quindi anche le norme che riguardano il c.d. diritto dell’esecuzione penale²⁴².

In tale babele interpretativa, è intervenuta la Corte di Strasburgo con la sentenza della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna* dell’ottobre 2013, che tuttora rappresenta un punto di riferimento nell’individuazione dei confini della *matière pénale* anche in rapporto al diritto giurisprudenziale²⁴³. In questa pronuncia, la Corte EDU,

²⁴² In questo senso, tra gli altri, C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 315 ss.; suggerisce invece un approccio differenziato F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche peggiorative e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3995, secondo cui, nell’estendere il principio di irretroattività alla legislazione penitenziaria, bisognerà tener conto della specificità dell’istituto considerato.

²⁴³ Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit. La vicenda trae origine dal ricorso presentato da Ines Del Rio Prada, esponente del terrorismo separatista basco che veniva arrestata nel 1987 e successivamente condannata, in separati procedimenti, per 23 omicidi consumati e diversi omicidi tentati a pene che, sommate aritmeticamente, ammontavano a più di tremila anni di reclusione. In applicazione dell’art. 70, 2° comma, del codice penale spagnolo del 1973, che stabiliva il limite massimo al cumulo delle pene (applicabile anche in ipotesi di pluralità di procedimenti per reati connessi), l’entità della sanzione complessiva veniva stabilita, appunto, in quella trent’anni di reclusione. Invocando l’applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* - abrogato con l’introduzione del nuovo codice penale del 1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice previgente - che, nella precedente prassi giurisprudenziale, andava calcolato sulla sanzione complessiva determinata all’esito dell’applicazione del limite dei trent’anni di reclusione. La ricorrente presentava nel 2008 richiesta di liberazione anticipata, allegando i vari provvedimenti della

rovesciando il giudizio del *Tribunal Constitucional* spagnolo, ha ritenuto che l'art. 7 CEDU ostasse all'applicazione retroattiva di un mutamento sfavorevole della giurisprudenza del *Tribunal Supremo* relativo all'applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario)²⁴⁴.

Nella sentenza *de qua* il nodo problematico risiedeva nella riconducibilità o meno della disciplina della *redención de penas* (attinente alla fase dell'esecuzione) all'interno della nozione convenzionale di "materia penale" e, dunque, nella conseguente

magistratura di sorveglianza che avevano periodicamente certificato il lavoro svolto ed accordato gli sconti di pena. Tuttavia, in applicazione dell'orientamento interpretativo inaugurato dal *Tribunal Supremo* il 28 febbraio 2006 nei confronti del terrorista *Henri Parot*, l'*Audiencia Nacional* rigettava la richiesta, poiché secondo tale nuova interpretazione, lo sconto di pena deve essere calcolato su ciascuna delle pene inflitte e, dunque, nel caso di specie, su di una "base" di oltre tremila anni di reclusione. Tale circostanza vanificava di fatto l'applicazione del beneficio penitenziario determinando lo spostamento della data di effettiva liberazione al 2017. Nel ricorso alla Corte europea si lamentava quindi una violazione del principio di irretroattività della legge penale (art. 7 CEDU) e, di conseguenza, del diritto alla libertà personale (art. 5 CEDU) relativamente al periodo di detenzione successivo al rigetto dell'istanza di liberazione anticipata. Per una più dettagliata ricostruzione della vicenda e delle motivazioni della Grande Camera, v. E. PROFITI, *La sentenza*, cit., p. 684.

²⁴⁴ Non potendoci dilungare oltre sugli effetti che l'affermarsi del concetto sostanziale di materia penale ha prodotto sugli ordinamenti nazionali, ci si limita a ricordare come, al di là del caso in esame, anche in Spagna esso ha portato all'estensione delle garanzie tradizionalmente riservate al "*Derecho penal*" al "*Derecho administrativo sancionador*". Per ulteriori approfondimenti si rimanda a V. AGUADO I CUDOLÀ, *La aplicación de las garantías del convenio europeo de derechos humanos al procedimiento administrativo español: ¿una judicialización de la actividad administrativa?*, in V. PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali: profili amministrativistici*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

operatività dell'art. 7 CEDU in una vicenda che, secondo il governo spagnolo, avrebbe interessato esclusivamente il piano dell'esecuzione penale e non la misura della pena.

In merito, la Corte osserva che, sebbene le norme sull'esecuzione penale rimangano escluse in via di principio dal concetto di “*matière pénale*” (e non siano pertanto assoggettate al principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU), nel caso in esame la disciplina della *redención de penas* deve essere considerata parte integrante del “*droit pénal matériel*”. Più in particolare, la Corte ha affermato che il principio di irretroattività della pena opera anche in sede di esecuzione della condanna laddove il mutamento interpretativo delle disposizioni risulti imprevedibile ed abbia inciso *in malam partem* sulla portata della pena²⁴⁵.

²⁴⁵ Per tali motivi, la Grande Camera fa richiesta, ai sensi dell'art. 46 CEDU, di disporre, oltre ad un risarcimento economico per il danno morale subito, la liberazione della ricorrente quale unico rimedio effettivo rispetto alla violazione subita e già il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Grande Camera, i giudici nazionali competenti deliberavano l'immediata liberazione di tutti i condannati che avessero già maturato il diritto alla liberazione anticipata in base alla più favorevole interpretazione della normativa adottata dai tribunali spagnoli al momento della commissione del fatto. Ciò ha inevitabilmente suscitato grande clamore presso la stampa nazionale e l'opinione pubblica, vista la conseguente rimessione in libertà pericolosi delinquenti responsabili di plurimi omicidi. Cfr. F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con puntuali citazioni delle decisioni nazionali rilevanti e delle reazioni nell'opinione pubblica spagnola.

Pertanto, secondo la Corte non può escludersi *a priori* l'operare delle garanzie penalistiche sulle misure adottate dal legislatore, dalle autorità amministrative o dalle giurisdizioni dopo la pronuncia definitiva sulla pena, poiché, in tal caso, gli Stati sarebbero liberi di adottare dei provvedimenti che incidono retroattivamente ed *in peius* sul trattamento sanzionatorio, eludendo in tal modo le garanzie offerte dall'art. 7 della Convenzione. Sul punto non può che concordarsi con la posizione assunta dalla Corte EDU, posto che, oltre che per i motivi legati alla natura sostanzialmente penale delle conseguenze sanzionatorie, vi è da tutelare anche l'aspettativa del condannato a vedere riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione che non può in alcun modo essere vanificata in assenza di motivi di demerito.

Anche in questo caso, dunque, il diritto europeo sembrerebbe assestarsi su una linea di tutela dei diritti fondamentali più avanzata rispetto a quella in cui si trova la nostra Corte costituzionale, che in taluni casi ha evitato di pronunciarsi sulla estensione del principio di irretroattività alle norme di diritto penitenziario²⁴⁶, e quando si è

²⁴⁶ Cfr., tra le altre, Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, cit., e Corte cost., 16 marzo 2007, n. 79, cit.

pronunciata direttamente sulla questione ha optato per la soluzione negativa²⁴⁷.

La sentenza in esame apre uno spiraglio circa la possibilità che il principio di irretroattività sfavorevole possa operare anche nella fase dell'esecuzione penale, offrendo livelli di tutela più ampi di quelli offerti dall'art. 25, co. 2, Cost. Il *punctum dolens* della pronuncia dei giudici di Strasburgo è tuttavia rappresentato dalla riproposizione della distinzione, piuttosto sfuggente, tra le misure che costituiscono una “pena” e quelle relative alla “esecuzione o all'applicazione della pena”, dovendosi riferire il principio di irretroattività solo alle prime. Anche in tal caso si distingue tra le due tipologie di misure senza fornire criteri interpretativi adeguati per consentire agli interpreti di verificare se una data disciplina riguardi le modalità di esecuzione della pena o, piuttosto, la pena stessa. La Corte sembra essere consapevole della difficoltà di tracciare una linea netta tra le due tipologie di misure, sostenendo la necessità di procedere a un'indagine casistica che tenga conto degli effetti della misura, a prescindere dal *nomen iuris* e dalla fase temporale in cui la stessa viene disposta.

²⁴⁷ V. Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, cit. Una rassegna dettagliata della giurisprudenza della Corte in tema di norme sull'esecuzione penale si trova in G. MARINUCCI, *Irretroattività*, cit., pp. 84 ss.

Le affermazioni della Corte, vista la loro importanza ed innovatività, avrebbero forse richiesto anche qui un maggiore sforzo argomentativo, posto che il semplice rinvio alle valutazioni dei giudici nazionali rischia di neutralizzare la loro carica innovativa e, dunque, la possibilità di estendere il *nulla poena sine lege* al diritto dell'esecuzione penale. Si consideri, oltretutto, che il diritto penitenziario dei singoli stati risulta essere caratterizzato da una molteplicità di misure applicabili in sede esecutiva diverse per contenuto e finalità, sicché risulta impossibile compiere qualunque tipo di previsione allo stato attuale²⁴⁸.

Ciò posto, va infine ricordato che la sentenza *Del Rio Prada*, oltre alle richiamate affermazioni circa l'estensione della nozione di materia penale al diritto dell'esecuzione penale, mostra notevoli profili di interesse anche con riguardo al sistema dei rapporti tra legislazione e diritto vivente e, in particolare, sul tema dell'efficacia intertemporale degli *overruling* favorevoli²⁴⁹. Tale ultimo profilo, vista l'ampiezza dei suoi contenuti, sarà oggetto di autonoma trattazione nel prosieguo²⁵⁰, giova in questa sede unicamente osservare come i requisiti qualitativi

²⁴⁸ Di tale avviso E. PROFITI, *La sentenza*, cit., pp. 684 ss.

²⁴⁹ Per ciò che concerne l'Italia, evidentemente, il riferimento è alla recente sentenza della Corte costituzionale, 8 ottobre 2012, n. 230.

²⁵⁰ V., *infra*, cap. 3, § 5.

che il principio di legalità impone per la legge, ossia l'accessibilità e la prevedibilità, siano stati estesi dai giudici di Strasburgo anche al diritto giurisprudenziale e ciò vale non solo con riferimento all'interpretazione delle disposizioni che individuano la condotta criminosa, ma anche con riferimento a quelle che disciplinano unicamente le conseguenze sanzionatorie.

5. I riflessi della nozione sostanziale di materia penale sulle diverse ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento.

La nozione convenzionale di materia penale ha assunto rilevanza decisiva nel nostro ordinamento con riguardo a tutta una serie di istituti di dubbia qualificazione e la cui natura giuridica va oggi ricostruita proprio alla luce dei criteri elaborati a Strasburgo. Con peculiare riguardo all'applicazione delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, particolarmente interessanti si presentano le vicende che hanno riguardato le diverse ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento, divenute oggetto, negli ultimi anni, di numerose ed importanti decisioni della giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

La confisca è difatti un istituto "camaleontico" capace di assumere natura e fisionomia diverse a seconda del regime normativo che la contempla, potendo assolvere, a seconda dei casi, la funzione di

pena, di misura di sicurezza, di misura di prevenzione, di sanzione accessoria ovvero ancora di sanzione amministrativa²⁵¹.

Alla confisca disciplinata dal Codice Rocco come “misura di sicurezza patrimoniale”, avente finalità preventiva e fondata sulla pericolosità dei beni che ne sono oggetto (art. 236 e ss. c.p.), si sono via via affiancate un numero sempre crescente di ipotesi speciali che con la confisca codicistica condividono unicamente l’effetto ablatorio²⁵². Il problema nasce dal fatto che l’istituto della confisca – genericamente inteso nel suo significato minimo di atto di sottrazione coattiva dei beni al suo titolare – si presta ad essere concepito, qualificato e disciplinato secondo modalità e con finalità del tutto diverse. Sono difatti molteplici le variabili che possono connotare ciascuna ipotesi di confisca a livello normativo e che, a seconda della loro articolazione e della loro

²⁵¹ Si può ricordare in proposito come ormai la dottrina preferisca parlare di “confische” penali, essendovi diverse ipotesi normative che condividono l’effetto di determinare la privazione di beni economici, ma che si distinguono per l’oggetto dell’ablazione, la disciplina e le finalità perseguite. V., tra gli altri, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012cit., p. 2; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*.

²⁵² Tra le finalità che, sul piano astratto, la confisca può perseguire, possono difatti individuarsi: quella compensativa-riparatoria (ripristino della situazione anteriore al reato); quella specialpreventiva (attraverso la sottrazione di cose o beni utilizzabili per la commissione di ulteriori reati); quella sanzionatoria (inflizione di una conseguenza negativa in funzione deterrente). V., per la dottrina tedesca, A. ESER, *Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübingen, 1969, pp. 89 ss. In Italia, di recente, E. NICOSIA, *op. ult. cit.*, p. 20.

interazione, possono variarne la natura giuridica (presupposti applicativi, modalità esecutive, destinatari, oggetto, fine perseguito ecc.)²⁵³. Da qui l'affermazione del naturale polimorfismo della figura e la conseguente necessità di operare una valutazione autonoma per ciascuna delle ipotesi previste²⁵⁴.

Tale approccio differenziato, che qui si condivide e si cercherà di utilizzare, presenta il merito di mettere in luce le specificità di ciascuna delle ipotesi di confisca e di evitare che vengano estese in maniera inopportuna le conclusioni e le soluzioni sperimentate per alcune figure ad altre di diversa natura; dall'altro lato, tuttavia, non si può fare a meno di notare come tale *modus operandi* renda difficile la lettura unitaria di quei problemi che riguardano trasversalmente tutte le figure di confisca, al di là delle loro differenze strutturali.

Ad ogni modo, resta il fatto che tale pluralità di regimi normativi ha inevitabilmente posto la confisca al centro del dibattito dottrinale²⁵⁵

²⁵³ Le variabili che incidono sulla natura della confisca sono analiticamente valutate da T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema di responsabilità degli enti*, Padova, 2011, pp. 17 ss.

²⁵⁴ Così, da ultimo, D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2013, pp. 201 ss.

²⁵⁵ Non a caso, l'argomento è stato oggetto di numerosi contributi monografici, tra i quali, a titolo esemplificativo, si segnalano, T.E. EPIDENDIO, *op. cit.*; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; A.M. MAUGERI, *Le moderne*, cit., p. 841, E. NICOSIA, *op. ult. cit.*

e giurisprudenziale²⁵⁶, generando dubbi qualificatori che ancora paiono lontani dall'essere superati. Ruolo centrale in tale dibattito è stato giocato proprio dalla Corte EDU, alla quale sovente si è fatto ricorso per dirimere i dubbi interpretativi che da tempo si agitano in argomento.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio tutte le ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento; si cercherà tuttavia di analizzare quelle che negli ultimi anni hanno catalizzato maggiormente l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza e che potrebbero trovare (e, in parte, hanno già trovato) nuove risposte e nuove soluzioni proprio in ragione dell'affermarsi della nozione convenzionale di materia penale.

5.1. La controversa natura della confisca di prevenzione: misura di sicurezza, misura di prevenzione o pena?

A fronte di un *nomen iuris* che non sembrerebbe lasciar spazio a dubbi qualificatori, molto discussa risulta la natura giuridica della c.d. confisca di prevenzione originariamente prevista dall'art. 2 *ter* l. n. 575/1965²⁵⁷ ed attualmente disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. n.

²⁵⁶ Basti pensare al numero relevantissimo di pronunce delle Sezioni unite e della Consulta che, come si avrà modo di apprezzare nelle pagine che seguiranno, sono intervenute in argomento.

²⁵⁷ La misura di prevenzione patrimoniale della confisca è stata concepita, unitamente al sequestro, come strumento di contrasto nei confronti delle

159/2011 (c.d. “codice antimafia”). Anche qui, per ragioni che ormai è facile comprendere, la questione circa la natura giuridica della misura non appare legata ad esigenze esclusivamente tassonomiche o dogmatiche, ma determina conseguenze concettuali ed applicative di assoluto rilievo, primo fra tutti quelle legate alla possibilità di un’applicazione retroattiva di tale misura.

La confisca di prevenzione è stata introdotta con funzione ancillare rispetto alle già previste misure personali, posto che la stessa originariamente poteva applicarsi soltanto ai soggetti attualmente pericolosi, destinatari al contempo di una misura personale. Nondimeno, potendosi applicare anche *ante o praeter delictum*, essa diveniva figura cardine della c.d. “prevenzione antimafia”, locuzione ancora oggi ricorrente, ma che appare ormai inadeguata per difetto, essendovi stati, a partire dagli anni ‘70, successivi interventi legislativi che hanno esteso la disciplina dettata dalla l. n. 575/1965 a categorie di soggetti diversi dagli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso²⁵⁸.

associazioni di tipo mafioso ed è stata introdotta nel sistema delle misure di prevenzione con l’art. 14 della l. 13 settembre 1982, n. 646, attraverso l’inserimento delle relative disposizioni nella l. n. 575 del 1965 sulle misure di prevenzione antimafia.

²⁵⁸ Si pensi alla legge 22 maggio 1975 n. 152, che ha determinato l’estensione della normativa di prevenzione dalla materia “antimafia” ai soggetti che abbiano compiuto atti preparatori di delitti contro la personalità dello Stato.

Ad ogni modo, la *ratio* della misura risiede nella c.d. “pericolosità reale” che segna indelebilmente i beni di origine criminale e che, per tale ragione, si cerca di eliminare in maniera definitiva dal circuito economico²⁵⁹.

In seguito all'introduzione di tale misura si è sin da subito posto il problema di una sua eventuale applicazione a fatti antecedenti alla sua entrata in vigore. È evidente che la risoluzione dei problemi di carattere intertemporale richiedeva una verifica preliminare circa la sua natura giuridica. È stato dunque compito della dottrina e della giurisprudenza verificare se la sottrazione definitiva del bene dal circuito economico di origine rispondesse ad un'esigenza autenticamente preveniva o, viceversa, potesse meglio spiegarsi secondo logiche di carattere punitivo e repressivo.

Secondo l'orientamento tradizionale espresso delle Sezioni Unite, la confisca di prevenzione «non ha un carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di un provvedimento di prevenzione, ma va ricondotta nell'ambito di quel “*tertium genus*” costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., comma

²⁵⁹ Tale confisca viene solitamente definita “allargata” in ragione de fatto che va a colpire beni anche slegati dalla commissione di un reato, ma presuntivamente pericolosi in quanto nella disponibilità di un soggetto pericoloso.

2»²⁶⁰. Le Sezioni unite, pertanto, non solo ne hanno escluso il carattere penale, ma anche quello di provvedimento di prevenzione, ritenendo incompatibile la sua definitività con il riconoscimento della natura preventiva. In particolare, i giudici di legittimità hanno osservato che il carattere della definitività non consentirebbe di far rientrare tale ipotesi tra le misure di prevenzione, posto che queste sono volte a fronteggiare, con modalità via via rimodulabili, una situazione di pericolosità transeunte. Sul fronte intertemporale ne conseguiva la non operatività del divieto di retroattività sfavorevole e la sottoposizione al regime di cui all'art. 200 c.p., che prevede che «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione»²⁶¹.

Tali argomenti risultavano invero condivisi anche dalla Corte Costituzionale, secondo cui la confisca «comporta conseguenze ablatorie definitive (art. 2 *nonies* l. n. 575/1965) e si distacca, perciò, dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide allo “stato”, cioè subordinatamente al permanere della pericolosità del soggetto»²⁶².

²⁶⁰Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3609 ss.

²⁶¹ La giurisprudenza italiana ha, infatti, sempre consentito l'estensione dell'ambito di applicazione di tale sanzione ai beni acquistati prima dell'entrata in vigore della legge n. 646/82, proprio perché il principio di irretroattività non si applicherebbe alla confisca in questione che, invece sarebbe regolata dal principio del “*tempus regit actum*”.

²⁶² Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335.

Su una posizione diversa si collocava parte della dottrina che affermava la natura preventiva della misura, mettendo in luce sia il dato topografico dell'inserimento dell'istituto nell'ambito delle misure di prevenzione, sia la sua funzione primaria, consistente nella neutralizzazione della situazione di pericolosità insita nella persistente disponibilità della ricchezza nelle mani di chi può continuare a utilizzarla per produrre altra ricchezza²⁶³. Tale posizione ha ricevuto anche l'avallo della Corte EDU, che inquadra tale forma di confisca come misura di prevenzione e non già come sanzione penale²⁶⁴.

²⁶³ Cfr. V. MACRÌ, *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in G. Borrè-L. Pepino (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, Milano 1983, p. 136, ove si richiama la relazione al disegno di legge n. 2982 in cui il fondamento giuridico della confisca "preventiva" è individuato nella pericolosità attribuibile al bene oggetto del provvedimento per i caratteri suoi propri e per la relazione esistente tra questo e le persone che ne dispongono. V., altresì, E. AMODIO, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, III, 632.

²⁶⁴ La giurisprudenza della Corte EDU ha ripetutamente negato la violazione dei principi della materia penale da parte della disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali e la riconducibilità della confisca di prevenzione alla sua nozione autonoma di "materia penale" ai fini del riconoscimento delle garanzie sancite dagli artt. 6 e 7 CEDU. Si veda, tra le altre, Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, ric. n. 12965/87; Id, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, ric. n. 38662/97. In senso critico verso la mancanza di "coraggio" della Corte europea, che non sarebbe riuscita a fare coerente applicazione della sua stessa giurisprudenza sulla nozione autonoma di "materia penale", v. A.M. MAUGERI, *Le moderne*, cit., p. 841. Secondo D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, pp. 193 ss., la Corte EDU ha riconosciuto una "patente di legittimità", sotto il profilo della compatibilità con i diritti fondamentali, alle misure di contrasto alla criminalità organizzata sul piano patrimoniale.

Altri autori, al contrario, ne affermavano la natura sanzionatoria, avendo questa ad oggetto beni individuati in relazione alla loro (presunta) origine illecita, non necessariamente pericolosi, né necessariamente destinati o destinabili alla commissione di ulteriori reati²⁶⁵. Taluni di questi autori, si sono spinti talvolta a ritenere che, dietro l'inclusione di tale forma di confisca tra le misure di prevenzione, si celerebbe l'intento del legislatore di svincolarsi dagli ostacoli garantistici tipici della sanzione e del processo penale²⁶⁶.

Il problema di un'eventuale applicazione retroattiva della misura si è poi riproposto con i cc.dd. “pacchetti sicurezza” 2008 e 2009, con i quali il legislatore è intervenuto sulla disciplina della confisca di prevenzione e, in particolare, sull'art 2 *bis*, comma 6 *bis*, della citata legge n. 575/1965, recidendo il rapporto di accessorietà necessaria tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, in modo tale da consentire l'irrogazione di queste ultime a prescindere dalla applicazione delle prime («le misure di prevenzione patrimoniali e personali possono essere richieste e applicate disgiuntamente»). Ne consegue che ai fini dell'applicazione delle misure patrimoniali non è

²⁶⁵ In questo senso già R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1026; P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge “antimafia”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 100.

²⁶⁶ In questo senso A.M. MAUGERI, *Le moderne*, cit., p. 755.

più necessaria l'attualità della pericolosità, rendendosi necessario e sufficiente l'elemento della "pericolosità *in rem*"²⁶⁷.

Sul punto si è creato da subito un contrasto interpretativo in seno alla giurisprudenza che ha visto alcune pronunce confermare la natura di "misura di sicurezza" della confisca preventiva, ma si è registrata altresì una sentenza in cui la Corte di Cassazione, in conseguenza dell'espunzione dell'elemento personale della pericolosità dai presupposti applicativi della confisca, ha ravvisato la natura "oggettivamente sanzionatoria" della stessa, con conseguente inammissibilità di ogni applicazione retroattiva²⁶⁸. Nell'affermare ciò, la pronuncia in questione fa leva proprio sulla nozione di "materia penale" accolta dalla Corte EDU e sulla necessità di applicare le garanzie stabilite dagli art. 6 e 7 CEDU a tutte le misure

²⁶⁷ Come emerge dai lavori preparatori del d.l. n. 92/2008, l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di contrastare più efficacemente la criminalità organizzata «incidendo su uno degli elementi sui quali la stessa è maggiormente vulnerabile, l'intervento consiste nel passaggio da un approccio incentrato sulla "pericolosità del soggetto" a una visione imperniata sulla formazione illecita del bene che, una volta reimmesso nel circuito economico, è in grado di alterare il sistema legale di circolazione della ricchezza, minando così alla radice le fondamenta di una economia di mercato». Come osserva A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Salle Sezioni unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 943, la riforma concretizza l'idea affermata nella Relazione della Commissione Antimafia del 2007, che occorre «prevenire che provvedimenti modificativi della misura di prevenzione concernente il soggetto travolgano le misure patrimoniali».

²⁶⁸ V. Cass., 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, in *Ced.*, rv. 255042, con rilievi critici di F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2015, pp. 231 ss.

che vi rientrano. Evidente dunque il carattere garantista di tale approccio, anche se l'impossibilità di applicare retroattivamente il principio della separazione delle misure personali dalle patrimoniali ostruirebbe la realizzazione degli obiettivi politico criminali che hanno ispirato l'intervento del legislatore, e cioè la confisca di quei cespiti patrimoniali di origine illecita cumulati nel tempo, anche in mancanza del requisito dell'attualità della pericolosità sociale.

Proprio in ragione di detto contrasto interpretativo sono intervenute sul punto le Sezioni unite nel 2015, affermando che le novelle legislative non hanno inciso sulla fisionomia della confisca di prevenzione e sulla sua assimilabilità alle misure di sicurezza²⁶⁹. A sostegno di tale interpretazione, le Sezioni unite osservano innanzitutto la mantenuta indefettibilità della pericolosità quale presupposto applicativo della misura anche nel nuovo quadro normativo, sebbene tale pericolosità debba sussistere al momento di acquisizione del bene, e non già al momento dell'irrogazione della misura di prevenzione. Sul punto si sottolinea che, trattandosi di una misura patrimoniale, la connotazione di pericolosità è immanente alla *res* e ad essa afferisce "geneticamente" ed in via permanente. Pertanto, pur venendo meno il

²⁶⁹ V. Cass., Sez un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in *Ced.*, rv. 262603.

requisito dell'attualità della pericolosità sociale del soggetto, la necessità di confiscare i beni illegittimamente acquisiti non verrebbe comunque meno. Viene dunque confermata l'assimilazione alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità della previsione di cui all'art. 200 c.p. e cioè il principio del "*tempus regit actum*"²⁷⁰.

Tali conclusioni, ad avviso dei giudici di legittimità, sarebbero poi confermate dalla giurisprudenza della Corte EDU, la quale ha sempre negato l'appartenenza della confisca di prevenzione alla materia penale (e conseguentemente escluso l'operatività dei principi di cui all'art. 7 CEDU) osservando che questa non implichi un giudizio di colpevolezza, ma tenda ad impedire la commissione di reati²⁷¹.

Anche sulla base di un richiamo ai criteri *Engel*, si attribuisce alla misura *de qua* una funzione ed una natura ben distinte rispetto alla sanzione penale; mentre quest'ultima tende a sanzionare la violazione di una norma penale, ed è subordinata all'accertamento di un reato e

²⁷⁰ Tale orientamento è stato di recente confermato anche dalla Corte costituzionale che ha dichiarato la natura preventiva della confisca in esame, ribadendo che la pericolosità sociale ne costituisce «presupposto ineludibile»; si precisa infatti che, anche se è vero che il requisito della pericolosità sociale può mancare per effetto di alcune modificazioni legislative, non è questa una ragione che possa far ritenere mutata la natura della confisca, la quale continua a costituire una misura di prevenzione e ad essere applicata attraverso il relativo procedimento: v. Corte Cost., 9 giugno 2015, n. 106.

²⁷¹ Sin dal caso *Marandino* del 1991, la Corte europea aveva affermato la natura preventiva e non punitiva della confisca di prevenzione: v. Commissione Europea, 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86.

della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione nasce per contrastare «stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico»²⁷².

In proposito, pare tuttavia doversi esprimere più di qualche perplessità sulla ritenuta natura preventiva della misura e sulla sua equiparazione alle misure di sicurezza. Dalle motivazioni delle Sezioni Unite emerge lo sforzo di aggrapparsi a sfuggenti categorie sociologiche per giustificare un intervento ritenuto “preventivo”, in presenza di una sanzione che tuttavia presenta profili punitivi di non trascurabile rilievo.

Se indubbiamente la sottrazione del profitto illecito al preposto svolge anche una funzione preventiva (impedendo il reinvestimento dei beni confiscati in ulteriori attività illecite), in direzione opposta pare condurci il carattere della definitività e, soprattutto, la circostanza che la stessa possa essere applicata a prescindere dall'attualità della prognosi di pericolosità del soggetto che li detiene²⁷³.

²⁷² V. Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, cit.

²⁷³ In questo senso A.M. MAUGERI, *Le moderne*, cit., p. 528, che riconosce alla misura una finalità preventiva, ma solo nell'ottica macrocriminale (prevenzione dell'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia legale) mentre nei confronti del singolo essa acquisterebbe una valenza sostanzialmente punitiva. Analogamente, G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello di confisca “allargata” nell'ambito della criminalità*

A ben vedere, la circostanza secondo cui la misura ablatoria viene applicata nonostante il soggetto non sia più pericoloso o, addirittura, sia deceduto o abbia ceduto il bene a terzi, pare negare la presenza di qualunque logica preventiva, dimostrando invece come tale misura guardi unicamente al passato e risponda perciò unicamente a logiche “retributive”²⁷⁴.

Tale conclusioni, contrariamente da quanto affermato dalle Sezioni unite, paiono poi suffragate proprio dall’applicazione dei criteri *Engel* all’istituto, posto che tale forma di confisca, una volta sganciata dall’accertamento dell’attuale pericolosità sociale del preposto, mostra una inequivocabile funzione afflittivo-repressiva che, come visto, è assunta quale spia significativa della natura penale di una misura dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Le osservazioni fin qui svolte, valgono *a fortiori* con riferimento all’altra ipotesi di confisca “antimafia” presente nel nostro ordinamento (art. 12-*sexies*, d.l. n. 306/1992), anch’essa introdotta come strumento di contrasto al potere economico della criminalità organizzata e applicata obbligatoriamente, in caso di condanna o “patteggiamento” per uno dei gravi delitti previsti dalla norma stessa, al denaro, ai beni, o

organizzata, in V. Militello-B. Huber (a cura di), *Towards a European criminal law against organised crime*, Friburgo, 2001, pp. 221 ss.

²⁷⁴V., da ultimo, A. M. MAUGERI, *Una parola*, cit., pp. 942 ss.

alle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito²⁷⁵.

Già da tali sintetici rilievi può apprezzarsi come i profili sanzionatori della misura *de qua* risultino accentuati rispetto all'ipotesi vista in precedenza, posto che la confisca *ex art. 12-sexies* è una misura *post delictum* e presenta elementi di inequivocabile carattere sanzionatorio, prima fra tutti l'obbligatorietà, con conseguente irrilevanza della pericolosità²⁷⁶.

Ciononostante, la giurisprudenza prevalente, con l'avallo delle Sezioni unite, ha negato la natura puramente sanzionatoria di questa confisca, riconducendola nella categoria delle misure di sicurezza patrimoniali miranti alla neutralizzazione di cose pericolose, cui va

²⁷⁵ Anche in tal caso si è soliti parlare di confisca "allargata", nel senso che consente la confisca anche di beni di cui non sia stato accertato il nesso causale con il reato oggetto di condanna, ma di cui si presume l'origine illecita in virtù del carattere sproporzionato e della mancata giustificazione della loro origine da parte del condannato. Si ricorda che la confisca *ex art. 12-sexies* — come la confisca di prevenzione *ex art. 2-ter* l. n. 575/65 — prevede al comma 2-*ter* la confisca per equivalente (pari all'ammontare del valore dei beni di valore sproporzionato e non giustificati, non più direttamente confiscabili).

²⁷⁶ In tal senso A. BERNASCONI, *La speciale confisca introdotta dal D.L. 20 giugno 1994 n. 339 conv. dalla L. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1420; D. FONDAROLI, *Le ipotesi*, cit., p. 223; G. FORNASARI, *L'ultima manifestazione della cultura del sospetto: il nuovo art. 12-sexies della L. 356/92*, in *Critica del dir.*, 1994, III, p. 17; O. MAZZA, *Commento al D.L. 20/6/1994 n. 399, conv. con modif. dalla L. 8/8/1994 n. 501*, in *Legisl. pen.*, 1995, pp. 32 ss.; E. NICOSIA, *La confisca*, cit., p. 57; E. SQUILLACI, *La confisca «allargata» quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1525.

applicata la disciplina di cui all'art. 240 c.p.²⁷⁷. Sul piano intertemporale ciò comporta l'applicabilità della confisca in questione anche in conseguenza della condanna per fatti commessi prima dell'introduzione nell'ordinamento dell'art. 12-*sexies*, d.l. n. 306/92, o delle altre norme che, successivamente, ne hanno esteso l'ambito applicativo²⁷⁸.

5.2. La natura sanzionatoria della confisca per equivalente.

Nella molteplicità delle figure previste dal nostro ordinamento non sono mancate ipotesi in cui l'istituto della confisca esibisce ancor più chiaramente una struttura e una *ratio* di carattere repressivo-sanzionatorio, tanto che la stessa giurisprudenza nazionale e sovranazionale le ha qualificate come sanzioni di natura penale.

Il riconoscimento della natura punitiva si è avuto con riguardo alle ipotesi di c.d. "confisca per equivalente", che si applica in caso di impossibilità di reperimento dei beni costituenti provento diretto del reato o loro immediato reimpiego: in tal caso la confisca colpisce beni di valore equivalente che si trovino nella disponibilità del reo, anche se privi di un nesso di pertinenzialità (inteso come legame diretto, attuale

²⁷⁷ Si veda, per tutte, Cass., Sez. un., 30 maggio 2001, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 1563 ss.

²⁷⁸ V., da ultimo, Cass., 6 marzo 2009, n. 25096, in *Ced.*, rv. 244355.

e strumentale) col reato²⁷⁹. Secondo la dottrina prevalente, tali figure di confisca sarebbero assimilabili a delle vere e proprie pene accessorie, vista la loro innegabile finalità sanzionatoria e generalpreventiva²⁸⁰.

Tale orientamento è stato di recente confermato dalle Sezioni unite, le quali hanno ribadito che la confisca per equivalente viene ad «assolvere una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è pertanto connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla

²⁷⁹ Sulla confisca per equivalente, v., per tutti, D. FONDAROLI, *Le ipotesi*, cit., pp. 249 ss.

²⁸⁰ *Contra*, A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in *Riv. trim dir. pen. cont.*, 2013, 4, p. 379, secondo cui la confisca per equivalente si limita «a sottrarre l'illecito profitto accertato anche se in forma equivalente, rimanendo, quindi, una forma di riequilibrio economico e non una pena (tranne laddove se ne faccia un uso spropositato da parte della giurisprudenza in contrasto con il principio di legalità e di proporzione)». L'A., invero, mette in risalto l'assurdità per cui il principio di irretroattività si applica alla confisca per equivalente, che si dovrebbe limitare a sottrarre l'illecito profitto accertato, mentre non opera nei riguardi della confisca misura di prevenzione, che colpisce tutti i cespiti patrimoniali di sospetta origine illecita. In tal senso, difatti, non viene negata l'opportunità di «garantire l'irretroattività della confisca per equivalente [...] essendo comunque maggiormente conforme al principio di irretroattività di uno Stato di diritto, come bene evidenziato nel caso *Welch*, che un cittadino possa conoscere prima tutte le conseguenze della sua condotta, tanto più se si considera quell'uso disinvolto della confisca per equivalente che emerge nella prassi giurisprudenziale, che la usa come un *escamotage* per sottrarsi alla prova del nesso causale tra il profitto e il reato o come vera e propria pena patrimoniale nei confronti di tutti i concorrenti».

stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza»²⁸¹.

L'esigenza di neutralizzare l'incremento patrimoniale derivante da alcune categorie di illeciti, legittima, dunque, ove manchi il rinvenimento del "bene" o della "utilità" acquisita tramite il reato, una sorta di «novazione oggettiva» del titolo ablatorio²⁸², trasformando la misura della confisca da misura "preventiva" che aggredisce beni derivanti dal reato, ad una "pena" che può colpire tutte le disponibilità economiche del soggetto.

È proprio in ragione del venir meno del nesso di pertinenzialità col reato che la misura ablatoria assume connotati sanzionatori, il che, a ben vedere, genera qualche perplessità sul piano della legittimità costituzionale, dal momento che si fa dipendere il "passaggio" da misura di sicurezza a pena in ragione del fatto (del tutto casuale) della permanenza o meno dell'oggetto diretto di confisca nel patrimonio del preposto. Al riguardo, infatti, le Sezioni unite dianzi citate hanno avuto modo di chiarire che costituisce "profitto" del reato qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso autore, per cui anche i beni non

²⁸¹ V., Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Ced.*, rv. 264436.

²⁸² L'espressione è di A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2735.

direttamente derivanti dal reato, ad esso sono comunque in qualche modo riconducibili.

Tra le ipotesi di confisca per equivalente merita un cenno quella prevista per i reati tributari in ragione del rinvio all'art. 322 *ter* operato dall'art. 1, comma 143, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244²⁸³. La Suprema Corte, allineandosi all'indirizzo interpretativo consolidatosi negli anni al livello della Corte EDU, considerato che trattasi di misura ablatoria avente ad oggetto denaro e, dunque, un bene in sé "neutro" e non dotato di intrinseca pericolosità, ne ha affermato la natura afflittivo sanzionatoria così escludendone la retroattività ai fatti antecedenti alla novella²⁸⁴.

In giurisprudenza non sono mancati i tentativi di negare tale carattere ed estendere la portata della novella legislativa anche ai reati commessi prima della sua entrata in vigore e sul punto si è reso necessario l'intervento chiarificatore della Consulta che, con due pronunce di manifesta infondatezza, ha posto alcuni importanti paletti a riguardo.

²⁸³ «Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-*bis*, 10-*ter*, 10-*quater* e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-*ter* del codice penale».

²⁸⁴ V. Cass., 24 settembre 2008, n. 39172, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3417.

La Corte costituzionale nella prima sentenza ha richiamato sul punto la giurisprudenza della Suprema Corte che qualifica la “confisca per equivalente” quale misura di carattere sanzionatorio²⁸⁵. Detto ragionamento è stato esplicitato per la seconda volta dalla stessa Corte pochi mesi dopo quando la stessa Corte è dovuta tornare sulla legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 143, della citata legge finanziaria dichiarando anche qui la manifesta infondatezza della questione²⁸⁶. La Consulta ha in tale ipotesi rilevato come la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un rapporto di pertinenzialità, conferiscono all’indicata misura «una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, natura “eminente sanzionatoria”»²⁸⁷.

In conclusione, può ritenersi che la confisca per equivalente – al di là delle singole discipline ove è contemplata – va considerata ontologicamente una pena per la sua natura intrinsecamente sanzionatoria e va assoggettata al regime proprio di qualsiasi sanzione penale (*in primis*, al divieto di retroattività *contra reum*)²⁸⁸.

²⁸⁵ V. Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97.

²⁸⁶ V. Corte cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301.

²⁸⁷ *Ibidem*.

²⁸⁸ Analogamente P. CORSO, La confisca “per equivalente” non è retroattiva, in *Corr. Trib.*, 2009, p. 1779.

La stessa giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente²⁸⁹.

Quanto alle ricadute applicative di carattere intertemporale che reca con sé tale orientamento, va osservato come esso abbia determinato l'inapplicabilità della misura per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della normativa di riferimento, anche nel caso di condotte ad esecuzione prolungata, commesse a cavallo delle entrate in vigore della normativa stessa²⁹⁰.

5.3. La confisca dell'autoveicolo per il reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S.

Questione analoga si è posta con riferimento all'ipotesi di confisca dell'autoveicolo introdotta per la più grave ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza, applicabile in via retroattiva grazie al rinvio alla disciplina delle misure di sicurezza operato dall'art. 186, comma 2,

²⁸⁹ V. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit.

²⁹⁰ V., tra le altre, Cass., 14 giugno 2006, in *Giur. it.*, 2007, p. 966, che ha sancito l'inapplicabilità della confisca per equivalente *ex art. 640-quater* c.p. a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 300/2000, che ha introdotto tale articolo; Cass., 12 dicembre 2006, in *Ced.*, rv. 235814, relativo all'applicabilità della confisca agli enti per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001.

lett. c), del d.lgs. n. 285/1992 (Nuovo codice della strada), come modificato dal legislatore nel 2008²⁹¹.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 196 del 2010, ha ritenuto illegittimo tale regime alla luce delle peculiarità della misura ablativa in questione, ritenuta non assimilabile al modello codicistico disciplinato dall'art. 240 c.p. e alle caratteristiche che “giustificano” l'applicazione del principio del *tempus regit actum*²⁹².

Al di là delle enunciazioni relative al caso di specie, tale sentenza riveste particolare importanza nel tema dell'incidenza della nozione convenzionale di materia penale nel nostro ordinamento in ragione del fatto che, proprio in tale occasione, la Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava [...] il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto». Su tali presupposti, la Corte ha poi precisato che il divieto di retroattività previsto dall'art. 25, co. 2, Cost., data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...»), può essere interpretato nel senso che ogni intervento

²⁹¹ V., tra le altre, Cass., 3 aprile 2009, n. 38179, in *Ced*, rv. 245307.

²⁹² Corte cost., 26 maggio 2010, n. 196, cit.

sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione (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.

Si tratta, come è evidente, di enunciati di primaria rilevanza, che si armonizzano col generale principio, costantemente affermato dalla CEDU, secondo cui, per poter applicare una sanzione, la regola violata deve formare oggetto di una disposizione normativa che presenti i necessari requisiti della “prevedibilità e accessibilità”²⁹³.

La Consulta, in particolare, ha messo in luce la natura repressiva, e non meramente preventiva, dell'ipotesi in esame, riconoscendo il suo carattere “sostanzialmente penale” sulla base di diverse considerazioni: innanzitutto, il fatto che la misura può essere disposta “anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile”, dimostra come la stessa prescindendo dalla sussistenza di una pericolosità oggettiva; in secondo luogo, si è osservato come la sua operatività “non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva” e pertanto alla stessa non

²⁹³ V., *infra*, Cap. II, Sez. I, § 5.3.

può essere riconosciuta una finalità preventiva, bensì una funzione repressiva.

Tale presa di posizione ha avuto ancora una volta conseguenze di non poco momento sul piano intertemporale, visto che essa ha determinato l'operatività degli artt. 7 CEDU e 25 cpv. Cost., con conseguente applicazione del divieto di retroattività.

Il legislatore - dopo la decisione della Consulta e delle Sezioni unite della Cassazione che, sulla stessa linea, hanno confermato il riconoscimento della natura di "pena accessoria" alla stessa misura²⁹⁴ - è tornato su tale speciale ipotesi di confisca con la l. 29 luglio 2010, n. 120, che ha qualificato espressamente la confisca per il reato di guida in stato d'ebbrezza come sanzione *amministrativa* (art. 224-ter C.d.S.).

La giurisprudenza interna non ha tuttavia interpretato il *revirement* del legislatore in maniera del tutto univoca. In alcune sentenze ha preso atto della natura amministrativa e ha applicato la nuova disciplina anche a fatti commessi in precedenza, riconoscendo l'esistenza di una successione di leggi con modifica favorevole cui va applicata la disciplina di cui all'art. 2, co. 4, c.p.²⁹⁵; altre pronunce,

²⁹⁴Cass., Sez. un., 18 giugno 2010, n. 23428, in *DeJure*, pur muovendo dall'analoga ipotesi di confisca prevista per il diverso reato di cui all'art. 186, comma 7, cod. strad., che punisce il rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcoolimetrico.

²⁹⁵ Cfr. Cass., 12 luglio 2011, n. 34459, in *Dir. e giust.*, 30 settembre 2011; Cass., 22 settembre 2010, n. 38570, in *Ced.*, rv. 248650; Cass., 26 ottobre 2010, n. 41564,

specialmente di merito, hanno invece affermato la natura sostanzialmente penale della confisca in questione, al di là della nuova qualificazione normativa adottata dal legislatore²⁹⁶.

5.4. La tormentata evoluzione della c.d. confisca urbanistica tra efficientismo e garanzie individuali.

Altra ipotesi speciale di confisca che ha sollevato e continua a sollevare numerosi problemi sia teorici che applicativi è la confisca c.d. urbanistica di cui all'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001. Tale confisca ha ad oggetto i terreni abusivamente lottizzati e le opere

in *Ced.*, rv. 248456. In argomento cfr. i rilievi di G.L. GATTA – F. VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2010, i quali ritengono che la nuova forma di confisca del veicolo, avente natura amministrativa, non possa essere applicata retroattivamente, pena la violazione dell'art. 1 l. 689/'81, e non più applicabile la confisca penale in quanto abrogata.

²⁹⁶ In questo senso v. Trib. Brescia (sez. riesame), ord. 23 settembre 2010, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Avellino, 18 maggio 2011, *ibidem*. Da ultimo, invece, il Tribunale di Lecce, sez. dist. di Nardò, 10 ottobre 2011, in www.penalecontemporaneo.it, si pronuncia sulla possibilità di applicare la “nuova” confisca amministrativa dell'autoveicolo anche a fatti commessi antecedentemente alla l. 120/2010. Il Tribunale di Lecce, nel porsi il problema del rispetto del principio di irretroattività della sanzione penale, così come sancito in particolare dall'art. 7 CEDU, ritiene che il mutamento di qualificazione della confisca del veicolo (da penale ad amministrativa) ai sensi del diritto interno non ne muta comunque la natura sostanzialmente punitiva e quindi la riconducibilità alla nozione di “penalty” ai sensi dell'art. 7 CEDU, richiamando in tal senso la decisione *Sud Fondi* della Corte EDU. Anche nel caso della confisca dell'autoveicolo, la misura è in effetti applicata da un giudice penale, viene disposta all'esito di un procedimento penale ed è collegata all'accertamento di un reato. Su tale pronuncia v. il commento di C. PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 24 Gennaio 2012.

abusivamente costruite e deve essere obbligatoriamente disposta dal giudice penale con la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva. Attorno a tale figura si sono sollevate questione solo apparentemente settoriali e tecniche, ma in realtà ben più generali e trasversali, che hanno messo in luce le difficoltà del dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU.

Questa figura è stata tradizionalmente concepita dalla giurisprudenza come una sanzione di tipo amministrativo, a carattere reale, che il giudice penale applica (surrogandosi all'autorità amministrativa) in caso di accertamento del reato di lottizzazione abusiva. Tale qualificazione, da taluni indicata quale tipico esempio di "frode delle etichette"²⁹⁷, aveva consentito ad una giurisprudenza incontrastata, da un lato, di disporla anche "senza condanna", ossia anche in caso di intervenuta prescrizione²⁹⁸, essendo all'uopo ritenuto sufficiente l'accertamento della mera materialità dell'illecito; dall'altro, di estenderne l'applicazione anche a destinatari diversi dall'autore del fatto, come gli acquirenti in buona fede del bene abusivamente

²⁹⁷ Così G. GRASSO, *Art. 240 - Confisca*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, Vol. III, *Commentario sistematico del codice penale (II ed.)*, Milano, p. 631.

²⁹⁸ V., tra le altre, Cass., 21 novembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 2817.

lottizzato, ai quali rimaneva soltanto la possibilità di far valere i loro diritti in sede civile²⁹⁹.

L'orientamento della Corte di cassazione nasceva in ragione dei ristretti termini di prescrizione che accompagnano gli illeciti edilizi e della necessità di evitare che anche la misura ablativa potesse essere travolta dalla declaratoria di estinzione del reato. L'applicazione della confisca, in particolare, si rendeva funzionale alla tutela di interessi di rango costituzionale quali ambiente, paesaggio, dell'ordinato assetto del territorio, etc. la cui offesa, in assenza della misura ablatoria, restava nei fatti impunita. È chiaro tuttavia come tali argomenti *efficientistici* – sebbene apprezzabili sul piano politico-criminale - fossero fin troppo fragili rispetto alle opposte ragioni *garantistiche* che in tal modo venivano compromesse: ordinare una confisca “intrinsecamente penale” in assenza di una decisione che accerti la colpevolezza del reo significa applicare una “pena senza responsabilità”, violando il *nullum crimen sine culpa*, e la stessa presunzione di non colpevolezza.

Come facilmente prevedibile, tale granitico orientamento dei giudici di legittimità è caduto sotto la scure della Corte di Strasburgo, in conseguenza delle decisioni prima sull'ammissibilità³⁰⁰ e poi sul

²⁹⁹ V. Cass., 4 dicembre 1995, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, p. 1116.

³⁰⁰ V. Corte EDU, 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3503 - 3504, con nota di A. BALSAMO, *La speciale confisca contro*

merito³⁰¹ nel caso *Sud Fondi c. Italia*, relativo alla nota vicenda dell'“ecomostro” di Punta Perrotti ove, in applicazione dei criteri *Engel*, si è riconosciuta la natura punitiva della figura in esame e, dunque, la sua appartenenza al concetto di “materia penale” elaborato in sede convenzionale. Tale sentenza - le cui conclusioni sono state ribadite dalla stessa Corte nella più recente sentenza *Varvara*³⁰² - hanno difatti messo in luce come non poteva disconoscersi la natura sanzionatoria ad una misura applicata da un giudice penale in conseguenza della commissione di un fatto di reato e che risulta particolarmente afflittiva nei confronti del diritto di proprietà. La finalità punitiva nei confronti del trasgressore si rende particolarmente evidente anche in ragione della circostanza secondo cui essa colpisce non solo i manufatti abusivi (il

la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea, ivi, pp. 3504 ss.; al riguardo, v. anche F. MAZZACUVA, *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.

³⁰¹ V. Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3179, con nota di A. BALSAMO – C. PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, *ivi*, pp. 3183 ss.

³⁰² Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1392 ss., con nota di A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, *ivi*, p. 1396 ss.; F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013. La questione riguardava l'applicazione della confisca urbanistica non più mediante una sentenza di assoluzione (come nel caso *Sud Fondi*), bensì mediante una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione. Secondo F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 282, le conclusioni di tale sentenza si pongono in continuità con la giurisprudenza di Strasburgo, specialmente con la pronuncia della Corte EDU, 25 settembre 2008, *Parapaniaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06. Di diverso avviso A. BALSAMO, *La Corte europea*, *cit.*, pp. 1395 ss.

che potrebbe essere coerente con una logica ripristinatoria), ma anche i terreni ineditati. Sulla base di tali presupposti, gli stessi giudici di Strasburgo hanno individuato quale requisito necessario per disporre la confisca urbanistica – così come ogni sanzione “intrinsecamente punitiva” – l'accertamento di un “legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”, ovvero la necessità di un'imputazione soggettiva (dolosa o colposa) del fatto. La giurisdizione penale italiana aveva dunque violato le garanzie di cui all'art. 7 CEDU, disponendo la confisca dei terreni e dei manufatti nonostante l'avvenuta assoluzione (per difetto di elemento soggettivo) degli imputati, che pure la Cassazione aveva ritenuto versassero in una situazione di errore inevitabile sulla legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. Secondo la Corte europea, una sanzione “penale” non può essere irrogata con una sentenza di assoluzione, nella quale si riconosca che il precetto era *ex ante* inconoscibile per i suoi destinatari. Come si vedrà meglio in seguito, l'art 7 CEDU richiede che la norma penale sia formulata in modo da rendere ragionevolmente prevedibile per il cittadino la possibilità di essere assoggettato alla pena³⁰³.

³⁰³ Gli aspetti della “prevedibilità” delle conseguenze penali della propria condotta e dell’“accessibilità” del precetto quali requisiti necessari per garantire il rispetto dell'art. 7 CEDU verranno meglio approfonditi *infra*, Cap. III.

A seguito degli interventi della Corte europea, la Corte di Cassazione si ribella apertamente a questi principi e solleva questione di legittimità costituzionale - sollecitando addirittura la Corte costituzionale ad azionare i “controlimiti” evocati nelle sentenze gemelle n. 348 e 349/2007, rispetto al principio del rispetto degli obblighi discendenti dalla Convenzione consacrato nell’art. 117 co. 1 Cost. - sul presupposto che, una volta accertato un fatto di lottizzazione abusiva, vietare al giudice penale italiano di procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati per via dell’intervenuta prescrizione comporterebbe l’attribuzione di un ingiustificato predominio al diritto di proprietà, riconosciuto e tutelato nell’ordinamento costituzionale italiano soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” (art. 41 Cost.), rispetto all’intera gamma di controinteressi, di rango prevalente nell’ottica costituzionale, sottesi alla normativa di cui è questione, determinandone così il loro definitivo sacrificio³⁰⁴.

³⁰⁴ Più in particolare, la Cassazione solleva «questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza Varvara) nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo comma, Cost. – i quali impongono che il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà – in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella Cedu

Altra questione è stata proposta dal Tribunale di Teramo, che tuttavia, in senso contrario, denunciava l'illegittimità della norma domestica - alla luce del "diritto vivente" della Corte di cassazione, ritenuto peraltro perfettamente in linea con la *littera legis* dell'art. 44, comma 2, cit. (e pertanto non emendabile in via interpretativa) - oggetto di impugnazione «nella parte in cui consente che l'accertamento nei confronti dell'imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell'obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione»³⁰⁵.

La Corte costituzionale, intervenuta con la sentenza n. 49 del 2015³⁰⁶, dichiara inammissibile la questione³⁰⁷, ma lo fa con un

e gli altri nella Costituzione italiana»: Cass. pen., ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it.

³⁰⁵Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, *ivi*, 8 giugno 2014.

³⁰⁶Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Per alcune considerazioni, a prima lettura, si veda in senso adesivo M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015; su posizioni critiche, invece, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015 e, tra i costituzionalisti, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in www.giurcost.org, 1° aprile 2015.

³⁰⁷Sui diversi motivi che hanno condotto alla pronuncia di inammissibilità v. l'ampia analisi di V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma*

ordinanza ricca di spunti interpretativi. I giudici della Consulta, in tale occasione, mettono in luce il rischio di un uso arbitrario e selettivo dei precedenti, fornendo precise indicazioni all'interprete per gestire correttamente la giurisprudenza-fonte di Strasburgo. In linea generale, si afferma che il giudice deve verificare la correttezza “sistematica” dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo, le cui pronunce sono comunque soggette ai canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, quando di esse «non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto». Diviene allora importante evitare di “importare” un principio affermato in una pronuncia ma disatteso in altre, selezionando così un orientamento non univoco ed incontrastato o un precedente non autorevole o “privo di forza”³⁰⁸.

Tali suggerimenti vanno a costituire un vero e proprio *vademecum* sulla gestione della giurisprudenza-fonte delle Corti

e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2204 ss.

³⁰⁸ V. MANES, *op. ult. cit.*, pp. 2210 richiama la fallacia logica del c.d. *cherry-picking*, considerata una forma di “attenzione selettiva” (che ovviamente può essere anche non intenzionale), consistente nel focalizzarsi su casi individuali o dati che sembrano confermare una determinata posizione, ignorando tuttavia una porzione significativa di casi (o dati) relazionati ai primi che, viceversa, possono contraddire quella posizione (come la cernita delle ciliegie da un cestino, che – cadendo ovviamente su quelle “migliori” – può ingannare un osservatore che veda solo i frutti scelti sullo stato di conservazione delle rimanenti).

europee, quanto mai opportuno vista l'ingente mole di decisioni delle Corti europee che l'interprete nazionale è chiamato a "maneggiare".

6. Meriti e limiti della nozione sostanziale di materia penale.

Volendo tirare le fila di quanto fin qui esposto, va innanzitutto ribadito come la Corte EDU, introducendo una nozione autonoma di "materia penale", non abbia negato agli Stati membri la possibilità di utilizzare strumenti alternativi al diritto penale per disciplinare la classificazione di (e la "reazione a") determinate offese; ha tuttavia stabilito che, nel fare questo, vadano riconosciuti tutti i diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Al fine di stabilire la sussistenza di una "accusa in materia penale", si è poi visto come gli originari criteri *Engel*, che tutt'ora costituiscono un valido riferimento, abbiano avuto una progressiva specificazione, ottenuta anche attraverso l'elaborazione di ulteriori sotto-criteri e di più precise direttrici interpretative. Si è difatti potuto apprezzare come tali criteri (qualificazione giuridica della misura nel diritto nazionale; natura dell'infrazione; natura e il grado di severità della "sanzione"), siano stati via via implementati ed affiancati da più puntuali riferimenti alla generalità o la specificità del gruppo cui la

misura è rivolta; alla natura pubblica dell'organo deputato al procedimento e la natura giurisdizionale di quest'ultimo; al modo in cui procedimenti simili sono disciplinati in altri Paesi del Consiglio d'Europa.

L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo ha tuttavia dimostrato che l'elemento determinante nelle scelte qualificatorie della Corte è quello finalistico, ritenendosi necessaria, ai fini del riconoscimento della natura penalistica di una data misura, la possibilità di ricostruire in termini di “dissuasione” e “repressione” la scelta sanzionatoria operata dal legislatore.

Non viene invece assegnata alcuna rilevanza ad argomenti che potrebbero portare a escludere la natura penale in ragione di obiettivi di efficienza della pubblica amministrazione o in ragione della sua pretesa essenzialità per interessi supremi dello Stato³⁰⁹.

Questo approccio ha avuto senz'altro il merito di indurre le Corti ed i legislatori nazionali a mettere in discussione le proprie determinazioni su tutta una serie di istituti la cui qualificazione pareva

³⁰⁹ Su questa linea, la Corte EDU, occupandosi di sanzioni tributarie, ha di recente osservato che: «per quanto non vi siano dubbi sull'importanza della tassazione per l'efficace funzionamento dello Stato, la Corte non è convinta che la rimozione delle garanzie procedurali nell'imposizione di sanzioni punitive in questa sfera sarebbe necessaria per garantire l'efficacia del Sistema fiscale ovvero potrebbe ritenersi coerente con lo spirito e gli obiettivi della Convenzione». Corte EDU, 9 aprile 2013, *Cecchetti c. San Marino*, ric. n. 4017/08, § 22.

rispondere perlopiù a logiche di tipo “efficientista”, che finivano per marginalizzare (*rectius*: eludere) le garanzie del singolo.

Beninteso, con tali rilievi non si intende affermare l’assenza di criticità della nozione “sostanziale”, né l’adesione cieca ed incondizionata ad un approccio siffatto; si è difatti in proposito già rilevato che anche i criteri di natura sostanziale elaborati a Strasburgo si rivelino spesso estremamente sfuggenti, prestandosi a molteplici interpretazioni che possono portare a soluzioni molto diverse tra loro.

Tuttavia, al netto delle difficoltà dogmatiche e applicative correlate al recepimento della nozione sostanziale di reato nel nostro ordinamento, alla giurisprudenza di Strasburgo va riconosciuto il merito di aver contribuito in maniera importante al disvelamento e alla censura dei casi di c.d. “truffa delle etichette” presenti nelle legislazioni interne e di aver ristabilito un concetto unanimemente condiviso - ma troppo spesso violato dalla prassi legislativa - qual è quello del rapporto di proporzionalità diretta che deve sussistere tra il grado di severità della sanzione e il livello di garanzie del singolo, coniugando così al meglio le esigenze di efficienza e garanzia che stanno alla base di ogni manifestazione dell’esercizio della potestà punitiva.

Sezione II

DIRITTO INTERTEMPORALE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

1. Lo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative.

Dalle pronunce della Corte EDU sin qui analizzate possono trarsi due conclusioni di massima: 1) innanzitutto il ristabilimento della naturale proporzione tra il grado di afflittività delle sanzioni ed il livello di garanzie applicabili; 2) in secondo luogo, il sostanziale superamento della distinzione tra pena e sanzione punitiva amministrativa, ottenuto attraverso la riconduzione all'interno del medesimo *genus* di tutte le misure di carattere punitivo-repressivo.

Se il primo dato può ritenersi in sostanziale continuità con la nostra tradizione giuridica³¹⁰, conseguenze ben più dirompenti può avere il superamento della distinzione tra pena e sanzione amministrativa, che determina, in primo luogo, l'estensione a quest'ultima delle garanzie convenzionali che tradizionalmente sono state riservate alla prima.

L'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni punitive amministrative operata caso per caso dalla Corte di Strasburgo, sollecita tuttavia una riflessione – ormai non più posticipabile – anche sullo

³¹⁰ Basti pensare al corredo di garanzie previste unicamente nei confronti della sanzione penale proprio in ragione della sua maggiore afflittività.

stesso statuto costituzionale di tali sanzioni. A tal fine, si rende necessario verificare i limiti applicativi degli art. 25, co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.³¹¹, da sempre riservati alle sanzioni (formalmente) penali³¹², ma che in chiave “sostanzialista” potrebbero estendere la loro operatività anche alle sanzioni amministrative di carattere punitivo.

Prima ancora di analizzare la disciplina costituzionale, va considerato che nel nostro ordinamento, il legislatore, almeno dalla legge n. 689/1981 in avanti, ha voluto isolare all'interno del *mare magnum* degli illeciti amministrativi una specifica categoria “punitiva”, dotandola di apposita disciplina normativa³¹³. La legge n. 689/1981,

³¹¹ Con riguardo all'art. 25 co. 2 si rinvia, per tutti, a F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., pp. 1349 ss.; ID, *sub* art. 25 commi 2 e 3 Cost., in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 294. Con riferimento all'art. 27, co. 3, si veda G. FIANDACA, *sub* art 27 commi 3 e 4, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 333 ss.

³¹² Emblematiche, in questo senso, le osservazioni di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 191, il quale segnalava il rischio di elusione della disciplina dettata dall'art. 25 Cost. in ragione della possibilità per il legislatore di qualificare come extrapenale anche una disciplina che invece presenta tutti i caratteri propriamente penalisti. Ciò dimostra come la citata norma costituzionale si ritenesse di pertinenza esclusiva del diritto penale e non potesse applicarsi alle sanzioni amministrative.

³¹³ Si ricorda che la scienza penalistica italiana del primo '900, di fronte alle prime teorizzazioni del c.d. diritto penale amministrativo da parte della letteratura tedesca (*Verwaltungsstrafrecht*), negava l'esistenza di un *tertium genus* da aggiungere alle sanzioni ripristinatorie (di natura privatistica) e dissuasive (di natura penale). Interessante la ricostruzione storica del dibattito operata da G. LICCI, *Figure del diritto penale: il sistema italiano*, Torino, 2013, pp. 65 ss. La dottrina amministrativista, viceversa, ha sempre riscontrato la sussistenza della categoria degli illeciti amministrativi punitivi che va a distinguersi dagli illeciti disciplinari o connessi a sanzioni amministrative di carattere riparatorio e ripristinatorio: cfr. M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, pp. 31 ss. Già prima della legge n. 689/81: E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 126; L.

come noto, nel fare ciò, ha trasposto alcuni principi tipici del diritto penale nell'ambito delle violazioni amministrative, decretando il riconoscimento (anche sul piano legislativo) della sostanziale omogeneità ontologica e teleologica tra la sanzione penale e quella amministrativa.

Si è in tal modo preso atto che le sanzioni punitive amministrative, al pari di quelle penali in senso stretto e differentemente da quelle civili, si caratterizzano per il fatto di non arrecare alcuna utilità immediata e diretta per gli interessi offesi dall'illecito: sono difatti limitazioni dei diritti del cittadino il cui scopo immediato è quello di esercitare un'efficacia deterrente sui cittadini attraverso la minaccia di una sofferenza. Esse mostrano, dunque, una chiara natura afflittiva e forti elementi di continuità con talune fattispecie contravvenzionali di carattere penale³¹⁴.

RASTELLO, voce *Sanzioni tributarie*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, 1969, p. 621, che distingue tra “pene amministrative” e “sanzioni amministrative propriamente dette”. Recentemente, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni interdittive*, in A. Cagnazzo-S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa, Principi generali*, Torino, 2012, pp. 344 ss.; F. PELLIZZER - E. BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in AA. VV., *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 4 ss. Per la dottrina penalista più recente v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, pp. 25 ss., che parla di “diritto penale amministrativo” e di “sanzione penale amministrativa”, distinguendola dalla “vera e propria sanzione amministrativa”.

³¹⁴ Si pensi, in primo luogo, al vasto numero di delitti-ostacolo sparsi nella legislazione speciale e soprattutto alle contravvenzioni obblabili.

All'emancipazione legislativa avutasi sul piano della legge ordinaria non è tuttavia corrisposto il medesimo "salto di qualità" sul piano costituzionale, ove alle sanzioni punitive amministrative continua ad applicarsi il regime previsto per le comuni previsioni amministrative. L'orientamento tradizionale ha sempre individuato quale copertura costituzionale dell'apparato sanzionatorio amministrativo gli artt. 23 e 97 Cost. Gli stessi giudici della Consulta hanno difatti mantenuto fermo nel tempo l'assunto secondo cui «l'illecito amministrativo e, *per relationem*, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale»³¹⁵.

Tutt'altro che irrilevanti le conseguenze che si determinano sul piano della disciplina applicabile, basti pensare che l'art. 23 Cost., come si evince dal tenore letterale della disposizione, non prevede il divieto di retroattività sfavorevole, ma si limita soltanto a sancire che eventuali

³¹⁵ Cfr. Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159. Sulla stessa linea, le posizioni nel tempo espresse dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato, che hanno da sempre ritenuto operante il principio dell'irretroattività delle disposizioni che introducono sanzioni amministrative, ma con l'esclusione della possibilità di applicare la sanzione sopravvenuta eventualmente più favorevole. Sia i giudici ordinari che amministrativi non fanno tuttavia alcun riferimento a parametri costituzionali, ma richiamano esclusivamente le norme contenute nella l. n. 689 del 1981, la quale, essendo una legge ordinaria, può in ogni momento essere derogata da una successiva fonte di pari grado. Per la giurisprudenza ordinaria v. Cass. civ., 20 gennaio 2010, n. 944, in *DeJure*. Per quella amministrativa Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4992, in *DeJure*.

prestazioni personali o patrimoniali debbano avere la propria fonte nella legge³¹⁶.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno perciò negato la possibilità di estendere le garanzie costituzionali previste per la materia penale al terreno delle sanzioni amministrative, e ciò sulla base di una pluralità di argomenti.

In primo luogo, con riguardo all'art. 25 Cost., il collegamento tra il secondo ed il terzo comma (relativo alle misure di sicurezza) è stato ritenuto indicativo del fatto che il secondo comma si riferisce unicamente alla sanzione criminale *stricto sensu*; allo stesso modo, il collegamento con l'art. 27, commi 1 e 3, escluderebbe la riferibilità dell'art. 25 a norme e sanzioni che non perseguono una finalità rieducativa. Si osservava poi che l'estensione dell'art. 25 co. 2 alle sanzioni amministrative priverebbe di *ratio*, quanto all'affermazione della riserva di legge (relativa), gli art. 23 e 97 Cost. e, oltretutto, essendo una riserva statale, non consentirebbe più agli enti locali di

³¹⁶ Un richiamo all'art. 25, co. 2, Cost. con riguardo alle sanzioni amministrative è invero contenuto nella sentenza della Corte costituzionale del 3 luglio 1967, n. 78, ma solo sotto il profilo della riserva di legge che, peraltro, come si è visto, è già desumibile dallo stesso art. 23 Cost.

dettare sanzioni amministrative, circostanza a dir poco “disagevole” sul piano ordinamentale³¹⁷.

Sulla stessa linea argomentativa, anche la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che il principio della irretroattività delle leggi è stato costituzionalizzato soltanto con riguardo alla materia penale, mentre per le restanti materie ha rango ordinario³¹⁸. L'esclusione delle sanzioni amministrative dalla sfera di applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost. ha così reso legittima la possibilità per il legislatore di prevedere la portata retroattiva di sanzioni amministrative di nuova introduzione.

Analogamente, con riguardo poi alla retroattività favorevole, si ritiene che la retroazione delle norme più vantaggiose per l'autore dell'illecito sia «disciplina a carattere eccezionale, peculiare del diritto penale positivo», in nessun modo estensibile alla sfera degli illeciti amministrativi³¹⁹.

³¹⁷ Per un'analisi dei diversi argomenti sollevati a favore e contro l'estensione dell'art. 25, co. 2 Cost. alle sanzioni amministrative si veda F. BRICOLA, *sub art. 25* commi 2 e 3 Cost., in *Rapporti civili, Commentario della Costituzione*, cit., p. 227 e, in particolare, pp. 296 ss.

³¹⁸ Cfr., tra le altre, Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68, cit.

³¹⁹ Di tale avviso, tra gli altri, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, p. 148 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità*, cit., pp. 1381 ss.; C. E. PALIERO - A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 174 ss.; B. ROMANO, *Il rapporto*, cit., p. 125.

Tali conclusioni, per le ragioni esplicitate in premessa, meritano tuttavia di essere quantomeno rimesse in discussione; sarebbe a dir poco singolare ritenere che le sanzioni amministrative di tipo afflittivo cambino la loro natura (ed il loro regime) a seconda del giudice che le deve applicare, presentandosi come vere e proprie sanzioni penali a Strasburgo e come normali previsioni amministrative davanti ai giudici nazionali. Potrebbe sul punto obiettarsi che l'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative ne frustrerebbe l'efficienza e la funzionalità, perché sarebbe certamente più deterrente (e, dunque, maggiormente preventivo) un sistema sanzionatorio fondato su forme di responsabilità oggettiva o comunque su requisiti di legalità meno stringenti. Tali esigenze potrebbero tuttavia passare in secondo piano di fronte alla più stringente necessità di valorizzare la posizione del soggetto destinatario, che vedrebbe applicarsi una misura sostanzialmente penale senza le opportune garanzie di riferimento. Senza contare che preservare l'efficacia deterrente della sanzione non rappresenta necessariamente un bene, specie in settori ove è in gioco la libertà dell'iniziativa economica privata.

Nella prospettiva dell'allargamento dei margini applicativi dell'art. 25, co. 2, Cost. pare invero essersi collocata la Corte costituzionale con la già citata pronuncia n. 196 del 2010 relativa alla

confisca del veicolo³²⁰. È stato già osservato come tale pronuncia, richiamando la nozione sostanziale di materia penale elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, abbia rilevato come lo stesso art. 25, co. 2, Cost., data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...»), possa essere interpretato nel senso che «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»³²¹.

³²⁰ V. *retro*, Cap. II, Sez. I, § 5.3.

³²¹ *Ibidem*. A favore di un'estensione dell'art. 25, co. 2, Cost. alle sanzioni amministrative si era già registrata qualche voce sia nella dottrina penalista che in quella amministrativista. Tra i penalisti, v. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 63; ID, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione penale*, in *Ind. pen.*, 1982, pp. 79 ss. Per la dottrina amministrativista v. M.A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 81 ss., il quale riteneva applicabili anche alle sanzioni amministrative la disciplina della successione nel tempo delle leggi penali, affermando che «una più ampia lettura del principio enunciato dall'art. 25 Cost. [...] consente peraltro di intendere implicitamente riconosciuto in un più lato concetto di garanzia di legalità della pena anche il suddetto ulteriore significato di garanzia di non punibilità per un fatto che, al tempo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, non sarebbe più passibile di pena. Analogo ragionamento deve farsi per quanto attiene alla applicabilità della legge più favorevole nel caso di cui al 3° co. (oggi 4° co.), intendendosi in questa ipotesi che il limite temporale [...] sia costituito dall'inoppugnabilità della sanzione amministrativa». In termini analoghi ID, voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1993, p. 7; V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 237. *Contra*, tra gli altri, C.E. PALIERO - A. TRAVI, *op. ult. cit.*, pp. 173 ss.

La traccia segnata dalla sentenza appena citata non è stata tuttavia seguita convintamente dalla giurisprudenza costituzionale successiva. Pochi mesi dopo, con riguardo al principio di irretroattività, è stata difatti la stessa Consulta ad affermare che: «Al legislatore ordinario [...] non è inibita l'adozione di norme retroattive, al di fuori della materia penale, qualora ciò trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti»³²². Allo stesso modo, in altre pronunce si è ritenuto operante il principio di legalità (*sub specie* irretroattività) in

³²² V. Corte cost., 23 marzo 2011, n. 93, § 4.3. In realtà, secondo parte della dottrina, tra cui v. P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, p. 5 in nota, da tale affermazione non può ricavarsi un cambio di orientamento della Corte. In proposito si osserva che: «innanzitutto, la pronuncia riguardava una norma retroattiva di favore e la stessa Corte aggiungeva che “Nel caso in esame, avendo la legge n. 244 del 2007 limitato, per il futuro, i casi nei quali può essere irrogata la sanzione per la violazione dell'obbligo di fornire i dati statistici, la successiva scelta di attenuare il rigore della disciplina anche per il passato non è in sé irragionevole [...]”. In secondo luogo, trattasi di un mero *obiter dictum*: la locuzione “fuori della materia penale” appare un mero ossequio alla tradizione, da intendersi, invece, in sostanza, come “al di fuori di ogni intervento sanzionatorio”. Inoltre, nello specifico, la Corte stava verificando la compatibilità di una norma con l'art. 101 Cost. e con il giudicato. Ancora: trattasi di frase ellittica, che non consente di trarre alcuna conseguenza precisa (tanto che, in realtà, com'è noto, il legislatore può approvare norme retroattive anche in materia penale, quando trattasi di norme *in bonam partem*). Infine, non appare credibile che la Corte abbia mutato orientamento così repentinamente». Ad ogni modo, molto più audace è stata sul punto la giurisprudenza amministrativa. Si segnalano a riguardo talune interessanti pronunce del Tar Lazio ove si è fatto esplicito riferimento all'art. 25, co. 2, Cost. per statuire l'illegittimità di previsioni sanzioni “amministrative” retroattive. Il caso riguardava delle (pesanti) sanzioni che il Gestore dei Servizi Energetici (GSE) aveva irrogato alle aziende del settore fotovoltaico ai sensi dell'art. 43 del d. lgs. n. 28 del 2011. TAR Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 15 novembre 2012, nn. 679/2013, 681/2013 e 682/2013, depositate in data 21 gennaio 2013, reperibili in *DeJure*.

materia di sanzioni amministrative accessorie a una sanzione penale, ma facendo riferimento al solo art. 1 della l. n. 689 del 1981, senza però menzionare alcun parametro costituzionale³²³.

Anche con riguardo all'applicabilità del principio di personalità, la giurisprudenza costituzionale sta manifestando qualche timido segnale che va nella direzione di una sua estensione alle sanzioni amministrative. Un primo indice in tal senso può cogliersi nella sentenza n. 27 del 2005 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 126-*bis*, comma 2, del d. lgs. n. 285 del 1992 (Codice della strada), nella parte in cui assoggetta il proprietario del veicolo alla sanzione della decurtazione dei punti della patente quando ometta di comunicare all'Autorità amministrativa procedente le generalità del conducente che abbia commesso l'infrazione. L'aspetto rilevante della pronuncia è nel riferimento fatto dai giudici al principio di personalità della sanzione (nonostante non venga espressamente menzionato l'art. 27 Cost.)³²⁴. Richiamando tale principio, la Corte sottolinea come una misura sanzionatoria particolarmente afflittiva - quale quella oggetto della sentenza - non può essere posta a carico di un soggetto che non sia anche il responsabile dell'infrazione. La Corte, infatti, da un lato ha ritenuto

³²³ Così l'ordinanza della Consulta del 2 aprile 2012, n. 82 relativa alla sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida.

³²⁴ Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27.

fondate le censure di violazione dell'art. 3 Cost. per il profilo dell'irragionevolezza della disposizione; dall'altro, richiamando l'art. 3 della l. n. 689 del 1981 e il carattere «generale» del principio della personalità della responsabilità amministrativa, ha affermato che «nella fattispecie ipotizzata [...] assume preponderante rilievo il “carattere schiettamente personale della sanzione” e la sua “natura afflittiva”»³²⁵.

Ben più significative sono le conclusioni cui è giunta la Corte nella successiva sentenza n. 118 del 2011³²⁶. Tale sentenza, sempre riferendosi all'apparato delle sanzioni amministrative disposte nel codice della strada, ha dichiarato l'infondatezza della questione, sollevata anche con riguardo all'art. 27 Cost., giustificando una tale conclusione in ragione del fatto che la sanzione amministrativa che veniva posta in discussione non era da ritenersi comminata sulla base di una responsabilità per fatto altrui e, quindi, di carattere oggettivo. La Corte, pertanto, non dichiara la questione di legittimità costituzionale inammissibile (come avrebbe dovuto fare ove avesse ritenuto l'art. 27 non applicabile alle sanzioni amministrative), ma la rigetta nel merito ritenendo che la norma di sospetta illegittimità conforme al disposto costituzionale.

³²⁵ Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27, § 9.2.2. del «Considerato in diritto».

³²⁶ V. Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113, cit.

La Consulta, seppur in modo piuttosto timido, pare dunque avvicinarsi progressivamente al recepimento del modello convenzionale unitario. La proliferazione di sanzioni punitive nel nostro ordinamento e il carattere marcatamente afflittivo che ne caratterizza in misura sempre maggiore la portata induce a guardare con favore all'estensione a tale sistema dei principi costituzionali (*rectius*: irretroattività e personalità) che tradizionalmente sono stati considerati appannaggio esclusivo del diritto criminale. Interpretazioni di segno opposto, specie alla luce delle posizioni espresse negli altri ordinamenti³²⁷ oltre che in sede europea, paiono oggi del tutto anacronistiche.

Non può invece considerarsi al momento ammissibile l'estensione alle sanzioni amministrative dei principi di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Vi è difatti in dottrina sostanziale concordia nel ritenere che le prescrizioni ivi contenute (divieto di trattamenti contrari al senso d'umanità e della pena di morte, finalismo rieducativo della pena) «sono state concepite in considerazione del nucleo “forte” e storicamente consolidato del diritto punitivo criminale e non possono riguardare le più miti pretese del diritto punitivo amministrativo»³²⁸.

³²⁷ V., *supra*, Cap. I, Sez. I, § 3.1.

³²⁸ Così G. DE VERO, *op. ult. cit.*, p. 51.

Tale stato di cose non pare possa essere sovvertito dal recepimento della nozione sostanziale di materia penale, posto che la riconduzione delle pene e delle sanzioni amministrative all'interno del medesimo *genus* non può comunque condurci ad un'integrale assimilazione tra le due misure. Gli elementi distintivi restano difatti molteplici e di non poco momento, basti pensare al fatto che la sanzione penale rimane comunque l'unica a poter incidere sulla libertà personale ed è accompagnata, inevitabilmente, da un maggiore stigma sociale³²⁹. Se la riconosciuta dimensione afflittiva del diritto punitivo amministrativo ci porta a ritenere compatibili con esso le componenti “negative” della prevenzione generale e speciale (rispettivamente, la minaccia e l'effetto intimidatorio-monitorio)³³⁰, la complessiva “mitezza” di dette sanzioni ne esclude le componenti positive (funzione pedagogica di orientamento culturale e di risocializzazione-rieducazione) con conseguente non operatività del precetto costituzionale dell'art. 27, co. 3, Cost³³¹.

³²⁹ Tale diversità può cogliersi non solo nelle discipline amministrativistiche settoriali, ma anche nella stessa L. n. 689/1981, basti pensare alla previsione di forme di responsabilità “anomala” (artt. 2, co. 2, e 6); alla peculiare disciplina della prescrizione (art. 28) e, ovviamente, alla rimessione della potestà sanzionatoria all'Autorità amministrativa, anche se — su istanza dell'interessato — è previsto un successivo controllo giurisdizionale (si tratta però di giurisdizione civile o in taluni casi amministrativa, non certo penale, salvi i casi di connessione con un reato).

³³⁰ Analogamente, G. DE VERO, *op. ult. cit.*, pp. 52-53.

³³¹ *Ibidem.*

2. La retroattività favorevole nelle sanzioni amministrative.

Alla luce di tali considerazioni, occorre adesso interrogarsi sull'applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative e, in caso di risposta affermativa, sulla sua forza di resistenza rispetto ad eventuali deroghe perpetrate per via legislativa.

Come si è osservato nel capitolo iniziale³³², la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza costituzionale individuano quale fondamento della retroattività *in mitius* unicamente il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sul presupposto che questa disposizione, vietando ogni forma di irragionevole discriminazione tra situazioni omogenee, garantisca la parità di trattamento sanzionatorio tra fatti uguali commessi in momenti diversi.

Si è tuttavia avuto modo di obiettare che il richiamo al principio di uguaglianza quale unico cardine della retroattività della *lex mitior*, si riveli piuttosto riduttivo, poiché pare non tenere conto della dimensione “personalistica” della pena, che reclama una maggiore attenzione verso il profilo “rieducativo” della stessa. Di conseguenza, si è mostrata

³³² V., *supra*, Cap. I, Sez. II, § 2.2.

adesione verso l'orientamento che alle ragioni di equità e ragionevolezza poste a fondamento della retroattività della legge più favorevole, che rimangono certamente valide, aggiunge un più specifico riferimento al finalismo rieducativo della pena *ex art. 27, co. 3 Cost.* Le ricadute di un simile approccio sono tutt'altro che marginali, posto che in base all'orientamento maggioritario vengono ammesse limitazioni o deroghe al principio di retroattività favorevole se sorrette da “giustificazioni ragionevoli”; il richiamo al “finalismo rieducativo”, invece, consentirebbe di affermarne l'assoluta inderogabilità del principio *de quo*³³³.

Ciò premesso, ritornando sulla questione relativa al riconoscimento del principio di retroattività della *lex mitior* anche nei confronti delle sanzioni amministrative, va osservato che l'estraneità di tali sanzioni al finalismo rieducativo non ne esclude l'operatività, né il rango costituzionale. Si noti difatti che, quanto alla sua operatività, non ha motivo per essere negata visto che la retroattività favorevole rientra ormai a pieno titolo nell'art. 7 CEDU e tale norma (con tutti i suoi corollari) si applica a tutte le sanzioni afflittive, quindi anche alle sanzioni punitive amministrative; quanto al rango da riconoscergli, il

³³³ Sul punto si rimanda alle osservazioni già svolte *supra*, Cap. I, Sez. II, § 3.

venire meno della copertura costituzionale dell'art. 27, comma 3 non determina automaticamente il riconoscimento della natura "ordinaria" del principio, posto che comunque residua la copertura costituzionale dell'art. 3 Cost. che, peraltro, è l'unica norma che la giurisprudenza costituzionale ritiene essere alla base della retroattività *in mitius*.

Da ciò ne consegue che la retroattività favorevole può ritenersi principio di rango costituzionale anche in materia di sanzioni amministrative, ma che non opera certamente in senso assoluto, trovando il limite della "ragionevole derogabilità".

Si segnala, tuttavia, che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 193 del 2016, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. n. 689/1981, per contrasto con gli artt. 117 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, e 3 Cost., nella parte in cui non prevede l'applicazione della legge successiva più favorevole agli autori di illeciti amministrativi. La Consulta, in proposito ha affermato che: «non si rinviene nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative» e che «in

riferimento all'art. 3 Cost., la costante giurisprudenza di questa Corte [...] ha affermato che in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore - nel rispetto del limite della ragionevolezza - modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina»³³⁴.

La perentorietà delle affermazioni della Corte può tuttavia essere “smorzata” osservando che il quesito cui essa era chiamata a rispondere atteneva ad un presunto obbligo di applicazione *generalizzata* del principio di retroattività della legge più favorevole all'intero sistema delle sanzioni amministrative. In questo caso, pertanto, l'affermazione della Consulta non può che essere condivisa, posto che le garanzie penalistiche non possono estendersi all'intero sistema sanzionatorio amministrativo, ma, eventualmente, alle sanzioni amministrative che hanno carattere punitivo. È difatti la stessa sentenza a riconoscere la possibilità che *singole disposizioni* sanzionatorie amministrative più favorevoli all'agente vengano applicate retroattivamente qualora l'interprete riconosca la loro natura sostanzialmente penale.

³³⁴ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, § 3.6 ss. del «Considerato in diritto».

Tale puntualizzazione pare dunque dimostrare che, una volta riconosciuto che le sanzioni penali e quelle punitive amministrative appartengono al medesimo *genus*, non vi è ragione alcuna per escludere l'operatività del principio di retroattività della legge più favorevole anche nei confronti delle sanzioni solo formalmente amministrative.

3. Disciplina intertemporale degli interventi di depenalizzazione.

Quando si parla di “depenalizzazione” si fa comunemente riferimento alle ipotesi in cui la norma incriminatrice viene integralmente o parzialmente sostituita dalla norma sanzionatoria amministrativa, realizzandosi dunque una perpetrazione della rilevanza dell'illecito, anche se esso non costituisce più reato (c.d. successione impropria)³³⁵.

³³⁵ Si rammenta, tuttavia, come autorevole dottrina parli in ipotesi siffatte di “decriminalizzazione”, ritenendo che la “depenalizzazione” si abbia unicamente in caso di abolizione *tout court* di una certa fattispecie d'illecito penale; v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^aed., Padova, 2015, pp. 945 ss. Nella presente trattazione si userà il termine “depenalizzazione” nella sua accezione più comune, ossia per indicare la conversione di una certa fattispecie d'illecito da penale ad amministrativa. Dall'ipotesi appena descritta, va tuttavia distinta la c.d. “depenalizzazione in concreto” che si ha nelle ipotesi in cui, in seguito a un comportamento tenuto dall'autore successivamente alla commissione del reato, l'illecito venga degradato assumendo carattere amministrativo e si renda privo di effetti penali in senso stretto (per es. in caso di oblazione o di prescrizione *ex d.lgs.* 19 dicembre 1994, n. 758, nei quali il pagamento di una certa somma di denaro o, nel caso di prescrizione, l'adempimento dell'onere di “regolarizzazione”, determinano l'estinzione degli effetti penali). In queste ipotesi, al contrario di

Senza voler qui indugiare sulle direttrici politico-criminali seguite dal legislatore nelle diverse leggi di depenalizzazione che si sono susseguite nell'ultimo cinquantennio³³⁶, in questa sede pare più opportuno soffermarsi sui margini di operatività del principio di retroattività favorevole in presenza di interventi di questo tipo.

Prima di addentrarci sulle questioni di diritto intertemporale è pure interessante ricordare come le leggi di depenalizzazione siano state tradizionalmente considerate ipotesi di sospetta “frode delle etichette”, specie nella misura in cui ad una variazione di qualifica in senso formale faceva riscontro l'adozione di sanzioni sostanzialmente criminali (c.d. “depenalizzazione apparente”)³³⁷. In un sistema legato ad una nozione formale di reato e che riserva la disciplina di cui all'art. 25 Cost. alle sanzioni espressamente qualificate come penali, è chiaro

quanto si realizza in caso di depenalizzazione “comune”, la degradazione incide esclusivamente sulla fattispecie concreta di reato, senza che ciò si ripercuota minimamente sulla fattispecie astratta, che resta perfettamente vigente ed uguale a se stessa. Per una puntuale disamina della terminologia usata nel campo della “deflazione penalistica”, cfr. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 378 ss.

³³⁶ Sul punto si rinvia a M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, *passim*; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 608 ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 1974, pp. 477 ss.; F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 255. Più di recente, v. A. BERNARDI - I. ZODA, *Depenalizzazione: profili teorici e pratici*, Padova, 2008, pp. 22 ss.

³³⁷ L'espressione è di P. NUVOLONE, *Depenalizzazione*, cit., p. 60. Sul punto cfr. altresì le osservazioni di F. PALAZZO, *Il principio*, cit., p. 191.

che il suddetto rischio (dunque la possibilità di sottrarsi all'applicazione dell'art. 25 Cost. semplicemente variando la qualifica della misura) è tutt'altro che remoto; è altresì innegabile, tuttavia, che lo stesso rischio sarebbe “neutralizzato” aderendo alla nozione sostanzialista di materia penale già sul fronte della disciplina costituzionale, circostanza che andrebbe a spezzare il legame tra *nomen iuris* e principi costituzionali applicabili che ha storicamente inibito l'operatività delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative³³⁸.

Tra le più spinose questioni intertemporali che sollevano gli interventi di depenalizzazione merita particolare attenzione quella relativa alla identificazione della *regula iuris* da applicare ai fatti commessi prima della trasformazione della relativa fattispecie astratta da penale ad amministrativa. A tal fine occorre in primo luogo ricostruire la disciplina interna e, successivamente, verificare se la nozione unitaria di *matière pénale* elaborata a Strasburgo possa avere delle ripercussioni anche sul regime applicabile in siffatte ipotesi.

³³⁸ Secondo autorevole dottrina il suddetto rischio dovrebbe essere scongiurato a monte sulla base del fatto che la Costituzione (specie alla luce di previsione quali quelle contenute agli artt. 2 e 13 Cost.) escluderebbe la possibilità di ricollegare ad un illecito extrapenale sanzioni aventi tutte le connotazioni sostanziali della sanzione penale. Quindi interventi di depenalizzazione apparente dovrebbero essere colpiti da declaratoria di illegittimità costituzionale. In questo senso v. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 38 ss.

A tal riguardo, giova rammentare che la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – stabilisce che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, co. 1), prevedendo, così, l'operare del principio di irretroattività sfavorevole anche all'interno di questo specifico sistema.

Il richiamo all'art. 23 Cost. quale referente costituzionale delle sanzioni amministrative porta tuttavia a ritenere che il principio di irretroattività dell'illecito amministrativo non costituisce un valore assoluto come quello di irretroattività della legge penale sfavorevole in senso stretto. Al contrario, si sostiene che il divieto di retroattività della sanzione amministrativa sia suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali, con conseguente possibilità di deroga, anche se nei limiti della ragionevolezza³³⁹.

In linea con tale impostazione, il legislatore ha spesso ritenuto ragionevole derogare al divieto di retroattività della sanzione amministrativa, consentendo a quest'ultima di poter essere applicata

³³⁹ In questo senso C. E. PALIERO - A. TRAVI, *op. ult. cit.*, pp. 174 ss.

anche ai fatti precedenti alla sua introduzione. Non sorprende poi che lo stesso legislatore si sia avvalso di tale possibilità proprio nel contesto di leggi di depenalizzazione: va difatti ricordato in proposito che, in caso di depenalizzazione, in assenza di un regime transitorio apposito, si crea una situazione quasi paradossale in cui la sanzione penale non risulta più applicabile ai fatti antecedenti perché depenalizzata (principio di retroattività della *lex mitior* che opera con riguardo alla sanzione originaria di natura penale), ma altrettanto inapplicabile risulta la sanzione amministrativa, posto che questa non era vigente nel momento in cui veniva posto in essere il comportamento illecito (principio di irretroattività sfavorevole della nuova sanzione amministrativa *ex art. 1, co. 1, l. n. 689/1981*)³⁴⁰.

Tale ricostruzione delle vicende successive che si legano alla depenalizzazione è stata di recente confermata dalle Sezioni unite, le quali hanno statuito l'inapplicabilità di ogni fattispecie sanzionatoria, tanto penale quanto amministrativa, nelle ipotesi in cui manchi una

³⁴⁰ Di tale avviso la dottrina maggioritaria, cfr., di recente, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., p. 142 ss.; ID., *Lex mitior*, cit., pp. 37 ss. e 57. Per una panoramica sull'evoluzione della disciplina intertemporale delle ipotesi di degradazione dell'incriminazione da reato a illecito amministrativo V. G. DE VERO, *La successione di leggi penali*, in G. de Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2010, pp. 32 ss. al quale si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

specifica disciplina intertemporale³⁴¹. Le conclusioni cui sono giunte le Sezioni unite, per quanto paradossali, risultano tuttavia ineccepibili sul piano ermeneutico in quanto conseguenza logica della c.d. “teoria della diversità” che tradizionalmente caratterizza il rapporto tra disciplina penale ed amministrativa. Proprio in nome di tale diversità, viene esclusa *a priori* qualunque “continuità normativa” tra le discipline in successione e, di conseguenza, l’applicabilità del disposto di cui all’art. 2, comma 4, c.p.: l’illecito “muore” con l’abolizione del reato e “rinasce” con l’introduzione dell’infrazione amministrativa, la disciplina applicabile sarà pertanto quella del combinato disposto dagli artt. 2, co. 2 c.p. e 1, co. 1 l. n. 689/1981³⁴².

³⁴¹ Già in questi termini la storica sentenza della Cass., Sez. un., 16 marzo 1994, n. 7394, Mazza, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2659 ss. che rappresenta ancora oggi un riferimento nella ricostruzione dei rapporti tra diritto penale in senso stretto e diritto punitivo amministrativo. Gli argomenti della sentenza Mazza sono stati ripresi ed arricchiti dalla sentenza delle Sez. un., 29 marzo 2012, n. 25457, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1366 ss. con note di A. SCARCELLA, *Illecito penale “depenalizzato” ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, *ivi*, pp. 1372 ss. e F. CANGELLI, *Depenalizzazione: ancora sull’unitarietà della funzione afflittiva. La discutibile soluzione delle Sezioni Unite penali*, *ivi*, p. 1398 ss. Cfr. anche il commento critico di D. BIANCHI, *La c.d. “successione impropria”: una questione di garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1211 ss.

³⁴² Così, efficacemente, D. BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un’occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 322. Ancor più perentorio M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, *cit.*, p. 659, il quale afferma «Nessuna continuità normativa è dato riscontrare nella degradazione di un reato in mero illecito amministrativo. Invero con la depenalizzazione si determina una vera e propria frattura ontologica, categoriale; e dunque una *abolitio criminis* ai sensi dell’art. 2 comma 2 c.p., che impedisce qualunque rapporto di continuità tra l’illecito penale e l’illecito amministrativo».

Evidente come tale approdo ermeneutico, per certi versi obbligato, determini una frizione con i più elementari criteri di ragionevolezza e di giustizia sostanziale, posta l'ingiustificata disparità di trattamento che si viene a creare tra chi aveva commesso la condotta quando essa costitutiva reato (che risulta esente da qualunque sanzione) e chi, invece, commette la medesima condotta a depenalizzazione già avvenuta (a cui viene applicata la sanzione amministrativa)³⁴³.

Va dato conto, tuttavia, di un orientamento, invero minoritario, che rifiuta tali conclusioni, ritenendo che il divieto di retroattività delle norme sanzionatorie sfavorevoli rappresenti un «principio di altissima civiltà, fondamentale nel nostro ordinamento» che tutela in primo luogo la libertà di autodeterminazione del soggetto e che, in dette ipotesi, stante la preesistenza della norma incriminatrice, non potrebbe in alcun modo lamentarsi una violazione di tale libertà dato che il soggetto agente ha esaurito la sua condotta in un tempo in cui la norma di comportamento era già vigente ed era peraltro presidiata dalla «sanzione massima»³⁴⁴. Mancherebbe dunque un presupposto fondamentale del divieto di retroattività, ossia la posteriorità

³⁴³ Parla eloquentemente di «amnistia occulta» D. BIANCHI, *Il problema*, cit., pp. 322 ss.

³⁴⁴ In questo senso A. ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1807.

dell'introduzione della fattispecie d'illecito o della modifica sfavorevole rispetto alla condotta del soggetto agente e, pertanto, la nuova disciplina potrebbe applicarsi retroattivamente.

Detta tesi, per quanto suggestiva, non può qui essere condivisa in quanto continua a riconoscere il carattere relativo del divieto di retroattività sfavorevole in materia di sanzioni amministrative e, dunque, a negare l'applicazione a queste dell'art. 25, co. 2, Cost.

La chiave per individuare una disciplina intertemporale delle ipotesi di depenalizzazione che si presenti al contempo ispirata a canoni di equità pare ancora una volta poter essere offerta proprio dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo. L'irrilevanza sanzionatoria (tanto penale quanto amministrativa) dei "fatti pregressi", come visto, è figlia di una ricostruzione dei rapporti tra sistema penale criminale e sistema punitivo amministrativo in termini di perfetta autonomia reciproca, sia a livello di normazione ordinaria sia a livello di principi sovraordinati.

Un argomento validissimo per sovvertire tale stato di cose pare essere rappresentato proprio dalla nozione convenzionale di materia penale, che ha ricondotto le sanzioni punitive amministrative e le sanzioni penali all'interno di un unico *genus*. Tale circostanza, a ben vedere, assume rilievo decisivo anche intorno alle questioni di diritto

intertemporale generate dalla c.d. successione impropria. L'appartenenza di entrambe le sanzioni al medesimo *genus* porta difatti a superare gli approdi cui è pervenuta la c.d. "teoria della diversità" e ad individuare negli interventi di depenalizzazione non un *abolitio criminis* ma una più semplice *mutatio*. In altri termini, una volta riconosciuta l'omogeneità sostanziale tra le due discipline, si deve concludere che gli interventi di depenalizzazione non determinino una frattura tra la disciplina precedente e quella successiva, ma, al contrario, un'ipotesi di "continuità normativa" che consente l'applicazione dell'art. 2, co. 4, c.p. Come è noto, tale disposizione trova applicazione tutte le volte in cui, ferma la natura di illecito penale del fatto, ne risulta modificata la disciplina sanzionatoria e, pertanto, non si realizza un'autentica cesura tra le due discipline in successione (c.d. successione di norme penali in senso stretto)³⁴⁵.

Tale soluzione si mostra anche maggiormente in linea con i più elementari connotati di giustizia sostanziale: la mutata qualificazione dei fatti illeciti non ne modifica il contenuto offensivo al punto da rendere incongrua la punizione dei fatti pregressi che, difatti, alla

³⁴⁵ Per un approfondimento sul punto si rinvia a G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 207 ss.

stregua della nuova disciplina, continuano pur sempre ad essere sanzionati.

In uno scenario futuribile in cui l'omogeneità tra sanzioni penali ed amministrative dovesse diventare *ius receptum*, dovrebbe concludersi che, nel caso di interventi di depenalizzazione, la presenza di un'eventuale disciplina transitoria atta a consentire l'operatività della nuova disciplina anche ai fatti pregressi potrebbe considerarsi del tutto superflua, perché meramente confermativa di un principio di continuità dell'illecito che comunque dovrebbe operare in virtù delle regole generali; nel caso in cui la disciplina transitoria dovesse derogarvi applicando retroattivamente la sanzione amministrativa sfavorevole, allora dovrà concludersi nel senso della sua incostituzionalità per violazione dell'art. 25 cpv. Cost.

Un intervento di questo tipo si è avuto di recente con riguardo alle depenalizzazioni contenute nel d.lgs. n. 8 del 2015. In questo caso, pur in assenza di un'indicazione espressa nella legge di delega, il legislatore delegato ha previsto una disciplina transitoria apposta agli artt. 8 e 9 ove si stabilisce che «le disposizioni che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del

decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

Come affermato nella relazione di accompagnamento³⁴⁶, il legislatore delegato, proprio per scongiurare il rischio di una sperequazione tra chi ha commesso il fatto depenalizzato prima della riforma e chi lo ha commesso dopo, non ha interpretato il silenzio della delega sul punto come una preclusione ad inserire una disposizione transitoria. Sul piano della legittimità formale dell'intervento non paiono esservi dubbi di sorta posto che la discrezionalità del legislatore delegato travalica la delega conferita solo quando si pone in modo divergente rispetto alle finalità che l'hanno determinata³⁴⁷; ma, alla luce delle considerazioni che precedono, l'effetto retroattivo avrebbe dovuto realizzarsi ugualmente, posta la continuità del tipo di illecito che rende "naturale" l'applicazione del principio di retroattività *in mitius*. Ad ogni modo, non essendosi ancora consolidata sul piano giurisprudenziale la nozione sostanziale di "materia penale", sarebbe eccessivo ritenere la

³⁴⁶ La relazione è reperibile sul sito www.governo.it.

³⁴⁷ Secondo l'indirizzo costante della giurisprudenza costituzionale, «la delega legislativa non elimina ogni discrezionalità del legislatore delegato, i cui margini risultano più o meno ampi a seconda del grado di specificità dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, [...] per valutare di volta in volta se il legislatore delegato abbia ecceduto tali - più o meno ampi - margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia ad essa rispondente»: così, tra le altre, Corte cost., 25 maggio 2000, n. 163, § 4.1. del «Considerato in diritto».

disciplina transitoria superflua o, peggio ancora, illegittima, posto che essa ha comunque il merito di chiarire una volta per tutte – ed inequivocabilmente - i rapporti intertemporali tra le due normative in successione che, viceversa, sarebbero esposti alle oscillazioni ermeneutiche della giurisprudenza.

4. I nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili nel rapporto con la definizione convenzionale di pena.

Con l’emanazione dei d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, il Governo ha esercitato la delega contenuta nell’art. 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67 «in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, con disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili». Si tratta, in realtà, di un doppio intervento legislativo: il primo contenente disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili (d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7) e il secondo recante disposizioni in materia di depenalizzazione.

Il legislatore, infatti, accanto ai reati trasformati in illeciti amministrativi di cui al d.lgs. n. 8 del 2015, ne ha previsti altri che perdono il carattere di illecito penale per conservare quello di illecito civile, sanzionato, oltre che con il risarcimento del danno (sanzione

privatistica), con un'inedita sanzione pecuniaria irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende³⁴⁸. Per questi illeciti, pertanto, la risposta sanzionatoria sarà di carattere formalmente civile e sarà demandata all'iniziativa della parte che assume di aver subito un danno, previa dimostrazione della condotta dolosa del soggetto convenuto in giudizio³⁴⁹: nasce dunque una nuova tipologia di sanzione, prevista, questa volta, in ambito civilistico.

La *ratio* dei due provvedimenti è ampiamente riportata nelle relazioni di accompagnamento ai decreti, e risiede nella necessità «di deflazionare il sistema penale, sostanziale e processuale, in ossequio ai

³⁴⁸ Osservano V. BOVE - P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 Marzo 2016, p. 2 che «la scelta per la depenalizzazione, piuttosto che per l'introduzione di un nuovo illecito civile, sia dipesa in concreto dagli interessi a tutela dei quali è prevista la sanzione. Nel caso della depenalizzazione, vengono in rilievo reati generalmente procedibili di ufficio, che tutelano interessi pubblici, rispetto ai quali, dunque, è interesse dello Stato irrogare d'ufficio una sanzione amministrativa, senza necessità di alcun impulso di parte; nel secondo caso, invece, i reati oggetto di abrogazione sono (erano) tutti in concreto (come si vedrà) e con la sola eccezione dell'art. 10 *bis* d.lgs. 25.07.1998, n. 286 (in relazione al quale la delega non è per altro stata esercitata) si trattava invece di illeciti procedibili a querela della persona offesa, perché posti a tutela di interessi di natura privatistica, rispetto ai quali, dunque, diventa dirimente il potere d'impulso da parte della persona offesa e danneggiata, unica legittimata a proporre l'azione a sua tutela».

³⁴⁹ Più in particolare, il legislatore delegato ha previsto una regolamentazione autonoma e dettagliata di aspetti quali la prescrizione (prevista nel termine di cinque anni attraverso il richiamo operato dall'art. 3 all'art. 2947 c.c.), i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie di natura oggettiva e soggettiva (art. 5), le ipotesi di "reiterazione dell'illecito" (art. 6), il concorso di persone (art. 7), e la disciplina processuale, individuata, in quanto compatibile, nel codice di procedura civile, con espressa indicazione del giudice competente in quello che conosce dell'azione per il risarcimento del danno: la sanzione punitiva civile può essere infatti irrogata solo sul presupposto che il giudice civile accolga la domanda di risarcimento del danno (art. 8).

principi di frammentarietà, offensività e sussidiarietà della sanzione penale» in un’ottica in cui la sanzione penale ritorni alla sua naturale dimensione di *extrema ratio*³⁵⁰. L’assunto di base, nel solco delle indicazioni contenute nella legge di delega, è quella secondo cui una penalizzazione generalizzata, seppure finalizzata ad una maggiore repressività, si risolve di fatto in un abbassamento della tutela degli interessi coinvolti, posto che lo strumento penale non è (e non può essere) utilizzato per sanzionare un numero elevato di fatti, specie quando questi siano “minori” per grado di offensività.

Senza indugiare oltre sulla ragioni politico-criminali che stanno alla base di tale intervento e sugli effetti che lo stesso può generare sul sistema giustizia, il profilo che in questa sede suscita maggiore interesse è sicuramente quello relativo alla natura giuridica di questa nuova figura di illecito con sanzioni pecuniarie “civili”. L’etichetta civilistica adottata dal legislatore, alla luce di quanto sin qui osservato, va difatti sottoposta allo scrutinio dei criteri *Engel*, che possono aiutarci a verificare la reale rispondenza tra il *nomen iuris* individuato dal legislatore e la loro natura effettiva. A tal riguardo occorre richiamare

³⁵⁰ Sul punto si rimanda ancora al sito www.governo.it.

preliminarmente le considerazioni svolte in riferimento agli elementi distintivi dell'illecito penale rispetto a quelli di altra natura.

Nonostante le nuove sanzioni civili presentino un'indiscutibile componente afflittiva, ciò non può ritenersi indicativo della loro natura penale. Come si è già osservato, l'elemento dell'afflittività, valutato in una dimensione "asettica", cioè senza la necessaria connessione con le finalità della misura, non può costituire un utile criterio discrezionale, posto che anche le misure riparatorie presentano tale carattere. L'afflittività, difatti, mentre rappresenta la componente tipica della sanzione penale, con riferimento al risarcimento del danno, viceversa, può ritenersi un carattere "non voluto", configurandosi quale riflesso inevitabile del perseguimento dello scopo risarcitorio³⁵¹. Ne è riprova il fatto che le c.d. "pene private", nonostante si esauriscano sul piano dei rapporti tra soggetti privati, appartengono comunque al novero delle sanzioni punitive, atteso che le stesse presentano una dimensione afflittiva necessaria e non vengono applicate per esigenze di riparazione del danno prodotto³⁵².

Allo stesso modo, non possono ritenersi determinanti "in senso civilistico" elementi quali la necessità di un'iniziativa di parte, ovvero

³⁵¹ Con riguardo alla finalità punitivo-afflittiva nel risarcimento del danno v. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, pp. 721 ss.

³⁵² Sui caratteri delle c.d. pene private si rinvia a G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 53.

dalla competenza del giudice civile: essi non comportano necessariamente la natura riparatoria della misura, considerato che esistono anche forme di penalità tra privati che comunque rientrano nel *genus* del diritto punitivo.

Si dimostra invece ben più conducente analizzare la tecnica di quantificazione della misura che, nel caso degli istituti risarcitori, non viene commisurata al disvalore del fatto (comprensivo delle sue note oggettive e soggettive) ovvero tenendo conto della personalità del danneggiante, bensì esclusivamente in relazione all'entità del c.d. danno-conseguenza³⁵³.

Analizzandosi più nel dettaglio la disciplina delle nuove “sanzioni pecuniarie civili”, può osservarsi come queste siano applicate in aggiunta al risarcimento (circostanza che già rivela una finalità ulteriore rispetto a quella meramente riparatoria) e siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche (art. 5).

³⁵³ Di tale avviso F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2015, p. 10.

Tutti questi elementi, già *prima facie*, mostrano una forte affinità con i criteri di commisurazione della pena di cui agli artt. 133 e 133 *bis*, e fanno emergere l'idea che questa sanzione sia volutamente afflittiva e debba essere avvertita come tale. Il modello sanzionatorio proposto presenta nondimeno diverse affinità con quello dettato dall'art. 187-*undecies* del T.U.F, in merito al quale la Suprema Corte ha affermato la natura punitiva proprio facendo riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo³⁵⁴.

Tali elementi paiono dunque convergere nella direzione di una riconduzione delle nuove sanzioni pecuniarie civili all'interno delle c.d. pene private, laddove il *nomen iuris* individuato dal legislatore si spiegherebbe solo al fine di giustificare l'attribuzione al giudice civile o la destinazione non allo Stato ma alla persona offesa, ma certamente non pare idonea a condurre all'esclusione di certe garanzie tipiche della materia penale: legalità in primo luogo, presunzione d'innocenza, imputazione colpevole, imputazione oltre ogni ragionevole dubbio.

³⁵⁴Cass., 20 gennaio 2010, n. 8588, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3240. L'art. 187-*undecies* del T.U.F. prevede che nei procedimenti penali per i reati previsti dal capo II del T.U.F., «la Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato».

Risolta la questione relativa alla natura giuridica, può analizzarsi adesso la disciplina intertemporale delle suddette misure dettata dall'art. 10 del d.lgs. ove, analogamente alla disciplina transitoria dei reati trasformati in illeciti amministrativi³⁵⁵, si prevede che le sanzioni pecuniarie civili si applicano anche per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 7 del 2016, «salvo che il procedimento penale sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili». Il secondo comma dello stesso art. 10 riguarda invece le ipotesi in cui si sia già formato il giudicato penale di condanna prima dell'entrata in vigore della riforma: in questo caso il giudice dell'esecuzione dovrà revocare la sentenza o il decreto penale di condanna, osservando l'art. 667, co. 4, c.p.p.

Anche in questo caso la scelta del legislatore di risolvere *ab imis* la questione, nonostante alla luce della soluzione qui accolta potrebbe considerarsi superflua, non può in alcun modo biasimarsi, dal momento che risulta tuttora controversa la natura di tali sanzioni e lo risultava ancor di più al momento della loro introduzione.

³⁵⁵ V. *supra*, Cap. II, Sez. II, § 3.

5. L'incerta natura dell'“incandidabilità” prevista dalla c.d. legge Severino.

Il d. lgs. n. 235 del 2012, emanato a norma dell'art. 1, co. 63, della legge delega 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino), ha previsto di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo nazionali per chi è colpito da sentenze definitive di condanna alla pena della reclusione superiore a due anni per determinate tipologie di reati non colposi; se l'incandidabilità sopraggiunge dopo l'assunzione della carica si verifica la decadenza dalla stessa³⁵⁶.

³⁵⁶ L'incandidabilità, forma radicale di incapacità elettorale passiva, è stata introdotta in Italia per la prima volta con la l. 19 marzo 1990, n. 55. La misura si rivolgeva in origine solamente agli amministratori regionali e locali, sottoposti ai pressanti condizionamenti esercitati dalla criminalità organizzata; nel tentativo di arginare l'invasività criminale in dette cariche elettive, l'art. 15 l. n. 55/90 prevedeva la sospensione dalla carica dei soggetti sottoposti a procedimento penale per associazione a delinquere di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e per i delitti di favoreggiamento commessi in relazione ad esso. Tale regime coinvolgeva anche chi fosse sottoposto ad una misura di prevenzione — pur non definitiva — in ragione della sua appartenenza ad una associazione criminale. Il passaggio in giudicato della sentenza o l'applicazione definitiva della misura di sicurezza comportava la decadenza automatica dalla carica. Oggi, in base all'art. 1 del d. lgs. n. 235/2012, non possono essere candidati e non possono comunque ricoprire la carica di deputato o senatore: a) coloro che hanno riportato una condanna definitiva ad almeno due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale; b) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione per i delitti, consumati o tentati, previsti nel libro II, titolo II, capo I, del codice penale; c) coloro che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'articolo 278 del codice di procedura penale.

Tale misura mira a realizzare un difficile bilanciamento tra la salvaguardia della moralità pubblica ed il diritto di elettorato passivo, tutelato dall'art. 51, co. 1, della Costituzione e- complice la sua immediata applicazione a noti esponenti politici - ha avuto un impatto tutt'altro che marginale nella vita pubblica del nostro Paese, ponendosi subito al centro del dibattito sia politico che scientifico. L'eco mediatica di tali vicende, tuttavia, ha finito per chiamare in causa argomenti di più ampio respiro - perlopiù legati al tema dell'etica pubblica e del rapporto tra politica e magistratura – che sicuramente suscitano grande interesse, ma che rischiano di sviarci dal merito di una questione che, prima di ogni cosa, è giuridica.

Senza dunque entrare nel merito delle vicende concrete, la questione che suscita particolare interesse è quella, tuttora assai controversa, legata alla natura giuridica della misura introdotta e alla conseguente ammissibilità di una sua applicazione retroattiva rispetto a fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore.

Muovendo dal dato normativo, il primo elemento che emerge è che il legislatore ha legato le cause di incandidabilità non al tempo della commissione del fatto, ma al tempo della condanna. È dunque la condanna a generare, all'interno della legge, quello spartiacque fra “prima” e “dopo” che segna il sopraggiungere di una incompatibilità

con l'esercizio della carica. Tale caratteristica rappresenta, evidentemente, l'aspetto più delicato per i fatti antecedenti alla legge n. 235: si è in presenza difatti di una condanna resa oggi che produce effetti non previsti al tempo della commissione dei fatti, circostanza che non potrebbe in alcun modo essere ammessa qualora si riconoscesse la natura penale della misura *de qua*. Ecco spiegato perché il tema dell'incandidabilità si lega all'oggetto della nostra trattazione: la verifica della reale natura giuridica di tali misure e l'individuazione dello statuto intertemporale corrispondente passano necessariamente dall'applicazione dei criteri individuati a Strasburgo e ci consentono di verificare i "confini" della nozione sostanziale di materia penale³⁵⁷.

Attingendo dal *modus procedendi* della Corte EDU, si cercherà allora di individuare dapprima la natura dell'infrazione, avendo riguardo all'interesse tutelato dall'ordinamento (che deve essere di carattere generale), allo scopo perseguito dal legislatore e alla gravità

³⁵⁷ Già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 235 del 2012, la riflessione scientifica si è appuntata sull'inquadramento sistematico e sulla costituzionalità della normativa in questione: in argomento, si vedano, fra gli altri: N. LUPO - G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2013, pp. 590 ss.; F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2013, pp. 1 ss.; G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, n. 1/2014, pp. 1 ss.; V. MARCENÒ, *L'indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 621 ss.; P. TORRETTA, *Incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli, 2015.

della sanzione. In tale prospettiva, può sin d'ora escludersi qualunque rilevanza all'argomento di tipo nominalistico: l'assenza di un'espressa qualificazione dell'incandidabilità in senso penalistico, non risulta comunque dirimente in ordine alla natura da attribuire alla misura in oggetto, dovendosi operare una valutazione di carattere sostanziale.

Svolti tali rilievi di "metodo", si può adesso entrare più direttamente *in medias res*, dapprima concentrandoci su quegli elementi che risultano pacifici. In questo senso, può rilevarsi innanzitutto come l'incandidabilità, comunque la si voglia qualificare, incida sicuramente su un diritto costituzionalmente garantito: quello di elettorato passivo *ex art. 51 Cost*³⁵⁸. È difatti noto che la previsione di cui all'art. 51 Cost. introduce una capacità generale di «tutti i cittadini» e stabilisce un rapporto di regola-eccezione tra l'eleggibilità ed i suoi divieti, circostanza che impone una lettura restrittiva delle fattispecie che prevedono quest'ultimi.

Le norme limitative del diritto di elettorato passivo, nondimeno, sono anche espressione di interessi costituzionali di massima

³⁵⁸Come hanno sottolineato M. GALLO - G. INSOLERA, *Severino, come leggere la retroattività*, in *Corriere della Sera*, 3 settembre 2013, l'incandidabilità, al pari di tutte le misure interdittive dell'agire politico, finisce per incidere, seppure in maniera riflessa, anche sui soggetti titolari del diritto di elettorato attivo che hanno espresso una volontà che viene annullata per effetto di tale misura.

importanza quali il buon andamento della pubblica amministrazione e, più in generale, la tutela dell'onore delle istituzioni³⁵⁹.

È difatti nel momento in cui il diritto di elettorato passivo entra in collisione con tali interessi che vengono in rilievo norme quali quelle sull'incandidabilità, che possono considerarsi una sorta di “autodifesa” da parte delle istituzioni rappresentative, che si attiva in presenza di determinate situazioni considerate ostative all'esercizio delle pubbliche funzioni³⁶⁰. Ciò che va chiarito è se tale “autodifesa” risponda principalmente ad un intento punitivo nei confronti del soggetto a cui la misura viene applicata ed abbia dunque carattere sanzionatorio o, viceversa, sia più precipuamente volta a tutelare l'interesse generale alla trasparenza delle cariche pubbliche e alla onorabilità di chi esercita il mandato di rappresentanza popolare.

5.1. L'orientamento in favore della natura sanzionatoria.

³⁵⁹All'ineleggibilità fa espresso riferimento l'art. 65 Cost., che, difatti, demanda alla legge il compito di determinare i casi di ineleggibilità e incompatibilità con l'ufficio di deputato e di senatore, vietando così che eccezioni ad un diritto costituzionale possano derivare da una qualunque fonte normativa subordinata.

³⁶⁰È la stessa Consulta nella sentenza 20 ottobre 2015, n. 236 ad evocare a riguardo la necessità di operare un corretto «bilanciamento tra gli interessi in gioco, ossia tra il diritto di elettorato passivo, da un lato, e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, dall'altro»

Un ampio richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene fatto da quell'orientamento che afferma la natura sanzionatoria della misura. Si evidenzia sul punto che l'incandidabilità – al pari della pena - rappresenta una conseguenza diretta, immediata ed esclusiva di un illecito penale e dispiega i propri effetti attraverso procedure giurisdizionali affidate ad organi pubblici: alla condanna-presupposto segue, difatti, il divieto di ricoprire cariche elettive (o la decadenza, se il soggetto colpito è attualmente in carica)³⁶¹. La connotazione afflittiva risulterebbe poi confermata dalla rigidità e dalla durata della disciplina. A sostegno di tale ricostruzione vengono richiamati alcuni precedenti della stessa Corte EDU, la quale, nei casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi su forme di limitazioni dell'elettorato passivo, ha riconosciuto la natura sostanzialmente sanzionatoria (sia pur non sempre penale) di tali fattispecie³⁶². In particolare, i giudici di Strasburgo hanno rilevato da un lato come «il divieto di praticare certe professioni (politiche o giuridiche) può avere un impatto molto grave sulla persona, privandola della possibilità di continuare la sua vita

³⁶¹ Si rammenta che l'unica categoria esclusa da tale automaticità è quella dei parlamentari, posto che l'art. 66 Cost. attribuisce al Parlamento la competenza a giudicare dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità ed incompatibilità.

³⁶² Il riferimento è, soprattutto, alle sentenze 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, ric. n. 24194/94 e 30 maggio 2006, *Matyiek c. Polonia*, ric. n. 38184/03.

professionale»³⁶³; dall'altro, ne hanno affermato il carattere — almeno parzialmente — punitivo e deterrente, riconducendola all'interno dell'universo penalistico.

Necessario corollario di tale orientamento è il divieto di applicazione retroattiva della suddetta misura, posto che la stessa risulterebbe a tutti gli effetti assoggettata alla disciplina di cui agli art. 25, co. 2, Cost. e 7 CEDU. Si aggiunge, poi, che il riconoscimento di una sua natura amministrativa non cambierebbe lo stato delle cose, dal momento che l'irretroattività è un carattere generale di ogni legge e, pertanto, la sua deroga avrebbe dovuto essere espressa³⁶⁴.

All'interno di tale orientamento, si riscontra tuttavia qualche divisione in ordine all'esatto inquadramento della misura e, in particolare, alla sua riconducibilità all'interno della categoria delle “pene accessorie” o degli “effetti penali della condanna”, che costituiscono due entità giuridiche del tutto diverse tra loro per funzione e disciplina³⁶⁵.

³⁶³ V. Corte EDU, *Matyiek c. Polonia*, cit., § 55-56.

³⁶⁴ Così V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della “legge Severino”, tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, pp. 29 ss.

³⁶⁵ Già nel diritto penale sostanziale vi sono numerosi istituti i quali - mentre incidono sulla efficacia delle pene accessorie - lasciano del tutto indenni gli effetti penali della sentenza di condanna. Ad es., l'amnistia c.d. “impropria” estingue le pene accessorie, ma lascia integri gli effetti penali (art. 151 c.p.); l'indulto può abbracciare anche le pene accessorie, ove il provvedimento di clemenza lo disponga, ma giammai gli effetti penali (art. 174 c.p.). Così, l'inosservanza delle

Con riguardo alle pene accessorie, esse, come noto, rappresentano una conseguenza automatica della condanna, da cui derivano di diritto, determinandone una accentuazione in termini di intensità sanzionatoria; inoltre, si caratterizzano per l'identità funzionale con le pene principali, tanto da risultare assoggettate ad un comune destino³⁶⁶. La riconduzione all'interno delle pene accessorie potrebbe tuttavia costituire una forzatura, dal momento che queste ultime, sebbene abbiano natura supplementare e si riallaccino al reato solo mediatamente, attraverso cioè il canale delle sanzioni principali, sono comunque individuate ed enunciate dal giudice nella declaratoria di responsabilità, laddove l'incandidabilità è invece applicata dall'autorità amministrativa alla quale è rimessa la relativa dichiarazione.

Ugualmente problematica risulta la sua riconducibilità all'interno della categoria degli "effetti penali della condanna". Tale categoria, come noto, non è definita dal codice penale, il quale si limita ad evocarla in alcune sue disposizioni (ad es. artt. 2 co. 2, 12, n. 1, 20, 166, 174, 178 c.p.) che ne attestano l'esistenza, senza tuttavia chiarirne il

pene accessorie - e non invece quella degli effetti penali - può costituire materia di incriminazione (art. 389 c.p.).

³⁶⁶ V., per tutti, G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, pp. 819 ss.; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, *passim*.

contenuto. Anche qui si tratta di limitazioni della sfera giuridica del reo, le quali si ricongiungono all'illecito soltanto in via mediata, al pari delle pene accessorie; però, mentre queste ultime sono del tutto sussidiarie alla pena principale, gli effetti penali sorgono dalla dichiarazione di responsabilità, ma restano poi assoggettati a principi differenziati. Essi pertanto si risolvono in singole restrizioni della sfera giuridica o comunque in sfavorevoli conseguenze della pronuncia di condanna, di volta in volta indicate dalla norma incriminatrice o da altre a questa complementari³⁶⁷. Sulla base di tali caratteri, una volta ammessa la natura sanzionatoria, non parrebbe sorgere alcun ostacolo alla riconduzione dell'incandidabilità all'interno di tale categoria, ma, in realtà, ciò che risulta particolarmente controversa già sul piano generale è la distinzione tra gli "effetti penali" e gli "effetti non penali" della sentenza di condanna.

La dottrina ha in proposito individuato due criteri distintivi: il primo basato sulla natura delle situazioni giuridiche incise da tali effetti; il secondo sulle modalità applicative, avendo riguardo alla necessità o

³⁶⁷ V. P. FRISOLI, voce *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, 1990, vol. XLIII, p. 412. In particolare, nella distinzione con le pene accessorie l'Autore suggerisce di «adottare un criterio di esclusione; vale a dire, nell'ambito delle genuine compressioni sfavorevoli da giudicato di responsabilità penale, rientreranno nel novero degli effetti penali tutte quelle restrizioni cui non sia possibile attribuire la natura di autentiche sanzioni accessorie».

meno dell'intervento di una pubblica autorità ai fini della loro esecuzione³⁶⁸. Tale ultimo criterio è quello a cui fa riferimento, in maniera ormai costante, la giurisprudenza delle Sezioni unite, che considera “effetti penali” tutte le sanzioni giuridiche che seguano *ope legis* alla condanna, senza alcuna intromissione valutativa da parte di qualunque autorità. Nel caso di specie, dovremmo allora concludere che l'incandidabilità rappresenterebbe un effetto penale quando applicata a rappresentanti delle istituzioni locali, mentre con riferimento ai parlamentari nazionali si tratterebbe di un effetto non penale, posto il necessario intervento della Giunta del Senato per le immunità e le elezioni. Con riserva di ritornare successivamente sul ruolo della Giunta del Senato, per il momento ci limitiamo ad osservare che sarebbe del tutto irragionevole assegnare natura diversa alla medesima misura soltanto in ragione del soggetto che ne è destinatario.

5.2. L'indirizzo accolto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale: l'incandidabilità quale condizione d'incapacità soggettiva di esercizio del diritto di elettorato passivo.

³⁶⁸*Ibidem.*

La natura afflittiva della sanzione è invece radicalmente esclusa da quell'orientamento che ritiene l'incandidabilità non una sanzione, ma una condizione soggettiva (*rectius*: uno *status* d'incapacità) legata ad una pronuncia di condanna. L'incandidabilità costituirebbe secondo questo indirizzo interpretativo il frutto di un giudizio di disvalore che il legislatore discrezionalmente connette a determinate situazioni considerate ostative all'esercizio di pubbliche funzioni. A queste ipotesi l'ordinamento opporrebbe dunque una reazione che, scevra da finalità afflittive, rappresenta essenzialmente un meccanismo di "autotutela" delle istituzioni. Essa non avrebbe dunque una vocazione punitiva, in quanto mirerebbe a tutelare l'onorabilità delle istituzioni alle quali non hanno diritto di partecipare soggetti la cui condotta antisociale è stata accertata con una sentenza di condanna definitiva.

L'incandidabilità rappresenterebbe pertanto una misura soltanto ricognitiva dell'assenza (intervenuta) dei requisiti morali che inevitabilmente devono caratterizzare l'assunzione e il mantenimento di cariche pubbliche di rilevante interesse. L'intervento di una sentenza di condanna a pena definitiva determinerebbe quindi il venir meno dei presupposti di natura soggettiva, concernenti la dignità del soggetto a ricoprire simili incarichi.

Così ricostruita non si porrebbe nemmeno un problema di retroattività, la norma aggancia l'effetto alla esistenza di una condanna oltre la quale si pone un profilo di incompatibilità con l'ufficio parlamentare.

Tali argomenti sono stati condivisi dal Consiglio di Stato che ha ritenuto la disciplina dell'incandidabilità prevista dalla legge Severino non soggetta al principio di irretroattività delle disposizioni sanzionatorie. I giudici di Palazzo Spada hanno rilevato come il suo «fine primario» sarebbe «quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante *munus* pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia» con conseguente «caratterizzazione non sanzionatoria» e «non pertinenza del riferimento all'esigenza di addivenire ad un'interpretazione compatibile con le disposizioni dettate dall'art. 25 Cost., in materia di sanzioni penali, e dall'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in tema di misure *lato sensu* sanzionatorie»³⁶⁹.

Sulla base delle ragioni qui sinteticamente esposte, la giurisprudenza ha optato per l'inquadramento dell'incandidabilità fra gli effetti extrapenali derivanti da una sentenza di condanna. La misura,

³⁶⁹ V. Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695, in *DeJure*. Nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2013, n. 5222, in *DeJure*.

dunque, si interseca con l'ordinamento penale, ne rappresenta in un certo qual modo una propaggine, ma non può dirsi in questo pienamente ricompresa.

Le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato sono state confermate anche dalla Corte costituzionale che, chiamata in causa da due successive ordinanze del Tar Campania e del Tribunale di Napoli, in coerenza con la propria giurisprudenza, ha ribadito che gli istituti dell'incandidabilità e della sospensione «non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento»³⁷⁰. Per la Corte, cioè, il decreto n. 235 del 2012 non ha introdotto o inasprito fattispecie sanzionatorie, ma ha soltanto fissato dei requisiti di eleggibilità, che l'art. 51, co. 1, della Costituzione riserva appunto al legislatore. Diversamente da quanto accade per l'interdizione dai pubblici uffici, nel caso di specie non si tratterebbe, dunque, di «irrogare una sanzione graduabile in relazione alla diversa gravità dei reati, bensì di constatare che è venuto meno un requisito essenziale per continuare a ricoprire l'ufficio pubblico elettivo». In tale prospettiva, la condanna penale irrevocabile rappresenterebbe un «mero

³⁷⁰ V. Corte cost., 20 ottobre 2015, n. 236, cit.

presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di indegnità morale a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, cioè, configurata quale requisito negativo ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime»³⁷¹. La finalità della misura non sarebbe dunque quella di inasprire l'effetto sanzionatorio per l'autore dell'illecito, ma solo di soddisfare «esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto presta servizio»³⁷². Si ravvisa infine come tale soluzione troverebbe conferma nella previsione secondo cui l'incandidabilità viene meno se è concessa la riabilitazione. Si dice in proposito – adottando il criterio del *magis ut valeat* - che tale statuizione sarebbe indicativa della non

³⁷¹ Bisogna osservare che la Corte costituzionale, con riguardo alle altre ipotesi di incandidabilità, decadenza e sospensione da cariche elettive già previste prima della legge Severino, aveva negato la loro natura sanzionatoria, ritenendone legittima l'applicazione retroattiva. Si veda, tra le altre, la sentenza del 31 marzo 1994, n. 118 che aveva configurato la condanna penale irrevocabile è quale «mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di “indegnità morale” a ricoprire determinate cariche elettive: la condanna stessa viene, cioè, configurata quale “requisito negativo” ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime».

³⁷² Il richiamato orientamento interpretativo è stato fatto proprio dal Parlamento. Il Senato, nel novembre 2013, ha difatti dichiarato decaduto il Senatore Silvio Berlusconi in relazione ad una sentenza di condanna per fatti svoltisi prima dell'entrata in vigore della legge Severino, e resa definitiva per effetto di una sentenza della Cassazione dell'agosto 2013. La Giunta per le elezioni e le immunità parlamentari ha respinto la tesi della non retroattività dell'incandidabilità, ma il senatore Berlusconi ha proposto ricorso davanti alla Corte EDU, che al momento non si è ancora pronunciata.

ascrivibilità della misura tra gli effetti penali, posto che questi sono destinati di per sé a estinguersi con la riabilitazione *ex art. 178 c.p.*³⁷³.

5.3. Il possibile inquadramento tra gli effetti penali della condanna.

Le argomentazioni della Consulta e del Consiglio di Stato non paiono tuttavia pienamente convincenti, soprattutto avendo riguardo alla nozione sostanziale di materia penale affermatasi a livello convenzionale. Le stesse, difatti, nonostante evocano espressamente la necessità di operare un «corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, ossia tra il diritto di elettorato passivo, da un lato, e il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, dall'altro»³⁷⁴, finiscono poi in concreto per assegnare netta prevalenza a quest'ultimo, relegando il diritto individuale del soggetto colpito dalla misura ad un mero interesse riflesso, sacrificabile anche in via retroattiva.

Più precisamente, l'aspetto che pare indebitamente trascurato dalla giurisprudenza è che la riscrittura "ora per allora" delle condizioni di accesso alle cariche pubbliche conferisce un'inammissibile

³⁷³Così argomenta la citata sentenza n. 236 del 2015, richiamando il precedente della sentenza n. 132 del 2001, ed aggiungendo, a ulteriore riprova, che un tale effetto è ora espressamente previsto dall'art. 15, comma 3, del d.lgs. n. 235 del 2012.

³⁷⁴ Così, ancora, Corte cost., 20 ottobre 2015, n. 236, punto 4.3.2.

oggettività alla misura *de qua*, posto che si vengono a determinare conseguenze afflittive ulteriori rispetto a quelle originariamente prevedibili: l'applicazione retroattiva, pertanto, incide sull'affidamento del soggetto e sulla sua libertà di autodeterminazione, ritenuti ormai valori irrinunciabili anche in ottica CEDU³⁷⁵.

L'adeguata valorizzazione degli interessi in gioco, avrebbe forse dovuto portare i giudici a valutazioni differenti, non apparendo ragionevole consentire che la misura operi con effetto immediato anche in danno di chi sia stato eletto prima della sua entrata in vigore.

La necessità di tutela di un interesse pubblico rispetto a possibili aggressioni ottenuto attraverso il sacrificio o la limitazione di un diritto dell'autore dell'illecito rappresenta poi, a ben vedere, la dinamica tipica delle fattispecie sanzionatorie. Rientra difatti nella "fenomenologia" della norma sanzionatoria l'incisione della sfera individuale, che si realizza tramite la compressione o l'ablazione di una situazione giuridica, quale conseguenza dell'infrazione di un precetto. Se, dunque, il contenuto della misura è sanzionatorio, allora non possono essere negate al soggetto destinatario le garanzie previste all'uopo dalla legge e dalla Convenzione, prima fra tutte l'irretroattività.

³⁷⁵ V., *infra*, Cap. III, § 2.

A ciò si aggiunga che, secondo l'orientamento tradizionale, perché le restrizioni giuridiche o le conseguenze sfavorevoli della sentenza di condanna possano considerarsi di carattere penale, è sufficiente che le stesse promanino da una pronunzia penale, e - come tali - siano destinate a produrre riflessi in qualsiasi campo e di qualunque genere, così pubblico come privato³⁷⁶. Può dirsi, in altri termini, che l'effetto mutua la propria natura penale, non tanto dal terreno in cui dovrà operare o dalle peculiarità del rapporto giuridico su cui verrà chiamato ad incidere (in questo caso comunque di natura pubblicistica), quanto dallo specifico carattere della decisione dalla quale esso si origina: in estrema sintesi, l'effetto della condanna è penale se nasce da una condanna penale.

Non risulta poi persuasivo – né tantomeno risolutivo – l'argomento secondo cui la conferma della natura non penale della misura si ricaverebbe dal fatto che il legislatore abbia espressamente previsto l'estinzione della misura nei casi in cui viene concessa la riabilitazione, segnalandosi a riguardo come una disposizione di questo tipo, ove si trattasse di un effetto penale, sarebbe superflua, posto che

³⁷⁶ V. P. FRISOLI, voce *Effetti penali*, cit., pp. 408 ss. che difatti ritiene appartenenti al novero degli effetti penali tutte le restrizioni della capacità giuridica del soggetto (anche nel limitato settore della capacità di agire), previste di volta in volta dalle singole norme, e destinate ad esprimersi svantaggiosamente sia nel campo del diritto pubblico che del diritto privato.

questi sono destinati di per sé ad estinguersi con la riabilitazione (art. 178 c.p.). Tale rilievo non può tuttavia ritenersi decisivo, posto che, con la medesima plausibilità, potrebbe al contrario sostenersi che il legislatore delegato abbia mostrato di concepire la misura in termini punitivi, prevedendo così una remissione degli effetti al pari di ogni fattispecie sanzionatoria³⁷⁷.

La categoria alla quale tale misura pare ascrivibile, a nostro modo di vedere, è pertanto quella degli “effetti penali della condanna”. Se quest’ultimi si caratterizzano per essere limitazioni della sfera giuridica del reo che si riportano alla sentenza di condanna emessa dal giudice in ordine ad uno specifico titolo criminoso e la cui sorte viene regolata in base a principi differenziati, anche l’incandidabilità, per le caratteristiche sopra descritte, non ha motivo di essere esclusa da questo *genus*.

Essa viene posta a tutela di un interesse generale della società, risponde a finalità sia repressive che preventive, ed è senza dubbio assai afflittiva, dal momento che fa venire meno in radice un diritto costituzionalmente tutelato.

³⁷⁷ Tali argomenti sono presenti nell’ordinanza di rimessione sollevata dal Tar Campania in data 30 ottobre 2014, iscritta al n. 29 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 11, prima serie speciale, dell’anno 2015.

Si consideri poi che queste incapacità giuridiche, anche alla luce della loro eterogeneità, sono state da sempre state ricondotte dalla dottrina nella categoria residuale degli “effetti penali”, posto che le stesse, al pari delle pene accessorie, restringono beni non necessariamente omogenei con quelli colpiti dalla condotta criminosa, ma a differenza di queste, non hanno la finalità di sopperire ad un’insufficienza della pena principale nella prospettiva della reazione al reato: la loro finalità, piuttosto, va individuata nella tutela di un interesse generale, in questo caso costituito dal prestigio delle cariche pubbliche di rappresentanza popolare.

L’ultimo nodo da sciogliere riguarda un’eventuale riconduzione nell’ambito della categoria degli “effetti non penali” della condanna che, come si è visto, ricomprende tutte le sanzioni giuridiche che non seguono di diritto alla condanna, ma che necessitano dell’intermediazione di una qualche autorità. Occorre pertanto comprendere se la Giunta del Senato per le immunità e le elezioni che ha l’“ultima” parola sulla candidabilità dei soggetti appartenenti a ciascuna delle due Camere, sia titolare di un potere meramente dichiarativo, tipico di chi si limita a prendere atto del giudicato penale, ovvero di un potere discrezionale. Va in proposito ricordato che la procedura parlamentare di decadenza è prevista in ragione delle

prerogative costituzionali del Parlamento e, stando al dato normativo, non manifesta alcuna discrezionalità. Essa può dunque ritenersi una fase non giurisdizionale di verifica dei requisiti legali che, in presenza dei presupposti di legge, costituisce un atto dovuto³⁷⁸.

Alla luce di quanto osservato e, soprattutto, dell'affermarsi della nozione sostanziale di materia penale che ci consente (*rectius*: impone) di sfuggire dalle etichette legislative, la questione della natura giuridica dell'incandidabilità e del regime intertemporale ad essa applicabile, nonostante le autorevoli prese di posizione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non può considerarsi definitivamente chiusa, tanto più che già pendono davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo numerosi ricorsi attinenti proprio alla legittimità della sua applicazione retroattiva³⁷⁹.

³⁷⁸ L'art. 19 co. 4 del Regolamento del Senato dispone difatti che: «La Giunta procede alla verifica, secondo le norme dell'apposito Regolamento, dei titoli di ammissione dei Senatori e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità; riferisce, se richiesta, al Senato sulle eventuali irregolarità delle operazioni elettorali che abbia riscontrato nel corso della verifica». Analogamente V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca*, cit., p. 28.

³⁷⁹ Si tratta, fra i più noti, dei casi di Marcello Miniscalco (la cui candidatura alle regionali in Molise fu esclusa per una condanna passata in giudicato nel 2001) e di quello di Silvio Berlusconi.

CAPITOLO III

PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: 1. L'incidenza del diritto vivente sulle garanzie del singolo. – 2. La possibile estensione del divieto di retroattività al mutamento giurisprudenziale sfavorevole. – 3. Verso un riconoscimento del divieto di retroattività dell'*overruling* sfavorevole nel nostro ordinamento: le strade percorribili *de jure condito*. - 3.1. La valorizzazione della tutela dell'affidamento quale strumento per impedire la retroattività del mutamento sfavorevole. - 4. L'operatività delle garanzie intertemporali nelle ipotesi di incertezza giurisprudenziale: il caso Contrada. – 5. L'inammissibilità dell'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole: una scelta necessaria ma non definitiva.

1. L'incidenza del diritto vivente sulle garanzie del singolo.

Oltre alle difformità registrate con riguardo ai contenuti della “materia penale”, anche il concetto di “legalità penale” che emerge dalla Convenzione e dalla interpretazione datane a Strasburgo non coincide del tutto con quello generalmente accolto negli ordinamenti nazionali, specie in quelli di *civil law*. Se in quest'ultimi la garanzia della legalità viene intesa in senso esclusivamente *formale*, in nome dell'esigenza di limitare solo ad alcuni atti normativi la possibilità di introdurre norme penali, la Corte EDU ha viceversa dato

un'interpretazione *sostanziale* del termine “legge” contenuto all'art. 7 CEDU, riconducendovi al suo interno non solo le norme di produzione legislativa, ma anche il c.d. “formante giurisprudenziale”³⁸⁰.

Tale impostazione nasce proprio dalla concezione “materiale” delle fonti che, al pari di quanto osservato con riferimento alla nozione autonoma di materia penale, risponde ad esigenze di *uniformità* ed *effettività* della tutela: solo una nozione così ampia e plurale riesce a dialogare efficacemente con ogni sistema giuridico, a prescindere dalla vincolatività o meno che questo riconosce al precedente giurisprudenziale.

La “svalutazione” del momento formale, reca con sé due conseguenze fondamentali: da una parte esclude la rilevanza del principio di riserva di legge ed identifica la legge penale in un *quid*

³⁸⁰ È difatti nota la centralità del precedente giudiziale nella giurisprudenza della Corte EDU, tanto che (anche) dal suo punto di vista «il contenuto della Convenzione (e degli obblighi che da essa derivano) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni ha elaborato in ordine a ciascun diritto o libertà: così V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione*, cit., pp. 71 ss. Il sistema convenzionale, pertanto, si mostra in tale carattere più affine ai sistemi di *common law* (ove vige la regola del precedente vincolante, c.d. *stare decisis*), rispetto a quelli di *civil law* (ove il precedente giurisprudenziale ha efficacia solamente “persuasiva”, anche se i giudici tendono a non discostarsi dalle decisioni anteriori, ma non per questo sono vincolati ad esse). Ad ogni modo, con una terminologia che viene ormai utilizzata in entrambi i sistemi, si parla di *distinguishing* nelle ipotesi in cui si rileva che il precedente in realtà è stato reso in un caso diverso e dunque non si applica al caso di specie, mentre di *overruling* nelle ipotesi in cui ci si discosta dal precedente perché ritenuto non corretto. Per le ricadute sul sistema penale, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007, pp. 178 ss.

composto da disposizioni positivizzate e relativa interpretazione; dall'altra, sopperisce a tale *deficit* di legalità attraverso l'estensione di tutte le garanzie che tale principio tradizionalmente riserva alla *lex scripta* anche al c.d. *law in action*³⁸¹.

Fatte tali premesse, non sorprenderà allora osservare come la Corte di Strasburgo abbia da tempo riconosciuto che il principio di irretroattività della legge penale non esaurisca la sua efficacia nei confronti della legge in senso formale, ma che si estenda anche ai mutamenti giurisprudenziali³⁸². Il fatto che la versione europea della irretroattività “agganci” anche il diritto giurisprudenziale è difatti diretto corollario dell'accezione materiale di legalità accolta nel sistema

³⁸¹ Si vedrà nel proseguo come, nel sistema convenzionale, la legalità non rappresenta un principio di regolazione delle fonti del diritto penale, bensì un principio di *certezza oggettiva* del diritto e di *prevedibilità soggettiva* delle conseguenze penali.

³⁸² Nota, tuttavia, V. VALENTINI, *Diritto penale*, cit., pp. 137-138 che la Corte EDU, al di là di qualche generico preambolo, si era sempre dimostrata piuttosto riluttante ad affermare in concreto la violazione del divieto di retroattività in presenza di *reversal* ermeneutici. L'A., in particolare, individua una sola decisione in cui la Corte ha affermato la violazione del divieto di retroattività (il riferimento è a Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02), mentre negli altri casi si è appellata agli altri sotto-principi della legalità (si richiama, in proposito, Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, ric. n. 12157/05 ove i giudici hanno fatto riferimento al principio di tassatività-determinatezza). Un *deficit* di tassatività in grado di determinare la “non prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta è stato ravvisato dalla Corte di Strasburgo con riguardo all'istituto del c.d. “concorso esterno” nella nota sentenza *Contrada c. Italia* del 14 aprile 2015, sulla quale si tornerà più diffusamente *infra*, Cap. III, § 4.

convenzionale: se il giudice è “fonte” del diritto, è necessario che anche egli risulti vincolato ai principi intertemporali della legalità penale³⁸³.

Ancor meno sorprendente è costatare poi come tale impostazione abbia finito per far sorgere il problema del rapporto tra il principio di irretroattività e il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* anche nei sistemi di *civil law* ove, fino a qualche anno addietro, solo prospettare la questione poteva risultare “eretico”³⁸⁴.

³⁸³ A. ESPOSITO, *Il diritto penale*, cit., p. 323, con espressione assai perspicua, osserva a riguardo come i rapporti tra legislatore e giudice siano di tipo “concorrenziale”, anziché “gerarchico”.

³⁸⁴ Infatti, secondo il paradigma concettuale “ortodosso”, la nuova interpretazione è inidonea ad aggiungere alcunché al campo semantico della legge, essa difatti non rappresenta un mutamento del diritto, bensì il disvelamento del corretto significato normativo della disposizione. Si capisce allora il motivo per cui lo studio del diritto giurisprudenziale in ambito penalistico rappresenti un fenomeno relativamente recente, anche se in progressiva ascesa proprio in ragione dell’influenza del diritto sovranazionale. Numerosi i contributi, anche monografici, che a partire dagli anni ‘90 sono stati dedicati al tema dalla nostra dottrina: si citano, a titolo esemplificativo, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008; M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 63 ss.; G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; F. PALAZZO, *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, pp. 72 ss.; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996. La questione, difatti, appartiene tradizionalmente ai paesi di *common law*. Per un approfondimento sul punto v. G. FORNASARI - A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, pp. 28 ss. Per la letteratura d’oltremontana si rinvia invece a v. A.P. SIMESTER – G.R. SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Hart, 2013. È interessante osservare che nei Paesi di *common law* non sono state elaborate soluzioni univoche: nella tradizione inglese, l’*overruling* sfavorevole è ritenuto retroattivo in base al principio per cui il giudice non “costituisce”, ma “dichiara” la norma; diverso è l’approccio dell’ordinamento statunitense, ove il superamento, in senso sfavorevole all’imputato, di un precedente giurisprudenziale, può produrre effetti solo per il futuro, sulla base della prevalente considerazione della tutela dell’affidamento che chiunque deve poter fare sulla situazione giuridica al momento del fatto.

Anche dalla nostra prospettiva nazionale, difatti, la dottrina ha già da tempo colto segnali di una progressiva valorizzazione del diritto giurisprudenziale che trova riscontro non solo in una prassi giudiziaria sempre più attenta al “precedente” ed in talune forme di “protagonismo giudiziale”³⁸⁵, ma anche in alcuni interventi del legislatore che paiono andare in questa direzione³⁸⁶.

³⁸⁵ L’attività di “supplenza” svolta dalla magistratura chiama in causa questioni cruciali di ben più ampio respiro rispetto a quelle più circoscritte oggetto di questo studio. Soprassedendo sulle cause del fenomeno, in questa sede ci si limita a rilevare che, in proposito, alcuni autori hanno denunciato l’inversione dei ruoli tradizionali tra diritto materiale e processo (quest’ultimo si sarebbe spogliato delle vesti di «servo muto», proprie dell’iconografia ufficiale, per assumere quelle di «socio tiranno»): così, T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 529.

³⁸⁶ Su un piano generale, si osserva come negli ultimi anni sia avvenuta una sorta di ibridazione dei modelli di *civil law* e di *common law*, avvenuta a prescindere dall’opera di raccordo realizzata dal sistema convenzionale di protezione dei diritti fondamentali. Da una parte, nei paesi di *common law*, specie nella materia penale, si riscontra comunque una moltitudine di leggi scritte che finisce per ridimensionare il ruolo della giurisprudenza; dall’altra, nei paesi di *civil law*, il valore del precedente ha subito un rafforzamento della propria efficacia (non più semplicemente) persuasiva. Ciò risulta confermato dal fatto che il giudice ricorre sempre più spesso, nella motivazione dei suoi provvedimenti, all’utilizzazione dei precedenti giurisprudenziali (il c.d. “diritto vivente”) per costruire la base, in diritto, della propria decisione”: così M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007, p. 189. Con riguardo alle tendenze legislative, sebbene al di fuori della materia penale, risulta emblematica l’introduzione (avvenuta con la l. n. 69 del 2009) dell’art. 360 *bis* c.p.c., che prevede un’ipotesi di inammissibilità del ricorso per Cassazione quando «il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa». La stessa legge del 2009, modificando l’art. 118 del r.d. n. 1368 del 1941, recante disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, prevede che la motivazione della sentenza debba consistere nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, “anche con riferimento a precedenti conformi”. Anche nel codice di procedura penale sono state nel tempo avanzate proposte del medesimo tenore, che tuttavia non hanno poi trovato l’approvazione del legislatore.

Ciò posto, prima di approdare a facili conclusioni, non può dimenticarsi come il nostro sistema costituzionale resta comunque improntato al principio della separazione dei poteri e della soggezione soltanto alla legge dei giudici (art. 101, co. 2, Cost.): tali principi ci consentono di escludere sin da ora qualunque assimilazione tra i precedenti giurisprudenziali ed il diritto positivo³⁸⁷. Ai giudici, difatti, la Costituzione affida unicamente la funzione di interpretazione della norma scritta, di chiarificazione del significato del precetto legale e di delimitazione del suo ambito applicativo, non certo la possibilità di creare *ex novo* fattispecie penali. Si aggiunga, poi, che, nella materia penale, il vincolo del precedente giurisprudenziale potrebbe scontrarsi anche col principio della riserva di legge (art. 25, co. 2, Cost.), che non consente a fonti subordinate, né tantomeno al formante giurisprudenziale, di essere fonte di fattispecie incriminatrici.

Se questi sono i principi espressamente dettati dalla Carta costituzionale, risulta nondimeno innegabile come anche nel nostro ordinamento l'applicazione giudiziale contribuisca in maniera importante all'individuazione della *regula iuris*: l'“apertura ermeneutica” che la legge inevitabilmente sottende può difatti

³⁸⁷ *Contra* A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., pp. 285 ss., il quale non esclude la legittimità costituzionale di un precedente giurisprudenziale vincolante in modo assoluto in linea verticale, e la possibilità di un vincolo relativo in linea orizzontale.

neutralizzare in concreto le garanzie di irretroattività e tassatività che la legalità formale afferma in astratto.

Si capisce pertanto la ragione per la quale la più autorevole dottrina abbia già da tempo espresso la necessità di individuare una soluzione «capace, da un lato, di evitare questa flagrante violazione del principio di irretroattività della legge sfavorevole senza, dall'altro, impedire mutamenti di giurisprudenza»³⁸⁸.

2. La possibile estensione del divieto di retroattività al mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Il problema della possibile estensione del divieto di retroattività *in malam partem* al mutamento giurisprudenziale sfavorevole nasce dalla constatazione che quest'ultimo può avere lo stesso “effetto concreto” di una legge modificativa più sfavorevole.

Anche il mutamento giurisprudenziale, difatti, può determinare l'estensione dell'ambito applicativo di una determinata fattispecie incriminatrice e, dunque, l'effetto sostanziale di una “nuova incriminazione”, alla quale tuttavia non dovrebbero applicarsi le disposizioni di cui agli artt. 25, co. 2 Cost. e 2, co. 1 c.p. Tali *overruling*

³⁸⁸ Le parole sono di F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., p. 1327, il quale suggerisce di mettere mano al futuro e, nei limiti consentiti dal principio della separazione dei poteri, recuperare i valori sostanziali e profondi della legalità.

in malam partem, pertanto, pur producendo effetti equivalenti a quelli di una modifica legislativa nei confronti dell'imputato, non sono sottoposti ai principi di diritto intertemporale tipici della legge penale, e finiscono in tal modo per tradursi – seppur nella dimensione del c.d. *law in action* - in forme di “retroattività occulta”³⁸⁹ della norma penale *contra reum*, con evidente sacrificio della libertà di autodeterminazione³⁹⁰.

Lo scenario prospettato risulta tutt'altro che teorico proprio nei paesi di *civil law*, ove i giudici non sono vincolati al precedente giurisprudenziale e, di conseguenza, hanno sempre la possibilità di ridefinire (nei limiti dell'interpretazione “estensiva”) il confine applicativo delle fattispecie incriminatrici³⁹¹. Tale situazione è agevolmente riscontrabile anche nel sistema italiano, per effetto dei ricorrenti contrasti diacronici di giurisprudenza che spesso danno luogo

³⁸⁹ L'espressione si ritrova in A. BERNARDI, *Commento*, cit., p. 283; A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, pp. 118 ss.

³⁹⁰ È difatti noto che il principio di irretroattività della legge penale nasca innanzitutto per consentire al cittadino di scegliere liberamente se adeguarsi o meno alla legge penale ed evitare possibili arbitri del legislatore. Tale principio diventa pertanto la condizione indispensabile per l'esercizio della libertà di autodeterminazione individuale all'interno della obbligatorietà della legge penale. Tale impostazione è espressamente accolta dalla già richiamata sentenza Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394, cit. In dottrina, v., tra gli altri, G. DE VERO, *Corso*, pp. 295 ss.

³⁹¹ Sulla differenza tra “interpretazione estensiva” ed “applicazione analogica” si rinvia ancora agli approfondimenti contenuti in G. DE VERO, *op. ult. cit.*, pp. 267 ss.

a nuove sotto-fattispecie penali ovvero determinano un peggioramento del trattamento sanzionatorio (per es. attraverso l'interpretazione restrittiva di una circostanza attenuante)³⁹². In tali ipotesi, non potendosi riconoscere l'irretroattività del nuovo orientamento più sfavorevole, si finisce per tradire in concreto l'affidamento dei cittadini che hanno realizzato la loro condotta antecedentemente al mutamento giurisprudenziale.

A diverse conclusioni si giunge invece sul versante convenzionale, ove la sostanziale equiparazione tra fonte legislativa e diritto vivente riconosciuta nell'ambito dell'art. 7 CEDU ha portato all'estensione della garanzia dell'irretroattività anche alla nuova interpretazione giurisprudenziale con effetti sfavorevoli. In sostanza, nella prospettiva CEDU, affinché sia pienamente valorizzata la libertà di autodeterminazione dei cittadini e ne sia tutelato l'affidamento, non basta che questi possano sapere come sono scritte le norme penali nel codice o in altre leggi penali; occorre altresì che possano “prevedere in concreto” come tali norme vengono interpretate dai giudici e come verranno interpretate nel caso che li potrà interessare direttamente. I

³⁹² Va precisato che i contrasti giurisprudenziali, se non gravemente caotici, non rappresentano un fenomeno necessariamente negativo, anzi, essi sono necessari poiché assicurano il costante aggiornamento ed adeguamento del sistema al divenire sociale.

chiari risvolti garantistici che mostra tale orientamento, impongono quantomeno una verifica della sua compatibilità col nostro sistema costituzionale.

Prima di risolvere tale questione occorre tuttavia chiarire che l'assimilazione tra mutamento giurisprudenziale e diritto positivo operata dalla Corte EDU non è comunque generale ed indiscriminata, essendo previste all'uopo particolari condizioni "qualitative" che devono riconoscersi al nuovo indirizzo giurisprudenziale³⁹³. In particolare, l'irretroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli può invocarsi non a fronte di qualunque sviluppo interpretativo della giurisprudenza, ma solo allorquando un tale risultato, alla luce dell'orientamento vigente in giurisprudenza al momento della commissione del fatto, non possa ritenersi "ragionevolmente prevedibile" dal soggetto agente. Il richiamo alla "ragionevole prevedibilità" risponde all'esigenza, particolarmente avvertita nella giurisprudenza di Strasburgo, di mantenere stretto il legame tra principio di legalità e principio di colpevolezza³⁹⁴. Si ritiene difatti che

³⁹³ Come osserva V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, p. 102, al fine di recuperare la quota di sicurezza-conoscibilità irrimediabilmente perduta nell'aprire a fonti ulteriori alla legge in senso formale, la Corte ha enfatizzato gli aspetti sostanziali del diritto (scritto e non scritto), pretendendo che esso soddisfi una serie di requisiti contenutistici-materiali.

³⁹⁴ Sul significato di "mutamento di interpretazione" e di "prevedibilità ragionevole" v. S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove*

possa parlarsi di responsabilità colpevole solo quando il soggetto agente è nelle condizioni di conoscere, a cominciare dal testo normativo e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione ad opera dei giudici, quali azioni od omissioni possano comportare la sua responsabilità penale³⁹⁵. Sarà dunque compatibile con l'art. 7 CEDU anche un'interpretazione di tipo estensivo che applichi la norma penale a fatti non previsti dal legislatore all'epoca del suo intervento, purché venga

interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000, in L. Picotti (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, p. 130. Precisa opportunamente S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...imprevedibile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in *Leg. pen.*, 7 gennaio 2016, p. 3, che «la prevedibilità è evidentemente concetto non sovrapponibile alla tradizionale concezione della legalità interna, essendo stata elaborata nel quadro di un ordinamento, quello convenzionale, cui aderiscono sistemi tanto di *common law* quanto di *civil law*; ed anzi, pare difficile negare com'essa si attagli preferibilmente ad un diritto di matrice giurisprudenziale piuttosto che di carattere legislativo. Nel nostro ordinamento la prevedibilità della norma penale trova spazio semmai come “coté soggettivo” della tassatività e determinatezza della norma, esse sì correntemente invocate come corollario dell'irretroattività della legge penale: l'individuo deve essere in condizione di conoscere i divieti penalmente sanzionati così da adeguare il proprio comportamento al rispetto di essi; qualora, invece, il divieto non fosse sufficientemente determinato, l'accertamento della violazione si risolverebbe in una decisione non prevedibile».

³⁹⁵ Cfr., Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88, § 40; Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91, § 29; Corte EDU, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006, cit., § 35 ss., e, da ultimo, Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013, cit., § 77 ss. Sulla stessa linea si attesta anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia (v., tra le altre, CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*). Per un approfondimento sul contenuto del principio di colpevolezza nella versione europea, si rimanda alle riflessioni di G. PANEBIANCO, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1326 ss.

fatta salva l'essenza della previsione incriminatrice e la soluzione individuata sia ragionevolmente prevedibile³⁹⁶.

Alla “prevedibilità della sanzione” fa da *pendant* il requisito dell’“accessibilità” della norma violata, intesa quale possibilità per il cittadino di disporre di informazioni sufficienti sulle norme giuridiche applicabili ad una fattispecie determinata³⁹⁷.

Tali condizioni qualitative si riferiscono, dunque, non alla mera previsione legale esistente, ma alla norma “vivente”, quale risulta dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici. Tale dato si

³⁹⁶ Sotto tale profilo, nell'individuazione della base ontologica del giudizio di prevedibilità, si è affermato che un'interpretazione estensiva è ragionevolmente prevedibile sia quando tale carattere possa desumersi dalla precedente prassi interpretativa, anch'essa estensiva, sia quando, pur contrastando con una precedente giurisprudenza a carattere restrittivo, trae la propria giustificazione dal mutamento delle condizioni socio-culturali. L'interpretazione estensiva è stata difatti ritenuta “prevedibile” (quindi “legittima”) dalla Corte EDU nella sentenza del 24 febbraio 1998, sul caso *Larissis e al. c. Grecia*, ric. n. 14307/88, facendo appello alla prassi interpretativa di carattere estensivo. Il richiamo ad un mutamento delle condizioni socio-culturali si ritrova invece nelle sentenze del 22 novembre 1995, casi *S.W. e C.R. c. Regno Unito* (ric. nn. 2016692 e 20190/92), che hanno ritenuto legittima la condanna per stupro inflitta a mariti che avevano abusato delle rispettive mogli, in ragione dei recenti mutamenti socio-culturali che suggerivano il superamento del principio generale di *common law* secondo cui il marito non può essere dichiarato colpevole di stupro nei confronti della propria moglie. Critico nei confronti di tale approccio V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, pp. 142-143. L'Autore sottolinea come una ricostruzione della base ontologica del giudizio di prevedibilità che combina variabili giuridico-normative ed elementi di carattere socio-politico e culturale neutralizza l'efficacia di tale parametro, perché finisce per rendere un po' tutto “prevedibile”.

³⁹⁷ Per un approfondimento sui criteri di “*accessibility*” e “*foreseeability*” nell'ottica della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, cfr. A. BERNARDI, *Art. 7 – “Nessuna pena senza legge”*, cit., pp. 60 ss.; G. LAUTENBACH, *The concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013, pp. 113 ss.

armonizza con le premesse da cui siamo partiti: se il contenuto della norma risulta dalla combinazione del dato legislativo e di quello giurisprudenziale, è evidente che anche la giurisprudenza deve concorrere ad assicurare la conoscibilità e prevedibilità dei precetti³⁹⁸.

In quest'ottica, la Commissione europea dei diritti dell'uomo, dopo avere ammesso che gli elementi costitutivi del reato possono essere «precisati e adattati a circostanze nuove rientranti ragionevolmente nella concezione originale dell'illecito», ha escluso che «un atto sino ad allora non punibile si veda attribuire dai tribunali carattere penale o che la definizione degli illeciti esistenti sia ampliata in modo da inglobare fatti che in precedenza non costituivano reato»³⁹⁹.

L'apertura della legalità-prevedibilità al “formante” giurisprudenziale rappresenta tuttavia un “arma a doppio taglio” poiché se da un lato può essere adeguatamente garantita anche in presenza di un testo legale oscuro grazie all'apporto chiarificatore del diritto vivente consolidato, dall'altro – simmetricamente – può essere invece pregiudicata da un'applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria nonostante la presenza di un testo legale in sé

³⁹⁸ In questo senso, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea*, cit., p. 63.

³⁹⁹ V., tra le altre, Commissione Europea, 7 maggio 1982, *Ltd e Y. c. Regno Unito*, ric. n. 8710/79, § 85; Commissione Europea, 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, § 181-182. Tratta approfonditamente tali pronunce, E. NICOSIA, *op. cit.*, pp. 66 ss.

accessibile. In definitiva, come sottolineato da autorevole dottrina, la nozione europea di “prevedibilità”, «mentre certifica ufficialmente la morte, o comunque, il fortissimo ridimensionamento della riserva di legge, costituisce un potente rafforzamento della più profonda ed universale anima della legalità penale costituita appunto dall'esigenza di conoscibilità del precetto e delle conseguenze della sua violazione»⁴⁰⁰.

Nonostante tali rilievi, può tuttavia osservarsi come la *ratio* della legalità convenzionale sia comunque assimilabile a quella della legalità interna; l'unica differenza è che l'obiettivo della tutela dell'individuo contro le punizioni imprevedibili, in Europa, viene perseguito valorizzando gli aspetti qualitativo-sostanziali della legge, anziché quelli formali.

Ad ogni modo, risulta evidente la centralità del precedente giudiziale nel sistema convenzionale: sebbene sia superabile, è comunque questo a determinare il contenuto della norma e a rappresentare il punto di riferimento della *prevedibilità* ed *accessibilità* della decisione successiva che interessa il cittadino nel caso concreto.

⁴⁰⁰ V. F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2695 ss.

Va infine ravvisato come alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è presto adeguata anche la Corte di giustizia che, richiamando espressamente l'art. 7 della CEDU, ha affermato che il principio di irretroattività delle norme penali impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa⁴⁰¹. Per questa via, la Corte di giustizia recepisce i canoni del principio di irretroattività consolidatisi nell'interpretazione sviluppata alla Corte EDU sull'art. 7 della Convenzione, che viene inquadrato tra i principi generali del diritto comunitario.

3. Verso un riconoscimento del divieto di retroattività dell'*overruling* sfavorevole nel nostro ordinamento: le strade percorribili *de jure condito*.

Tali indirizzi interpretativi della giurisprudenza sovranazionale, come si cennava, hanno inevitabilmente posto il problema del rapporto tra principio di irretroattività e mutamento sfavorevole del precedente giurisprudenziale anche all'interno del nostro ordinamento. La sempre

⁴⁰¹ Tali principi si trovano affermati nella sentenza CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*.

più intensa osmosi che sta sviluppandosi tra la giurisprudenza nazionale e ed europea ci interroga su un'eventuale ridefinizione della portata applicativa del principio di irretroattività, che potrebbe affrancarsi dagli schemi formali delle nostre fonti interne (art. 25, co. 2, Cost. ed art. 2 c.p.), ed assumere quale parametro l'art. 7 della Convenzione, con conseguente estensione del proprio oggetto anche al diritto giurisprudenziale.

La prospettiva, a ben vedere, non è poi così eversiva come *prima facie* potrebbe apparire. In primo luogo, una simile operazione ermeneutica costituirebbe nient'altro che la semplice applicazione del canone della "interpretazione conforme" verso cui va indirizzandosi con sempre maggiore rapidità il nostro ordinamento giuridico; in secondo luogo, tale soluzione, oltre a determinare un ampliamento delle garanzie del sistema, si mostrerebbe altresì in continuità con il fondamento storico del principio di irretroattività che, come si è visto, risiede nella tutela della libertà di autodeterminazione del soggetto, innegabilmente compromessa anche dalla retroattività di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole⁴⁰². Giunti a questo punto della

⁴⁰² Come ha osservato la dottrina - in maniera dichiaratamente provocatoria - i cittadini che commettono un reato "non sono tutti «delinquenti»". Con ciò vuole dirsi che non è affatto implausibile che il cittadino si informi su dove la giurisprudenza abbia tracciato il confine tra il lecito e l'illecito, ciò specialmente nell'ambito del diritto penale dell'economia: così A CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 321.

trattazione, occorre pertanto verificare la reale percorribilità di tale opzione nell'attuale quadro normativo.

Nel tentativo di estendere il divieto di applicazione retroattiva anche al mutamento giurisprudenziale sfavorevole, la dottrina, già *de iure condito*, ha prospettato due strade alternativamente percorribili: la prima valorizza il profilo soggettivo della *rimproverabilità* e si sostanzia nel riconoscimento, in favore dell'imputato, della rilevanza scusante dell'ignoranza inevitabile della legge penale, ai sensi del disposto dell'art. 5 c.p., in conformità ai principi fissati dalla sentenza costituzionale n. 364 del 1988; la seconda, invece, si colloca sul piano della *irretroattività*, facendo rientrare nel concetto di «legge posteriore» di cui all'art. 2, co. 2, c.p. anche il diritto giurisprudenziale, con la conseguenza che il *novum* giurisprudenziale non produrrà alcun effetto nel caso deciso, ma solo in relazione ai fatti verificatisi successivamente alla pronuncia che crea il nuovo precedente⁴⁰³.

⁴⁰³ Tali soluzioni sono invero state mutuare dalla dottrina tedesca che storicamente, a partire dal noto caso c.d. *Promillefälle* (v. *BGH*, 9 dicembre 1966, *BGHSt*, 21, 157, pp. 161 ss.), ha dedicato molta attenzione al tema dei mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*. Tra i lavori monografici si segnalano, tra gli altri, N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Friburgo, 1969; W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970; B. RÜBERG, *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Amburgo, 1977. In Germania, parte della dottrina ha altresì suggerito di estendere per analogia le disposizioni dello StGB sulla successione di leggi penali nel tempo. (v. W. STRABBURG,

Secondo la dottrina maggioritaria, avallata anche da qualche pronuncia della Corte di Cassazione, l'unica strada percorribile *de iure condito* è la c.d. «soluzione soggettiva»⁴⁰⁴ imperniata sull'applicazione della scusante di cui all'art. 5 c.p.⁴⁰⁵. Tale opzione, tuttavia, presenta difficoltà applicative tali da non potersi considerare un valido antidoto rispetto ai casi di retroattività mascherata. Da una parte vi sono le difficoltà legate al difficile accertamento che il soggetto agente abbia fatto affidamento sul diritto vivente ed il mutamento giurisprudenziale

Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, pp. 948 ss.), soluzione che, per essere adottata nel nostro ordinamento, richiederebbe l'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem*, ipotesi non da tutti condivisa e che comunque andrebbe adeguatamente valutata con riguardo alle norme intertemporali. Sull'analogia in diritto penale v. G. DE VERO, *Corso*, cit., pp. 281 ss.

⁴⁰⁴ Così è definita da N. GROSS, *op. cit.*, p. 10. Tale soluzione, nell'ambito della dottrina tedesca, è patrocinata da molti autorevoli autori: per tutti, v. C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I^a, Monaco, 2006, pp. 168 ss.

⁴⁰⁵ In dottrina, v., tra gli altri, A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 320 ss. Per la giurisprudenza, il riferimento è, in particolare, a Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 1993, n. 435, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 43 ss., che - nel procedere all'annullamento senza rinvio perché il fatto non costituisce reato di una sentenza di condanna per avere l'imputato effettuato scarichi dai servizi civili, in un fosso adiacente alla propria fabbrica senza avere richiesto la prescritta autorizzazione - ha osservato che «la coincidenza dell'epoca dell'accertamento dello scarico con quella del mutamento della giurisprudenza imperante, che non richiedeva l'autorizzazione, avrebbe imposto come soluzione obbligata l'assoluzione dell'imputato, la quale, oltreché dettata dall'art. 5 c.p. nella lettura fattane dalla Corte costituzionale, è suggerita, prima ancora, dal principio di stretta legalità, ed ha esplicitato che «il principio di stretta legalità vigente in diritto penale impone al giudice di attenersi alla precisa dizione della norma incriminatrice, senza indulgere a interpretazioni analogiche e, ove la norma del tutto chiara non sia, di attenersi all'interpretazione giurisprudenziale imperante, che la abbia esplicitata, ad evitare diverse interpretazioni che esponano il cittadino a responsabilità di maggior contenuto a quelle cui il cittadino medesimo, in base al principio di cui all'art. 1 c.p., era espressamente chiamato dalla norma incriminatrice e dalla giurisprudenza al riguardo».

sia risultato imprevedibile⁴⁰⁶. In secondo luogo, nonostante la giurisprudenza di legittimità abbia in talune ipotesi percorso tale via⁴⁰⁷, va tenuto conto della più generale riluttanza con cui essa proscioglie per difetto di colpevolezza chi invoca l'affidamento sul diritto vivente⁴⁰⁸, per cui una opzione di questo tipo rischierebbe di restare lettera morta⁴⁰⁹.

Non v'è dubbio che l'interpretazione "convenzionalmente orientata" della disciplina della successione di norme penali sarebbe

⁴⁰⁶ Si ricorda che la Corte costituzionale, nella celebre sentenza n. 364 del 1988 ha affermato che: «l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari ecc.»: cfr. Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, § 27.

⁴⁰⁷ V. Cass. pen., 6 ottobre 1993, n. 435, cit.

⁴⁰⁸ Cfr., tra le altre, Cass. pen., 24 giugno 2004, n. 28397, in *Ced.*, rv. 229096, ove si afferma che la presenza di contrastanti orientamenti giurisprudenziali, producendo una situazione di dubbio-incertezza sulla liceità della condotta, impone all'agente di astenersi *tout court* dall'azione. Ben diverse invece erano le indicazioni (e forse gli auspici) della Corte costituzionale, che nella sentenza n. 364 del 1988 aveva individuato nel «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» uno degli indici di inevitabilità dell'errore sul divieto.

⁴⁰⁹ Ritiene invece ammissibile, a fronte di una svolta giudiziaria imprevedibile, l'applicazione dell'art. 5 c.p. F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e critica del diritto vivente*, L. Picotti-G. Fornasari-F. Viganò-A. Melchionda, Padova, 2005, pp. 279 ss.

una soluzione ben più efficace: in primo luogo perché consentirebbe al divieto di retroattività del *revirement* sfavorevole di operare sempre ed in maniera automatica (mentre l'art. 5 c.p. è comunque soggetto alla discrezionalità del giudice); in secondo luogo, tale principio avrebbe un'applicazione più estesa, posto che – al pari dell'art. 2, co. 2 c.p. – andrebbe ad incidere su qualsiasi modificazione *in peius* del trattamento giuridico del reo (consentendo, ad es., di evitare il riconoscimento di una circostanza aggravante che secondo l'interpretazione originaria non avrebbe dovuto applicarsi), mentre l'art. 5 c.p., almeno secondo la dottrina maggioritaria, opera soltanto in relazione alla conoscibilità della rilevanza penale del fatto⁴¹⁰. Non meno rilevante è poi la circostanza che l'applicazione dell'art. 2 produrrebbe un'assoluzione piena per l'imputato («perché il fatto non *era* previsto dalla legge come reato»), viceversa l'applicazione dell'art. 5 c.p. porterebbe ad un'assoluzione per mancanza di colpevolezza («perché il fatto non costituisce reato»), lasciando residuare la possibilità di eventuali conseguenze negative (per es. il risarcimento danni)⁴¹¹.

⁴¹⁰ È difatti insegnamento comune che, ai fini della rilevanza della *ignorantia legis*, ciò che importa è lo svolgimento del processo di formazione della volontà in relazione al carattere penalmente rilevante del fatto commesso. Sul punto v. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1466.

⁴¹¹ Costituisce orientamento costante della giurisprudenza, considerabile alla stregua di *ius receptum*, quello secondo cui l'accertamento contenuto in una

Va tuttavia ricordato che, come la stessa Corte Costituzionale ha chiaramente affermato⁴¹², la *consecutio* tra orientamenti interpretativi giurisprudenziali non può essere equiparata ad un atto di produzione normativa, per cui l'eventuale applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale non parrebbe poter rilevare come violazione dell'art. 2 c.p. Per cui, al netto delle riscontrate difficoltà sul piano applicativo, la valorizzazione della scusante di cui all'art. 5 c.p. pare l'unica strada al momento percorribile.

3.1. La valorizzazione della tutela dell'affidamento quale strumento per impedire la retroattività del mutamento sfavorevole.

La presa di posizione della Consulta dianzi citata, non ci impedisce di svolgere quale riflessione ulteriore sul rapporto tra mutamento giurisprudenziale e principio di irretroattività.

Il dato da cui pare utile prendere le mosse è che il divieto di retroattività - anche alla luce dell'intima connessione col principio di

sentenza penale irrevocabile di assoluzione pronunciata perché il fatto non costituisce reato non ha efficacia di giudicato, ai sensi dell'art. 652 c.p.p., nel giudizio civile di danno, nel quale, in tal caso, compete al giudice il potere di accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio, e di pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate all'esito del processo penale: così, da ultimo, Cass. civ., 13 novembre 2013, n. 25538, in *De Jure*.

⁴¹² Il riferimento è alla sentenza n. 230 del 2012, sulla quale si tornerà *infra*, Cap. III, Sez. I, § 5.

colpevolezza - risponde ad una *ratio* di garanzia profondamente *soggettiva*⁴¹³. Più precisamente, tale principio garantisce che la “situazione punitiva” esistente al momento del fatto, sulla quale il soggetto fa affidamento, non patisca modifiche in senso peggiorativo. Se, dunque, assumiamo la prospettiva del reo, può facilmente concludersi che a questo poco importa che il suo affidamento sia stato violato dal legislatore o dal giudice, perché ugualmente viene tradita la principale funzione - e la stessa credibilità dogmatica - del principio di legalità.

Svolte tali considerazioni, non può negarsi come, seppur nella diversità dei ruoli, giudice e legislatore concorrano entrambi al processo di “costruzione” del diritto. Per quanto le leggi penali debbano di per sé essere dotate di determinatezza o precisione già nella loro formulazione, l’apporto dell’interpretazione della norma stessa, che spetta al giudice, resta comunque un fattore ineliminabile e sarà proprio questo a definire i concreti margini applicativi della fattispecie. Se, dunque, la legalità significa innanzitutto “prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni”, l’unico modo per assicurarla resta quello della piena equiparazione, sotto il profilo delle garanzie, tra

⁴¹³ In proposito, G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 109, sottolinea come il divieto di retroattività, tra tutti i sotto-principi della legalità, «esprime il profilo garantista di massima evidenza».

la “norma” proveniente da fonte giurisprudenziale e la “legge” che scaturisce dal potere legislativo⁴¹⁴.

Tale scelta, sia chiaro, non implica di per sé il superamento del principio della soggezione del giudice “soltanto alla legge”, ma, al contrario, l’osservanza dell’aspetto forse saliente del principio di legalità: assicurare ai cittadini prevedibilità ed accessibilità delle conseguenze penali delle loro azioni.

Nella diversità delle soluzioni prospettate, la dottrina più recente pare ormai riconoscere unanimemente la natura creativa dell’interpretazione giudiziale e la necessità di riconoscere una qualche forma di rilevanza al precedente giurisprudenziale quale strumento necessario per garantire il rispetto della legalità anche nella dimensione *in action*⁴¹⁵.

Se, nella configurazione tradizionale, la riserva di legge mira a garantire la qualità contenutistica della formulazione della fattispecie incriminatrice, oggi – in rapporto all’accresciuto potere normativo assunto dalla giurisprudenza e al rischio di decisioni arbitrarie – si pone la necessità di predisporre regole e criteri in grado di assicurare la

⁴¹⁴ Così. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 97 ss.

⁴¹⁵ Uno dei primi studi in argomento è quello di A. CADOPPI, *Il valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

maggior prevedibilità del giudizio. Da questo punto di vista, stabilire una “soggezione del giudice alla giurisprudenza” garantirebbe l’omogeneità e l’uniformità degli indirizzi ermeneutici ed assicurare una maggior stabilizzazione e certezza del sistema, ma, nella sua radicalità, rischierebbe di scontrarsi in modo irrimediabile col gli artt. 25 cpv. e 101 Cost.

Una soluzione ben più equilibrata è quella proposta da parte delle dottrina che innanzitutto nega la rilevanza dei precedenti delle singole sentenze delle sezioni semplici della Cassazione, riconoscendo che a “fare giurisprudenza” sarebbero solo le Sezioni Unite, le quali rappresentano non solo la massima esaltazione della funzione nomofilattica propria del giudice di legittimità, ma hanno tutte le credenziali per produrre autorevoli ed affidabili precedenti⁴¹⁶. In secondo luogo, anche i precedenti della Cassazione nella sua massima composizione non andrebbero a vincolare (*rectius*: assoggettare) il giudice, ma farebbero da presupposto al c.d. *prospective overruling*, ovvero sia un meccanismo tale per cui la svolta giurisprudenziale

⁴¹⁶ Tale tesi è stata espressa, in più occasioni, soprattutto da Massimo Donini e Giovanni Fiandaca. Si citano, a titolo esemplificativo, M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di Cassazione a fianco o a posto del vecchio? Recensione a Alberto Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1177; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1737.

“qualificata” opererebbe solo per il futuro, e non si applicherebbe al caso da decidere⁴¹⁷.

Altre soluzione proposta è quella del c.d. *absolute discharge* (consistente nella pronuncia di una condanna non seguita da pena), che permetterebbe di garantire la tutela dell'affidamento senza, al contempo, vincolare il giudice⁴¹⁸.

Chiaramente, l'accoglimento di tale orientamento sarebbe tutt'altro che rapido ed indolore, vista la mole di questioni – anche di carattere processuale⁴¹⁹ - che comunque si porrebbero sul tavolo. È evidente difatti che il metodo del precedente non potrebbe applicarsi a

⁴¹⁷ Il c.d. *prospective overruling* è un'ipotesi da tempo discussa soprattutto dalla dottrina civilistica ed ha trovato riscontro anche in un'importante pronuncia delle sezioni unite civili (v., Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144, in, *Foro it.*, 2011, I, p. 2254). Con riferimento all'operare di tale meccanismo nella materia penale risulta piuttosto perspicuo l'esempio relativo alla punibilità del *mobbing* riportato da R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1780. L'A. osserva che a riguardo: «si è assestato un orientamento alla fin fine unanime che nella sostanza esclude la sua punibilità. Ebbene, se a un certo momento venisse pronunciata una sentenza che invece riconduce il *mobbing* alla fattispecie di maltrattamenti in famiglia, si deve ritenere che il soggetto non possa essere punito, mentre risulteranno punibili i fatti commessi dopo tale sentenza (si noti che a quel punto si verrà a generare un contrasto giurisprudenziale, sul quale torneremo a breve)».

⁴¹⁸ Tali soluzioni sono richiamate da O. DI GIOVINE, *L'interpretazione del diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 299, la quale tuttavia ritiene lontano il giurista continentale dall'assumere un approccio di questo tipo rispetto al problema del mutamento giurisprudenziale, ritenendolo «coadiuvato dalla facile ipocrisia di una idea di legalità vetero-illuministicamente intesa».

⁴¹⁹ In dottrina si è prospettato il problema relativo all'individuazione dell'interesse ad impugnare del pubblico ministero nei confronti di una sentenza che ha proscioltto l'imputato sulla base del precedente orientamento favorevole. La questione, chiaramente, esula dal tema qui trattato, ma, ad ogni modo, pare superabile posto che basterebbe ridefinire il concetto di interesse al gravame. Per una proposta di soluzione si veda V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, p. 157.

tutti gli istituti di diritto sostanziale: se ha senso parlare di affidamento con riferimento al carattere lecito o illecito della condotta bisogna poi capire se lo stesso possa dirsi con riferimento all'entità della pena; ancor più controversa sarebbe poi la previsione della vincolatività del precedente con riferimento alle regole dell'imputabilità, alle condizioni di punibilità, alle cause di estinzione del reato ecc.

Al di là del merito delle soluzioni proposte e di quelle che verranno concretamente adottate in futuro, ciò che resta fuori discussione è come l'apporto della giurisprudenza sovranazionale, unitamente agli studi della nostra dottrina, abbia quantomeno posto le basi per un ripensamento della legalità penale sul piano delle fonti interne e “aperto gli occhi” sulla realtà del diritto penale giurisprudenziale e sulla sua tendenza ad entrare in conflitto con le massime istanze garantistiche del nostro sistema punitivo.

4. L'operatività delle garanzie intertemporali nelle ipotesi di incertezza giurisprudenziale: il caso Contrada.

Nella ricostruzione dei rapporti tra diritto vivente e principio di affidamento, esigenze di semplificazione ci hanno portato a prendere in considerazione sino ad ora unicamente le ipotesi in cui si realizza un mutamento radicale di giurisprudenza, ovverosia i casi in cui la stessa,

prima univocamente indirizzata nel riconoscere la liceità di una determinata condotta, abbia successivamente (ed improvvisamente) riconosciuto la sua tipicità. In ipotesi in cui il mutamento giurisprudenziale è così netto, è evidente che un parametro quale quello della “ragionevole prevedibilità”, nonostante la sua ineliminabile componente soggettiva, può essere di facile ed efficace accertamento.

A questo punto, tuttavia, occorre affinare ulteriormente la nostra indagine e verificare come si declinano il “principio di affidamento” ed il criterio della “ragionevole prevedibilità” nei casi in cui non vi è un vero e proprio *overruling* giurisprudenziale, ma situazioni di contrasto sincronico tra due o più orientamenti che vengono poi risolte da una pronuncia “qualificata” che va nella direzione della tipicità del fatto. Va verificato, in particolare, se l’applicazione del nuovo orientamento a fatti commessi in precedenza entri in collisione col divieto di retroattività sfavorevole o se, viceversa, siano altri i profili della legalità a dover essere valorizzati.

Una prospettiva privilegiata per analizzare tale questione ci è offerta dalla pronuncia della Corte EDU nell’ormai noto “caso Contrada”, ove i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto la violazione dell’art. 7 CEDU da parte dell’Italia per via dell’applicazione

retroattività di una norma penale “a matrice giurisprudenziale”, ritenuta imprevedibile⁴²⁰. In particolare, nel caso di specie, i giudici europei hanno ritenuto integrata la violazione dell’art. 7 della Convenzione sulla base del fatto che il Sig. Contrada veniva condannato per il reato di “concorso esterno” in associazione di tipo mafioso, quando ancora tale fattispecie – a detta della Corte - non si era consolidata nella giurisprudenza⁴²¹. La questione sottoposta alla valutazione della Corte EDU è stata allora quella di stabilire se, all’epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso di modo che questi potesse conoscere in maniera precisa le conseguenze penali della propria condotta.

⁴²⁰ V. Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13, § 74. Avendo rilevato che il nostro ordinamento, pur basato sul principio di legalità inteso anche come riserva di legge, attribuisce, in modo più o meno esplicito, rilevanza di fonte anche alla giurisprudenza, e quindi in taluni casi tollera una violazione del proprio *standard* di legalità, la Corte richiede “almeno” l’adeguamento al minimo comune denominatore della legalità convenzionale, costituito dall’accessibilità e prevedibilità del diritto, quale che ne sia la fonte. In realtà, per i motivi che presto verranno chiariti, ritenere che la fattispecie costituisca il “risultato di una evoluzione giurisprudenziale” non può integralmente condividersi.

⁴²¹ Non può naturalmente costituire compito del nostro lavoro l’esposizione dettagliata della genesi, dell’evoluzione giurisprudenziale e degli aspetti più controversi della figura del c.d. “concorso esterno”, dovendoci limitare soltanto a qualche cenno. Per tale ragione, anche in considerazione della notevole letteratura in argomento, i richiami bibliografici a riguardo avranno in massima parte natura esemplificativa, lasciando al lettore ogni ulteriore approfondimento. Per un approfondimento di carattere monografico sul tema del concorso esterno in associazione mafiosa, si rinvia, sin d’ora a C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminazione legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.

A tal riguardo, i giudici di Strasburgo, dopo aver ripercorso le tappe della vicenda giudiziaria che ha interessato il ricorrente, hanno proceduto ad una ricostruzione delle acquisizioni maturate nella giurisprudenza interna con riferimento alla fattispecie in questione, rilevando che «è soltanto con la sentenza “*Demistry*”, pronunciata dalle Sezioni unite il 5 ottobre 1994, che per la prima volta la Corte di cassazione tenta di elaborare la materia in oggetto, passando in rassegna le sentenze che negavano e quelle che avevano riconosciuto il reato in causa e ammettendo esplicitamente l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno»⁴²².

Delineati dunque gli indirizzi giurisprudenziali presenti al momento della commissione del fatto, si è richiamata la necessità che la legge definisca «chiaramente i reati e le pene che li reprimono», di modo che ciascun soggetto, «a partire dal testo della disposizione», possa sapere «con l'assistenza dell'interpretazione che viene data dai

⁴²² Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit., § 69. Dalla lettura dell'impianto motivazionale della sentenza emerge il rilievo avuto dai precedenti giurisprudenziali antecedenti alla sentenza *Demistry* che avevano negato la configurabilità del c.d. concorso esterno. Non meno significativo è parso alla Corte il fatto che sia il Tribunale di Palermo nella sentenza del 1996, sia la Corte d'appello di Palermo nella sentenza del 2006 avessero richiamato sentenze della Cassazione sul concorso esterno in associazione mafiosa successive ai fatti imputati al Contrada (il Tribunale aveva richiamato la sentenza *Demistry* del 1994, la Corte d'appello aveva, a sua volta, richiamato la stessa *Demistry* e le successive sentenze Mannino del 1995, Carnevale del 2002 e Mannino del 2005).

tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati», se l'attività che egli intenda svolgere debba o meno ritenersi lecita⁴²³. Tali requisiti di legalità sono stati ritenuti insussistenti nel caso di specie, da qui la ritenuta violazione dell'art. 7 CEDU.

L'analisi di tale pronuncia merita sicuramente di essere affrontata non soltanto per il rilievo in sé della vicenda⁴²⁴ e per le sue ripercussioni sul diritto interno, ma soprattutto perché, nella prospettiva della presente trattazione, ci consente di verificare gli *standard* qualitativi

⁴²³ Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit., §79.

⁴²⁴ Si tratta di una vicenda particolarmente dolorosa e tormentata che comunque vede il coinvolgimento di un soggetto pubblico in affari legati a Cosa nostra. Sul piano scientifico, la sua rilevanza è testimoniata dal notevole numero di contributi che la dottrina vi ha immediatamente dedicato: cfr., ad es., S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015, pp. 1 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 12 ss.; O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 346 ss.; A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2015, pp. 1 ss.; S. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015, pp. 1 ss.; M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4611 ss.; S. MAIELLO, *La Consulta e la Corte EDU attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1019 ss.; G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015, pp. 1 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, pp. 46 ss.; E. SELVAGGI, *Osservazioni (alla sentenza Contrada)*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2865 ss.

richiesti dalla legalità convenzionale nelle ipotesi di incertezza giurisprudenziale.

Occorre sin da subito premettere che il riferimento all'art. 7 CEDU risulta in qualche modo “necessitato” anche in ragione dell'assenza di un esplicito riconoscimento del principio *nulla poena sine culpa* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Da tale prospettiva, la sentenza Contrada si colloca in continuità rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, proprio con riferimento all'art. 7 CEDU, aveva ritenuto che tale norma, specie alla luce dei corollari dell'*accessibilité* e *prévisibilité*, richiedesse (anche) la presenza di un legame di natura intellettuale tra l'elemento materiale del reato e il suo presunto autore⁴²⁵.

Ciò chiarito, entrando più direttamente *in medias res*, il primo elemento che suscita qualche perplessità è la qualificazione del “concorso esterno” quale reato “a matrice giurisprudenziale”. Senza

⁴²⁵Il riferimento è soprattutto alla già citata sentenza *Sud Fondi c. Italia* (v. *supra*, Cap. II, Sez. I, § 5.4). Come osservato da G. PANEBIANCO, *Il principio*, cit., p. 1344, il richiamo all'art. 7 CEDU ha consentito ai giudici di Strasburgo di valorizzare «una fruttuosa relazione tra il principio *nulla poena sine culpa* ed il principio di legalità». L'A. mette altresì in rilievo come la necessità per la Corte EDU di attenersi alle argomentazioni avanzate dalle parti in causa determina che la valorizzazione di determinati principi in chiave convenzionale sia influenzata «dal radicamento che questi possiedono nell'ordinamento dello Stato coinvolto e dalla capacità dei ricorrenti di rintracciare un adeguato parametro normativo nella CEDU». Per l'A., dunque, non è un caso che «una migliore elaborazione del principio *nulla poena sine culpa* e della sua base giuridica è rintracciabile in una [...] pronuncia della Corte di Strasburgo che vede coinvolta l'Italia».

voler qui entrare nel dibattito circa la configurabilità o meno del concorso esterno⁴²⁶, tale affermazione non pare comunque convincente e rischia di sviare i termini della questione: nel c.d. concorso esterno è difatti il contenuto della condotta ad essere definito dall'elaborazione giurisprudenziale, ma la fonte resta comunque "legale", poiché frutto dell'applicazione della disciplina codicistica. Tale fattispecie risulta difatti dalla combinazione dell'art. 416-*bis* con l'art. 110 c.p. che, com'è ampiamente noto, possiede potenzialità applicative molto estese e indefinite, esprimendo qui – né più né meno che in altri casi - quel tasso d'indeterminatezza proprio delle clausole generali⁴²⁷.

Ciò chiarito, entrando più direttamente nelle pieghe dell'apparato argomentativo della Corte, l'aspetto che preme maggiormente sottolineare è che il richiamo al canone della *prevedibilità*, perlomeno

⁴²⁶ Per un'analisi critica degli indirizzi più recenti espressi dalla giurisprudenza G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 251 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, pp. 488 ss.

⁴²⁷ Siamo dunque in presenza di una normativa la cui insufficiente determinatezza, pur contestata in letteratura, è stata sempre di fatto ritenuta superabile in virtù di una consolidata tradizione applicativa dell'istituto. Basti in proposito l'affermazione di Giuliano Vassalli secondo cui l'art. 110 c.p. appare come una delle norme più sospette di illegittimità costituzionale dell'intero codice penale: così G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 170 ss. Si consideri poi che la Corte di Strasburgo non può sindacare l'interpretazione data dalla giurisprudenza nazionale di una norma interna, purché non violi parametri della CEDU (quali, ad es., il divieto di analogia).

nell'accezione con cui è stato tradizionalmente inteso a Strasburgo⁴²⁸, non può comunque ritenersi opportuno o, comunque, conducente nel determinare la violazione dell'art. 7 CEDU.

Se difatti la Corte avesse applicato il canone della prevedibilità in conformità ai propri precedenti, non avrebbe potuto concludere nel senso della violazione dell'art. 7 CEDU, posto che, nelle ipotesi di contrasto giurisprudenziale sulla tipicità di una determinata condotta, il fatto che poi in concreto si affermi l'orientamento più rigoroso è comunque un esito "prevedibile" dal soggetto⁴²⁹. L'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale del c.d. concorso esterno, anche sulla base dei precedenti richiamati dalla stessa Corte EDU, dimostra difatti come la sentenza delle Sezioni Unite *Demistry* non abbia dato luogo ad un orientamento giurisprudenziale inedito, bensì alla stabilizzazione di un indirizzo che parte della giurisprudenza già affermava. Tale pronuncia non può considerarsi in alcun modo un momento di rottura rispetto alla giurisprudenza precedente: essa non si è posta in contrasto con un indirizzo fino a quel momento maggioritario, né ha configurato fattispecie criminose prima inesistenti. A ciò si aggiunga che la presenza di un contrasto giurisprudenziale denota *ex se* l'incapacità del

⁴²⁸ V. *supra*, Cap. III, Sez. I, § 3.

⁴²⁹ Analogamente M. LEACCHE, *op. ult. cit.*, pp. 4611 ss.

diritto vivente di dettare un indirizzo univoco tale da poter generare l'affidamento del singolo sulla liceità della propria condotta: non v'è dubbio allora che il Sig. Contrada poteva ragionevolmente prevedere la punibilità della sua condotta in termini di concorso esterno⁴³⁰. La controversia dottrinale-giurisprudenziale sul punto, a ben vedere, non rende imprevedibile una decisione, la rende incerta⁴³¹.

Bisogna concludere allora nel senso che la *prevedibilità* della decisione, formalmente richiesta dalla Corte, sia stata declinata nel caso di specie quale *certezza* circa le conseguenze penali della condotta. In altri termini, la Corte, pur richiamando la necessità che il reato sia sufficientemente chiaro e prevedibile, declina tali concetti in un significato assai simile a quello di “certezza” sulla punibilità o meno che lo Stato dovrebbe assicurare al fine della validità dei propri precetti.

Tali rilievi ci portano dunque a ritenere che la soglia minima per l'osservanza dell'art. 7 della Convenzione sia passata dalla “ragionevole prevedibilità” alla “previsione certa” della punibilità della propria condotta da parte dell'agente⁴³². Secondo la Corte di Strasburgo, infatti,

⁴³⁰ Il contrasto giurisprudenziale sincronico è difatti un dato fisiologico del sistema, ma anche quando è patologico, rende assolutamente “prevedibile” la possibile rilevanza penale di un comportamento.

⁴³¹ Così M. DONINI, *op. ult. cit.*, pp. 346 ss.

⁴³² Merita ricordare che nel caso *Sunday Time, c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, ric. n. 6538/74, in cui per la prima volta furono stabiliti i criteri di accessibilità e prevedibilità della legge, la Corte richiese, con riferimento a quest'ultimo criterio,

una norma incriminatrice dall'applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria non può legittimamente costituire la base "legale" di responsabilità penale, poiché ciò costituirebbe violazione dell'art. 7 della CEDU.

In una situazione di incertezza giurisprudenziale, tuttavia, pare eccessivo invocare la violazione del principio di legalità, posto che comunque il dato normativo ha consentito ai giudici interni – a torto o a ragione – di ritenere punibile quella data tipologia di condotta. La Corte EDU, invece, finisce per ritenere integrata la violazione dell'art. 7 senza che siano stati realmente violati i contenuti garantistici del suddetto principio: libertà di autodeterminazione e principio di affidamento.

Non è mancato in dottrina chi ha sottolineato come, non essendovi stato un vero e proprio *overruling*, dunque non essendoci un "prima" e un "dopo", la questione andasse risolta non sul piano della legalità, bensì su quello della colpevolezza⁴³³. Sicuramente, se vi è un profilo della legalità che merita di essere valorizzato in ipotesi del genere è quello della tassatività, non certo l'irretroattività. Può peraltro

che il singolo potesse prevedere, in misura ragionevole in relazione alle circostanze, le possibili conseguenze della propria azione. Nell'occasione, la Corte precisò che tali conseguenze non dovessero essere prevedibili con assoluta certezza.

⁴³³ V. F. PALAZZO, *Principio di legalità*, cit., pp. 2695 ss.

aggiungersi che il difetto di tassatività dovuto a tali incertezze ha trovato tradizionalmente soluzione nel nostro ordinamento (molto più teorica che pratica) nell'art. 5 c.p., nella misura in cui si ritiene scusabile il singolo per l'impossibilità oggettiva di conoscere il testo legislativo⁴³⁴.

Ad ogni modo, la pronuncia di condanna dimostra che, dalla prospettiva della Corte EDU, se la regola di condotta è incerta, il suo comando va ritenuto illecito. Tale sentenza, pertanto, al di là delle ripercussioni che avrà in futuro⁴³⁵, va comunque colta nel segno di «una responsabilizzazione forte dei doveri dello Stato e delle sue istituzioni verso la garanzia di un diritto conoscibile *ex ante*»⁴³⁶. Evidente è difatti la diversa considerazione di cui legalità-prevedibilità gode in ambito europeo, rispetto alla legalità-determinatezza nel nostro ordinamento: se sul versante europeo essa trova la sua massima estensione, applicandosi anche alla dimensione *in action*, al contrario, nel nostro

⁴³⁴ Come ricorda M. DONINI, *op. ult. cit.*, pp. 346 ss., una delle ragioni di maggiore perplessità rispetto all'affermazione della scusabilità degli errori “inevitabili” sulla legge penale, introdotta con la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, era costituita dall'ipocrisia di “scusare” il cittadino per una “colpa” dello Stato. L'A. mette così in luce come «l'incolpevolezza più che essere personale era dovuta a difetti del sistema, a una colpa dello Stato, delle sue leggi o delle sue istituzioni».

⁴³⁵ Sulle prime applicazioni della sentenza Contrada, v. A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016, pp 1 ss.; G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016, pp. 1 ss.

⁴³⁶ Così, ancora, M. DONINI, *op. ult. cit.*, p. 371.

ordinamento, la sua violazione viene sanzionata dalla giurisprudenza costituzionale unicamente nelle ipotesi di “ininterpretabilità” del precetto⁴³⁷.

Ciò osservato, tuttavia, si accoglie il monito dei primi commentatori, i quali suggeriscono di evitare di cadere nell’equivoco di ritenere che eventuali incertezze sul piano ermeneutico siano di per sé sole sufficienti ad «escludere la legalità di una condanna»⁴³⁸. Non tutto ciò che appare nuovo era imprevedibile *ex ante*, anzi, un margine d'incertezza è “normale” nella vita del diritto. Il problema vero non sorge quando su una determinata fattispecie vi sia qualche dubbio di qualificazione, ma quando essa possa ragionevolmente ritenersi estranea al penalmente rilevante e risulti invece incriminata *ex post*, oppure, se perseguita *ex ante*, lo sia in base a parametri indeterminati⁴³⁹.

Infatti, il perdurare patologico di contrasti giurisprudenziali determina una sostanziale violazione della certezza del diritto, in

⁴³⁷ V., da ultimo, Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327. In questo senso, v. A. MANNA, *La sentenza Contrada*, cit., p. 6.

⁴³⁸ V. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada*, cit., 2015, p. 1063.

⁴³⁹ In materia di concorso esterno, individuano la determinatezza legale quale soluzione del problema della tassatività dell'ermeneutica giudiziale V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1352 ss.; A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, pp. 335 ss. Per una riflessione di carattere generale sul principio di tassatività v. S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

ragione del venire meno dei requisiti di chiarezza e precisione della legge penale che, alla luce delle indicazioni della Corte EDU, vanno valorizzati non solo nella dimensione statica della “disposizione”, ma anche in quella dinamica della “norma”.

5. L’inammissibilità dell’applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole: una scelta necessaria ma non definitiva.

Chiariti i limiti temporali dei nuovi orientamenti *in malam partem*, occorre adesso verificare se anche l’*overruling* giurisprudenziale favorevole possa, parallelamente, essere considerato una vicenda abrogativa della norma incriminatrice con conseguente estensione ad esso di tutte le garanzie sottese alle ipotesi di *abolitio criminis*, inclusa la revocabilità del giudicato *ex art. 673 c.p.p.*

Nella prospettiva dell’estensione delle garanzie intertemporali al diritto vivente, è facile comprendere come un mutamento della giurisprudenza che escluda rilievo penalistico a condotte ritenute in precedenza criminose, specie se affermato dalle Sezioni unite, generi fondate riserve sulla sua compatibilità convenzionale nel momento in cui non gli viene riconosciuta applicazione retroattiva. La questione si pone in ragione del fatto che, come più volte ricordato nel corso della

trattazione, la Corte EDU ha consacrato il principio di retroattività favorevole quale diritto fondamentale che trova copertura nell'art. 7 CEDU. Ne consegue che la irretroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole potrebbe trovare sanzione (contro lo Stato che non l'ha impedita) proprio tramite la CEDU.

La questione è particolarmente controversa, e al momento registra una diversità di posizioni non solo in dottrina, ma anche tra la giurisprudenza di legittimità e quella costituzionale, le quali hanno seguito percorsi invero non sempre lineari.

Prima di soffermarci sulle più significative prese di posizione della giurisprudenza in argomento, occorre effettuare alcune precisazioni che possono meglio delimitare il nostro campo d'indagine. Va difatti premesso che le ipotesi in cui si pone il problema della retroattività o meno dell'*overruling* favorevole sono quelle in cui si riscontra l'*identità* di una norma e la *diversità* della sua interpretazione nel tempo.

Esulano allora dal nostro campo d'indagine, nonostante *prima facie* potrebbe dirsi il contrario, le ipotesi in cui si verifica un mutamento interpretativo che abbia ad oggetto l'elemento normativo

extragiuridico di una data fattispecie incriminatrice⁴⁴⁰. In tali ipotesi, a ben vedere, non si è realizzato un vero e proprio *overruling*, ma, più precisamente, un mutamento delle norme etico-sociali di riferimento (per es. quelle che individuano, in un dato contesto di tempo e di luogo, il “comune sentimento del pudore”) di cui la giurisprudenza ha semplicemente preso atto: la questione, pertanto, va risolta senza dubbio sul terreno della successione di norme⁴⁴¹.

Vanno altresì escluse dalle nostre ipotesi di studio quei casi in cui l'*overruling* giurisprudenziale *in mitius* non sia stato frutto di un ripensamento dei giudici, ma si ricollegli ad un espresso intervento del legislatore che porta a ritenere la precedente interpretazione non corretta. In tali casi, non è certamente il *revirement* giurisprudenziale la

⁴⁴⁰ Sulla successione c.d. mediata v. G. NAPPI, *La successione c.d. mediata di leggi penali nel tempo*, in M. Trapani-A. Massaro (a cura di), *Temi penali*, Torino, 2013, pp. 1 ss. Sugli elementi normativi etico-sociali v. L. RISICATO, *Gli elementi*, cit., pp. 269 ss.

⁴⁴¹ Emblematico l'esempio riportato da G. L. GATTA, *Abolitio criminis*, cit., pp. 849 ss. relativo alle vicende giudiziarie che hanno interessato la prima proiezione del film *Ultimo tango a Parigi* che destò scandalo a causa di scene esplicite di sesso e sodomia. Nel processo a carico del regista e del produttore, questi vennero condannati in sede di legittimità per il reato di pubblicazioni e spettacoli osceni di cui all'art. 528 c.p. (Cfr., Cass., 29 gennaio 1976, in *La giustizia penale*, 1976, II, c. 389 ss.). A distanza di circa un decennio, quando la in occasione di nuove produzioni del film la giurisprudenza tornò ad occuparsi della vicenda, il film non venne ritenuto più osceno e fu esclusa la configurabilità del delitto di cui all'art. 528 c.p. Richiamando questa nuova giurisprudenza, il regista ed il produttore avanzarono richiesta di revisione della sentenza irrevocabile di condanna a loro carico, la quale tuttavia venne rigettata, ma non per l'impossibilità di riconoscere iper-retroattività ad un *overruling* favorevole, ma perché si ritenne che il giudizio di oscenità «non si sottrae alla legge del tempo in cui viene pronunciato»: cfr. Cass., 19 Aprile 1988, in *Foro it.*, 1988, II, c. 621 ss.).

fonte della vicenda abolitiva: a fondamento dell'abrogazione vi è pur sempre l'atto del legislatore che incide sulla disciplina, non vi è pertanto alcuna ragione per escludere la revoca *ex art. 673 c.p.p.* della sentenza di condanna definitiva pronunciata sulla base della norma incriminatrice abrogata (almeno parzialmente) all'esito della modifica legislativa⁴⁴².

Delimitato il nostro campo d'indagine, ci si può adesso occupare più da vicino delle ipotesi di vero e proprio *overruling* favorevole e verificare quali sono gli orientamenti emersi in giurisprudenza sul punto e le prospettive *de jure condendo*.

Nella direzione dell'estensione della garanzia della *lex mitior* al diritto giurisprudenziale si è collocata un'autorevole pronuncia delle Sezioni Unite del 2010, che ha riconosciuto il ruolo (anche) creativo della giurisprudenza, tanto da qualificare il *revirement* favorevole quale «nuovo elemento di diritto» tale da consentire la riproposizione dell'incidente esecutivo⁴⁴³. La premessa da cui muove il ragionamento

⁴⁴² È quanto accaduto nel caso della riformulazione del reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del documento da parte dello straniero: cfr. Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1348 ss.

⁴⁴³ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, ivi, pp. 26 ss. La questione trae origine dal caso di un condannato all'estero trasferito in Italia in applicazione della Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983. Nel caso di specie, dopo una prima richiesta di applicazione dell'indulto ai sensi della legge n. 241 del 2006, rigettata dal giudice dell'esecuzione sulla base dell'allora

delle Sezioni unite è data dalla sussistenza dell'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della CEDU, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. È in tale prospettiva che il mutamento giurisprudenziale viene a qualificarsi come vero e proprio *ius novum*, riconoscendone di conseguenza il carattere retroattivo, visti gli effetti favorevoli che esso produceva nel caso *de quo*.

Traendo spunto dalle considerazioni cui sono giunte le Sezioni unite, il Tribunale di Torino ha presto sollevato una questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede, tra i casi di revoca della sentenza per abolizione del reato, l'ipotesi in cui sia intervenuto un mutamento giurisprudenziale favorevole che abbia inciso sull'estensione applicativa di una data fattispecie incriminatrice (c.d. *abolitio criminis* giurisprudenziale)⁴⁴⁴.

costante orientamento giurisprudenziale, il ricorrente ne presentava una seconda, adducendo, quale nuovo elemento di diritto, idoneo a superare la preclusione processuale di cui all'art. 666, comma 2 c.p.p., il mutamento giurisprudenziale nel frattempo intervenuto ad opera delle Sezioni unite della Cassazione. Le Sezioni unite sono state dunque chiamate a decidere se il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite rendesse ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata o se invece questa dovesse essere dichiarata inammissibile, ai sensi dell'art. 666, comma 2 c.p.p., perché basata sui "medesimi elementi" di diritto.

⁴⁴⁴ Come si è già avuto modo di osservare (v. *supra*, Cap. I, Sez. II, § 3, in nota), l'ordinanza *de qua* si segnala altresì per aver individuato tra i principi costituzionali a fondamento della retroattività favorevole non solo gli articoli 3, 13 e 25 della Costituzione, ma altresì il principio del finalismo rieducativo della pena. Al § 4.3 del "considerato in diritto" si legge difatti che: «la pena in tanto sia giustificata in

Sennonché, la Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 230 del 2012⁴⁴⁵, ha rigettato tale questione, negando ogni equiparazione tra legge e giurisprudenza in ragione della maggiore tutela accordata dal nostro Costituente al principio di legalità penale che, diversamente da quanto avviene sul piano convenzionale, ricomprende *ex art. 25, co. 2, Cost.* la “riserva di legge”⁴⁴⁶e, soprattutto, in forza del principio di separazione dei poteri che trova attuazione nel precetto della soggezione del giudice alla (sola) legge di cui all’art. 101 Cost.

I giudici della Consulta, innanzitutto raccomandano un impiego prudente e pertinente dei precedenti giurisprudenziali sovranazionali e, in seguito, precisano che l’affermazione del principio della retroattività

quanto essa costituisca la giusta retribuzione per il male commesso, anche al fine di dissuadere il responsabile dal commettere nuovamente un certo reato (*quia peccatur et ne peccetur*); se così è, non si può non ritenere contrastante con tale funzione special-preventiva della pena un assetto processuale che tollera l’esecuzione di pene a fronte di un comportamento che, secondo il diritto vivente sopravvenuto non costituisce reato; pene che – si badi - verrebbero poste in esecuzione anche per assicurare la rieducazione del condannato in relazione ad un fatto che – secondo il sopravvenuto assetto giurisprudenziale - non è più penalmente rilevante (e, come tale, non richiede più alcuna attività di rieducazione».

⁴⁴⁵ Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230, cit., con commento di V. MANES, *Prometeo alla consulta*, in *Giust. cost.*, 2012, pp. 3481, che comunque non esclude che il mutamento giurisprudenziale sfavorevole debba essere assistito dalla garanzia della irretroattività.

⁴⁴⁶ In proposito, si è rilevato come tale enunciato, benché incidentale, rappresenti la prima applicazione concreta di uno dei postulati-cardine della teoria delle “norme interposte”, le quali perdono «la capacità di integrare il “rinvio mobile” dell’art. 117, co. 1, Cost. quante volte entrino in conflitto con le altre regole della Carta»: così V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2012, p. 14.

della legge penale più mite come corollario dello stesso art. 7 CEDU non implica il riconoscimento del diverso principio di retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. Quest'ultimo costituisce un sottoprincipio diverso e peculiare mai affermato dai giudici di Strasburgo, e come tale insuscettibile di essere posto a base della ritenuta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Nonostante la nettezza di tali affermazioni, occorre evitare di cadere nell'equivoco di ritenere che da esse possa desumersi un totale disinteresse della Corte rispetto alle possibili frizioni tra il c.d. "*law in the book*" ed il diritto vivente. La Consulta, infatti, riconosce come la Corte di Strasburgo si fosse occupata dei mutamenti di giurisprudenza (solo) con riferimento al principio di irretroattività della norma sfavorevole, ritenendo contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore. Tale principio non viene ad ogni modo ritenuto estendibile al principio della retroattività della *lex mitior*, il quale, peraltro, diversamente da quanto è previsto nel nostro ordinamento dai commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p., nella giurisprudenza di Strasburgo non può operare oltre la soglia del

giudicato⁴⁴⁷, limitazione che, secondo la Corte, vale *a fortiori* anche in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza⁴⁴⁸.

Con specifico riferimento al principio di intangibilità del giudicato, la Corte si sofferma sull'efficacia essenzialmente «persuasiva» e non cogente dell'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite. Questa decisione, restando potenzialmente suscettibile di essere disattesa, difetta dei connotati di «stabilità» e «vincolatività» propri della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, che restano, pertanto, i soli paradigmi ai quali può ricollegarsi l'effetto caducatorio del giudicato⁴⁴⁹.

Le statuizioni contenute in detta pronuncia, come si cennava, non devono tuttavia indurci ad abbandonare definitivamente la possibilità di

⁴⁴⁷ Proprio nella decisione *Scoppola c. Italia*, i giudici hanno affermato che il principio della retroattività della *lex mitior*, ricavabile dall'art. 7, § 1, della CEDU, «si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate *prima della pronuncia definitiva* sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli» (corsivo nostro).

⁴⁴⁸ In proposito, la Corte costituzionale richiama espressamente un passaggio della sentenza della Corte EDU, 28 giugno 2007, *Perez Arias c. Spagna*, ric. n. 32978/03, ove si afferma che: «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica».

⁴⁴⁹ È da segnalare, inoltre, che la Corte costituzionale ha preso le distanze dalle recenti pronunce di legittimità (Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 8092, cit. e Cass., Sez. II, 6 maggio 2010, n. 19716, in *Ced.*, rv. 247114) con le quali si è data rilevanza ai mutamenti di giurisprudenza per superare i cosiddetti «giudicato esecutivo» e «giudicato cautelare», mettendone in rilievo la profonda diversità rispetto al giudicato vero e proprio.

estendere le garanzie intertemporali anche al diritto giurisprudenziale. La questione sottoposta all'attenzione della Consulta va comunque contestualizzata: in un quadro ordinamentale (se non "culturale") ancora strettamente legato al principio della separazione dei poteri rigidamente intesa, l'ordinanza del giudice *a quo* mirava ad un (forse troppo ambizioso) riconoscimento della parificazione tra un precedente *in bonam partem* delle Sezioni Unite ad una vera e propria *lex mitior* ai fini dell'*abolitio criminis*, con ogni dirompente effetto sul giudicato. Si ricordi che la stessa Consulta riconosce valore derogabile al principio di retroattività della legge penale più favorevole e forse sarebbe stato davvero eccessivo ritenere non solo che tale principio si estenda al diritto giurisprudenziale, ma anche che vinca la preclusione del giudicato.

In conclusione, si concorda con quella parte della dottrina che ritiene che l'effetto abrogativo si realizzi solamente con un atto di volontà novativa da parte del legislatore⁴⁵⁰. A tal riguardo, può riscontrarsi l'insussistenza di quei presupposti che ci avevano portato ad equiparare diritto positivo e diritto vivente in caso di mutamenti *in malam partem*. Si è visto, difatti, come il percorso che ci ha portato ad

⁴⁵⁰ V., per tutti, M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione*, cit., pp. 121 ss.; ID; M. Gambardella, voce *Legge penale nel tempo*, cit., pp. 648 ss.

estendere le garanzie dell'irretroattività sfavorevole anche ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili *in malam partem* non è passato da una equiparazione tra il diritto positivo ed il diritto vivente (circostanza non consentita dal nostro ordinamento), ma si legava a superiori esigenze di tutela dell'affidamento e della libertà di autodeterminazione del soggetto. Si è in proposito rilevato come i valori sottesi al principio dell'irretroattività della legge penale *in malam partem* (*in primis*, il principio dell'affidamento), nel caso di *overruling* sfavorevole subiscono un sacrificio non così diverso da quello prodotto da una modifica legislativa e, di conseguente, le garanzie riconosciute al singolo devono essere le medesime.

Le esigenze di tutela dell'affidamento non possono invece essere utilmente invocate nelle ipotesi di *revirement* favorevoli, posto che il soggetto ha comunque agito nella consapevolezza della illiceità della sua condotta e, pertanto, non può in alcun modo ritenere violata la sua libertà di autodeterminarsi. A soluzioni opposte non può giungersi nemmeno invocando una violazione delle garanzie sottese al principio di retroattività della *lex mitior*, qui identificate nel principio d'uguaglianza e nel finalismo rieducativo della pena: quanto al principio d'uguaglianza, lo stesso risulta difficilmente invocabile in presenza di situazioni che sono di base diverse (perché diverso è lo

statuto normativo vigente tra chi ha commesso la condotta prima del *revirement* e chi l'ha commessa in un momento successivo) ed in ogni caso poco conducente visto il suo limite intrinseco della ragionevolezza, che in tal caso lo porterebbe a recedere di fronte a principi quali l'intangibilità del giudicato, la riserva di legge e la separazione dei poteri; qualche dubbio può sorgere con riguardo al finalismo rieducativo, anche se, al momento, in assenza di meccanismi di stabilizzazione del precedente e con una giurisprudenza che è endemicamente instabile ed incerta, pare eccessivo ritenere che lo stesso possa essere messo a rischio dall'emersione di un orientamento favorevole che escluda l'illiceità della condotta del reo. In conclusione deve dunque negarsi l'assoggettabilità dell'*overruling* favorevole alla disciplina intertemporale della *lex mitior*: tale conclusione prescinde dal carattere assoluto o relativo che si riconosce al principio di retroattività *in mitius*, ma discende dal fatto che mancano l'esigenza e i presupposti per invocare la sua operatività.

Riflessioni conclusive

A conclusione della presente trattazione pare opportuno raccogliere gli esiti cui si è pervenuti ed offrire alcuni spunti di riflessione che, senza la pretesa di offrire certezze o soluzioni definitive, siano volti a dare un seppur modesto contributo al dibattito sul tema.

Muovendo da taluni rilievi di carattere generale, possiamo osservare come, nel breve volgere di qualche decennio, il “diritto penale europeo”, espressione un tempo ritenuta “ossimorica”, sia entrato prepotentemente nel lessico e nella riflessione dei penalisti, oggi obbligati ad indossare abiti mentali e ad utilizzare categorie del tutto inedite fino a pochi anni addietro. Senza negare la sussistenza di alcune irrisolte tensioni che caratterizzano il processo di “europeizzazione del diritto”, può ormai ritenersi incontestabile la necessità di sviluppare, anche sul versante penalistico, un’ermeneutica dialogica tra il diritto interno e la nuova realtà proveniente dal formante giuridico europeo. Il confronto con le fonti sovranazionali non rappresenta dunque un’opzione di valore, l’europeizzazione esiste *de facto*, si tratta di coglierne le linee di sviluppo⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Pare ormai definitivamente superata l’immagine di Massimo Severo Giannini, che nella metà del secolo scorso considerava il diritto penale come “una Cina imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i ponti sbarrati” arroccata attorno alla

Come ogni *Brave new world*, anche il nuovo universo giuridico presenta una duplice potenzialità evolutiva, che qui può approdare sia verso la “distopia” del caos, con conseguente regressione dei presidi garantistici del sistema, sia ad una versione evoluta della legalità penale, frutto di un armonico coordinamento tra i diversi livelli di normazione.

In questa seconda direzione paiono collocarsi gli sviluppi della legalità penale europea, che anche grazie all’apporto della giurisprudenza delle Corti europee e nazionali sta lentamente affermandosi anche negli ordinamenti interni, oggi chiamati a confrontarsi con una congerie di fonti di produzione normativa che richiedono adeguata e faticosa “sistematizzazione”⁴⁵².

In particolare, con riferimento alle garanzie in materia intertemporale, l’irrompere del diritto europeo ha già prodotto (almeno) tre importanti conseguenze: la prima è stata quella di accentuarne la curvatura garantistica, anche a discapito di valori un tempo ritenuti

“agorà del Parlamento nazionale”, monopolista esclusivo della potestà legislativa. V. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, pp. 179 ss.

⁴⁵² È, del resto, lo stesso Giudice delle leggi, nella recente sentenza del 26 marzo 2015, n. 49, cit., a ribadire l’importanza del dialogo tra «tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale», nella prospettiva della progressiva formazione di un diritto giurisprudenziale consolidato fondato sulla «forza degli argomenti».

intangibili quali la stabilità del giudicato; in secondo luogo, l'approccio "sostanziale" della Corte di Strasburgo ha consentito la loro estensione a tutte le sanzioni afflittive comunque denominate, così neutralizzando *ab origine* i rischi di «truffa delle etichette»; infine, non meno importante è stata l'applicazione dei suddetti principi al diritto giurisprudenziale, che ha posto la necessità – per lungo obliata dalla nostra dottrina - di valorizzare degli aspetti "qualitativi" della legalità anche nella dimensione *in action*.

Ciò posto, nessuno può seriamente nascondere il generale disorientamento che la nuova realtà determina, ma quanto osservato dimostra che la tutela multilivello, al netto delle difficoltà di giungere ad una piena e completa realizzazione, non costituisca necessariamente un "fattore di crisi", ma possa rappresentare anche un'occasione per implementare le garanzie del sistema.

Da ciò la convinzione che l'odierna realtà del diritto penale non sia qualcosa di necessariamente involuto o degenerato, ma più semplicemente il prodotto del nostro tempo, che ci pone davanti alla necessità di ripensare aspetti importanti dell'edificio punitivo senza rinnegare le conquiste del passato, evitando tuttavia di restare trincerati dietro antistorici "atti di fede" nell'autosufficienza - o, peggio ancora, nella superiorità- dei nostri paradigmi concettuali tradizionali.

Pare doveroso, pertanto, accedere ad una lettura moderna delle garanzie intertemporali, capace di sincronizzare la nuova dimensione della legalità europea con il necessario rispetto delle garanzie del singolo, oggi minacciate da una realtà in trasformazione e che è già in larga parte trasformata.

Indice bibliografico

AA.VV., *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di Giustizia*, R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), Torino, 2005.

AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali. Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014*, a cura di C.E. Paliero-S. Moccia-G.A. De Francesco-G. Insolera-M. Pelissero-R. Rampioni-L. Risicato, Napoli, 2016.

V. AGUADO I CUDOLÀ, *La aplicación de las garantías del convenio europeo de derechos humanos al procedimiento administrativo español: ¿una judicialización de la actividad administrativa?*, in V. PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali: profili amministrativistici*, Milano, 2009, pp. 133 ss.

A. ALBANO, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 1807 ss.

E. AMODIO, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, III, pp. 632 ss.

V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, pp. 237 ss.

F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

E. ANTONINI, *La ultrattività delle leggi penali finanziarie*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 2674 ss.

G. ARMONE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio della "lex mitior": prove di tutela multilivello*, in *Foro it.*, 5, 2010, pp. 229 ss.

A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3504 ss.

A. BALSAMO, *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 1396 ss.

A. BALSAMO – C. PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 3183 ss.

R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1780 ss.

W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2011.

- A. BERNARDI, *Art. 7 CEDU – “Nessuna pena senza legge”*, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 249 ss.
- A. BERNARDI, *Brevi osservazioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia sul falso in bilancio*, in Aa.Vv., *Ai confini del favor rei.*, cit., pp. 48 ss.
- A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2013, pp. 230 ss.
- A. BERNARDI - I. ZODA, *Depenalizzazione: profili teorici e pratici*, Padova, 2008.
- A. BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 1, 2009, pp. 47 ss.
- A. BERNASCONI, *La speciale confisca introdotta dal D.L. 20 giugno 1994 n. 339 conv. dalla L. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1420 ss.
- R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, pp. 1026 ss.
- D. BIANCHI, *Il problema della “successione impropria”: un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 322 ss.
- D. BIANCHI, *La c.d. “successione impropria”: una questione di garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1211 ss.
- D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008.
- M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, 1997.
- M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014.
- M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.
- R. BIN, *Un ostacolo che la Corte non può aggirare*, in Aa.Vv., *Ai confini del favor rei.*, cit., pp. 109 ss.
- R. BIN, *La fermezza del giudicato tra dogma, pragma e principi costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2944 ss.
- M. BOSCARELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, vol. XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss.
- V. BOVE - P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in *Dir. pen. cont.*, 7 Marzo 2016.

- F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, pp. 45 ss.
- F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, pp. 179 ss. (ed ora in ID, *Scritti di diritto penale*, vol. I, Tomo II, Milano, 1997, pp. 1275 ss.).
- F. BRICOLA, *sub art. 25 commi 2 e 3 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 1988, pp. 227 ss.
- D. BRUNELLI, *Sui limiti del favor rei l'ultima parola è della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 125 ss.
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale, Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007.
- A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in G. Insolera-N. Mazzacuva-M. Pavarini-M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, pp. 243 ss.
- S. CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, 2003.
- F. CANGELLI, *Depenalizzazione: ancora sull'unitarietà della funzione afflittiva. La discutibile soluzione delle Sezioni Unite penali*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1398 ss.
- E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, pp. 126 ss.
- I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.
- F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla successione di leggi penali processuali*, in *Questioni sul processo penale*, 1950, pp. 189 ss.
- M. CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3564 ss.
- M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona, verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 221 ss.
- G. CASAROLI, *Amicus libertatis, etiam pro hosti*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 139 ss.
- A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009.
- M. CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003, pp. 183 ss.
- M.A. CATTANEO, P.J. Anselm Feuerbach e il codice penale bavarese del 1813, In *Dir. pen. XXI sec.*, 2009, 2, pp. 321 ss.

- A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi di associazione per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, pp. 335 ss.
- G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, pp. 819 ss.
- P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *www.rivistaaic.it*.
- S. CIVELLO CONIGLIARO, *La Corte EDU sul concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2015.
- P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 100 ss.
- P. CORSO, *La confisca "per equivalente" non è retroattiva*, in *Corr. Trib.*, 2009, pp. 1779 ss.
- V. COSENTINO, *Il codice penale del 20 novembre 1859*, 4^a ed., Napoli, 1879.
- F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.
- M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2016, pp. 1 ss.
- L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.
- V.N. D'ASCOLA, *Alla ricerca di un diritto che non c'è. La presunta retroattività della "legge Severino", tra derive asistematiche e suggestioni moralistiche*, in *Arch. pen.*, 2014, 1, pp. 29 ss.
- G.A. DE FRANCESCO, *Sulle garanzie in materia di disciplina intertemporale della legge penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 231 ss.
- G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 12 ss.
- P. DE GERONIMO, *La problematica individuazione dei poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sulla pena illegale nella recente giurisprudenza delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2514 ss.
- G. DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4170 ss.
- M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2011.
- G. DE SIMONE, *Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 195 ss.
- G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 439 ss.

G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in G. Grasso-R. Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, pp. 310 ss.

G. DE VERO, *La successione di leggi penali*, in G. de Vero (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2010.

G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2012.

A. DEKEUWER, *La rétroactivité in mitius en Droit pénal, un principe encore et toujours contesté*, in *La Semaine juridique – Edition Générale*, 1997, I, 4065, pp. 488 ss.

S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, vol. XIV, pp. 85 ss.

G. DELITALIA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 1096 ss.

F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche peggiorative e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 3995 ss.

F. DESPORTES – F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, Parigi, 2001.

O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza 394/06 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 114 ss.

O. DI GIOVINE, *L'interpretazione del diritto penale: tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2013, pp. 164 ss.

O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2015.

C. DI PAOLA, *Gutta cavat lapidem: in assenza del legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1936 ss.

G. DODARO, *Principio di retroattività favorevole e “termini più brevi” di prescrizione dei reati*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4106 ss.

G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 608 ss.

- M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un “nuovo” ruolo della Corte di Cassazione a fianco o a posto del vecchio? Recensione a Alberto Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 1177 ss.
- M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
- M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 346 ss.
- A. EINSTEIN, *Il mondo come lo vedo io*, 1931, ed. italiana, Roma, 1974.
- T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema di responsabilità degli enti*, Padova, 2011.
- A. ESER, *Die strafrechtliche Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübingen, 1969.
- A. ESER – B. HECKER, § 2, n. 1, in A. Schönke-H. Schröder (a cura di), *StrafgesetzbuchKommentar*, 28^a ed., Monaco, 2010.
- A. ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008.
- A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2015, pp. 1 ss.
- A.R. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschlandgültigen peinlichen Rechts*, rist. 1986.
- G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. Marinucci-E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, pp. 157 ss.
- G. FIANDACA, *sub art 27 commi 3 e 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 333 ss.
- G. FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.
- G. FIANDACA, *Diritto penale*, in Fiandaca-Di Chiara, *Un'introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
- G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1737 ss.
- G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.

- G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 251 ss.
- G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in V. Militello-B. Huber (a cura di), *Towards a European criminal law against organised crime*, Friburgo, 2001, pp. 221 ss.
- C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 315 ss.
- D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.
- L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997.
- G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- G. FORNASARI, *L'ultima manifestazione della cultura del sospetto: il nuovo art. 12-sexies della L. 356/92*, in *Critica del dir.*, 1994, III, pp. 17 ss.
- G. FORNASARI - A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005.
- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010.
- P. FRISOLI, voce *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, 1990, vol. XLIII, pp. 408 ss.
- M. FROMMANN, *The reception of ECtHR Decision by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 december 2009 on the German Law on Preventive Detention*, in *Hanse Law Review*, vol. 8, n. 1, 2012, pp. 81 ss.
- C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. II, Pisa, 1869.
- A. GAITO – C. SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1208 ss.
- M. GALLO, *Le dottrine generali del reato*, in *AV.VV.*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, p. 1 ss.
- M. GALLO, *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999.
- M. GALLO, *Luci ed ombre su un sistema penale europeo*, in S. Moccia (a cura di), *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, Napoli, 2004, pp. 353 ss.

M. GALLO - G. INSOLERA, *Severino, come leggere la retroattività*, in *Corriere della Sera*, 3 settembre 2013.

A. GALLUCCIO, *La confisca "urbanistica" ritorna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014.

M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008.

M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2020 ss.

M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2012.

M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss.

M. GAMBARDELLA, *L'intervento della Corte costituzionale sui "casi analoghi" a quello deciso dalla Corte europea "Scoppola". Un'ulteriore conferma del rango di diritto fondamentale del principio di retroattività della lex mitior*, in *Legisl. pen.*, 2013, pp. 1097 ss.

M. GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, pp. 648 ss.

F. GAMBINI – A. TAMIETTI, Art. 6, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S. Bartole–P. de Sena–V. Zagrebelsky, Padova, 2012, pp. 173 ss.

G. GARUTI, *Ergastolo e retroattività della legge più favorevole all'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1427 ss.

G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008.

G.L. GATTA – F. VIGANÒ, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2010.

M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, pp. 179 ss.

S. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2015.

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

J. GOLDSCHMIDT, *Das Verwaltungsstrafrecht*, Berlino, 1902.

- G. GRASSO, *Art. 240 - Confisca*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, Vol. III, *Commentario sistematico del codice penale (II ed.)*, Milano, pp. 631 ss.
- G. GRASSO – F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Maggio 2011.
- N. GROSS, *Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, Friburgo, 1969.
- W. GRUNSKY, *Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung*, Karlsruhe, 1970.
- W. HASSEMER, § 2, in R. Wasserman (a cura di), *AK-StGB*, Neuwied, 1990.
- G. ICHINO, *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, pp. 841 ss.
- G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nell'attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003.
- G. INSOLERA, *Una sentenza a più facce*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 223 ss.
- G. INSOLERA, *Dubbi "europei" sulla ex Cirielli*, in *Dir. giust.*, 2006, 4, pp. 10 ss.
- G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta nella sindacabilità delle norme di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 670 ss.
- G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul falso in bilancio: un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 2768 ss.
- H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. Vinciguerra (a cura di), *Il codice penale tedesco*, 2^a ed. Padova, 2003, pp. 23 ss.
- T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Chicago, 1962, trad. it., Torino, 1984, pp. 168 ss.
- M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 336 ss.
- G. LAUTENBACH, *The concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013.
- S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, *passim*.
- M.T. LEACCHE, *La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4611 ss.

- G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006.
- G. LICCI, *Figure del diritto penale: il sistema italiano*, Torino, 2013.
- S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni interdittive*, in A. Cagnazzo-S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa, Principi generali*, Torino, 2012, pp. 344 ss.
- N. LUPO - G. RIVOSECCHI, *Le incandidabilità alle cariche elettive e i divieti di ricoprire cariche di governo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2013, pp. 590 ss.
- A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2735 ss.
- V. MACRÌ, *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in G. Borrè-L. Pepino (a cura di), *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, Milano, 1983, pp. 136 ss.
- V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1614 ss.
- V. MAIELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1352 ss.
- V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014.
- S. MAIELLO, *La Consulta e la Corte EDU attestano la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1019 ss.
- V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, fasc. 46, pp. 34 ss.
- V. MANES, *Attualità e prospettiva del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 739 ss.
- V. MANES, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo «multilevel»*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 2, pp. 374 ss.
- V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 3 ss.
- V. MANES, *Prometeo alla consulta*, in *Giust. cost.*, 2012, pp. 3481 ss.
- V. MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., pp. 198 ss.

- V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 839 ss.
- V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 2204 ss.
- A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.
- A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull’ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2016.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Padova, 2015.
- V. MARCENÒ, *L’indegnità morale dei candidati e il suo tempo*, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 621 ss.
- G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell’Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2015.
- G. MARINO, *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza Contrada della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 6 maggio 2016.
- G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, 1974.
- G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le “zone franche”*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4127 ss.
- G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, 2006, pp. 84 ss.
- G. MARINUCCI- E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001.
- R. MASTROIANNI, *Vecchi principi e nuove interpretazioni nella sentenza della Corte di Giustizia sul “falso in bilancio”*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 256 ss.
- A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 4, pp. 379 ss.

A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Salle Sezioni unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 943 ss.

O. MAZZA, *Commento al D.L. 20/6/1994 n. 399, conv. con modif. dalla L. 8/8/1994 n. 501*, in *Legisl. pen.*, 1995, pp. 32 ss.

O. MAZZA, *Il diritto intertemporale (ir)ragionevole (a proposito della legge ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 439 ss.

F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza di Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1540 ss.

F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea*, cit., pp. 426 ss.

F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.

F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1889 ss.

F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 3, pp. 231 ss.

F. MAZZACUVA, *L'incidenza della definizione "convenzionale" di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3, 2015, pp. 10 ss.

A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1466 ss.

R. MERLE – A. VITU, *Traité de droit criminel*, Parigi, 1997.

S. MILONE, *La garanzia della legalità tra diritto penale e processo: come assicurare la prevedibilità di un diritto...impredicabile? Alcuni caveat dal caso Contrada*, in *Leg. pen.*, 7 gennaio 2016.

S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

M. MUHM, *Il "muro di Berlino", i processi paralleli e il diritto naturale in Germania*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 625 ss.

E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

- E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir. Agg.*, vol. I, Milano, 1997, pp. 762 ss.
- M. MUSCO, *La riformulazione dei reati*, Milano, 2000.
- C. MUSIO, *Il “caso Scoppola” dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 2018 ss.
- C. MUSIO, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di trovare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 4003 ss.
- V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2012.
- G. NAPPI, *La successione c.d. mediata di leggi penali nel tempo*, in M. Trapani-A. Massaro (a cura di), *Temi penali*, Torino, 2013, pp. 1 ss.
- E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.
- E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012.
- P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, pp. 63 ss.
- P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, pp. 651 ss.
- P. NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione penale*, in *Ind. pen.*, 1982, pp. 79 ss.
- V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 285 ss.
- T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1378 ss.
- T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 529 ss.
- T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, pp. 488 ss.
- T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014.
- A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 1066 ss.
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

- F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.
- F. PALAZZO, *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, pp. 72 ss.
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 350 ss.
- F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.
- F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un "principio fondamentale"*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, pp. 1279 ss.
- F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1174 ss.
- F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 1061 ss.
- F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016.
- F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 2695 ss.
- C.E. PALIERO, *Fonti e principi dell'illecito «depenalizzato» (un'analisi di diritto comparato)*, in *Temì*, 1978, pp. 85 ss.
- C.E. PALIERO, *"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, pp. 894 ss.
- C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor: ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- G. PANEBIANCO, *La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in G. de Vero-G. Panebianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 59 ss.
- G. PANEBIANCO, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1326 ss.
- C. PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 24 Gennaio 2012.
- L. PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esperienza della Repubblica federale tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 1010 ss.

- C. PECORELLA, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive de lege ferenda*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, pp. 611 ss.
- C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 343 ss.
- C. PECORELLA, *Efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008.
- C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 397 ss.
- C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 406 ss.
- F. PELLIZZER - E. BURANELLO, *Disciplina sulle sanzioni amministrative ed ambito di applicazione*, in A. Cagnazzo-S. Toschei (a cura di), *La sanzione amministrativa, Principi generali*, Torino, 2012, pp. 4 ss.
- R. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in www.forumcostituzionale.it.
- P. T. PERSIO, *Il principio di legalità nell'ordinamento giuridico francese (irretroattività della legge penale)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1304 ss.
- E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882.
- M. PETRONCELLI, *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*, Milano, 1931.
- L. PICOTTI, *La legge penale*, in F. Bricola-V. Zagrebelsky (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale*, vol. I, Torino, 1996, pp. 1 ss.
- C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur cost.*, 2011, pp. 3052 ss.
- D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2013, pp. 201 ss.
- K. POPPER, *La conoscenza oggettiva, un punto di vista evolucionistico*, Oxford, 1972, trad. it., Roma, 1975.
- J. PRADEL, *Droit pénal général*, Parigi, 2000.
- E. PROFITI, *La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 684 ss.
- S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libro VIII, cap. III.

- D. PULITANÒ, *Deroghe alla retroattività in mitius nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1187 ss.
- D. PULITANÒ, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. merito*, 2007, pp. 209 ss.
- D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 944 ss.
- D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2015, pp. 46 ss.
- D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss.
- D. RAPISARDA, *Retroattività, legalità, uguaglianza e leggi penali finanziarie*, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 2073 ss.
- M.L. RASSAT, *Droit pénal général*, Parigi, 2006.
- L. RASTELLO, voce *Sanzioni tributarie*, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, 1969, pp. 621 ss.
- S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996.
- S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in L. Picotti (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, pp. 130 ss.
- S. RIONDATO, *Il falso in bilancio e la sentenza della Corte di giustizia CE: un accoglimento travestito da rigetto*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 910 ss.
- L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004.
- F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in A. Gaboardi-A. Gargani-G. Morgante-A. Presotto- M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, pp. 327 ss.
- B. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano, 1996.
- M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 554 ss.
- M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. Ronco (diretto da), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 2^a ed., Bologna, 2010, pp. 35 ss.
- P. ROUBIER *Le droit transitorie (conflits des lois dans le temps)*, Parigi, 1960.

C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, I^a, Monaco, 2006.

B. RÜBERG, *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, Amburgo, 1977.

A. RUGGERI, *Carte internazionali, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti del sistema*, relazione tenuta all'incontro di studio su *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, organizzato dal Csm, Roma, 28 febbraio – 2 marzo 2007, in www.forumcostituzionale.it.

A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in www.giurcost.org, 1° aprile 2015.

S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, pp. 31 ss.

R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 26 ss.

G.M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, n. 1/2014, pp. 1 ss.

M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.

M.A. SANDULLI, voce *Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1993, pp. 1 ss.

S. SANTINI, *Diritti umani e materia penale nella giurisprudenza del conseil constitutionnel*, in *Dir. pen. cont.*, 31 luglio 2015, pp. 16 ss.

C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, pp. 1 ss.

A. SCARCELLA, *Illecito penale “depenalizzato” ed esclusione della postuma sanzionabilità amministrativa del fatto*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1372 ss.

G. SCHUBERT, *Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824*, Berlino, 1978.

M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, Monboso, 2012.

F. SCUTO, *La nuova dimensione dell'incandidabilità estesa alla totalità delle cariche elettive e di governo*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2013, pp. 1 ss.

E. SELVAGGI, *Osservazioni (alla sentenza Contrada)*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 2865 ss.

- P. SEVERINO, voce *Successione di leggi penali nel tempo*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1993, pp. 1 ss.
- F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, pp. 255 ss.
- R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in G. Grasso-R. Sicurella (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, pp. 72 ss.
- A.P. SIMESTER – G.R. SULLIVAN, *Criminal Law. Theory and Doctrine*, Hart, 2013.
- M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983.
- M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987.
- P. SIRACUSANO, *Successione di leggi penali*, Messina, 1988.
- C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- C. SOTIS, *Le “regole dell’incoerenza, Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.
- E. SQUILLACI, *La confisca «allargata» quale fronte avanzato di neutralizzazione dell’allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1525 ss.
- E. STIEGLITZ, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden.Baden, 2002.
- W. STRABBURG, *Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, pp. 948 ss.
- R. TARTAGLIA, *La sentenza sul falso in bilancio: i “controlimiti” della Corte di Giustizia*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei*, cit., pp. 351 ss.
- M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, 2007.
- P. TORRETTA, *Incandidabilità al mandato parlamentare. La “legge Severino” oltre il “caso Berlusconi”*, Napoli, 2015.
- G. TOSCANO, *The Principle of Nullum Crimen Sine Lege in the Construction of European Criminal Law*, in S. Ruggeri (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, Svizzera, 2015, pp. 31 ss.
- G. TOSCANO, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali in bonam partem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 304 ss.

- W. TROISE MENGONI, *Il potere sanzionatorio della Consob. Profili procedimentali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, Milano, 2012.
- V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermenutica europea*, Milano, 2012.
- G. VASSALLI, *Abolito criminis e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 377 ss.
- G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 699 ss.
- G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, pp. 278 ss.
- G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, 2006, pp. 1049 ss.
- F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale", "partecipazione" e "concorso esterno"*, in L. Picotti-G. Fornasari-F. Viganò-A. Melchionda (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e critica del diritto vivente*, Padova, 2005, pp. 279 ss.
- F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 42 ss.
- F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello della Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012.
- F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2014, 3-4, pp. 282 ss.
- F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? (a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3-4, 2014, pp. 218 ss.
- F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione)*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.
- S. VINCIGUERRA, *Francia: il nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 260 ss.
- C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.
- K. VOLK, *Sistema penale e diritti dell'uomo*, in S. Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, pp. 93 ss.

D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2013, pp. 299 ss.

V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione*, cit. , pp. 74 ss.

R. ZANNOTTI, *Nuovi orientamenti in tema di modificazione di norme penali e sentenze passate in giudicato: tendenze evolutive della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1989, II, pp. 669 ss.

Indice giurisprudenziale

Giurisprudenza Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CGUE, Grande sezione, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*.

CGUE, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*.

CGUE, 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*.

CGUE, 28 aprile 2011, C-61/11, *El Dridi*.

CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*.

CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite 387/02, 391/02, 403/02, *Berlusconi*.

CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*.

Giurisprudenza Corte Europea dei diritti dell'Uomo

Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13.

Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e a. c. Italia*, ric. nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10.

Corte EDU, 14 gennaio 2014, *Muslijac. Bosnia Herzegovina*, ric. n. 32042/11.

Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09.

Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

Corte EDU, 9 aprile 2013, *Cecchetti c. San Marino*, ric. n. 4017/08.

Corte EDU, 5 aprile 2012, *Chambaz c. Svizzera*, ric. n. 11663/04.

Corte EDU, 7 settembre 2011, *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08.

Corte EDU, 14 aprile 2011, *Jendrowiak c. Germania*, ric. n. 30060/04.

Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Schummer c. Germania*, ric. nn. 27360/04 e 42225/07.

Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Mautes c. Germania*, ric. n. 20008/07.

Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Kallweit c. Germania*, ric. n. 17792/07.

Corte EDU, 13 gennaio 2011, *Haidn c. Germania*, ric. n. 6587/04.

Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04.

Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ric. n. 10249/03.

Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, ric. n. 12157/05.

Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01.

Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04.

Corte EDU, 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*, ric. n. 75909/01.

Corte EDU, 28 giugno 2007, *Perez Arias c. Spagna*, ric. n. 32978/03.

Corte EDU, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/2001.

Corte EDU, 10 ottobre 2006, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02.

Corte EDU, 30 maggio 2006, *Matyiek c. Polonia*, ric. n. 38184/03.

Corte EDU, 21 marzo 2006, *Valico c. Italia*, ric. n. 70074/01.

Corte EDU, 10 luglio 2003, *Grava c. Italia*, ric. n. 43522/98.

Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela e a. c. Italia*, ric. n. 52439/99.

Corte EDU, 9 novembre 1999, *Varuzza c. Italia*, ric. n. 35260/97.

Corte EDU, 8 luglio 1999, *Baskaya e al. c. Turchia*, ric. n. 23536/94 e 24408/94.

Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, ric. n. 38662/97.

Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95.

Corte EDU, 24 febbraio 1998, *Larissis e al. c. Grecia*, ric. n. 14307/88.

Corte EDU, 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, ric. n. 24194/94.

Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91.

Corte EDU, 22 novembre 1995, *C.R. c. Regno Unito*, ric. n. 20190/92.

Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92.

Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17740/90.

Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, ric. n. 12965/87.

Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88.

Commissione Europea, 15 aprile 1991, *Marandino*, ric. n. 12386/86.

Commissione Europea, 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*.

Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79.

Commissione Europea, 7 maggio 1982, *Ltd e Y. c. Regno Unito*, ric. n. 8710/79.
Corte EDU, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, ric. n. 7367/76.
Corte EDU, 27 febbraio 1980, *Deweerc. Belgio*, ric. n. 6903/75.
Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Time, c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74.
Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engele altri c. Paesi Bassi*, ric. n. 5100/71.
Corte EDU, 27 giugno 1968, *Neumeister c. Austria*, ric. n. 1936/63.

Giurisprudenza costituzionale

Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193.
Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57.
Corte cost., 20 ottobre 2015, n. 236.
Corte cost., 9 giugno 2015, n. 106.
Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.
Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210.
Corte cost., 8 ottobre 2012, n. 230.
Corte cost., 2 aprile 2012, n. 82.
Corte cost., 19 luglio 2011, n. 236.
Corte cost., 4 aprile 2011, n. 113.
Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80.
Corte cost., 26 maggio 2010, n. 196.
Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.
Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311.
Corte cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301.
Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97.
Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72
Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.
Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348.
Corte cost., 3 luglio 2007, n. 245.
Corte cost., 16 marzo 2007, n. 79

Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394.
Corte. cost. 23 novembre 2006, n. 393.
Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257.
Corte cost., 24 gennaio 2005, n. 27.
Corte cost., 25 maggio 2000, n. 163.
Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376.
Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335.
Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 15.
Corte cost., ord. 10 luglio 1995, n. 330
Corte cost., 23 febbraio 1995, n. 80.
Corte cost., 21 aprile 1994, n. 159.
Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118.
Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 18.
Corte cost., 23 maggio 1990, n. 277.
Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364.
Corte cost., 22 febbraio 1985, n. 51.
Corte cost., 14 marzo 1984, n. 68.
Corte cost., 20 maggio 1980, n. 74.
Corte cost. 10 gennaio 1978, n. 6.
Corte cost., 28 maggio 1974, n. 164.
Corte. cost., 29 maggio 1968, n. 53.
Corte cost., 3 luglio 1967, n. 78

Giurisprudenza di legittimità

Cass., Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Ced.*, rv. 264436.
Cass., Sez un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in *Ced.*, rv. 262603.
Cass. civ., 13 novembre 2013, n. 25538, in *De Jure*.
Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Ced.*, rv. 258694.

Cass. pen., ord. 30 aprile 2013 (dep. 20 maggio 2014), n. 20636, in *www.penalecontemporaneo.it*.

Cass., 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, in *Ced.*, rv. 255042.

Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 3981 ss.

Cass., Sez. Un., 29 marzo 2012, n. 25457, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1366 ss.

Cass., 12 luglio 2011, n. 34459, in *Dir. e giust.*, 30 settembre 2011.

Cass. civ., Sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, pp. 2254 ss.

Cass., Sez. un., 24 febbraio 2011, n. 16453, in *Dir. pen. proc.*, 2011, pp. 1348 ss.

Cass., 26 ottobre 2010, n. 41564, in *Ced.*, rv. 248456.

Cass., 22 settembre 2010, n. 38570, in *Ced.*, rv. 248650.

Cass., Sez. un., 18 giugno 2010, n. 23428, in *DeJure*.

Cass., 6 maggio 2010, n. 19716, in *Ced.*, rv. 247114.

Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 17 ss.

Cass., 20 gennaio 2010, n. 8588, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 3240 ss.

Cass. civ., 20 gennaio 2010, n. 944, in *DeJure*.

Cass., 3 aprile 2009, n. 38179, in *Ced.*, rv. 245307.

Cass., 12 novembre 2008, n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1457 ss.

Cass., 24 settembre 2008, n. 39172, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 3417 ss.

Cass., 21 novembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, pp. 2817 ss.

Cass., 12 dicembre 2006, in *Ced.*, rv. 235814.

Cass., Sez. un., 1° dicembre 2006, n. 2800, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 1441 ss.

Cass., 12 luglio 2006, n. 32678, in *Ced.*, rv. 235035.

Cass., 14 giugno 2006, in *Giur. it.*, 2007, pp. 966 ss.

Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 3963 ss.

Cass. pen., 24 giugno 2004, n. 28397, in *Ced.*, rv. 229096.

Cass., Sez. un., 30 maggio 2001, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 1563 ss.

Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 3609 ss.

Cass., 4 dicembre 1995, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, pp. 1116 ss.

Cass., Sez. un., 16 marzo 1994, n. 7394, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2659 ss.

Cass. pen., Sez. III, 6 ottobre 1993, n. 435, in *Giust. pen.*, 1995, II, c. 43 ss.

Cass., 12 maggio 1993, n. 2194, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 439 ss.

Cass., 19 Aprile 1988, in *Foro it.*, 1988, II, c. 621 ss.

Cass., 24 novembre 1986, in *Ced.*, rv. 174988.

Cass., 17 maggio 1984, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 96.

Cass., 29 gennaio 1976, in *La giustizia penale*, 1976, II, c. 389 ss.

Giurisprudenza di merito

Tar Campania, ord. 30 ottobre 2014, in *Gazz. uff.*, 2015, n. 11.

Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, in www.penalecontemporaneo.it.

Tribunale di Lecce, sez. dist. di Nardò, 10 ottobre 2011, in www.penalecontemporaneo.it

Tribunale di Torino, ord. 27 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it.

Trib. Avellino, 18 maggio 2011, www.penalecontemporaneo.it.

Trib. Brescia (sez. riesame), ord. 23 settembre 2010, in www.penalecontemporaneo.it.

Giurisprudenza amministrativa

Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2013, n. 5222, in *DeJure*.

Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2013, n. 695, in *DeJure*.

Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4992, in *DeJure*.

Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, in www.giustamm.it.

TAR Lazio, sede di Roma, sez. III-ter, 15 novembre 2012 (21 gennaio 2013), nn. 679/2013, 681/2013 e 682/2013, in *DeJure*.

TAR Lazio, sez. II-bis, 18 maggio 2010, n. 11984, in www.federalismi.it

Giurisprudenza Corti straniere

Francia:

Cons. const., n° 99/425 DC, 29 dicembre 1999.

Cons. const., n° 97/390 DC, 19 novembre 1997.

Cons. const., n° 88/248 DC, 17 gennaio 1989.

Cons. const., n° 86/215 DC, 3 Settembre 1986.

Cons. const., n° 82/155 DC, 30 dicembre 1982.

Cons. const. 81/127 DC, 20 gennaio 1981.

Germania:

BVerG, 26 febbraio 1969 – 2 *BvL*, 15, 23/68.

BVerfG, 4 maggio 2011, 2 *BvR* 2365/09.

BVerfGe, 23 giugno 1993, 1 *BvR* 133/89.

BGH, 9 dicembre 1966, *BGHSt*, 21, 157, pp. 161 ss.

BGH, 1 dicembre 1964, in *GRUR*, 1865, p. 298.

INDICE-SOMMARIO

<i>Premessa</i>	1
-----------------	---

CAPITOLO I

I PRINCIPI INTERTEMPORALI IN MATERIA PENALE

Sezione I

L'EVOLUZIONE STORICO-DOGMATICA E IL RICONOSCIMENTO NORMATIVO

1. Linee evolutive della disciplina intertemporale: da regole “moralì” a principi di garanzia	8
1.1 L'appartenenza dei principi di irretroattività della <i>lex gravior</i> e della retroattività della <i>lex mitior</i> alla tradizione codicistica italiana.	16
2. Uno sguardo comparatistico: la disciplina intertemporale nell'ordinamento tedesco.	21
2.1 L'esperienza giuridica francese tra passato e futuro.	28
3. Il diritto intertemporale nella disciplina internazionale.	38
3.1 La disciplina intertemporale nella CEDU e nella Carta di Nizza.	41

Sezione II

LA *LEX MITIOR* TRA CORTI EUROPEE E ORDINAMENTO INTERNO

1. La ricerca del fondamento costituzionale della retroattività <i>in mitius</i> . I limiti dell'art. 25, co. 2, Cost.	50
1.1 La retroattività favorevole quale espressione del principio di uguaglianza del trattamento sanzionatorio.	55
1.2 Il finalismo rieducativo quale limite alla derogabilità del principio.	59
2. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza costituzionale.	62
2.1 L'affermazione del principio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.	64
2.2 Le sentenze costituzionali nn. 393 e 394 del 2006 ed il limite della ragionevolezza.	69
2.3 Le interferenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: la vicenda Scoppola.	74
2.4 L'intervento della Corte costituzionale sui “fratelli minori di Scoppola” e i riflessi sul giudicato.	83

3. Verso il riconoscimento del finalismo rieducativo quale presidio costituzionale della retroattività favorevole. 90

CAPITOLO II

NOZIONE CONVENZIONALE DI MATERIA PENALE E PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

Sezione I

LA NOZIONE SOSTANZIALE DI MATERIA PENALE

1. La nozione sostanziale di “materia penale” quale presupposto delle garanzie convenzionali. 98
 - 1.1 Le ragioni della scelta “autonomista” tra uniformità ed effettività della tutela. 101
2. L’evoluzione del concetto di *matière pénale* nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: i cc.dd. criteri Engel. 107
 - 2.1 L’affermarsi del criterio teleologico nella dialettica tra punizione e prevenzione. 115
3. L’incidenza della nozione sostanziale di materia penale sugli ordinamenti interni: il caso della *Sicherungsverwahrung* nell’ordinamento tedesco. 123
4. L’estensione delle garanzie intertemporali alla fase esecutiva: la sentenza della Grande Camera *Del Rio Prada c. Spagna*. 132
5. I riflessi della nozione sostanziale di materia penale sulle diverse ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento. 141
 - 5.1 La controversa natura della confisca di prevenzione: misura di sicurezza, misura di prevenzione o pena? 144
 - 5.2 La natura sanzionatoria della confisca per equivalente. 156
 - 5.3 La confisca dell’autoveicolo per il reato di cui all’art. 186, comma 2, lett. c), C.d.S. 160
 - 5.4 La tormentata evoluzione della c.d. confisca urbanistica tra efficientismo e garanzie individuali. 165
6. Meriti e limiti della nozione sostanziale di materia penale. 173

Sezione II

DIRITTO INTERTEMPORALE E SANZIONI AMMINISTRATIVE

1. Lo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative. 176
2. La retroattività favorevole nelle sanzioni amministrative. 189

3. Disciplina intertemporale degli interventi di depenalizzazione.	193
4. I nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili nel rapporto con la definizione convenzionale di pena.	204
5. L'incerta natura dell'"incandidabilità" prevista dalla c.d. legge Severino.	211 214
5.1 L'orientamento in favore della natura sanzionatoria.	
5.2 L'indirizzo accolto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale: l'incandidabilità quale condizione d'incapacità soggettiva di esercizio del diritto di elettorato passivo	219
5.3 Il possibile inquadramento tra gli effetti penali della condanna	225

CAPITOLO III

PRINCIPI DI DIRITTO INTERTEMPORALE E FORMANTE GIURISPRUDENZIALE

1. L'incidenza del diritto vivente sulle garanzie del singolo.	231
2. La possibile estensione del divieto di retroattività al mutamento giurisprudenziale sfavorevole.	237
3. Verso un riconoscimento del divieto di retroattività dell' <i>overruling</i> sfavorevole nel nostro ordinamento: le strade percorribili <i>de jure condito</i> .	245
3.1 La valorizzazione della tutela dell'affidamento quale strumento per impedire la retroattività del mutamento sfavorevole.	251
4. L'operatività delle garanzie intertemporali nelle ipotesi di incertezza giurisprudenziale: il caso Contrada.	255
5. L'inammissibilità dell'applicazione retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole: una scelta necessaria ma non definitiva.	268
<i>Riflessioni conclusive</i>	279
<i>Indice bibliografico</i>	283
<i>Indice giurisprudenziale</i>	303
<i>Indice-sommario</i>	309